

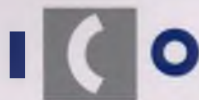
ANUARIO
DE LA
COMPETENCIA
1999



Fundación



Fundación



El Anuario de la Competencia 1999

forma parte de una colección iniciada en el año 1996 y que ya tuvo continuidad en los años 1997 y 1998. 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 1999, comentarios de casos concretos dictados en este año y crónicas acerca de la evolución de esta problemática en distintos países.

Asimismo, el **Anuario** reconoce 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 1999, reproduce documentos de especial relevancia emitidos en dicho ejercicio, de las publicaciones editadas sobre la materia y de direcciones de internet significativas por su utilidad.

ANUARIO DE LA COMPETENCIA
1999

ANUARIO DE LA COMPETENCIA
1999

ANUARIO
DE LA COMPETENCIA
1999

1999

1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12	13	14	15	16	17	18	19	20	21	22	23	24	25	26	27	28	29	30	31	32	33	34	35	36	37	38	39	40	41	42	43	44	45	46	47	48	49	50	51	52	53	54	55	56	57	58	59	60	61	62	63	64	65	66	67	68	69	70	71	72	73	74	75	76	77	78	79	80	81	82	83	84	85	86	87	88	89	90	91	92	93	94	95	96	97	98	99	100
---	---	---	---	---	---	---	---	---	----	----	----	----	----	----	----	----	----	----	----	----	----	----	----	----	----	----	----	----	----	----	----	----	----	----	----	----	----	----	----	----	----	----	----	----	----	----	----	----	----	----	----	----	----	----	----	----	----	----	----	----	----	----	----	----	----	----	----	----	----	----	----	----	----	----	----	----	----	----	----	----	----	----	----	----	----	----	----	----	----	----	----	----	----	----	----	----	----	----	-----

ANUARIO DE LA COMPETENCIA 1999

Dirección

Lluís CASES

*Profesor Titular de Derecho Administrativo
Universidad Autónoma de Barcelona*

Abogado Garriges & Andersen

Coordinación

Cristina PELLISÉ

*Profesora TEU de Derecho Internacional Privado
Universidad de Barcelona*

Colaboran en el Anuario de la Competencia 1999

Benito ARRUÑADA

*Catedrático de Organización de Empresas
Universidad Pompeu Fabra. Barcelona*

José María BENEYTO

*Socio de Gómez-Acebo & Pombo, Abogados
Profesor Agregado de Derecho Comunitario
Europeo de la Universidad San Pablo CEU*

Paolo CASSINIS

Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato

Piero FATTORI

*Director of the Legal Service
Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*

Juan Manuel FERNÁNDEZ LÓPEZ

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

Prof. Avv. Aldo FRIGNANI

*Ordinario di Diritto privato della Comunità Europea
Università degli studi di Torino*

Enrique GONZÁLEZ

*Merger Task Force
Comisión Europea*

Cristina GONZÁLEZ BEILFUSS

*Profesora Titular de Derecho Internacional Privado
Universidad de Barcelona*

Luis DE GUINDOS JURADO

*Secretario General de Política Económica
y Defensa de la Competencia*

Íñigo HERGUERA

*Instituto Complutense de Análisis Económico (ICAE)
Universidad Complutense de Madrid*

Catalina MARTÍNEZ

Economista. Lexecon Ltd

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*

Avv. Giuseppe ROSSI

*Dottorando di ricerca in diritto comparato
Università degli studi di Palermo*

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)*

Joaquín TORNOS MÁS

*Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Barcelona*

Francisco URÍA FERNÁNDEZ

Secretario General Técnico del Ministerio de Fomento

SUMARIO

ANUARIO DE LA COMPETENCIA 1999

DIRECCIÓN

LLUÍS CASES

Profesor Titular de Derecho Administrativo
Universidad Autónoma de Barcelona
Abogado Garrigues & Andersen

Fundación ICO

MARCIAL PONS, EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES, S. A.
MADRID 2000 BARCELONA

ANUARIO DE LA COMPETENCIA
1999
ANUARIO
DE LA COMPETENCIA
1999

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: 84-7248-834-9

Depósito legal: M. 48.140-2000

Diseño de la cubierta: DE GARCÍA DISEÑO

Fotocomposición: INFORTEX, S. L.

Impresión: CLOSAS-ORCOYEN, S. L.

Polígono Igarza. Paracuellos de Jarama (Madrid)

MADRID, 2000

SUMARIO

	<u>Pág.</u>
PRESENTACIÓN (Fundación ICO).....	11
La competencia en España. 1999 (Lluís CASES)	13
 PRIMERA PARTE. ESTUDIOS	
Infraestructuras y libre competencia en España (Amadeo PETITBÒ e Íñigo HERGUERA).....	27
Concentración empresarial, globalización y competencia (Luis DE GUINDOS JURADO)	57
Aspectos jurídicos de la modernización de las normas de aplicación del artículo 81 del Tratado CE (Enrique GONZÁLEZ)	79
Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 208/1999 sobre la Ley de Defensa de la Competencia 16/1989 (Joaquín TORNOS MÁS).....	97
Algunas consideraciones sobre la determinación del abuso de posición de dominio, con especial referencia a la doctrina del Tribunal de Defensa de la Competencia (Juan Manuel FERNÁNDEZ LÓPEZ).....	121
El control de las ayudas públicas por los jueces nacionales (Mercedes PEDRAZ CALVO).....	155
Las consecuencias jurídico-privadas de las conductas contrarias a la Ley de Defensa de la Competencia. Aportaciones de la Ley 52/1999, de 28 de diciembre, de reforma de la Ley de Defensa de la Competencia (Francisco URÍA FERNÁNDEZ).....	171
El control de concentraciones en España: un nuevo marco legislativo para las empresas (José María BENEYTO).....	205
Regole statiche, regole dinamiche e questioni aperte in tema di applicazione della disciplina antitrust al settore assicurativo (Aldo FRIGNANI y Giuseppe Rossi).....	237
Gestión de la competencia en el sector público (Benito ARRUÑADA).....	267
La politica della concorrenza in Italia nel 1999: intese anticoncorrenziali e abusi di posizione dominante (Alberto PERA e Paolo CASSINIS).....	313

SEGUNDA PARTE. COMENTARIO DE RESOLUCIONES Y SENTENCIAS

El Caso Airtours: ¿Una Nueva Definición De Dominio Colectivo? (Catalina MARTÍNEZ)	335
Acuerdos de interlínea suscritos por las principales compañías aéreas españolas. Funcionamiento y efectos (Inmaculada SANZ SANZ).....	351
Competition law and collective negotiation of the broadcasting rights to sport events: the recent case of the Italian Football League (Paolo CASINIS y Piero FATTORI).....	379
Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 1 de junio de 1999 (Cristina GONZÁLEZ BEILFUSS)	395

TERCERA PARTE. RESOLUCIONES Y SENTENCIAS DICTADAS

Servicio de Defensa de la Competencia.....	409
Tribunal de Defensa de la Competencia.....	415
Audiencia Nacional	437
Tribunal Supremo.....	441
Comisión europea.....	443
Tribunal de Primera Instancia.....	455
Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas	461

CUARTA PARTE. NOVEDADES NORMATIVAS

España.....	471
Unión Europea.....	473

QUINTA PARTE. DOCUMENTACIÓN

Proyecto de Ley de Reforma de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia	479
Enmiendas al Proyecto de Ley de Reforma de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia. Congreso de los Diputados	493
Sentencia 208/1999 del Tribunal Constitucional de 11 de noviembre	571
Decentralised enforcement of Community Competition Law (Dr. John TEMPLE LANG)	605
Les operateurs-cable et la concurrence en Europe (Jean François PONS)	615

Pág.

SEXTA PARTE. BIBLIOGRAFÍA

España.....	623
Unión Europea.....	627

SÉPTIMA PARTE. DIRECCIONES DE INTERNET

Unión Europea.....	657
Europa no comunitaria	658
América.....	659
Asia y Australia.....	660
Organizaciones internacionales.....	660
Otras direcciones de interés	660

PRESENTACIÓN

La presente publicación del *Anuario de la Competencia* 1999 supone la participación, por cuarto año consecutivo, de la Fundación ICO en la labor de fomento de la oferta de información y análisis de que disponemos sobre cómo se está llevando a cabo el proceso de liberalización de los mercados al que se enfrenta la economía española.

Este proceso de liberalización ha cobrado especial importancia después de la incorporación de España a la tercera fase de la Unión Monetaria Europea, puesto que desde entonces las políticas económicas nacionales destinadas a equilibrar los repuntes del nivel general de precios consisten únicamente en utilizar la política fiscal a través de medidas discrecionales de control presupuestario y en impulsar las reformas estructurales de liberalización y aumento de la competencia de los mercados.

En este sentido, el año 1999 ha sido especialmente intenso puesto que se han producido varios acontecimientos importantes en materia de defensa de la competencia como consecuencia de la culminación de los trabajos realizados en 1998 y que fueron objeto de estudio en el *Anuario de la Competencia* 1998.

El primero de ellos fue la publicación en abril del Real Decreto-ley 6/1999, de Medidas Urgentes de Liberalización e Incremento de la Competencia en Materia de Control de Concentraciones, cuyo objetivo era provocar un impacto positivo en las condiciones de la competencia en la economía española a través de medidas relativas a los mercados del gas y eléctrico, la fe pública, los servicios de telecomunicaciones y la adaptación de la legislación española a las disposiciones del Tratado de la Unión Europea respecto a la libre circulación de trabajadores.

Un segundo hecho relevante se encuentra en la aprobación de la Ley 52/1999, de 28 de diciembre, de reforma de la Ley de Defensa de la Competencia, que culmina el proceso iniciado con el Real Decreto-ley 6/1999 de profundización en la liberalización de los mercados.

La reforma de la Ley de Defensa de la Competencia se dirige a intensificar los mecanismos que permiten un buen funcionamiento de los mer-

cados, especialmente a través del cambio de atribuciones del Tribunal de Defensa de la Competencia y del Servicio de Defensa de la Competencia aumentando su dotación de recursos. Otro punto importante de la reforma es el de agilizar los trámites de actuación del Tribunal de modo que aumente la eficacia en la gestión de la Política de Defensa de la Competencia.

Además del cambio legislativo que se ha producido en España, recientemente hemos tenido la oportunidad de conocer el proyecto de reglamento sobre el procedimiento comunitario de competencia que la Comisión Europea ha elaborado para actualizar la normativa actual que data de 1962. Este proyecto de reforma es especialmente importante puesto que regulará la aplicación del ordenamiento jurídico en materia de competencia que apareja importantes poderes de sanción y de regulación económica.

Los estudios que se presentan en el *Anuario de la Competencia* 1999 analizan distintos aspectos de las novedades jurídicas anteriormente planteadas con el objetivo de profundizar en la repercusión jurídica y económica que apareja la aplicación de las leyes, así como el estudio de otras implicaciones que pueden traer consigo. Este objetivo, en nuestra opinión, se ha logrado de manera más que suficiente.

Para terminar, la Fundación ICO desea felicitar a los profesores Lluís Cases y Cristina Pellisé por su trabajo en la dirección y coordinación del *Anuario de la Competencia* 1999, y a los autores que han participado en su publicación, agradecer su inestimable aportación al aumento de la doctrina y análisis en una materia de suma importancia para la economía española.

Una vez más, la Fundación ICO tiene la satisfacción de colaborar en el buen desarrollo de la Política de la Competencia a través de su aportación en la publicación de estudios como este *Anuario*, cuyo valor para la correcta aplicación de este tipo de políticas económicas es incuestionable.

Fundación ICO

LA COMPETENCIA EN ESPAÑA. 1999

Lluís Cases

Director del *Anuario de la Competencia*

Abogado Garrigues & Andersen

I. LA MODIFICACIÓN DE LA LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

El impulso en la aplicación de las normas protectoras de la competencia ha de ser un elemento consustancial al proceso de liberalización y en general al funcionamiento de una economía de mercado. Únicamente con un verdadero sistema que asegure de forma eficaz el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado se pueden conseguir los esperados beneficios del proceso de liberalización y de la economía de mercado abierto. Esta percepción ha motivado que en los últimos años la defensa de la competencia se haya convertido en un elemento clave de la intervención pública en la economía. A medida que la regulación económica ha retrocedido y ha dispuesto márgenes más amplios de decisión al operador privado, la acción en defensa de la competencia ha incrementado su importancia y significación.

La Ley de Defensa de la Competencia de 1989 había sido objeto en los últimos años de distintas modificaciones parciales. En el año 1999, con el declarado objetivo de incrementar su aplicación se ha aprobado la Ley 52/1999, de 28 de diciembre, de reforma de la Ley de Defensa de la Competencia, promovida por el Gobierno en desarrollo del Plan de Liberalización aprobado en febrero del año 1997 y que culmina un proceso iniciado con el Real Decreto-ley 6/1999, de 16 de abril, de medidas urgentes de liberalización, que introdujo cambios significativos en el control de las concentraciones empresariales.

Atendamos primero a esta última reforma. Su dato más relevante es la configuración de la notificación de la operación de concentración que supere los umbrales establecidos como obligatoria. José María BENEYTO da cuenta en este *Anuario* de las implicaciones de esta reforma,

que puede convertir el control de concentraciones empresariales en una cuestión esencial en la aplicación del Derecho de la competencia. Casos ya han existido, donde el Ministerio de Economía, en ocasiones el Tribunal de Defensa de la Competencia, y luego el Gobierno han de analizar las implicaciones en la competencia de operaciones de concentración de una muy elevada importancia económica.

En la materia de control de concentraciones se aprecia un cambio muy significativo en la percepción de la opinión pública en cuanto al papel de las normas de la competencia. Cualquier noticia de operación de concentración de empresas inicia en los medios de comunicación un debate acerca de valorar los efectos en la competencia que genera y de la posición que debe adoptar la Administración pública al respecto.

En todo caso, como se dirá más adelante, el cambio normativo ha de ir acompañado de la disposición por parte del Servicio de Defensa de la Competencia y del Tribunal de Defensa de la Competencia de los medios adecuados para ejecutar el alto cometido que les corresponde.

En cuanto a la reforma introducida en la Ley 52/1999 cabe afirmar que su principal característica es la continuidad. La reforma no varía los elementos esenciales del sistema instaurado en el año 1989. Mantiene la estructura organizativa, caracterizada por la separación de la instrucción de los expedientes en el Servicio de Defensa de la Competencia, órgano integrado en la estructura jerárquica del Ministerio de Economía, y de su resolución en el Tribunal de Defensa de la Competencia, órgano administrativo independiente. Igualmente, la nueva Ley es continuista en los aspectos materiales, salvo una matización del abuso de posición de dominio no excesivamente afortunada. La reforma no ha pretendido, por tanto, una modificación estructural del Derecho de la competencia o de la estructura dispuesta para su aplicación, que es donde seguramente podían producirse mayores novedades.

A continuación, se procede a comentar los principales cambios que cabe apreciar en la Ley, aunque en el marco global en que se ubican y no desde una mera perspectiva formal. No se pretende hacer una exposición detallada de todas y cada una de las modificaciones, sino que nos limitaremos a los aspectos que consideramos más relevantes.

El nuevo artículo 2 LDC establece con rotundidad que únicamente la Ley, esto es las Cortes Generales, puede amparar conductas restrictivas de la competencia. Dicho de otra forma, la Administración pública, que lamentablemente está presente en un número excesivamente importante de casos resueltos por el Tribunal, no puede adoptar de forma unilateral una norma que pretenda amparar conductas restrictivas. Ello ya podía interpretarse del dictado del anterior artículo 2, en tanto que en nuestro ordenamiento jurídico no es admisible el Reglamento independiente. No obstante, es evidente que toda clarificación en la materia ha de ser bien recibida. Igual que toda declaración del legislador en el sentido de frenar la acción administrativa que, al margen y sin dictado específico de normas con rango de Ley, viene a restringir la competencia.

Pese a estas previsiones es evidente que, en nuestra opinión, la Administración está en demasía presente en los expedientes que tramitan el Servicio y el Tribunal de Defensa de la Competencia. Ciertamente ello puede derivar, en especial, en las resoluciones del Tribunal relativas a recursos contra acuerdos del Servicio, por el desconocimiento de los denunciantes de la doctrina establecida por los órganos de competencia, que ha sido objeto de análisis en este *Anuario* (en especial, estudio de Luis BERENGUER FUSTER en el *Anuario* de 1997). Se han de dictar resoluciones por parte del Tribunal, luego de un mayor o menor trabajo del Servicio en función del expediente, que seguramente un análisis de los casos resueltos con anterioridad podría evitar. Si bien lo anterior es cierto, es notorio que la Administración pública opera en demasiadas ocasiones sin atender a las reglas de competencia. Por ello, la reforma que establece con rotundidad el encaje en la Ley de todo amparo a las prohibiciones de la LDC no resulta sin sentido.

En cuanto a los aspectos de Derecho material, la principal novedad es la modificación del artículo 6, que es objeto de análisis en este *Anuario* por Juan Manuel FERNÁNDEZ LÓPEZ. Esta modificación, no prevista en el Proyecto de Ley e introducida durante la tramitación parlamentaria, parece que tiene como objetivo esencial atender a la controversia en las relaciones entre la producción y la gran distribución comercial. Esta previsión viene a sumarse a otras que en los últimos años se han dictado para regular estas relaciones. Pese a la amplitud de las previsiones, fundadas en parte en presunciones, creemos que no resultará de gran utilidad.

La reforma de la LDC posibilita que el Tribunal de Defensa de la Competencia emita, a petición del Ministerio de Economía o de oficio, un informe acerca de los criterios que rigen la concesión de ayudas públicas. El informe es público, con lo cual sus efectos pueden trascender del Consejo de Ministros al que se remite para que proceda según su criterio y adquirir relevancia como ha acontecido con todos los informes emitidos por el Tribunal en esta década. De la regulación es especialmente relevante, al margen de algunas imprecisiones técnicas, que el Tribunal puede actuar de oficio y que el informe es de carácter público.

La reforma seguramente desarrolla al máximo la competencia del Estado en cuanto a las ayudas que pueden otorgar la Administración autonómica y local. No podemos decir lo mismo respecto a la Administración general del Estado, donde se podía haber previsto una intervención de los órganos de competencia con carácter previo o decisivo en el expediente de otorgamiento de la ayuda pública. En todo caso, conviene tener presente que el margen de operatividad autónoma del Derecho español en esta materia no es excesivamente relevante por el papel decisivo del Derecho comunitario, donde ciertamente se establece un control de las ayudas públicas que lesionen la libre competencia. En este marco comunitario cada día es más relevante el papel que han de desarrollar los jueces nacionales en el control de las ayudas públicas,

que en España no es excesivamente habitual. En este *Anuario* Mercedes PEDRAZ analiza con sumo detenimiento este papel, que desde la perspectiva de los operadores económicos que se enfrentan a competidores que reciben ayudas públicas es especialmente significativo.

La Ley 52/1999 introduce diversas novedades en la organización y funcionamiento del Tribunal y del Servicio, así como en los procedimientos de aplicación de las previsiones materiales de la Ley. En especial, creemos relevante la previsión de los plazos máximos de duración del procedimiento sancionador y de su posible terminación convencional.

En cuanto a los plazos, que se habían acortado notablemente en anteriores reformas, se establecen ahora en doce meses en el Servicio y doce meses en el Tribunal. El plazo se inicia en el momento en que se acuerda la iniciación del expediente, de modo que queda al margen el plazo de diligencias previas, que como es conocido acostumbra a resultar muy importante en Derecho de la competencia. En todo caso, esta previsión es muy loable, porque ha de suponer un esfuerzo muy importante para el Servicio, ya que en la actualidad los expedientes suelen tener una duración temporal más extensa. Por ello, la previsión ha de ir acompañada del incremento de los medios materiales y humanos del Servicio, para poder cumplir el plazo y disponer de la instrucción debida en estos expedientes, que en muchos casos no resulta fácil.

Al mismo tiempo, esta previsión motiva una reflexión. Es indudable que si alguien se acerca por primera vez a esta materia y observa que la instrucción del expediente requiere doce meses y que la resolución requiere idéntico plazo se preguntaría qué sucede. Desde una perspectiva teórica resulta poco comprensible que la resolución del expediente requiera igual plazo que su instrucción. La respuesta debe encontrarse en el especial encaje del Servicio y del Tribunal en estos expedientes.

En todo caso, cuando se establecen plazos de actuación de los órganos de competencia, junto a la tendencia elogiable de reducirlos, hay que tener muy presente el conjunto del sistema. En la presentación del *Anuario* de 1998 se apuntó la necesaria revisión global de los procedimientos de aplicación de la Ley de Defensa de la Competencia, ya que tras los procedimientos propiamente administrativos se podían iniciar los jurisdiccionales, primero ante la Audiencia Nacional y luego, en recurso de casación, ante el Tribunal Supremo. La modificación de 1999 no ha atendido a esta cuestión, que quizá obligaría a una mayor reflexión y posterior revisión de procedimientos judiciales. Creemos que ello es obligado. Por alguna materia debe empezar la reflexión y revisión de los procedimientos e instancias que impiden la satisfacción en plazos razonables de la tutela judicial efectiva, que siempre es importante, y en materias relevantes para el desarrollo de la economía de mercado aun lo es más. Junto a la continuación de los esfuerzos de los magistrados que conocen de estos asuntos, es necesario que se introduzcan las reformas oportunas para asegurar a los operadores que sus demandas sean conocidas en plazos que el mercado pueda considerar razonables. En la actualidad lamentablemente ello

no sucede. En la materia que nos ocupa, muy próxima a la realidad del mercado, es necesario reducir los plazos de resolución.

También es relevante la introducción de la posible terminación convencional de los expedientes sancionadores fruto del acuerdo entre el Servicio y los infractores. Esta forma de terminación es muy frecuente, seguramente excesiva, en la actuación de la Comisión Europea en aplicación de las normas comunitarias de la competencia. La regulación de la reforma se acompaña de las debidas formalidades y garantías para terceros interesados, aunque es evidente que persisten algunas dudas acerca de su plena operatividad.

Sí conviene señalar que no consideramos muy acertado que únicamente sea aplicable por el Servicio y con anterioridad a la formulación del pliego de cargos. Esta limitación, que puede derivar de la trascendencia que en Derecho administrativo sancionador español tiene la formulación del pliego de cargos, no nos parece conveniente. La consecución de un acuerdo derivará necesariamente de la existencia de una infracción, se haya formulado o no el correspondiente pliego de cargos. Igualmente, la regulación impide que el Tribunal pueda utilizar este instrumento. A ello se debe sumar que si el infractor alcanza un acuerdo con el Servicio, el Tribunal tampoco tendrá conocimiento del expediente, salvo que algún titular de un interés legítimo interponga recurso contra el acuerdo de terminación convencional. Todo ello puede generar una pérdida de protagonismo del Tribunal que quizá no ha sido suficientemente valorada.

El impulso hacia una mayor efectividad de la aplicación de las normas de competencia puede contar próximamente con la ayuda de las Comunidades Autónomas que, de acuerdo con la Sentencia 208/1999 del Tribunal Constitucional, han de participar en la misma. El profesor TORNOS analiza en este *Anuario* esta trascendental Sentencia para el desarrollo del Derecho de la competencia en España. Esta cuestión no es abordada en la Ley 52/1999, que se limita a establecer que el Gobierno, antes del 1 de octubre de 2000, presentará un Proyecto de Ley para regular dicha participación. Esta importante cuestión es objeto de nuestro comentario más adelante.

El objetivo declarado de la reforma de la Ley de potenciar la aplicación de las normas de competencia es elogiabile. Sin embargo, a nadie puede escapar que el impulso de la aplicación de estas normas no deriva únicamente de un cambio en las previsiones legales. Debe ir acompañada de la dotación de los medios de distinta índole que precisan las autoridades defensoras de la competencia para permitirles la labor más efectiva posible. La acción pública en defensa de la competencia es una labor compleja, que se enfrenta a poderosos enemigos y en ocasiones a tradiciones bien asentadas en nuestra economía y sociedad, pero que debe contar con el mayor impulso posible por cuanto es consustancial con la economía de mercado o mejor imprescindible para la consecución de los beneficios que de ésta la sociedad española espera.

II. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE 11 DE NOVIEMBRE DE 1999 Y LA PARTICIPACIÓN DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS EN LA APLICACIÓN DE LA LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

El Tribunal Constitucional ha dictado la Sentencia 208/1999, de 11 de noviembre, que resuelve los recursos de inconstitucionalidad planteados en su día por la Generalitat de Cataluña y el Gobierno del País Vasco contra la Ley de 1989. Esta sentencia se dicta en el último instante del trámite parlamentario de la modificación de la Ley, que cristaliza en la Ley 52/1999 comentada anteriormente. El legislador, sin tiempo para digerir o incorporar las exigencias que supone el dictado del Tribunal Constitucional, aplaza la cuestión y dispone que el Gobierno debe presentar un Proyecto de Ley antes del 1 de octubre de 2000 para regular los criterios de conexión para la aplicación por el Estado y las Comunidades Autónomas de las normas de competencia.

La primera cuestión, aunque de forma breve, a señalar es la tardanza en la resolución del conflicto competencial. Han de transcurrir más de diez años para que el Tribunal Constitucional dicte la correspondiente Sentencia. Aunque seguramente éste no es el marco correspondiente, no puede pasar por alto que estos plazos no resultan convenientes para nuestro sistema constitucional.

Asimismo, también parece oportuno poner de relieve que la Sentencia resuelve un conflicto, que no había generado una excesiva controversia en las relaciones entre el Estado y las Comunidades Autónomas que impugnaron la LDC. En los debates o negociaciones competenciales entre el Estado y las Comunidades Autónomas frecuentes en distintos momentos de la década de los noventa no se tiene constancia efectiva de la demanda por parte de estas últimas de la atribución de competencias para la aplicación de la LDC.

El dictado de la Sentencia de 11 de noviembre de 1999 es rotundo acerca de la inconstitucionalidad de la LDC en la medida en que atribuye su ejecución únicamente a la Administración general del Estado. La sentencia es objeto de un exhaustivo análisis en este *Anuario* por parte del profesor Joaquín TORNOS, de modo que no procede su reiteración ahora en esta Presentación. De forma muy resumida, la sentencia al amparo de lo dispuesto en los Estatutos de Autonomía reconoce competencia de aplicación de la legislación estatal protectora de la competencia a las Comunidades Autónomas.

La LDC de 1989 construyó un sistema de aplicación de las normas de competencia en España que desconocía por completo la distribución territorial del poder que deriva de la Constitución y de los posteriores Estatutos de autonomía y que en su momento fue objeto de nuestra crítica. Las Comunidades Autónomas eran prácticamente ignoradas en la LDC.

La situación tras la Sentencia ha de variar y las Comunidades Autónomas han de participar en la aplicación de la LDC. Esta nueva situación es un reto muy importante, que debe ser afrontado en clave positiva. El resultado de esta situación ha de ser positivo esencialmente en cuanto pueda implicar un mayor grado de aplicación de las normas de competencia y un mayor grado de compromiso de más poderes públicos con la persecución del mantenimiento de una libre competencia en los mercados. En todo caso, es imprescindible que se establezcan los mecanismos adecuados para asegurar la plena seguridad jurídica para los operadores.

El sistema a instituir en España para la aplicación del Derecho de la competencia, articulado en una única legislación y la posible participación de la Administración general y de la autonómica en su aplicación, no está abocado al conflicto o al fracaso, sino todo lo contrario si todos los poderes públicos operan en el marco de la lealtad constitucional. Hemos de tener en cuenta que no resulta un sistema desconocido o que no tenga antecedentes que nos puedan servir de guía u orientación.

En la definición o precisión de este sistema no podemos olvidar tres aspectos que nos parecen relevantes. El sistema de distribución territorial del poder caracterizado por corresponder la legislación al Estado y la aplicación a las Comunidades Autónomas se puede encontrar en otros ámbitos de nuestro ordenamiento constitucional. El profesor GARCÍA DE ENTERRÍA en la década de los ochenta en sus estudios sobre autonomías territoriales profundizó muy acertadamente sobre este sistema, exponiendo las cuestiones principales de atención.

En segundo lugar, la distribución entre entidades territoriales de la responsabilidad de aplicación del Derecho de la competencia es bastante habitual en los Estados que operan en base a una distribución territorial del poder político. Veamos tres ejemplos. En Estados Unidos, sabido origen del Derecho de la competencia, es muy remarcable la acción de los Estados en la aplicación del Derecho *antitrust* federal, en cuyo centro se sitúa la conocida *Sherman Act*. Los Estados desarrollan un papel clave en la aplicación del Derecho federal, incluso en ocasiones en ausencia de acción del poder público federal. En este sentido, la *National Association of Attorney General* (NAAG), formada por los *Attorney General* de todos los estados, ha llegado a ser calificada como un tercer instrumento de aplicación del Derecho federal, junto a la *Antitrust Division* del Departamento de Justicia y la *Federal Trade Commission*. A su vez, en Alemania, donde opera la conocida *Bundeskartellamt* (oficina federal anticártel), las *Landeskartellbehörden* (autoridades anticártel de los Länder) ostentan también funciones significativas de aplicación de la legislación federal contra las restricciones de la competencia. Por último, con la matización propia de la caracterización del sistema comunitario europeo, lo cierto es que en éste nos encontramos ante una única normativa, que es de aplicación tanto por las autoridades comunitarias como por las nacionales. Además, el Libro Blanco sobre la modernización de la aplicación del Derecho comunitario, que es objeto de un detenido análisis en este *Anua-*

rio por Enrique GONZÁLEZ, apuesta decididamente por profundizar en la aplicación del Derecho comunitario por las autoridades nacionales. Ciertamente no pueden extrapolarse los sistemas, pero es evidente que en los tres citados podemos encontrar instrumentos e instituciones que aseguran la efectividad de la aplicación de una única normativa por parte de dos poderes públicos.

En tercer lugar, un repaso a las resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia pone de relieve que en un número muy importante de ellas el mercado relevante afectado por la práctica restrictiva es de dimensión muy reducida. Dicho de otra forma, en muy pocas resoluciones del Tribunal el mercado afectado por la conducta enjuiciada supera el territorio de una Comunidad Autónoma.

En este marco creemos que debe reflexionarse en profundidad sobre el sistema a instituir en cumplimiento de la Sentencia del Tribunal Constitucional. En cuanto a los criterios de conexión parece que la propia Sentencia apunta que deben situarse alrededor de la noción de mercado afectado, aunque obviamente podrán existir muchos matices que no impongan un pretendido automatismo entre territorio afectado y competencia para decidir.

En todo caso, entendemos que resultarán fundamentales los instrumentos de cooperación que se arbitren. Mecanismos que, superando formalismos, atribuyan a las autoridades competentes los criterios y conocimientos para afrontar la resolución de expedientes en ocasiones de suma complejidad.

En definitiva, se avecina un sistema de aplicación de las normas de competencia en España que puede redundar en su mayor aplicación y en consecuencia en una mayor efectividad de la economía de mercado. No obstante, a nadie puede escapar que nos dirigimos a un sistema de mayor complejidad, donde es imprescindible la adopción de reglas lo más precisas posibles para ofrecer la debida seguridad jurídica a los operadores económicos y, sin duda, el compromiso de las distintas autoridades de aplicación efectiva de las normas.

III. LA NUEVA REGULACIÓN DE LAS RESTRICCIONES VERTICALES

En las últimas ediciones del *Anuario de la Competencia* hacíamos especial referencia al nuevo enfoque que la Comisión estaba impulsando acerca de las restricciones verticales de la competencia, fundado esencialmente en un análisis que podemos calificar de más economicista. A finales de 1999, la Comisión Europea ha culminado un proceso de largos años de reflexión con la aprobación del Reglamento (CE) núm. 2790/1999, de 22 de diciembre de 1999, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas. Este muy importante texto normativo será objeto

del análisis debido en el próximo *Anuario de la Competencia*, cuando se disponga ya de los criterios para su aplicación, de las primeras experiencias de su operatividad y de las consecuencias que ha motivado para los ordenamientos jurídicos nacionales.

En todo caso, conviene ahora apuntar que el nuevo Reglamento viene a sustituir a los anteriores Reglamentos que, con carácter general, regulaban distintas modalidades de la distribución comercial. Es decir, el nuevo Reglamento supone la derogación de los Reglamentos de distribución exclusiva, de compra exclusiva y de franquicia. Se practica así una unificación de la regulación de la distribución comercial.

La perspectiva del nuevo Reglamento se fundamenta en que la restricción vertical puede resultar de máxima eficiencia económica, de modo que habrá que centrar la atención en aquellas restricciones que incorporen limitaciones a la competencia que se consideran excesivas o injustificadas.

La aprobación del nuevo Reglamento seguramente generará cambios en el sistema normativo español. Hay que recordar que el 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 se fundamenta en materia de exenciones por categorías en los Reglamentos comunitarios que ahora han sido derogados. No parece muy arriesgado afirmar que próximamente habrá cambios en nuestro ordenamiento jurídico para acercarnos de nuevo a la estructura conceptual que impone el Reglamento comunitario de restricciones verticales.

IV. LA APLICACIÓN DE LA LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA EN 1999

Los datos que recoge este *Anuario* respecto a la aplicación de la LDC en 1999 no presentan grandes novedades respecto al ejercicio anterior.

La preocupación por la existencia de un suficiente *enforcement* público permanece o incluso se incrementa por la reducción de los expedientes que inicia de oficio el Servicio de Defensa de la Competencia. La consideración de que el Servicio inicia únicamente el 4,9 por 100 de expedientes de oficio puede resultar preocupante. Ciertamente, el número de denuncias que se presenta en cada ejercicio es muy elevado. Seguramente demasiado elevado si tenemos en cuenta que una muy buena parte de las mismas son objeto de archivo por parte del Servicio, que es confirmado por el Tribunal en la resolución del recurso que interpone el denunciante. No obstante, la exigua capacidad del Servicio para iniciar de oficio expedientes, que seguramente debe destinar sus esfuerzos a resolver las denuncias que se presentan, es cuestionable, ya que pueden escapar de la persecución acciones por la inexistencia de terceros con capacidad o voluntad suficiente de denuncia.

Sería muy recomendable que esta cifra tendiese a incrementarse en los próximos ejercicios. La Administración pública protectora de la competencia tiene que ir por delante de los acontecimientos y debe intentar perseguir debidamente a los infractores exista o no la correspondiente denuncia. Ello requiere una presencia activa de sus agentes, un conocimiento profundo de los sectores y la definición de ámbitos materiales de inspección donde pueda existir mayor riesgo de infracción.

Un dato relevante de la acción del Servicio es que se ha reducido el saldo inicial de expedientes existentes, consecuencia de la mayor capacidad de resolver los abiertos y de la reducción de su entrada. Éste es un dato en el que habrá que insistir en los próximos ejercicios, máxime cuando los sancionadores, una vez iniciados, tendrán una duración máxima de doce meses en su instrucción. La tendencia será, por tanto, a la reducción del saldo, lo que sin duda ha de constituir una muy buena noticia.

En cuanto a los expedientes por prácticas restrictivas de la competencia en curso en el Servicio la última reflexión ha de dirigirse a la concentración de las controversias, prácticamente absoluta, en el sector servicios. Los datos son abrumadores: 141 en el sector servicios, 11 en el industrial y 2 en el primario. Además, ello no es un dato aislado, sino que viene a confirmar la tendencia advertida ya en los últimos ejercicios. Este es un dato que tiene que obligar a las autoridades públicas a reflexionar acerca de las razones que motivan tal concentración y a adoptar las medidas oportunas para hacerle frente.

Por lo que respecta a la labor del Tribunal de Defensa de la Competencia cabe constatar la consolidación aun más intensa del incremento de resoluciones relativas a expedientes sancionadores. De 16 en el año 1997, se pasó a 22 en el 1998 y ahora en 1999 el número es de 35. Este incremento adquiere mayor relevancia si tenemos en cuenta que el número total de resoluciones dictadas ha descendido en el año 1999. No obstante, un año más la principal labor del Tribunal continúa siendo la resolución de los recursos que se interponen contra acuerdos del Servicio, ya sea de archivo de la denuncia o de sobreseimiento del expediente. En términos generales, el Tribunal continúa confirmando la labor del Servicio.

El indicado incremento de los expedientes sancionadores ha traído consigo un aumento muy considerable de las sanciones impuestas, que sobrepasan los 3.500 millones de pesetas. Este dato también es muy significativo, ya que de los últimos años la máxima cuantía era la del año 1997 con 1.765 millones de pesetas, aunque era un dato muy matizable ya que 1.212 millones se impusieron en el mismo expediente.

Las medidas cautelares, que a mediados de los noventa parecía iban a ser determinantes en la aplicación del Derecho español de la competencia, prácticamente han desaparecido. En el año 1999 continúa la tendencia apuntada ya en ejercicios anteriores de casi nula operatividad de esta figura en la práctica real de la LDC.

Finalmente, no puede pasar por alto que los órganos judiciales que tienen encomendada la labor del control de las resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia continúan, como acontecía en ejercicios anteriores, confirmando en su práctica totalidad su labor. No podemos dejar de reiterar que éste es un dato esencial para legitimar la acción de los órganos de competencia.

V. EL ANUARIO DE LA COMPETENCIA 1999

Con la edición correspondiente al año 1999 se alcanza la cuarta del *Anuario de la Competencia*, que inició su andadura en el año 1996 merced al apoyo fundamental de la Fundación ICO. Los objetivos perseguidos en la definición de este proyecto persisten en la actualidad, ya que el debate, la reflexión, la profundización en el análisis en temas de competencia desde una perspectiva económica y jurídica resulta siempre oportuna y seguramente necesaria.

El esquema del *Anuario* persiste prácticamente en esta edición, que se convierte un año más en uno de los principales focos de reflexión en materia de competencia en España. La calidad de las aportaciones que integran en apartado de estudios, así como el de comentario de Sentencias y resoluciones es especialmente relevante este año. A todos los participantes quería expresar mi agradecimiento.

De nuevo, como en anteriores ediciones de este *Anuario* quería expresar mi agradecimiento a la Fundación ICO por haberme confiado la Dirección del *Anuario de la Competencia*.

INTRODUCCIONES Y LINEE COMPETENCIA EN ESPAÑA

Antonio Ferrnandez
Catedrático de Lengua
PRIMERA PARTE

(Bases de la Lengua)
ESTUDIOS

INTRODUCCIONES

Las introducciones a los cursos universitarios en los países de la UE se ven afectadas por las modificaciones de algunas competencias y de los requisitos. Ello repercute sobre el modo de abordar los cursos de introducción a las lenguas extranjeras en el secundario. En el momento de la redacción de este manual, como consecuencia de modificaciones, se han ido actualizando los datos de la introducción. El presente curso universitario pretende proporcionar al estudiante un conocimiento sólido de la lengua y de la cultura de los países de la UE, así como de los aspectos lingüísticos y literarios de la lengua.

Los contenidos de esta introducción se han dividido en tres bloques: el primero, el segundo y el tercero, que corresponden a los cursos de introducción a las lenguas extranjeras y a los cursos de introducción a las lenguas extranjeras. La primera parte, a su vez, se divide en tres bloques: el primero, el segundo y el tercero, que corresponden a los cursos de introducción a las lenguas extranjeras y a los cursos de introducción a las lenguas extranjeras. La segunda parte, a su vez, se divide en tres bloques: el primero, el segundo y el tercero, que corresponden a los cursos de introducción a las lenguas extranjeras y a los cursos de introducción a las lenguas extranjeras. La tercera parte, a su vez, se divide en tres bloques: el primero, el segundo y el tercero, que corresponden a los cursos de introducción a las lenguas extranjeras y a los cursos de introducción a las lenguas extranjeras.

El presente curso universitario pretende proporcionar al estudiante un conocimiento sólido de la lengua y de la cultura de los países de la UE, así como de los aspectos lingüísticos y literarios de la lengua. Ello repercute sobre el modo de abordar los cursos de introducción a las lenguas extranjeras en el secundario. En el momento de la redacción de este manual, como consecuencia de modificaciones, se han ido actualizando los datos de la introducción. El presente curso universitario pretende proporcionar al estudiante un conocimiento sólido de la lengua y de la cultura de los países de la UE, así como de los aspectos lingüísticos y literarios de la lengua.

INFRAESTRUCTURAS Y LIBRE COMPETENCIA EN ESPAÑA

Amadeo PETITBÒ I JUAN

Universidad de Barcelona

Íñigo HERGUERA

Instituto Complutense de Análisis Económico (ICAE)

Universidad Complutense de Madrid *

1. INTRODUCCIÓN

En los últimos años estamos asistiendo en los países de la UE a un proceso de liberalización de sectores fundamentales y a una regulación completamente nueva de los mismos. Se trata de sectores como las telecomunicaciones, la electricidad, los hidrocarburos y los aeropuertos, por ejemplo, cuyo peso supone, aproximadamente, un 6 por 100 del producto total de la economía. El hecho relevante es que dichos sectores han estado funcionando durante décadas en un régimen de ausencia de competencia. A estas actividades a menudo se las denomina *industrias de servicios públicos (utilities)*.

Una característica de estas industrias es su capacidad de organizarse mediante una red compartida, siquiera parcialmente, por todos los operadores y clientes de los servicios finales¹. Las industrias de redes necesitan grandes inversiones. Los costes fijos, a veces enterrados (*sunk*), se amortizarán más fácilmente cuanto mayor sea el número de clientes servidos por esa red o cuanto mayor sea el volumen de servicios que transitan a lo largo de la red. De este hecho surge el primer componente económico básico de las redes: la posibilidad de explotar importantes economías de escala dado que, una vez instalada la red, dar acceso adicional a servicios o consumidores adicionales tiene un coste variable decreciente. Además, existe otro elemento adicional que hace que la red aumente de valor

* HERGUERA agradece el apoyo financiero prestado por el proyecto UCM6PR64/9968506, «Coordinación de políticas económicas en la Unión Europea» de la Universidad Complutense de Madrid.

¹ Las industrias de redes se caracterizan por ofrecer el servicio o bien final a los consumidores a través de una infraestructura de red la cual une a los oferentes de los servicios con los demandantes, o clientes, de los mismos. Para una caracterización de este tipo de industrias más específica ver, por ejemplo, Comisión Europea (1999b).

cuanto mayor sea el número de consumidores conectados a ella: la existencia, a menudo, de economías de red. Esto es, incrementos en el valor para cada usuario que se conecte a la red a medida que aumenta el número de clientes conectados a la misma. Esta externalidad hace que el valor de una red para la sociedad, y para la empresa propietaria de la infraestructura, aumente con el tamaño y uso de la misma.

Al mismo tiempo que los sectores mencionados se liberalizan, se debe garantizar la libre entrada de las empresas. En términos de competencia, en las industrias de red a menudo surge un problema adicional importante: la red o la infraestructura es propiedad de un operador verticalmente integrado y, al mismo tiempo, la red es un *input* o componente esencial para la prestación de servicios finales por parte de nuevos operadores. Por tanto, desde la perspectiva de la defensa y la promoción de la competencia, la primera tarea importante que debe acometerse en estas industrias es la separación entre el negocio de la infraestructura y el negocio (o negocios) que se prestan a lo largo de la propia infraestructura, dado que es muy posible que, al menos a corto plazo, puedan surgir muchos oferentes de servicios finales mientras que ningún agente esté dispuesto a instalar una red alternativa a la ya existente. En este contexto, la regulación, los órganos reguladores sectoriales y las autoridades de defensa de la competencia deben garantizar el uso de las redes a cualquier nuevo entrante en condiciones no discriminatorias.

2. LAS INDUSTRIAS DE REDES Y LA COMPETENCIA

Durante mucho tiempo los economistas hemos defendido que el monopolio, o el oligopolio, era la estructura de mercado característica de los sectores donde las grandes infraestructuras eran indispensables para la prestación de servicios fundamentales: agua, gas, telecomunicaciones, electricidad, transporte ferroviario, por ejemplo. Para ello se empleaban argumentos económicos, a los cuales se hará referencia más adelante, y razones de política pública. En efecto, se aceptaba que muchos de estos servicios debían ser ofrecidos en condiciones asequibles para todos y a precios uniformes porque se suponía que se trataba de sectores que actuaban como locomotoras del crecimiento y de la innovación en la economía. La actividad, por tanto, de estas actividades se llevaba a cabo mediante la creación de monopolios, en general de carácter público, para un mejor control de las empresas y de sus resultados económicos.

A partir de los años ochenta, en el Reino Unido y, más tarde, en otros países, el citado modelo de monopolio se rompe por varias razones. En primer lugar, porque las economías nacionales son más interdependientes como consecuencia de los procesos de integración económica regional (Unión Europea, NAFTA, Mercosur, por ejemplo). En efecto, los procesos de integración económica (en particular, el mercado interior en la Unión Europea) hacían insostenible que los mercados operaran

eficientemente con la presencia de grandes monopolios protegidos de la competencia que, en muchos casos, arrastraban ineficiencias heredadas del pasado. El proyecto del mercado interior en la Unión Europea (UE) sólo podía ser creíble si los gobiernos también se comprometían a garantizar que los operadores económicos pudieran obtener las ganancias del comercio libre en estos sectores de red. El compromiso supone impulsar un cambio radical en su organización. Y, en segundo lugar, no debe olvidarse que en algunos sectores la innovación tecnológica es tan veloz que, ya en los años ochenta, cada vez era mayor el número de economistas que pensaban que la mejor solución era dejar en manos de la iniciativa privada la libre introducción de las innovaciones en los procesos productivos y el mercado.

También estaba claro que si estos sectores de servicios públicos debían ser liberalizados, el Estado, en muchos casos accionista mayoritario de las empresas, no podía ser a la vez juez (regulador) y parte (empresa regulada) del proceso². En consecuencia, se decidió, a ritmos e intensidades diferentes en cada país de la UE, que el Estado debía privatizar, paso a paso y sin demasiadas prisas, estas empresas, como así ha ocurrido en la mayoría de los casos, o, al menos, debía mantener una independencia inequívoca entre la función del regulador y las funciones correspondientes a la empresa del sector afectado. En el caso español el modelo básico ha consistido, en primer lugar, en privatizar la empresa objetivo y, después, liberalizar el sector y dejar libre la entrada en el mercado a nuevos operadores económicos.

Sin embargo, pese a que este procedimiento ha dado buenos resultados desde la perspectiva de la privatización, parece oportuno plantear un orden secuencial distinto con el fin de obtener mejores resultados globales. Desde esta perspectiva, las autoridades encargadas de velar por un mercado competitivo han sugerido la oportunidad de que la liberalización preceda a la privatización de las empresas públicas. Tal como expresó el Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC) (1994) «lo que produce el beneficio de aumentar la eficiencia es la introducción de la competencia y no la privatización, como bien prueban algunas experiencias extranjeras en las que se ha privatizado sin introducir competencia y la conducta del monopolista privado ha sido igual o peor que la que tenía antes el monopolio público».

Pero la apertura de estos sectores a la competencia no implica la entrada de nuevos agentes en todos los sectores o actividades. Existen actividades que, por la cuantía y naturaleza de las inversiones iniciales

² El Tribunal de Defensa de la Competencia (1994) sostuvo que: «Difícilmente se puede avanzar en la desmonopolización de los sectores de servicios si no se afronta a la mayor brevedad posible la cuestión de la separación entre los reguladores —la Administración— y los regulados —las empresas— que disfrutan del monopolio o de las restricciones. Por expresarlo gráficamente, esta recomendación tiene el mismo fundamento que el principio de que el árbitro de un juego nunca debe formar parte de un equipo de los que disputan una competición. No se puede ser a la vez el regulador —el que propone o aplica las normas— y formar parte de uno de los equipos.»

necesarias, hacen que la entrada de agentes adicionales no sea atractiva desde un punto de vista individual o social. A estas actividades se las denomina monopolios naturales, justificados en determinadas circunstancias.

Un ejemplo de monopolio natural, hoy por hoy, dada una tecnología, una dimensión y una densidad de mercado constantes, es el transporte de alta tensión de electricidad. Y se entiende que dicho mercado es un monopolio natural porque aunque se dejara libre la entrada a nuevos operadores con una red de alta tensión alternativa a la existente, ningún agente privado entraría efectivamente en el sector porque su decisión conllevaría pérdidas. En efecto, los altos costes fijos exigidos a cualquier operador en la instalación de la red son tan elevados que cualquier incremento adicional del servicio se traduce en una reducción del coste medio de prestación del mismo. En otros términos, la red instalada disfruta de economías de escala para todo el tramo de *output* relevante. Éste es el caso más sencillo de monopolio natural dado que la red no se satura nunca y se trata de una empresa que sólo ofrece un tipo de bien.

También puede hacerse referencia a determinados mercados en los que operan un número reducido de empresas. En este caso puede sostenerse que el oligopolio natural emerge cuando las economías de escala son importantes a nivel de planta, pero no es posible satisfacer toda la demanda mediante la producción en una sola planta. Este caso es característico de industrias donde los costes de I + D son muy altos o las características de las infraestructuras hacen que tan sólo puedan coexistir un número reducido de empresas (oligopolísticas) en el mercado.

La existencia de oligopolios naturales en la generación de electricidad ha sido un hecho aceptado hasta hace dos décadas y el argumento básico para su defensa se apoyaba en las economías de escala existentes a nivel de planta. Las tecnologías utilizadas en la generación de electricidad hasta los años ochenta se basaban en el carbón, el petróleo, el agua o la energía nuclear. Tales tecnologías implicaban un tamaño mínimo eficiente por planta de generación muy elevado con respecto a la demanda suministrada. El análisis del sector revela que si se consideran las distintas curvas de costes medios en forma de U a lo largo del tiempo para una central eléctrica de tamaño medio, el comportamiento de los operadores económicos se desplazaba, en el período 1950-1980, hacia mayores niveles de producción de electricidad para explotar las economías de escala y, en consecuencia, reducir sus costes unitarios. Pero, en los años noventa, la posibilidad de producir electricidad mediante centrales de ciclo combinado ha modificado la situación de forma significativa. En efecto, dicha tecnología permite la utilización del gas como fuente primaria y la dimensión de las plantas generadoras puede reducirse considerablemente. De este modo, ahora, es posible producir energía con plantas de menor dimensión³ y con costes unitarios significativamente inferiores a los

³ Y, en consecuencia, mucho más repartidas en el territorio.

correspondientes a las antiguas centrales y tecnologías. Este hecho es relevante dado que, con el transcurso del tiempo, el progreso tecnológico ha contribuido a reducir el tamaño necesario para alcanzar las economías de escala a nivel de planta a explotar por el generador. Ahora, para una cantidad demandada fija, caben muchas más empresas generadoras. Si hace una década el reducido número posible de operadores dificultaba la creación de un mercado en la generación, ahora esta barrera ha desaparecido.

Otra justificación económica en relación con el monopolio natural se basa en el hecho de que muchas de las empresas que operan en sectores de red son empresas multi-producto; esto es, tales empresas ofrecen una gama de servicios no relacionados entre sí vía demanda, pero disfrutan de algunos costes, comunes y compartidos, importantes. BAUMOL, PANZAR y WILLIG (1982) propusieron el concepto de subaditividad de costes, que no es sino una propiedad matemática de una función general de costes. Dichos autores defendían la existencia de un monopolio natural, sobre la base de razones de eficiencia global, cuando toda una gama relevante de servicios podían ser ofrecidos por una sola empresa, dado que dicha oferta se traduce en costes totales inferiores a los costes totales en los que incurrirían muchas empresas si cada una de ellas ofreciera simultáneamente tan sólo un subconjunto de los servicios de interés. Dado que en el cómputo de la subaditividad se tiene en cuenta la existencia de costes comunes y compartidos y, también, de sinergias potenciales en la provisión simultánea de varios servicios, este concepto de sinergia de costes es más amplio que el de economías de escala, que se centra en las sinergias derivadas del tamaño de una línea de servicio concreta y aislada.

En cualquier caso, la aplicación del concepto de subaditividad genera problemas empíricos importantes. Su estimación es difícil y el argumento puede ser utilizado para encubrir un proteccionismo negativo para los consumidores. Una mirada a lo que está ocurriendo en el sector de las telecomunicaciones revela que estas sinergias no parecen tan significativas en la actualidad. En este sector se observa la entrada continua de nuevos operadores en muchos segmentos del negocio. A pesar de que los entrantes deben realizar importantes inversiones iniciales de carácter enterrado se observa que a los pocos años de funcionamiento, y con cuotas de mercado no muy altas, comienzan a obtener beneficios positivos. Si las sinergias en costes fueran tan importantes como para justificar el monopolio, los nuevos entrantes nunca cubrirían sus costes iniciales de inversión ya que el mercado no les dejaría espacio para recuperarlos.

Para ofrecer los servicios no es necesario poseer o instalar una red nueva. Tan sólo es necesario disponer del uso de una red ya existente. Ciertamente, si el entrante no quiere desplegar su propia red necesitará utilizar la red de la empresa establecida. El operador establecido es un operador multi-producto que comparte una inversión (la propia red) con todos los servicios que ofrece a lo largo de ella y que, además, posee

algo que los entrantes inicialmente no tienen pero que es fundamental para poder ofrecer servicios finales: la red misma. Cuando un *input* es fundamental para la mera existencia de las empresas en el sector, a este *input* se le denomina facilidad o componente esencial (*essential facility*). Sin acceso a este componente, los nuevos operadores no podrían siquiera entrar en la industria. Y este componente, además, tiene, en general, la característica de suponer una alta inversión fija inicial.

Es muy útil distinguir entre la red en sí misma y los servicios ofrecidos a lo largo de esa red⁴. En el sector eléctrico, por ejemplo, el componente esencial es la red de alta tensión, que se encuentra separada de los agentes del sector. La red de distribución, propiedad de los distintos generadores, es también un recurso esencial en cuanto que los nuevos comercializadores de electricidad la necesitan para hacer efectivos sus contratos con el cliente final. En el sector del gas, la red gasística básica, la red de distribución, y las facilidades de regasificación son propiedad del operador establecido, Gas Natural, y se trata, hoy por hoy, de componentes esenciales que la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos (LH), abre al uso de terceros. En el sector del ferrocarril, por ejemplo, el recurso esencial es la red misma.

El regulador tiene planteado un problema difícil: debe delimitar en qué actividades no es previsible que tenga lugar la entrada de nuevos operadores en un plazo de tiempo relevante y qué actividades responderán rápidamente a la entrada libre. Esta delimitación es fundamental y en cada proceso liberalizador se ha hecho de un modo más o menos explícito al regular las distintas actividades dentro de cada industria.

La existencia de monopolio natural argumentada junto con el concepto de subaditividad supone que la tecnología está dada. Pero la tecnología, al menos en algunas de las actividades citadas, no está dada en absoluto. Más bien se trata de algo muy cambiante y de un factor que las propias empresas pueden y tienden a mejorar. Todo ello sin olvidar que las innovaciones contribuyen a que un segmento operado en régimen de monopolio natural se convierta en una actividad atractiva que induzca la entrada de nuevos operadores con tecnologías alternativas. En el primer negocio (la infraestructura en sí misma) puede haber competencia, siquiera entre algunos pocos rivales, allí donde exista innovación y donde la aparición de nuevas redes y tecnologías es posible y económicamente deseable para todos. El ejemplo más claro lo ofrecen las empresas de telecomunicaciones. En efecto, se está observando cómo los nuevos operadores construyen nuevas infraestructuras (móviles, fijas, cable) a través de las cuales pueden prestar los mismos servicios que mediante el uso de la infraestructura históricamente establecida. Lo relevante en este punto es la promoción de la competencia entre redes distintas, entre tecnologías con características de costes muy diferentes. Hay

⁴ De hecho, éste fue el enfoque inicial al proceso liberalizador por parte de la Comisión Europea para el sector de las telecomunicaciones.

actividades, en cambio, donde junto a una red ya desplegada no hay grandes innovaciones. En este caso, desde la perspectiva económica no tiene sentido instalar una nueva red dada, en primer lugar, la duplicidad de gastos o recursos de carácter enterrado que ello supondría, y, en segundo lugar, porque una sola red puede abastecer a todo el mercado y a menores costes. Un ejemplo claro de esta cuestión es la red de alta tensión de electricidad en un país concreto o la red gasística primaria.

Este hecho tiene importantes implicaciones económicas: si ningún agente privado está interesado en entrar en el mercado y no sería eficiente que tal conducta tuviese lugar, entonces esta actividad se encuentra en monopolio natural. Tal supuesto puede muy bien deberse a razones puramente de costes o de tecnología. En estas circunstancias, el monopolio natural sería óptimo desde el punto de vista social.

Tanto en España como en la UE, en general, la liberalización de estos sectores de servicios públicos se ha desarrollado manteniendo intacta la estructura de activos del operador histórico. Esto es, se ha consentido la presencia en el mercado de un operador (o unos pocos) de gran tamaño *integrado verticalmente*. Este operador posee, por tanto, no sólo la capacidad de transportar sus servicios por la red, que es suya, sino también la capacidad de proveer o crear servicios que se transportan hasta el cliente final. El problema, en este caso, es que el regulador de estos sectores se plantea la promoción de la competencia partiendo de una situación en donde un (o unos pocos) operadores se encuentran verticalmente integrados, existiendo un grado de concentración muy elevado y donde, en general, el operador establecido cuenta con un componente esencial en propiedad (la red de distribución) que, desde la perspectiva de la eficiencia económica, es fundamental que se abra a los entrantes en unos términos que no les deje en peor posición competitiva respecto a la empresa establecida. En estas circunstancias, el regulador debe regular ciertos precios y condiciones de transición hacia un entorno de competencia. Pero en la determinación de los precios y otras condiciones debe emular al mercado, ya que, a corto plazo, no existen alternativas en la provisión de ese componente esencial. El objetivo a corto plazo es la promoción de la entrada de nuevos operadores para lo cual las autoridades, en ocasiones, se han inclinado a favor de la llamada regulación asimétrica. Esto es, la imposición de obligaciones desiguales a los operadores, diferenciando si éstos tienen o no posición de dominio o son propietarios de un componente esencial en la industria.

En España, un aspecto importante en estos procesos de liberalización ha sido el llamado período transitorio durante el cual las autoridades reguladoras sectoriales y el propio TDC tienen una responsabilidad más directa en la actividad del sector. Se trata de un período en el que, a menudo, la regulación o la política de defensa de la competencia, en su caso, tiene como prioridad la creación de las condiciones de entrada y de competencia que existirían en un mercado más o menos perfecto,

pero en unas circunstancias donde el mercado aún no existe o es incipiente ⁵.

3. ASPECTOS MÁS RELEVANTES DEL PROCESO LIBERALIZADOR Y LA REGULACIÓN POSTERIOR: LA DESINTEGRACIÓN VERTICAL Y EL PROBLEMA DEL ACCESO

Con el fin de regular la competencia en el mercado y asegurar que las actividades se lleven a cabo de acuerdo con los principios de la libre y leal competencia, aquellas actividades en las que se considere que la entrada de nuevos operadores no va a tener lugar, y que al mismo tiempo sean actividades fundamentales para todos los agentes involucrados en el sector, deben ser reguladas por una autoridad sectorial independiente, y controlada por autoridades, también independientes, responsables de la defensa de la competencia.

En este apartado se analiza, en relación con algunas industrias de red, la regulación existente en relación con la desintegración vertical y el acceso o interconexión.

A. EL PROBLEMA DEL ACCESO O INTERCONEXIÓN

La integración vertical del operador establecido plantea un problema importante en relación con la regulación y la salvaguardia de la competencia posterior. El operador tradicional mantiene en su propiedad tanto la red, muy a menudo un componente esencial, que, desde la perspectiva de la promoción de la competencia, debe ser facilitada a cualquier entrante, como los servicios que se prestan a lo largo de la red. Como el componente esencial será demandado por cualquier nuevo entrante, el operador establecido no tiene, en principio, interés alguno en prestar parte de su red a ningún operador dado que dicha conducta supondrá una pérdida de clientes o de negocio final. Si el componente esencial no estuviese regulado, la entrada no sería viable ya que el operador establecido fijaría precios exageradamente altos a sus rivales por el uso del componente o, incluso, se negaría a arrendar esa parte de su red. Por esta razón, y con el fin de que los operadores económicos y los consumidores puedan aprovechar los resultados de la competencia, la regulación de las redes, tanto en las telecomunicaciones como en el gas o en la electricidad (red de baja tensión) por ejemplo, ha establecido el principio de obligación de acceso o de interconexión. Si el poder público

⁵ El TDC (1994) estableció que: «No sólo hay que cambiar lo imprescindible, sino, además, tratar de reducir los costes que surgen en el proceso de cambio. En algunos casos estos costes son mínimos, por lo que lo recomendable es acelerar el proceso. En otros casos estos costes son considerables, pero ello no es razón para aplazar la introducción de competencia, sino para establecerla gradualmente.»

no impusiera esta obligación, la libre voluntad del operador verticalmente integrado nunca conduciría al uso de la red por los nuevos entrantes⁶ con el objetivo de beneficiarse de las rentas de monopolio.

Pero no basta con la obligación de acceso para crear un entorno de competencia. Otro principio común recogido de la experiencia en relación con estos sectores es el de la negociación libre entre las partes para los acuerdos de acceso, en relación con las condiciones del uso del componente esencial propiedad del operador establecido. No es difícil imaginar que el poder de negociación de un entrante *vis à vis* del operador establecido es muy reducido. El operador propietario de la red sabe que la entrada ni siquiera es posible sin el acceso a su red.

Para limitar el poder de negociación del operador verticalmente integrado se utilizan dos instrumentos: la regulación, o control *ex ante*, y la defensa de la competencia, o control *ex post*. Con la regulación se impone al operador integrado un conjunto de obligaciones que hacen que transmita información sobre los costes de operación del tramo de red en monopolio y se comprometa a establecer unos precios de acceso. La regulación limita, además, el poder de negociación del operador integrado al poner restricciones al proceso negociador bilateral. Por ejemplo, en el sector de las telecomunicaciones, cualquier entrante que no esté de acuerdo con las condiciones de acceso ofrecidas por el operador establecido puede recurrir, en cualquier momento, a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT) para que ésta resuelva el conflicto. Esta amenaza de recurrir al órgano regulador sectorial reduce considerablemente las posibilidades de que el operador integrado demore innecesariamente el proceso negociador. Con el análisis *ex-post*, de defensa de la competencia, se pretende controlar aquellos comportamientos del operador establecido que dificulten o impidan la entrada de nuevos agentes en el mercado de los servicios finales.

El poder de negociación por parte del propietario de la red se puede ejercer de distintas maneras: demoras en la negociación del acceso, indefinición de las condiciones técnicas del acceso que hagan que éste no sea practicable, precios y condiciones de contratación abusivas, o el alquiler de toda una gama de servicios que no son demandados por los entrantes (*bundling*).

En la regulación del acceso/interconexión de estas industrias en España se han detectado tres principios relevantes comunes en relación con los precios de acceso. En primer lugar, los precios deben fijarse de modo transparente, debiéndose publicar con antelación; en segundo lugar, deben ser objetivos (orientados a costes); y, por último, los precios no

⁶ Se entiende que estas conductas cierran el mercado (*market foreclosure*) y pretenden trasladar el poder de mercado del que disfruta la empresa en un segmento regulado al sector en competencia. Sobre la doctrina de los *essential facilities* y *market foreclosure* ver MCAFEE y SCHWARTZ (1993). Para una aplicación del concepto de componente esencial y sus limitaciones ver HAUSMAN y SIDAK (2000).

deben ser discriminatorios. En este caso debe seguirse el principio de reciprocidad según el cual el operador integrado debe aplicar a cualquier operador las mismas condiciones de acceso que se aplica a sí mismo en la prestación del servicio esencial ⁷.

Estos principios regulatorios evitan el riesgo de abuso de la posición de dominio de que disfruta inicialmente el operador integrado e impiden el desarrollo de conductas de cierre del mercado o la elevación artificial de los costes operativos de los rivales.

En el cuadro 1 se resumen los principios reguladores que se aplican al acceso de terceros en las industrias españolas de red.

CUADRO 1

SÍNTESIS DE LOS PRINCIPIOS REGULADORES APLICADOS AL ACCESO DE TERCEROS/INTERCONEXIÓN EN LAS DISTINTAS INDUSTRIAS DE RED EN ESPAÑA

	<i>Telecomunicaciones</i>	<i>Distribución de electricidad</i>	<i>Gas</i>
Regulación del acceso	Sí	Sí	Sí
Criterios basados en...	Coste incremental	Costes históricos	
Criterios públicos *	En preparación	No	No
Facilitan la entrada	Sí		
Separación jurídica de actividades	Sí	Sí	No
Principio de no discriminación	Sí	Sí	Sí
Principio de transparencia	Sí	Sí	Sí
Tarifas máximas	Sí	Sí	Sí
Reciprocidad internacional	No	Sí	Sí
Capacidad de negar el acceso por el operador dominante	No	Sí	Sí

* Se refiere a la publicación de principios contables homogéneos de aplicación a la actividad del componente esencial válidos para cualquier actividad regulada.

⁷ Este principio elimina las ventajas del propietario de una red de establecer el precio de interconexión antes que los rivales (elimina la ventaja de mover primero) cuando existen dos o más redes.

B. EL ACCESO EN LAS DISTINTAS INDUSTRIAS

a) *Sector eléctrico*

La Ley española del Sector Eléctrico (Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico) establece claramente la separación contable y jurídica entre las distintas actividades del sector: generación, transporte, distribución y comercialización. La primera y la última actividad están liberalizadas. El transporte y la distribución se entiende que son monopolios naturales y están sometidos a una regulación más estricta.

El TDC (1994) ha emitido recomendaciones en relación con la liberalización del sector eléctrico⁸. En especial, resaltó la importancia de la separación de las actividades de generación, distribución y comercialización. La Ley 54/1997 establece la separación entre las actividades reguladas (transporte y distribución) y las actividades no reguladas (generación y comercialización) mediante el ejercicio de estas actividades por personas jurídicas independientes.

Para que la separación vertical fuera real el TDC también recomendó la aprobación de un sistema de retribución de los costes de las distintas actividades. El Real Decreto 2819/1998 determina la retribución de las actividades reguladas. La primera actividad, el transporte, en España se lleva a cabo por Red Eléctrica Española, empresa independiente de los demás agentes por lo que no plantea problemas de competencia. Pero con respecto a la distribución, la Comisión Nacional de la Energía (CNE) ha realizado cálculos sobre la base de un modelo de tarificación que presenta muchos puntos de interés⁹. A pesar de que este modelo no ha sido aplicado, se trata de un proyecto en el que la regulación de precios de acceso a la red de distribución será importante para garantizar la libre entrada de nuevos comercializadores.

En cuanto a la dimensión horizontal, el proceso liberalizador del sector se ha visto acompañado por un incremento notable de la concentración tanto en el segmento de la generación como en el de la distribución. En el año 1998 se permitió la adquisición del control de Sevillana y de Fecsa por parte de Endesa. En este caso el índice de concentración

⁸ Para una evaluación del cumplimiento de sus recomendaciones ver Tribunal de Defensa de la Competencia (1995).

⁹ En efecto, partiendo de un modelo de red de distribución ideal, mediante el cálculo de los distintos componentes de costes correspondientes, se compara esta red ideal con la existente en la realidad. A continuación, se adaptan los cálculos de costes de la red ideal a aquellos componentes divergentes de la red real que se supone que tiene razones históricas o geográficas de existencia. De este modo, se determinan los costes del acceso y uso de la red. Este modelo tiene grandes atractivos, en especial para un tramo de red donde no se esperan grandes innovaciones tecnológicas a corto plazo, pero también tiene dificultades de cálculo y de aplicación.

Hirschman-Herfindahl (HH) calculado para el segmento de la generación ¹⁰ pasó de un valor de 1.732 antes de la concentración a un valor de 3.140 después de la misma. Este cambio es equivalente a pasar de una estructura de mercado compuesta por casi seis empresas de igual tamaño a una estructura donde sólo tres empresas simétricas son activas. Se trata de un incremento en la concentración muy notable y con posible incidencia en la eficiencia del mercado en su conjunto.

b) Gas

El sector del gas es portador de unas características especiales en cuanto que los condicionantes internacionales pueden limitar el alcance de cualquier reforma regulatoria y de la propia competencia. El sector del gas en España es un monopolio propiedad de Gas Natural quien, a su vez, es la propietaria de la red gasística española. Esta empresa se suministra de gas en varios países con contratos a largo plazo cuya característica principal es la existencia de una cláusula conocida por *take-or-pay*. Esto es, se trata de contratos que aseguran al suministrador de gas (Argelia, Libia, Trinidad-Tobago) la remuneración de la cantidad total demandada independientemente de que el comprador haga uso o no del derecho de compra. Estos contratos, además, implican una relación a largo plazo entre las empresas del país suministrador y la empresa que lo compra, con la inclusión de inversiones de carácter específico (y enterrado) muy altas. Estas inversiones específicas funcionan de hecho como una barrera de entrada, ya que las condiciones de suministro que obtiene una empresa como Gas Natural realizando inversiones importantes en el país de origen del gas no pueden ser las mismas que las condiciones de suministro que podría alcanzar un nuevo entrante que difícilmente demandará un volumen de gas tan elevado como el demandado por la empresa existente (dominante) y, además, no se ve obligado a realizar inversiones específicas de ningún tipo.

También es cierto que los contratos *take or pay* implican unos riesgos que pueden evitar los comercializadores potenciales. Se trata de riesgos relacionados con los países de origen del gas, los cambios regulatorios, o los cambios en los precios o las cantidades demandadas a largo plazo.

La LH contempla cierta división de actividades pero «proporciona un tratamiento integrado a una industria verticalmente articulada». El plazo establecido por la Ley para la entrada de nuevos operadores que puedan acceder a las actividades de regasificación, almacenamiento, transporte y distribución en régimen de autorización administrativa es, en contra de lo recomendado por el TDC, de diez años. Esto retrasará la entrada de nuevos comercializadores de gas en España. El TDC, por otra parte,

¹⁰ Semejantes niveles de concentración se obtienen si se utilizan para el cálculo del índice HH las cuotas de mercado en la fase de distribución. Se obtienen entonces un valor de HH de 2.098 antes de la concentración y un índice de 3.606 después de la misma.

sugirió una solución alternativa consistente en no atribuir la reserva del mercado al Gestor del sistema de forma permanente, sino durante un período transitorio cuya duración pudiera ser modulada por el Gobierno.

Las recomendaciones del TDC en cuanto a la separación de actividades del sector del gas fueron las siguientes. En primer lugar, la separación entre la propiedad y la gestión de la red básica de transporte. La LH mantiene, por contra, la gestión de la red en manos de los propietarios de la red. En segundo lugar, la separación jurídica de las actividades de adquisición, almacenamiento y regasificación de las actividades de transporte, comercialización y distribución. Pero esta recomendación tampoco ha sido puesta en práctica por la reciente Ley, la cual establece tan sólo una separación jurídica de la actividad de comercialización del resto de actividades y una separación contable entre las restantes actividades. Y, en tercer lugar, el acceso a las redes de transporte y distribución de los distribuidores, comercializadores y clientes cualificados para facilitar el autosuministro. Sin embargo, la regulación vigente establece que los distribuidores no tienen acceso directo a la red de transporte y tienen que adquirir el gas a los transportistas.

En relación con la separación de actividades, el artículo 63 de la Ley establece claramente que la actividad de comercialización debe estar jurídicamente separada de las restantes actividades, dado que es esta actividad la que entra directamente en competencia «a fin de evitar discriminaciones, subvenciones entre las actividades distintas y distorsiones de la competencia». Pero la Ley no obliga a la separación jurídica de todas las demás actividades del sector (regasificación, transporte, almacenamiento y distribución), imponiendo tan sólo la obligación de llevar cuentas separadas dentro de un mismo grupo. En consecuencia, existe la posibilidad de que el operador dominante realice subsidios cruzados o conductas dirigidas al cierre del mercado.

En cuanto al acceso de terceros a la red gasística conviene distinguir, como hace la Ley, entre las distintas partes de la red: red básica de gas, redes de transporte secundario, redes de distribución y demás instalaciones complementarias. La Ley diferencia las actividades reguladas en el sector (regasificación, almacenamiento estratégico, transporte y distribución) de las actividades en competencia (comercialización, importación, exportación, fabricación). En relación con el acceso, según el artículo 60 de la Ley, «se garantiza el acceso de terceros a las instalaciones de la red básica y a las instalaciones de transporte y distribución en condiciones técnicas y económicas establecidas en la presente Ley. El precio por el uso de estas instalaciones vendrá determinado por un peaje aprobado por el Gobierno».

Los titulares de las instalaciones monopolistas de regasificación, transporte y almacenamiento de gas natural deberán «facilitar el uso de sus instalaciones... y admitir la utilización de todas sus instalaciones para todos los sujetos autorizados, en condiciones no discriminatorias... y e) celebrar contratos de regasificación, almacenamiento y transporte con

quienes tengan derecho de acceso a sus instalaciones» (art. 68). Se trata la regasificación y el almacenamiento como una compraventa esencial.

Para el acceso a las redes de distribución, se exige al titular de la misma que otorgue acceso en condiciones de «no discriminación, de transparencia y objetividad. El precio por el uso de redes de distribución vendrá determinado por los peajes administrativamente aprobados». De acuerdo con el artículo 70.2 de la Ley, el operador podrá denegar el acceso a su red si no dispone de capacidad suficiente en la red y lo motiva ante el entrante. En otras palabras: la gestión de la red de gas está en manos del operador dominante del sector y esto puede conducir a abusos claros de posición de dominio. El propio TDC ha recomendado la separación de la gestión de la red de otras actividades porque garantizaría unas condiciones de competencia más igualitarias para todos los posibles agentes operadores. Se trata de una cuestión fundamental. En efecto, como se verá al analizar el sector de las telecomunicaciones, en un conflicto entre 3C Communications y Telefónica, cuando esta última empresa denegó o retrasó la posibilidad de utilizar líneas telefónicas por 3C con el argumento de que los equipos de esta empresa carecían de la oportuna homologación administrativa, el TDC, de acuerdo con el análisis efectuado en casos semejantes planteados en otros países de la UE, determinó que nunca un operador dominante puede apropiarse el derecho de denegar el acceso a una red esencial a un competidor. El operador dominante tan sólo puede verificar que el acceso no pone en peligro el mantenimiento y la seguridad de la red. En el caso de que el propietario de la red considere que el operador entrante puede causar problemas a la misma debe comunicarlo al órgano regulador sectorial y será éste quien tome las decisiones oportunas. Pero dejar en manos del operador dominante la decisión de dar o no acceso a su propia red a sus rivales es dotarle de un gran poder de mercado del que puede hacer uso según le interese. No parece coherente con la apertura de los mercados conceder la llave de la entrada de nuevos operadores a la empresa que posee los clientes, la red y el dominio del mercado desde el inicio.

Otro motivo de denegación del acceso, previa conformidad de la CMT, se basa en el principio de reciprocidad internacional. En efecto, si la empresa que solicita el acceso procede de un país que no ha reconocido el mismo derecho de paso por la red del operador establecido a empresas extranjeras, el operador vertical español puede denegarle el acceso a esta empresa por falta de reciprocidad a nivel institucional. Aunque este principio puede ser útil en las negociaciones de comercio y liberalización de mercados a nivel internacional, no se justifica desde el punto de vista del análisis económico que se imponga como restricción porque limita considerablemente los beneficios derivados de la liberalización del mercado y del incremento de competencia tanto en los componentes como en los servicios finales.

En el mercado del gas el Gobierno aprueba peajes máximos. A partir de estos peajes los distribuidores y los transportistas deberán comunicar

al Ministerio los que efectivamente cobren a sus clientes. Se establece el principio de obligación de dar acceso, así como que los titulares de las instalaciones deberán permitir su utilización «a los consumidores cualificados, comercializadores y a los transportistas que cumplan... mediante la contratación separada o conjunta de los servicios de transporte, regasificación y almacenamiento, sobre la base de principios de no discriminación, transparencia y objetividad» (art. 70).

c) *Petróleo*

Las actividades de refino, transporte, almacenamiento, distribución y comercialización de productos petrolíferos se liberalizaron por la misma LH que regula el sector del gas. La Ley suprime el régimen de autorizaciones, manteniéndose tan sólo ciertas restricciones para los operadores al por mayor.

En cuanto al acceso de terceros a la red de transporte, el artículo 41 de la Ley establece claramente los criterios antes mencionados de apertura de la infraestructura monopolizada a potenciales entrantes: «los titulares de instalaciones fijas de almacenamiento y transporte de productos petrolíferos... deberán permitir el acceso de terceros mediante un procedimiento negociado, en condiciones técnicas y económicas no discriminatorias, transparentes y objetivas, aplicando precios que deberán hacer públicos», estableciéndose, además, que para cualquier conflicto relacionado con el acceso a las redes la CMT será el órgano competente para la resolución del conflicto.

Hay tres supuestos según los cuales el titular de la red de transporte puede denegar el acceso de un tercero directamente: *a)* cuando no exista capacidad disponible; *b)* cuando el tercero no se encuentre al corriente del pago de obligaciones pasadas, y *c)* cuando el tercero es un operador de otro país con el que España no tenga reconocidos derechos semejantes de acceso a la red básica (principio de reciprocidad internacional).

Desde la perspectiva de la promoción de la competencia ninguno de estos tres criterios de denegación es necesario: si no hay capacidad en la red para dar entrada a un tercero, debe ser el órgano regulador quien lo determine pero nunca el operador dominante debería ser la instancia que denegara directamente el acceso a su red¹¹. Si el tercero tiene pagos pendientes con el operador de la red, el problema debe resolverse ante los órganos judiciales competentes, pero nunca denegándole el acceso. Como se ha indicado en el caso del gas, el principio de la reciprocidad internacional es un buen criterio de presión para la liberalización del sector, pero no puede invocarse desde la perspectiva del análisis económico.

¹¹ En relación con esta cuestión ver la Resolución correspondiente al expediente 350/1994, Teléfonos en Aeropuertos, referida al sector de las telecomunicaciones.

d) *Transporte ferroviario*

En muchos países se ha planteado la separación entre la gestión de la infraestructura ferroviaria y la explotación de los distintos servicios de transporte (urbano, suburbano, regional e internacional). Se trata del modelo británico aplicado también en Alemania, Suecia y Holanda. Un modelo alternativo supone la separación por mercados, como se pensó en un principio en el caso de RENFE, cediendo la explotación de las líneas de Alta Velocidad a otro operador privado. Finalmente, se optó por el modelo británico, recomendado por el TDC.

Las recomendaciones del TDC para la desintegración vertical del transporte ferroviario fueron las siguientes. En primer lugar, la separación de los operadores de la infraestructura y de los servicios de transporte. La Ley 13/1996 de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social creó el Ente Público GIF, que se encarga de la gestión de las infraestructuras ferroviarias. En el último contrato-programa de RENFE con el Estado se transfiere a GIF la gestión de la infraestructura. En segundo lugar, la entrada de nuevos operadores de servicios de transporte. Los operadores que en el futuro compitan con RENFE deberán pagar a GIF un canon que, junto con las aportaciones de fondos públicos, servirán para mantener y desarrollar la red. Y, por último, la liberalización de la tracción ferroviaria que se admite en el nuevo Estatuto de RENFE.

Pero la desintegración vertical no es el único modo de garantizar un contexto de competencia. La desintegración horizontal también puede ser de mucha ayuda. El TDC a este respecto recomienda la concesión a una empresa distinta de RENFE de un corredor de transporte ferroviario de largo recorrido, o bien la concesión de una línea de transporte de cercanías¹².

e) *Telecomunicaciones*

Se trata de un sector muy dinámico, con una fuerte innovación tecnológica y rápida incorporación de la misma. Su oferta consiste en un servicio escasamente diferenciado y donde las cuotas de mercado pueden cambiar con relativa rapidez. La liberalización se desarrolló, al igual que en los demás países de la UE, manteniendo al operador tradicional verticalmente integrado. Se mantuvo en propiedad del operador histórico el bucle local, considerado un cuello de botella muy regulado. Los efectos de la liberalización del sector se han dejado sentir rápidamente, ya que al año de abrirse el mercado el segundo operador en el sector de la telefonía fija ya había conseguido algo más del 5 por 100 de cuota de mercado (medida en clientes). En el sector de la telefonía móvil existen

¹² Se está estudiando la creación de empresas mixtas de largo recorrido y es muy probable que la última medida sea llevada a la práctica en la Comunidad de Madrid.

en la actualidad tres empresas rivales, pero ya a finales de 1998, con tan sólo dos operadores, el segundo operador, Airtel, disfrutaba del 24 por 100 de la cuota de mercado, porcentaje que se ha incrementado en más de diez puntos porcentuales un año más tarde. Dadas las elevadas tasas de crecimiento de la telefonía, en especial la móvil, los nuevos operadores en pocos años han recuperado gran parte de las inversiones realizadas inicialmente e incluso obtienen beneficios.

La liberalización de este sector se ha llevado a cabo manteniendo verticalmente integrado al operador histórico y dominante en casi todos los servicios. En algunos aspectos la regulación española se puede considerar asimétrica en ambas direcciones. Por un lado, es cierto que a la Compañía Telefónica, operador histórico, se le ha definido por la CMT como operador dominante en casi todos los segmentos donde opera. Este hecho conlleva una serie de obligaciones y restricciones importantes en cuanto a su comportamiento y publicidad de sus acciones. Pero, por otro lado, es cierto que en los procesos de apertura de nuevos mercados (i. e., telefonía móvil GSM, UMTS y el sector del cable), a la Compañía Telefónica se le ha concedido la licencia sin contrapartida económica o el derecho a operar en el segmento relevante sin tener que concursar por una de las licencias (cable).

La regulación de las telecomunicaciones es, sin duda, la más y mejor desarrollada para solucionar el problema del acceso/interconexión. La tarifa de interconexión se fijó sobre la base del coste incremental a largo plazo, para lo cual la CMT y el Ministerio de Fomento se apoyaron en la Recomendación de la Comisión Europea¹³ y en la práctica existente en casi todos los países de la UE. En la propia Ley de Telecomunicaciones se obliga al operador dominante en el mercado de interconexión a publicar una Oferta de Interconexión de Referencia (OIR) con lo cual se consigue una revelación de los costes (históricos) del operador de ofertar el servicio de interconexión. Adicionalmente, se consigue publicidad y transparencia frente a cualquier entrante que desee alquilar la red de la Compañía Telefónica. A la OIR le siguió una contrapropuesta por parte de la CMT y una decisión final. Este proceso, novedoso y complicado, ha funcionado relativamente bien en España aunque el operador dominante argumenta que las tarifas se han situado en niveles demasiado bajos por lo que se seguirá incurriendo en un déficit de acceso en los próximos años a no ser que las demás tarifas controladas por el Gobierno, en especial la tarifa de conexión y la metropolitana, sean reajustadas en línea con los costes reales.

Comparando las tarifas de interconexión en España con las de otros países de la UE, las primeras se sitúan por debajo de la media. Este hecho plantea dos cuestiones: la primera es positiva, dado que se incentiva la entrada de proveedores de servicios de telecomunicaciones y la compe-

¹³ Coste de prestación eficiente del servicio a largo plazo prospectivo, como establece el Reglamento de Interconexión de 1998.

tencia subsiguiente en los servicios (en especial de larga distancia). La segunda es negativa, dado que el operador propietario de la red puede incurrir en déficits en este tramo de servicio y, probablemente, carezca de incentivos económicos suficientes para una mejora y aumento de calidad en este tramo de red regulado. Otro posible aspecto negativo, todavía no analizado, se deriva del hecho de que unas tarifas de interconexión bajas pueden disuadir la inversión en redes alternativas.

Tanto el Ministerio de Fomento como la CMT y el TDC han desempeñado hasta ahora un papel relevante en la creación y promoción de condiciones competitivas en el sector de las telecomunicaciones en el período de transición hacia la competencia. La necesidad de regular la obligación de la interconexión al operador dominante en condiciones no discriminatorias es clara. Lo que no es tan evidente es el precio y los criterios de fijación de ese precio regulado del componente esencial. La teoría económica ofrece guías para conocer los aspectos positivos y negativos de los distintos modelos de fijación de precios de interconexión. En la UE se ha adoptado el principio de regular el precio de interconexión sobre la base del coste incremental¹⁴. No es éste el único criterio de fijación de precios posible, ya que el precio se puede igualar al coste histórico medio de prestación del servicio, o al coste de prestación solitaria del servicio o se puede establecer sobre la base de la regla de Ramsey. En la UE se ha adoptado el coste incremental porque es el precio del componente que sería el relevante en un mercado en competencia perfecta en donde muchas tecnologías de bucle local compitieran entre sí. El mercado, en este caso tomado como *standard* ideal, remuneraría la interconexión al coste incremental de la mejor tecnología disponible en el mercado. Pero en una situación de apertura del mercado a nuevos entrantes ya se han empezado a establecer dos redes alternativas a la de Telefónica para el bucle local: la tecnología móvil UMTS y el cable. En consecuencia, éste está siendo remunerado en el componente (bucle local) a un precio que se corresponde con una situación de competencia. El objetivo de esta política es claro: inducir la entrada de nuevos agentes, al menos en el sector de prestación de servicios, poniendo en igualdad de condiciones (i. e., de costes) tanto al operador establecido como a los nuevos operadores. El regulador emula el mercado para promover la entrada en condiciones semejantes a las que se darían de existir competencia en la prestación del componente esencial.

4. PROBLEMAS EN RELACIÓN CON LA PROMOCIÓN Y LA DEFENSA DE LA COMPETENCIA

En España, la historia de la competencia en estos sectores de red es breve. Pese a ello, algunas cuestiones relacionadas con el funciona-

¹⁴ Concepto de coste relacionado con el coste marginal a largo plazo. Para un análisis en detalle de los distintos conceptos de coste y modelos económicos aplicados a industrias de red ver HERGUERA (2000).

miento competitivo de los mercados ya han sido analizadas por el propio TDC o por la Comisión sectorial correspondiente. Las comisiones sectoriales comparten con el TDC y con el Servicio de Defensa de la Competencia (SDC)¹⁵ responsabilidades en cuestiones relacionadas con la defensa de la competencia. El papel jugado por el TDC en la promoción de las condiciones de competencia en estas industrias de red ha sido importante tanto por los Informes que ha emitido, en los cuales ha realizado recomendaciones concretas sobre el proceso de liberalización, como por sus Resoluciones. Los casos decididos por el TDC en el período 1993-1999 relacionados con industrias de redes tienen que ver, entre otras cuestiones, con: a) precios o estrategias predatorias; b) colusión/transmisión de información y c) abusos de posición de dominio y negativa de suministro.

A. CONDUCTAS PREDATORIAS

Un caso relevante fue el que enfrentó a British Telecom (BT) y a la Compañía Telefónica¹⁶. BT había solicitado a la Compañía Telefónica el alquiler de líneas internacionales. De acuerdo con la Resolución, Telefónica prestaba en régimen de monopolio los servicios de telefonía vocal básica y los servicios portadores¹⁷ de la mayoría de servicios de telecomunicación, incluido el de alquiler de circuitos privados internacionales. Estos servicios eran indispensables para la prestación de servicios de valor añadido que estaban liberalizados. El precio de las líneas en alquiler se encontraba regulado por distintas disposiciones. El problema surgió cuando BT denunció a Telefónica por la aplicación de tarifas discriminatorias y precios predatorios, condicionamiento de contratos a la aceptación de cláusulas de exclusividad y vinculación de la prestación de servicios en competencia con otros prestados en régimen de monopolio. BT argumentó que se enfrentaba a precios predatorios en tanto que Telefónica estaba imponiendo «condiciones desiguales para prestaciones equivalentes» donde el criterio de diferenciación era el tipo de rival a quien se le alquilaban las líneas y que, además, esta diferenciación en precios tenía el objetivo de expulsarla del mercado de servicios internacionales, ya liberalizado.

Para BT no era necesario que esta actitud predatoria hubiera tenido éxito ya que, como ha establecido el propio TDC, «las prácticas predatorias constituyen en sí mismas una conducta anti-competitiva con independencia de que alcancen o no su objetivo»¹⁸. En la misma Resolución, el

¹⁵ Ver, por ejemplo, la Ley 52/1999, de 28 de diciembre, de Reforma de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (BOE núm. 311, de 29 de diciembre).

¹⁶ Ver Resolución correspondiente al expediente 412/1997, BT/Telefónica, de 21 de enero de 1999.

¹⁷ Hasta el día 6 de noviembre de 1995, fecha en que se concedió a Retevisión el derecho a prestar tales servicios.

¹⁸ Ver Resolución correspondiente al expediente 431/1998, Eléctrica Curòs, de 5 de mayo de 1999.

TDC estableció que una conducta es predatoria «cuando está orientada de forma directa a perjudicar significativamente a uno o varios competidores mediante el empleo de medios, de apariencia competitiva, pero no basados en su mayor eficiencia empresarial, con el objeto de mantener o reforzar una posición de dominio que permita que el sacrificio de beneficios a corto plazo suponga mayores ganancias a medio y largo plazo». La conducta predatoria es un abuso claro de posición de dominio y puede adoptar la forma de precios por debajo de los costes variables, o de publicidad y gastos promocionales con el objetivo de eliminar a un competidor por medio de la utilización de estrategias que en un mercado en competencia no estarían al alcance de las empresas.

En este caso BT acusaba a Telefónica de precios predatorios porque ésta le había ofrecido líneas alquiladas a BT a precios recogidos en una Orden Ministerial mientras que a otros agentes se las había ofrecido a precios menores. Sin embargo, para probar una conducta predatoria el TDC sugiere en su Resolución que es necesario un cálculo de costes para establecer que el precio se encuentra por debajo de los costes variables, a corto o a largo plazo. Dado que el SDC no aportó cálculo de costes de ningún tipo, el TDC estimó que las tarifas reguladas no eran un buen reflejo de costes variables unitarios de prestación de servicio y no quedaba, por tanto, probado que Telefónica hubiera vendido servicio alguno por debajo de costes variables a ninguna empresa. Una tarifa regulada no es un buen indicador de los costes variables subyacentes del servicio; tan sólo es el resultado de un proceso de negociación entre el organismo regulador y la empresa regulada.

Como resultado del análisis efectuado, el TDC declaró acreditada, por una parte, una conducta de abuso de posición de dominio «consistente en aplicar en sus relaciones de servicio condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que colocaba a BT en una situación desventajosa frente a la propia Telefónica, dado que, respecto del servicio de alquiler de circuitos, aplicaba tarifas oficiales a BT, mientras que ofertaba a los miembros de la AMMI¹⁹ (potenciales clientes propios o de sus competidores) condiciones económicas más ventajosas... y, por otra, ... el contrato con la AMMI condicionaba su eficacia a la aceptación de condiciones de exclusividad y vinculaba la prestación de servicios donde podía existir competencia (voz internacional) con otros donde la competencia era mucho más difícil (servicios de voz nacional)».

Es en estas cuestiones donde el control *ex ante* puede justificar el trabajo de las autoridades reguladoras. En el Reino Unido, el regulador sectorial de las telecomunicaciones, OFTEL, regula la interconexión teniendo en cuenta el problema de la información asimétrica entre el regulador, quien no conoce directamente el coste verdadero de prestación de un servicio a regular, y la empresa regulada. Para el establecimiento del precio de interconexión OFTEL ofrece un intervalo cuyo precio inferior es

¹⁹ Asociación de Mediadores del Mercado Monetario Internacional.

calculado de acuerdo con el coste incremental (el mínimo precio posible) y el techo es un concepto de coste de prestación solitaria del servicio. Si ocurre algún conflicto entre operadores y el precio de interconexión se sitúa por debajo del suelo del intervalo, se presume que el precio puede ser predatorio y la carga de la prueba recae sobre el operador dominante. Si, en cambio, el motivo del conflicto es un precio de interconexión que se encuentra en el intervalo permitido, se presume que no es predatorio y para demostrar lo contrario la carga de la prueba recae sobre el entrante.

Este mecanismo regulatorio reduce parcialmente el grave problema de información asimétrica entre un regulador o una autoridad de defensa de la competencia y la empresa dominante, ya que consigue una revelación de costes *ex ante*. Una de las tareas más arduas a las que se puede enfrentar una autoridad de defensa de la competencia es el cálculo preciso de los costes variables unitarios, o costes medios totales, dependiendo del caso a decidir, de un operador con poder de mercado. El volumen de información necesaria para su cálculo es enorme, la calidad de la información debe ser alta y el tiempo necesario para la evaluación es largo. Las estimaciones realizadas por una autoridad de defensa de la competencia es posible que nunca sean tan precisas como los cálculos realizados por una autoridad sectorial que, en general, tiene una mayor dotación de recursos humanos y un conocimiento más preciso del sector específico. La regulación por incentivos puede ayudar a paliar parcialmente esta asimetría informacional por medio de mecanismos como el descrito con la consiguiente ganancia en la resolución de conflictos de competencia que puedan surgir.

La práctica predatoria puede ser llevada a efecto también en otros aspectos distintos al precio. En el caso de *Eléctrica Curós* (EC) contra *Hidroeléctrica del Empordà* (HE)²⁰, la primera acusó a la segunda de práctica predatoria realizada mediante una campaña de promoción selectiva que consistía en regalos de electrodomésticos a los clientes de la empresa rival si éstos cambiaban de suministrador de electricidad. El TDC determinó, en primer lugar, la posición de dominio de la empresa HE. Dada la existencia de barreras a la entrada, el Tribunal estableció que la aplicación de regalos, descuentos o promociones selectivas dirigidas a los clientes de la empresa rival constituían una conducta desleal y que «desde una posición de dominio, todo acto desleal supone una conducta abusiva». El TDC determinó que esta conducta suponía un abuso y atentaba contra el artículo 6 de la LDC dado que HE «desde una posición de dominio ha pretendido eliminar o, al menos, reducir sustancialmente la cuota de mercado de un competidor recurriendo a medios distintos de los que rigen una competencia basada en la eficiencia (el “mérito”)».

²⁰ Ver Resolución 431/1998 citada.

B. COLUSIÓN/TRANSMISIÓN DE INFORMACIÓN

Como las industrias de red se encuentran, en general, muy concentradas, la probabilidad de que los operadores alcancen un acuerdo colusivo (colusión explícita) o converjan independientemente en un comportamiento colusivo (colusión no cooperativa) es elevada. Si además de la concentración se añade el hecho de que todas las empresas, o muchas de ellas, utilizan el mismo componente (la red), y que este componente puede servir de mecanismo de coordinación de planes entre las empresas, la colusión puede ser un problema serio. Si bien es cierto que durante los primeros años de un proceso liberalizador las empresas intentan hacerse con la mayor cuota del mercado posible, sus estrategias son agresivas y la colusión no tiene sentido económico; también es cierto que a medida que el mercado madura la probabilidad de que tenga lugar la colusión aumenta, dado que las conductas agresivas de una empresa encontrarán respuesta en las demás y para una demanda constante tal conducta redundará en menores beneficios para todos los operadores del mercado.

El TDC ha resuelto casos de posibles conductas colusorias que han emergido en formas diferentes.

En el caso de las *Líneas Aéreas*²¹, el TDC declaró como prácticas anti-competitivas contrarias al artículo 1.1 de la LDC los acuerdos inter-línea que habían suscrito Iberia, Spanair y Air España en todas las rutas nacionales. El SDC estableció que estas compañías, que cubrían más del 90 por 100 del tráfico en las rutas objeto del acuerdo, incrementaron sus precios el mismo día. Si cada compañía fija precios distintos y el arbitraje es posible la compañía más cara siempre resulta la más perjudicada por estos acuerdos inter-línea. Para evitar esta posibilidad, los acuerdos suscritos no establecían ninguna compensación monetaria entre compañías, por lo que de este modo introducían un mecanismo de coordinación de precios, ya que ninguna empresa desearía tener precios mayores que las restantes. Mientras el SDC defendía que estos acuerdos atentaban contra el artículo 1.1 (concertación de precios) y contra el artículo 6.1 (abuso de posición de dominio colectiva), el TDC consideró que los acuerdos de inter-línea suscritos «dadas las importantes diferencias tarifarias que existían entre las compañías públicas y las privadas, y al no establecer un mecanismo de compensación de las posibles variaciones de precios entre las empresas participantes a lo largo de la vigencia de los contratos, pueden (subrayado APJ, IH) producir el efecto de restringir la competencia en el mercado nacional del transporte aéreo regular de pasajeros». La razón era clara: «dichos acuerdos vinculan directamente la tarifa turista de Iberia y Aviaco con la tarifa "C" de Air España y Spanair, ya que la relación entre los precios de las plazas preferentes

²¹ Ver la Resolución del día 29 de noviembre de 1999 recaída en el expediente 432/1998, Líneas Aéreas.

de un avión y los de las plazas “standard” debe mantenerse dentro de una estrecha franja de oscilación».

En relación con los efectos de los acuerdos, la mayoría del Tribunal consideró que no habían resultado acreditados y que la aptitud para restringir la competencia «es siempre menos grave que cuando las conductas tienen por objeto o efecto real afectar negativamente a la competencia».

Dados los costes de los distintos operadores cabe pensar que no fueron los incrementos exógenos en costes los elementos explicativos del incremento simultáneo de precios por todas las compañías, sino la voluntad de elevar los precios de todas las compañías para extraer una mayor parte del excedente de los consumidores sin esperar una respuesta de las empresas rivales. De acuerdo con el voto particular: «El propio hecho de que al realizar los respectivos acuerdos de inter-líneas, por otra parte idénticos entre sí, las compañías imputadas no hubieran incluido cláusulas para compensar las eventuales diferencias tarifarias entre unas y otras, impidiendo la modificación unilateral de precios durante el período de su vigencia... debe entenderse racionalmente como acreditativo de un previo acuerdo de voluntades sobre la conveniencia y aceptación de esas tarifas para todos los firmantes.»

Otro caso de posible colusión, en este caso por transmisión de información, fue el resuelto por el TDC en el *caso CEPSA*²², incoado de oficio. CEPSA²³ tiene una red de distribuidores asociados a España a los cuales les ofrecía un aparato telefónico denominado Veriphone, a través del cual la empresa, vía telefónica, informaba a sus comisionistas y revendedores acerca de «diversas informaciones, incluido el precio al que CEPSA les vende los combustibles y carburantes o el precio de venta al público que los comisionistas de la red deben aplicar. El acceso a dicho aparato por parte de los revendedores es voluntario, no existiendo la obligación de aplicar los precios que en él se muestran». En este caso la mayoría del TDC estimó que el acceso al sistema de transmisión de información a través de Veriphone era voluntario y que al no haberse acreditado que este sistema había conducido a una concertación de precios finales no quedaba demostrada la colusión en precios.

Sin embargo, la opinión de la mayoría no fue compartida por tres miembros del Tribunal. En concreto, en relación con el Veriphone, la minoría consideró que resultó acreditado que una de las estaciones de servicio objeto de análisis tenía acceso a los precios de venta al público que CEPSA imponía a los comisionistas. Y añadió el voto particular correspondiente que: «Considerando que cuando un revendedor compra en firme se convierte en un competidor más de la red de estaciones de servicio de CEPSA, puesto que adquiere tanto el riesgo de pérdida como la oportunidad de decidir sobre el beneficio que desea obtener, cualquier

²² Ver la Resolución correspondiente al expediente 420/1997, Cepsa, del día 31 de mayo de 1999.

²³ Compañía Española de Petróleos, S. A.

intercambio de información *a priori* sobre precios finales, como el que se establece con el sistema Veriphone, constituye una práctica prohibida por el artículo 1 de la LDC al poder tener el efecto de falsear la competencia por fijación de precios.»

Probablemente, un análisis de los costes y los precios en las estaciones de servicio hubiera iluminado el núcleo del problema. Pero tal información no era conocida. En consecuencia, la consideración de los modernos sistemas de transmisión de datos era obligada, especialmente si se considera su naturaleza interactiva y su versatilidad, que permite «que a ciertas informaciones sólo puedan acceder determinados usuarios, quedando oscurecida la red para el resto. Por ello, nada impide que estos medios de transmisión de datos puedan ser usados con discreción, sin convertirse en vehículos de intercambios de información que siempre han estado prohibidos mediante los sistemas de transmisión hasta ahora habituales». En consecuencia, la minoría consideró que el intercambio de información estaba suficientemente acreditado y que se trataba de un acuerdo horizontal que, tradicionalmente, ha sido calificado como una de las conductas más graves desde la perspectiva de la defensa de la competencia.

C. ABUSOS DE POSICIÓN DE DOMINIO Y NEGATIVAS DE SUMINISTRO

Se ha mencionado que en las industrias de redes a menudo los conflictos se plantean en relación con la oferta de un componente esencial. De hecho, y sobre la base de las resoluciones del TDC, parece claro que si una empresa disfruta del control de un componente esencial tal situación es suficiente para declarar la existencia de una posición de dominio de la empresa, condición necesaria para poder analizar el eventual abuso de posición de dominio desde la perspectiva de la LDC.

El citado caso *3C Communications contra Telefónica*²⁴ tenía su origen en una denuncia, realizada en el año 1993, de 3C contra Telefónica, por negativa de suministro de líneas telefónicas. 3C era una nueva operadora que quería ofrecer el servicio telefónico con pago diferido, mediante tarjeta de crédito o de débito. En este caso, el negocio de 3C era la oferta de servicios de telefonía vocal en los aeropuertos españoles. El desarrollo de la actividad de 3C exigía la instalación de sus propias terminales telefónicas en los aeropuertos. Por ello solicitó a Telefónica que le concediera líneas a las que conectar sus teléfonos. En el año 1994 el arrendamiento de líneas era considerado como un servicio de valor añadido y, por tanto, se trataba de una actividad liberalizada por las Directivas 90/388 y 88/301. Pese a ello, Telefónica denegó el suministro de líneas a la empresa 3C alegando que los terminales que esta empresa quería instalar no estaban aún homologados por el Ministerio responsable. El TDC consideró que Telefónica no tenía potestad para denegar líneas. Sus competencias se

²⁴ Expediente 350/1994.

limitaban a la verificación de si las terminales disponían de la oportuna homologación o certificación. En caso de no tenerla, Telefónica debía haberse dirigido al regulador (el Ministerio de Fomento) solicitando medidas al efecto. Pero Telefónica, en una conducta dirigida a imponer barreras de entrada al nuevo operador, negó el suministro de líneas. El resultado de tal conducta fue evitar la entrada de un competidor en un segmento del mercado ya liberalizado. El propio TDC, que tiene potestad para emitir medidas cautelares, decidió que Telefónica no podía imponer barreras al suministro de líneas nuevas a la empresa 3C mientras resolvía el caso. En la resolución final el TDC sancionó a Telefónica por abuso de posición de dominio al haber denegado líneas a la empresa 3C sin las cuales esta empresa no podía entrar en el mercado dado que la Compañía Telefónica era el operador monopolista.

Desde la perspectiva de la promoción y la defensa de la competencia, un operador dominante que tenga en su propiedad un componente esencial no puede denegar el suministro de este componente a los rivales con argumentos relacionados con la inseguridad que este suministro puede causar a la red. El operador dominante tan sólo puede verificar que el suministro y los terminales o equipos instalados por los entrantes no pondrán en peligro la seguridad de la red. Si existiera algún problema de seguridad será el regulador, y nunca la empresa dominante, quien adopte las medidas oportunas. Este principio ha sido establecido por el TDC en el sector de las telecomunicaciones apoyándose en la LDC y en la Ley de las Telecomunicaciones. Sin embargo, la inercia del pasado parece proyectarse hacia el futuro. En efecto, la regulación del sector del gas todavía permite al operador dominante, el cual gestiona la red y, a la vez, suministra el servicio a los consumidores finales, denegar el acceso a su red. Esta facultad, otorgada por Ley al operador dominante, genera problemas de *market foreclosure*, o de evitación o impedimento estratégico de la entrada. Si se considera que el objetivo en dicho sector es la defensa de la competencia efectiva, lo que sólo se consigue si múltiples operadores están presentes en el mercado, la libre entrada y la competencia quedarían más fácilmente garantizadas si esta potestad fuera reservada al regulador sectorial²⁵.

Un caso relacionado con el problema del componente esencial fue resuelto por el TDC en 1999. Se trataba de un conflicto entre *Electra Avellana* y *ENHER*²⁶. La primera empresa era suministradora de electricidad en una comarca de Cataluña. La electricidad la compraba en exclusiva

²⁵ Recientemente, la CNE se ha pronunciado sobre un conflicto entre Hidrocantábrico e Iberdrola por el acceso a la red de la segunda. Iberdrola justificó su negativa de acceso por considerar que tenía un contrato firmado con una empresa privada que solicitaba electricidad. Pero la CNE ha decidido que esta empresa era libre de contratar un nuevo suministrador, Hidrocantábrico, y que no podía denegar el acceso de éste a su red de distribución más que por causas motivadas de ausencia de capacidad que pusieran en peligro la regularidad, seguridad o calidad de los suministros. Ver *Exposición*, 28 de enero de 2000.

²⁶ Ver la Resolución del día 7 de julio de 1999 recaída en el expediente 441/1998, *Electra Avellana*.

a ENHER, empresa que, además de suministrar electricidad a Electra Avellana, distribuía por sí misma electricidad a clientes finales en la misma comarca. Electra Avellana solicitó a ENHER una ampliación de potencia y esta última empresa puso como condición un sobreprecio por el exceso de capacidad solicitada, un aval bancario sobre el exceso demandado (consumo futuro que Electra Avellana aún no había vendido) y, al final, de hecho, ENHER rescindió unilateralmente el contrato que les unía a ambas. El TDC acordó que estas actuaciones suponían un abuso de una posición de dominio que disfrutaba ENHER no sólo por su cuota de mercado, sino también por ser la única suministradora de electricidad a la rival, lo cual le confería un poder de negociación especial. De hecho, el mercado se caracterizaba «por unas condiciones estructurales que combinan un monopolio de la producción y distribución intermedia (ENHER) y un duopolio de distribución final formado por dos empresas, ENHER y Electra Avellana, la primera grande y potente económicamente que, además de ser el único proveedor posible de la otra pequeña, es competidor directo de ésta en el mismo mercado». La conclusión del TDC fue rotunda: Electra Avellana tenía derecho al incremento de potencia, con un sobreprecio. Pero lo que la legislación no amparaba era la imposición de condiciones: «Si la imposición, además, se hace desde una posición de dominio, como la que ostenta ENHER en el mercado de referencia, puede concluirse que se trata de una explotación abusiva de tal posición.» Y la conclusión del TDC no podía ser más contundente: ENHER, «al condicionar las ampliaciones de potencia solicitadas por ELECTRA AVELLANA a la presentación de un aval y al pago de un sobreprecio, rescindiendo unilateralmente el contrato vigente entre ambas empresas cuando aprecia que la otra parte no se allana, llevó a cabo una explotación abusiva de su posición de dominio en el mercado de suministro eléctrico» a determinados municipios.

En el caso de Telefónica-Ibertex²⁷, la empresa Servicios Telemáticos Inteligentes, S. A. (STI), denunció a Telefónica de España, S. A., por la imposición de condiciones abusivas en un contrato de suministro de información al servicio Ibertex. Telefónica actuaba como servidor de servicios de valor añadido. En el mes de junio de 1995, Telefónica rompió el contrato que había sido firmado con carácter anual y con prórrogas por años sucesivos. En el nuevo contrato que Telefónica ofrecía a STI se imponían nuevas cláusulas de fijación de precios de los servicios ofrecidos a través de Ibertex, nuevas prohibiciones y obligaciones, y la prórroga del contrato por meses (y no por años). El poder de negociación de ambas empresas era muy diferente lo que exige, según el TDC, que «la empresa que ostenta la situación de dominio debe comportarse con especial atención con el fin de no provocar costes arbitrarios a quienes de ella dependen». El TDC estimó que «la evaluación del grado de sustitución en la demanda de varios productos exige investigar las diferencias de coste, así como

²⁷ Ver la Resolución del día 27 de julio de 1999 recaída en el expediente 394/1997, Telefónica-Ibertex.

las restantes características que pudieran explicar la mayor o menor preferencia hacia uno de ellos». En el caso sometido a análisis, los costes relevantes eran los obligados por la transición entre dos sistemas. Los costes no son excesivos, lo que podría conducir a pensar que son altamente sustitutivos. Sin embargo, la existencia de diferencias en el funcionamiento comercial de los sistemas condujo al Tribunal a considerar que «aunque los costes puramente técnicos de la migración desde el sistema Ibertex a las otras alternativas propuestas sean escasas, la existencia de características comerciales propias tiende a diferenciar al mercado de servicios a través del sistema Ibertex, que debe, por tanto, considerarse como mercado relevante a los efectos del caso».

El TDC declaró que la prórroga por meses, y no por años, y las nuevas condiciones del contrato que realizó Telefónica suponían la imposición de cláusulas no razonables y constituían un abuso de posición de dominio y, por tanto, eran contrarias al artículo 6.2 de la LDC. La empresa STI no podía contratar el servicio que vendía, Ibertex, con ninguna otra suministradora dado que era posible ser ofrecido tan sólo por un operador de telecomunicaciones y en ese momento el mercado no se había liberalizado todavía.

5. CONCLUSIONES

La regulación de las infraestructuras y de los sectores de redes y la actividad del Tribunal de Defensa de la Competencia y de las autoridades reguladoras sectoriales son complementarias en cuanto unas y otras han contribuido a una correcta y rápida liberalización de dichos sectores. A medida que la vigilancia de la conducta de los sectores de redes, y el control del comportamiento de los agentes, se vaya haciendo más relevante en estas industrias de redes, será necesario una mayor coordinación entre los órganos de defensa de la competencia y las autoridades reguladoras.

La regulación durante el período de transición hacia la competencia puede paliar el problema de la asimetría de la información entre la empresa dominante y las autoridades públicas. El control *ex post*, de defensa de la competencia, ha establecido algunos principios que han contribuido a conseguir el principal objetivo de la liberalización de estos sectores: una mayor competencia como prerequisite de una mayor eficiencia y un mayor bienestar. Sin embargo, en las industrias analizadas todavía queda camino por recorrer. Debe avanzarse en la vía de conseguir una mayor transparencia de los criterios adoptados en la determinación de precios y condiciones de acceso/interconexión, especialmente en las actividades de monopolio natural.

En relación con las industrias de redes, el TDC, a través de sus Resoluciones, ha destilado algunos principios importantes de posible aplicación a dichas industrias, a saber:

1. Un operador en posesión de un cuello de botella no puede comportarse cerrando directamente el suministro de este componente a un rival debiéndolo comunicar al regulador, que es la autoridad competente. Los elementos de referencia residen en los órganos reguladores y en las autoridades de defensa de la competencia.
2. La acreditación de prácticas predatorias exige el cálculo correspondiente de los costes variables o totales, siempre que la predación se lleve a cabo vía precios. Pero el concepto de predación es más amplio y se admite la posibilidad de predación vía publicidad dirigida o selectiva.
3. La colusión exige evidencia suficiente. No bastan los mecanismos que ayudan a la coordinación y es necesario demostrar que estos mecanismos condujeron a una concertación inequívoca de precios.

REFERENCIAS

- ARMSTRONG, M., 1998, «Network interconnection in telecommunications», *The Economic Journal*, núm. 108, pp. 545-564.
- BAUMOL, W. J.; PANZAR, J. C., y WILLIG, R., 1982, *Contestable Markets and the Theory of Market Structure*, Harcourt Brace Jovanovich.
- COMISIÓN EUROPEA, 1998, «Recomendación sobre la interconexión en un mercado de las telecomunicaciones liberalizado (Parte 2: separación contable y contabilidad de costes)», *Diario Oficial de la CE*, 98/322/CE, mayo.
- 1999a, «Fifth Report on the Implementation of the Telecommunications Regulatory Package, Communication from the Commission to the European Parliament, The Council, the Economic and Social Committee and the Committee of the Regions», Bruselas.
- 1999b, «Liberalisation of network industries. Economic implications and main policy issues, European Economy», *Reports and Studies*, núm. 4.
- COMISIÓN NACIONAL SISTEMA ELÉCTRICO, 1999, *Información Básica del Sector Eléctrico*, Madrid.
- COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES, *Informe Anual 1998*, Madrid.
- FRANKENA, M., 1997, *Market power in the Spanish electric power industry*, report prepared for the CNSE, Madrid.
- HART y TIROLE, J., 1990.
- HAUSMAN, J., y SIDAK, G. (de próxima publicación), «A consumer-welfare approach to mandatory unbundling of telecommunications networks», *The Yale Law Journal*.
- HERGUERA, I., 2000, «Regulación comparada de industrias de redes: el caso de las telecomunicaciones», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 205, febrero.
- HERGUERA, I., y STEHMANN, O., 1997, «Competition policy and regulation in the European telecommunications industry», *Communications & Strategies*, núm. 26, vol. II, pp. 141-163.
- Ley 34/1998 del Sector de Hidrocarburos, *BOE*, núm. 241, 8 de octubre de 1998.
- LAFFONT, J. J., y TIROLE, J., 1993, *A theory of incentives in procurement and regulation*, MIT Press.
- MCAFFEE, P., y SCHWARTZ, M., 1993, «Opportunism in multilateral vertical contracting: non-discrimination, exclusivity and uniformity», *American Economic Review*, 84 (1), pp. 210-230.

- NUTTAL, R., y VICKERS, J., 1996, *Competition policy for regulated industries in Britain*, presentado en XI International Telecommunications Society Biennial Conference, Sevilla.
- O'BRIEN, P., y SHAFFER, G., 1992, «Vertical control with bilateral contracts», *The Rand Journal of Economics*, 23 (3), pp. 299-308.
- PETITBÒ, A., y SÁNCHEZ, I., 1998, «Política de la competencia en infraestructuras», *Economistas*, pp. 362-368.
- PHILIPS, L., 1995, *Competition Policy: a game theoretic perspective*, Cambridge University Press.
- SÁNCHEZ, I., 1999, «Actividades reguladas en el sector eléctrico español». Presentación efectuada en el Master en Análisis Económico y Economía Financiera, diciembre 1999, Universidad Complutense de Madrid.
- TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA, 1994, *Remedios políticos que pueden favorecer la competencia en los servicios y atajar el daño causado por los monopolios*, Ministerio de Economía y Hacienda.
- 1995, *La Competencia en España: Balance y nuevas propuestas*, Ministerio de Economía y Hacienda.
- VICKERS, J., 1995, «Competition and regulation in vertically related markets», *Review of Economic Studies*, vol. 62 (1), núm. 210, pp. 1-18.

CONCENTRACIÓN EMPRESARIAL, GLOBALIZACIÓN Y COMPETENCIA

LUIS DE GUINDOS JURADO

Secretario General de Política Económica
y Defensa de la Competencia

1. GLOBALIZACIÓN Y CONCENTRACIÓN

Uno de los términos que más ha caracterizado la literatura económica de finales de este siglo, y que probablemente seguirá haciéndolo el próximo milenio, es el concepto de globalización. Éste alude a la eliminación de las barreras a las transacciones financieras y comerciales en el mundo, tanto desarrollado como en desarrollo.

Paralelamente, la globalización económica ha favorecido uno de los procesos de reestructuración empresarial más intensos de la historia. En efecto, la existencia de mercados de bienes y servicios con un tamaño constantemente en expansión incentiva la consecución de economías de escala o alcance, así como la eliminación de posibles excesos de capacidad vía un mayor tamaño empresarial. De esta forma, la atención a una demanda masiva se realizaría en condiciones ventajosas de costes y competitividad frente a los rivales extranjeros. Pero es que además la propia globalización crea un marco sumamente propicio a esta reestructuración del capital, ya que la eliminación de las barreras a los flujos de inversión transnacionales, junto con la disciplina y eficiencia empresarial que exige el acceso a un mercado de capitales mundialmente integrado facilitan enormemente el mencionado proceso.

Y realmente este fenómeno ha demostrado ser en la realidad mucho más que una mera predicción teórica, a la vista de la oleada de fusiones y adquisiciones que estamos contemplando a diario, tanto en sectores en crecimiento como en otros ya maduros. Sólo por dar algunas cifras ilustrativas, durante el año 1998 el volumen de fusiones y adquisiciones en los cuatro sectores de mayor actividad —petróleo, automóviles, banca y telecomunicaciones— alcanzó un volumen cercano a los doscientos cincuenta mil millones de dólares, con cerca de ochocientas transacciones realizadas. De entre éstas, y aun partiendo de una porcentaje reducido, las transacciones transnacionales han ido incrementando su peso en el total progresivamente.

A la hora de realizar un análisis sobre las causas del fenómeno, habría que distinguir entre unas de tipo «estructural», inherentes al propio hecho de la globalización y que por ello están presentes desde la reactivación de ésta en la posguerra, y otras más coyunturales y ligadas al momento económico actual.

Entre las principales razones «estructurales» además de la más inmediata, la ya mencionada búsqueda de economías de escala o alcance, podrían mencionarse las siguientes:

— Estrategias de internalización de actividades de la empresa que opera en los mercados internacionales. En efecto, y dadas las imperfecciones en los mercados de factores productivos, es preferible reunir todas las actividades productivas y organizativas en el interior de la empresa que canalizarlas a través de dichos mercados e incurrir en altos costes de transacción. Lo anterior cobra una validez especial al tener en cuenta la gran dimensión de los mercados globalizados y, por consiguiente, los altos costes de transporte y de adquisición de información que comporta actuar en ellos. Por tanto, podrá resultar ventajoso económicamente la realización de inversiones transnacionales que eviten tener que adquirir a terceros determinados bienes y servicios en los que la propia empresa podría tener ciertas ventajas de provisión frente al mercado. Por otro lado, y en un contexto de competencia monopolística y rendimientos crecientes en los mercados de bienes, ello sería perfectamente congruente con los modelos técnicos (HELPMAN, KRUGMAN, 1985) que describen las asignaciones resultantes en tales mercados. En concreto, estos modelos predecirían la ubicación de la producción en los puntos de mayor demanda relativa de cada variedad de producto en presencia de costes de transporte y maximización de los beneficios empresariales.

— Si se añaden imperfecciones a los mercados de capital internacionales (por ejemplo, por la indivisibilidad de la información o su distribución asimétrica) se tendría también una explicación de por qué las empresas tienden a reinvertir sus beneficios en lugar de distribuirlos como dividendos, y luego volver a pedir préstamos para financiar nueva inversión. Si además, en el contexto de la internalización de funciones, los directivos de la empresa asumen el papel de un intermediario financiero, su papel puede verse como el de reasignador de beneficios hacia inversiones para maximizar el valor de la empresa y minimizar el riesgo. Esto se logrará, como también pronostica la teoría de cartera, mediante la diversificación geográfica de las inversiones directas y de cartera, eligiendo destinos con rendimientos escasamente correlacionados entre sí o incluso con correlaciones negativas.

— Estrategias competitivas en mercados oligopolísticos donde la penetración mediante la presencia directa en mercados foráneos supone una reacción de interdependencia estratégica frente a los competidores. Una penetración en los mercados extranjeros en términos de cantidades lanzadas podría lograrse reduciendo las desventajas comparativas frente a las empresas ya ubicadas allí previamente. Un buen medio es la presencia física direc-

ta, que podría suplir la falta de acceso a los sistemas de distribución autóctonos (uno de los ejemplos más claros es la banca minorista), el desconocimiento de los mercados locales en cuanto a las preferencias de la demanda o el comportamiento de los competidores, etc.

En realidad, esta internacionalización de la empresa sería, desde este punto de vista, un instrumento de competencia más. KNICKERBOXER (1987), en un estudio en varias ramas oligopolísticas de la industria estadounidense, concluye que, en industrias con presencia directa en el extranjero, el peso de otras estrategias para influir el comportamiento de los rivales (diferenciación del producto, esfuerzos en I + D) ha sido menor.

Pero junto a estos motivos habría que señalar otros de naturaleza más coyuntural, vinculados al entorno económico mundial de finales de los años ochenta y comienzo de la década de los noventa:

— En un gran número de países de la OCDE se han instrumentado políticas económicas orientadas a la desregulación y privatización en sectores en los que el progreso tecnológico ha permitido la ruptura de su antiguo carácter de monopolio natural. Ello ha fomentado la aparición de numerosos competidores, que posteriormente se han visto sometidos a continuas reestructuraciones, en forma de fusiones y adquisiciones. Sólo hay que pensar en los mercados de telecomunicaciones y energía, desregulados y liberalizados inicialmente en los países anglosajones a principios de los ochenta y más tarde en la UE desde mediados de los noventa.

— Existencia de un escenario macroeconómico favorable en los países de la OCDE desde mediados de la presente década, caracterizado por un mayor control de la inflación y el déficit público. Estos dos logros se han traducido en un recorte importante de los tipos de interés nominales y reales, añadiendo atractivo a los títulos de renta variable, incrementando drásticamente los ratios precio/beneficio e incentivando la utilización de las acciones como instrumento de pago en las adquisiciones de empresas.

Ya en el ámbito europeo, la culminación del mercado interior y de modo preponderante el advenimiento de la moneda única han sido factores explicativos del redimensionamiento de las empresas en la zona euro. En 1998 el número de concentraciones aumentó en Europa un 100 por 100 respecto a 1997, registrando un volumen de unos 870.000 millones de dólares.

Frente a esta realidad, y desde el punto de vista de la política de competencia, cabe preguntarse si ésta debería modificar su enfoque para bloquear esta tendencia al aumento de tamaño empresarial. La respuesta, en mi opinión, es que claramente no. Tamaño empresarial no implica en modo alguno poder de mercado. Es cierto que crecen las empresas, pero también lo hace el tamaño de los mercados. No sólo eso. También hay que tener muy presente que el proceso de fusiones y adquisiciones en curso responde a fuerzas subyacentes que podrían ser socialmente beneficiosas en términos de asignación de recursos.

Por tanto, un enfoque más pragmático consistiría en el análisis riguroso de los efectos de estas reestructuraciones sobre las condiciones de competencia en los mercados y el bienestar de los consumidores y usuarios. Para ello, se impone, sin embargo, un cierto replanteamiento de los instrumentos de las autoridades de competencia ante un fenómeno de intensidad desconocida. Como expondré a continuación, este nuevo enfoque, que se está comenzando a aplicar paulatinamente, se distinguiría por dos aspectos:

— Su carácter esencialmente dinámico y prospectivo, haciendo incidencia no sólo en las nuevas relaciones de interdependencia surgidas entre las empresas de ese mercado, sino en la relevancia de las barreras a la entrada en el mercado.

— La necesidad de una mayor colaboración y coordinación entre autoridades nacionales, dado el carácter transnacional de muchas megafusiones que se están produciendo.

2. ANÁLISIS DE LOS PROCESOS DE CONCENTRACIÓN

El análisis de un proceso de concentración debe basarse principalmente no tanto en una simple referencia al incremento de los índices de concentración, sino en una evaluación del posible sesgo anticompetitivo de la estructura de mercado resultante. Habría que tener en cuenta que lo mismo puede aumentar el índice al consolidarse empresas de gran dimensión internacional, como producirse el fenómeno inverso, es decir, la dilución de las cuotas ante la ampliación del tamaño de los mercados, incluso en presencia de situaciones de poder de mercado significativo. En otras palabras, se basaría en discernir la naturaleza del equilibrio posterior a la concentración teniendo en cuenta la evolución dinámica del mercado y compararlo, en términos de bienestar, con el equilibrio previo a la misma.

La variable fundamental en este sentido serán los precios, en la medida en que puedan ser elevados bien por la acción unilateral de la empresa concentrada, o bien a través del dominio conjunto del mercado de ésta junto con otras empresas. A este respecto, y adoptando una visión moderna de la Economía Industrial, el término «dominio conjunto» se referiría a situaciones de maximización individual del beneficio por las empresas competidoras, compatibles con resultados de precios altos similares a los de colusión explícita. O expresado de otro modo, el concepto dominio conjunto podría explicar cómo, mediante equilibrios de Nash no cooperativos, se alcanzan también asignaciones propias de equilibrios cooperativos, o también cómo se crean unas condiciones más adecuadas para la consecución de equilibrios cooperativos.

Existen abundantes gamas de medidas en la literatura capaces de arrojar luz sobre estas situaciones: colusión tácita, líder-seguidor, semicolusión..., cada una con una amplia casuística. Finalmente, habrá que pensar

en la sostenibilidad de los equilibrios de precios altos, a la luz de factores como las características de la demanda, o las barreras de entrada en el mercado. Pasemos a discutir todas estas cuestiones a continuación.

3. DISTINCIÓN ENTRE EFECTOS DE DOMINIO INDIVIDUAL O CONJUNTO

En este punto, hay que tener en cuenta que el análisis de mercados globalizados a menudo configura mapas de oferta con varias empresas de gran tamaño, frecuentemente multinacionales. Por ello, en muchos casos pierde relevancia la creación de dominios de mercado unilaterales, y cobra interés la creación o reforzamiento de dominios conjuntos como origen de reducciones del bienestar. De cualquier forma, será imprescindible prestar atención en primer lugar a la naturaleza de la industria en que la concentración se produce.

Comenzando por la situación más elemental, el modelo básico de Cournot, con oligopolistas de costes simétricos o constantes, no ofrece posibilidad alguna de ejercicio de poder unilateral de mercado. La razón es que las otras empresas encontrarán un incentivo económico a reemplazar casi totalmente el *output* perdido por una de las partes que se han concentrado [se pasa de una alícuota de $1/n$ a otra de $1/(n-1)$], pérdida tanto más insignificante cuanto mayor sea el número de oligopolistas.

Sin embargo, en mercados globalizados la situación más típica será la de empresas asimétricas, combinando algunas transnacionales con otras más reducidas de dimensión meramente nacional o incluso regional. Así, y tal como reflejan PERRY y PORTER (1985), muchas empresas menores poseen costes marginales crecientes derivados de la existencia de una cantidad fija de activos en una industria y la concentración de gran parte de ellos en la empresa concentrada tras la conclusión de la operación. En este escenario, los costes marginales crecientes moderan la respuesta de los rivales frente a la concentración y evitan que se reemplace su *output* en un grado tan alto. En cuanto a las aplicaciones sobre bienestar de este resultado, FARRELL y SHAPIRO (1990) matizan que, dada la relación de la igualdad de costes, y puesto que en un contexto de Cournot mayores cuotas de mercado reflejan menores costes marginales, los efectos serían ambiguos. Ello se debería a que la contracción del *output* por los concentrados y la expansión del mismo por los rivales llevaría, bajo estas hipótesis, a la traslación de la producción de plantas de altos a otras de bajos costes marginales, con las consiguientes ganancias sociales de eficiencia (pese a que pudiera limitarse el excedente del consumidor). Pero esta predicción es muy criticable, especialmente en contextos de productos homogéneos y grandes mercados mundiales, donde la generación de sinergias a consecuencia de la fusión es muy factible (economías de escala o alcance, efectos aprendizaje, etc.), con lo que se trasladaría la producción en un sentido ineficiente.

Pasando a hipótesis más acordes con las características de los mercados globales, podría pensarse en combinaciones de competencia Bertrand entre oligopolistas, y productos diferenciados, por ejemplo, según preferencias nacionales. Modelos notables de estas características son los de DENECKERE y DAVIDSON (1985), y LEVY y REITZES (1992).

LEVY y REITZES muestran cómo las concentraciones en este tipo de mercados sí son más capaces de inducir aumentos generalizados en los precios que con competencia vía cantidades. Existen, también a diferencia de los modelos anteriores, multitud de precios. Por otro lado, éstos aumentarán asimétricamente: de entre las empresas concentradas, aumentarán más los de la de menor cuota previa de mercado, dado que los volúmenes de ventas perdidos por la de mayor cuota, ante una elevación en su precio, no podrían ser compensados por la de menor cuota ante una mejora en su precio relativo. Además la respuesta en precio de las empresas no concentradas, también al alza, tendería a reforzar la rentabilidad inicial de la subida de precios de las concentradas, en contraste con la competencia vía cantidades, donde el aumento de *output* lanzado por las no concentradas contrarrestaba parcialmente su reducción por las concentradas.

Siguiendo dentro de las mismas hipótesis, no se cumple que cuanto mayores sean las cuotas de las no concentradas, mayor será la restricción competitiva que éstas impongan a los incrementos de precios de las concentradas. De hecho, ello sólo ocurrirá para gamas de productos próximos o representativos de un espacio geográfico cercano. En este marco, ello daría mayor relieve a las subidas de precios emprendidas unilateralmente por las concentradas y restaría importancia al análisis mediante cuotas.

En definitiva, que en estos casos es mucho más productivo prestar atención tanto a la naturaleza de la interacción competitiva entre los productos de las empresas concentradas, como a una correcta definición del mercado de producto que incluya las variedades del mismo más adecuadas. En el primero de los casos, y tal como razona SHAPIRO (1996), a más sustituibilidad entre los productos de las concentradas, más posibilidades de incrementos unilaterales de precio por las mismas, que pueden transmitirse al resto de la industria; en el segundo caso, definiciones de mercado de producto excesivamente amplias, que incluyan un número alto de variedades nacionales, y que ponderen las mismas de acuerdo con su participación en ventas totales, pueden pasar por alto la mayor intensidad de la competencia existente entre las ramas más cercanas.

Hasta ahora, y en el marco de los modelos más tradicionales, hemos visto que los mercados con más probabilidades de presentar situaciones de dominio unilateral, creadas o reforzadas por una concentración, serían los de productos diferenciados, con competencia vía precios, los más habituales en escenarios globalizados como los actuales. Bajo otro tipo de supuestos, como las distintas variantes del modelo de Cournot, el dominio conjunto a partir de equilibrios Nash mantenía una importancia relativa, que oscilaba según el realismo de los supuestos de los modelos, pero

su probabilidad era difícilmente evaluable a partir de características objetivas de los mercados. Sin embargo, durante las dos últimas décadas han venido desarrollándose modelos, basados en la teoría de juegos como principal herramienta analítica, que muestran más concretamente las circunstancias bajo las que puede producirse este tipo de comportamiento. Algunas de las más notables aportaciones serían:

i) SELTEN (1973) modeliza, en un modelo de Cournot con costes simétricos, la colusión explícita o solución cooperativa como resultado de equilibrios de Nash. Todas las empresas producen el mismo bien homogéneo. Existen 3 fases en el juego, que se resuelve hacia atrás:

— *Fase 3: Subjuego de la decisión de producción.* Los participantes toman como dato lo sucedido en la fase 2, de negociación y reparto de las cuotas. Si no se alcanzó acuerdo en la fase 2, o si habiendo acuerdo, la situación de optimización individual es menor que la cuota señalada, se produce la solución de Cournot-Nash. Si la cuota es inferior a la situación de Cournot, se entiende que la primera actúa como restricción vinculante.

— *Fase 2: Subjuego de negociación en el cartel.* Se decide la producción total del mismo, maximizando el beneficio conjunto de sus integrantes. Será un dato fundamental el número de participantes, determinado en la fase 1, entre los que se reparte simétricamente la cuota de producción.

— *Fase 1: Subjuego de la decisión de participar en el cartel.* Se focaliza la decisión del jugador i , que compara los beneficios de participar o no en el cartel; como variables relevantes considerará el número de participantes y el número de empresas en el mercado, dada su importancia sobre la cantidad total producida y el nivel de precios vigente.

Realizando simulaciones para distintos valores de estos parámetros y demandas lineales, se obtiene, entre otros resultados, los siguientes:

— Para valores de n hasta 4, para todas las empresas la estrategia dominante es participar.

— Para $n = 5$ pueden encontrarse equilibrios de cárteles parciales, con menos empresas participantes de los existentes en el mercado. Por ejemplo, surgirían cárteles de 4 miembros para $n = 5$, 5 miembros para $n = 7$ y $n = 8$, y 6 miembros para $n = 9$ y $n = 10$.

Estas predicciones, generalizadas bajo información imperfecta por ROBERTS (1985) y KIHLMAN y VIVES (1989), ponen de manifiesto un riesgo mucho mayor de dominio conjunto cooperativo en equilibrios cournotianos que el supuesto por los enfoques tradicionales.

ii) *Colusiones tácitas como equilibrio de Nash.* Siguiendo a J. FRIEDMAN, supongamos dos duopolistas que juegan a un juego infinitas veces a lo largo del tiempo, compitiendo en cantidades. En el primero de los períodos, estipulan lanzar cada uno la cantidad colusiva pareto-óptima q^0 , que maximiza sus beneficios conjuntos, produciendo un vector de beneficios $M^0 = (M^0_1, M^0_2)$. Si ambos respetan el pacto, ésta será la cantidad lanzada por cada uno indefinidamente. Si en un momento dado

uno traiciona el pacto, obtendrá unos beneficios máximos de $M_i' > M_1^0$, produciendo $q_i' > q_i^0$. Pero esto, a su vez, desencadenará una represalia del segundo duopolista, de forma que éste pasará a lanzar la cantidad de Cournot q_j^c , con beneficios $M^c < M^0 < M'$. Siendo S_i el factor de descuento del empresario que se plantea la conveniencia de seguir esta estrategia, éste comparará los flujos descontados de las distintas jugadas, y salvo que éste adopte valores anormalmente altos o los duopolistas planifiquen en horizontes temporales muy diferentes, la colusión tácita constituirá un equilibrio de Nash al juego.

También este resultado puede extrapolarse al caso de información imperfecta. PORTER (1983) y GREEN y PORTER (1984) introducen *shocks* aleatorios de demanda, con lo que las empresas tendrán información incompleta sobre el *output* de sus competidores. De esta manera, la percepción de un descenso en los precios puede deberse bien a una traición al pacto tácito, bien al *shock* de demanda, y así la estrategia intertemporal queda redefinida en función de un «*trigger point*»: en cuanto el precio lo rebase a la baja, se lanzará en represalia la solución de COURNOT.

Desde un punto de vista práctico, esta colusión tácita como forma de dominio conjunto será tanto más probable:

- Con un número más pequeño de empresas, dado que a más empresas, menos beneficio colusivo para cada una de ellas y el coste de ser penalizado por rebajas en el precio.

- Cuando mayor sea el retraso con el que se conozcan las posibles rebajas de precios.

- Cuanto mayor sea la homogeneidad de los productos, dado que bajo productos diferenciados siempre será más sencillo y menos detectable combinar las rebajas en precios con mejoras en la calidad.

- La simetría de los costes de las empresas, ya que más creíbles serán las represalias.

- Cuanto menor sea la variabilidad de la demanda, que a su vez determina la magnitud de los «*trigger points*».

La importancia de este tipo de equilibrios en los mercados sujetos a una creciente globalización es decisiva. Piénsese que en la mayor parte de ellos, predominan las configuraciones de oferta con 3 ó 4 grandes empresas, principalmente transnacionales, costes básicamente simétricos y alta transparencia en la fijación de precios. De hecho, la Merger Task Force estudia prioritariamente estas variables en su análisis de los casos de dimensión comunitaria. En este sentido resulta paradigmático el reciente caso Airtours-First Choice.

iii) *Liderazgos en precios*. El problema del modelo tradicional por excelencia de liderazgo en precios, el de STACKELBERG, es que no explica comportamientos paralelos, sino asimétricos. Los modernos modelos se han dirigido a cubrir estas deficiencias y a explicar este tipo de comportamientos en términos de equilibrios de NASH.

A título de ejemplo, y quizá por ser uno de los más aplicables en mercados de amplia dimensión geográfica, cabría destacar el de ROTEMBERG y SALONER (1990). Éstos suponen productos diferenciados, aunque con un grado de sustituibilidad suficiente como para formar parte del mismo mercado. Las demandas de mercado a que se enfrentan los duopolistas son casi simétricas, excepto por un *shock* idiosincrático e' de signo opuesto para los dos de esperanza nula; existe además un *shock* común a ambos de esperanza a' . La empresa 1 posee una ventaja informacional y conoce los valores precisos de a y e , mientras que la 2, sólo sus medias. ROTEMBERG y SALONER sostienen que las empresas juegan a un juego repetido y no cooperativo con un resultado colusivo que podrá ser equilibrio estable gracias a amenazas de guerra de precios en caso de desvíos. Este acuerdo consistirá en que al comienzo de cada período, la empresa 1 anuncia su precio; a continuación, la 2 anuncia el mismo precio para ese período; si 2 anunciara otro precio, se produciría una guerra de precios de duración infinita, en el sentido de que en todos los períodos futuros los precios anunciados serían los de equilibrio estático líder-seguidor.

Puesto que el beneficio de 2 será decreciente respecto a la varianza de e (por el coste de fijar una política de precios idéntica a la del líder, cuando en realidad el *shock* idiosincrásico los afecta de manera opuesta), éste aceptará el acuerdo y seguirá el precio del líder siempre y cuando la varianza de e sea suficientemente pequeña (en términos relativos respecto a la perturbación común, como mínimo tres veces menor).

Es claro que en los nuevos mercados globalizados la incidencia de este tipo de situaciones es inmensa. Sólo hay que pensar en la convivencia de grandes corporaciones transnacionales y pequeñas empresas de índole nacional, las primeras con información mucho más completa sobre los *shocks* que afectan a las demandas relativas, y relacionados con los cambios en las preferencias o en las tecnologías y calidades de los productos.

iv) *Semicolusión* (o colusión parcial, según algunos autores) aparece cuando algunas decisiones (típicamente, de inversión) se toman de forma descentralizada, pero en el entendimiento de que seguirá una solución colusiva en el mercado de productos, o, alternativamente, cuando se toman colusivamente decisiones sobre inversión seguidas de competencia. En definitiva, este tipo de modelos tiende más bien a complementar a los ya vistos sobre posición de dominio conjunta, y a explicar como determinadas inversiones, al implicar la toma de compromisos irreversibles para la empresa, refuerzan la credibilidad de las amenazas y la disciplina en los equilibrios colusivos.

Los ejemplos más claros son las inversiones en exceso de capacidad y tecnología. Centrándonos en la primera clase, y tal como muestran los modelos típicos de esta gama, esta inversión señala cómo una empresa estaría dispuesta a responder a una contracción del *output* por la concentrada incrementando su propio *output*, o ya en el contexto de acuerdos colusorios, de aumentar el *output* en respuesta a una desviación anterior por parte de otra empresa. DAVIDSON y DENECKERE (1990) muestran que

también el exceso de capacidad actuaría como sustento a los resultados cooperativos incluso cuando se reemplaza la colusión explícita por colusión tácita en un juego repetido.

Análogos argumentos podrían esgrimirse para las inversiones tecnológicas, con tanta más efectividad como elemento disuasorio frente a los desvíos cuanto mayor fuera el grado de desbordamiento entre las funciones de costes de los oligopolistas del efecto de la inversión.

Tampoco estas reflexiones son ajenas a la estructura de los mercados de bienes y servicios crecientemente internacionalizados.

En efecto, y en mercados de dimensión tan amplia, una alternativa a la consecución de economías de escala para servir a una demanda mayor a precios competitivos es la inversión en nuevas tecnologías, al objeto de reducir costes unitarios, o la inversión en capacidad adicional, como medio de aumentar la producción sin costes adicionales.

Es precisamente la profusión en la inversión en ambos instrumentos, paralela al redimensionamiento de la empresa hacia los mercados exteriores, lo que posibilita su doble utilización, como vías de aumento de la eficiencia empresarial, y simultáneamente como blindaje de las grandes corporaciones frente a desviaciones de precios no competitivos.

4. ENFOQUE DE LA POLÍTICA *ANTI-TRUST* EN EL NUEVO ENTORNO

Recapitulando, no se puede descartar que los procesos de concentración ligados al fenómeno de la globalización al que asistimos sean susceptibles de crear condiciones estructurales propicias en muchos mercados para la aparición o el reforzamiento de situaciones de dominio conjunto. Este fenómeno resulta especialmente peligroso desde el punto de vista de la defensa de la competencia. Frente al ejercicio de dominios unilaterales, más fácilmente demostrables por las autoridades de competencia, ¿cómo puede inferirse de los movimientos paralelos de precios en los mercados la existencia de prácticas concertadas? La contestación de estos movimientos colusorios se complica por varias razones:

— Dada la frecuente sustituibilidad de los productos, un cambio en el precio marcado por una empresa afecta inmediatamente a los beneficios de los rivales. Por tanto, es de esperar que ante un *shock* exógeno, se responda simultáneamente y en idéntica dirección por todos los competidores independientemente de si está presente algún mecanismo de cohesión tácita o no.

— En la medida en que las funciones de beneficio son desconocidas, tampoco hay una percepción exacta del tamaño de las respuestas en precios que permita diferenciar un escenario de equilibrio no cooperativo estático y uno de solución colusiva.

De aquí que, *a posteriori*, sea sumamente complicado detectar los ejercicios de posición de domino conjunto, cualquiera que sea la forma que éstos adopten, y máxime en mercados de tan complicada definición geográfica y con empresas que *a priori* presentan escasos vínculos entre sí, a menudo ni siquiera la nacionalidad. Por tanto, es preferible la erradicación *ex ante* de estos riesgos mediante el control de estas megafusiones, actuando preventivamente sobre la configuración de estructuras de mercado potencialmente anticompetitivas.

Ahora bien, este enfoque habrá de ser completado desde una perspectiva dinámica, haciendo también hincapié en la consideración de las principales barreras de entrada estructurales que presente un mercado y evaluando si éstas tienen suficiente entidad como para permitir la perduración del dominio individual o conjunto. Ésta sería la dimensión prospectiva del análisis, que ha venido cobrando tanta o incluso mayor importancia que sus aspectos estructurales. Quizá cabría atribuir su mayor peso actual a la creciente dificultad de definir los mercados geográficos y de producto en contextos tan globalizados y de continua innovación y diferenciación de los bienes, y, por tanto, con ciertas dificultades para definir nítidamente las características estructurales de muchos mercados.

Sin embargo, y como señala WILLIG, esta relación entre entrada y nivel de precios se daría no tanto *a priori*, como elemento disuasor, sino *a posteriori*, tal que si bien el incremento de precios tras la concentración podría ser inevitable, la entrada real podría reestablecer un nivel competitivo de los mismos. La razón sería que la variable más decisiva para determinar la entrada serán los precios «postentrada», los cuales a su vez vendrán influidos en gran medida por la estructura del mercado post-entrada, a su vez condicionada por la escala mínima de entrada y la estructura del mercado preentrada. Y puesto que el nivel de precios previo a la entrada suele ser un determinante débil de si la misma tiene lugar, la amenaza de la entrada no puede constituir una restricción fuerte a la hora de la realización de la concentración. Ello no obsta para que se tienda a afirmar que, bajo condiciones de información perfecta para instalados y entrantes, la perspectiva de una estructura de mercado post-entrada anticompetitiva que evitara la entrada sí podría disuadir las operaciones de concentración.

Este enfoque, según indica SALOP (1991), sería válido fundamentalmente para situaciones de dominio unilateral de mercado creado o reforzado a partir de una concentración. Por ejemplo, piénsese en un monopolista instalado en un mercado de bien homogéneo con competencia tipo Bertrand. La simple presencia de dos empresas podría ser suficiente para garantizar que los precios convergerían hacia los costes marginales. Por tanto, un monopolista en tal mercado podría imponer cualquier precio, seguro de que, incluso con costes hundidos triviales, la entrada no se produciría.

Al mismo tiempo, existe un cierto consenso en torno al hecho de que, cuando tras la concentración se genere un riesgo de equilibrio coo-

perativo o colusión tácita, la perspectiva de una entrada factible sea suficiente para prevenir la elevación de precios asociada a tal equilibrio, ya que el concurso de intereses preciso se debilitaría más fuertemente.

Así pues, y vista la relevancia que en el contexto de reestructuración mundial del capital alcanza este análisis, hechas las observaciones previas puede decirse que, para unas condiciones estructurales dadas de los mercados, habrá una inclinación mayor a permitir concentraciones en un mercado caracterizado por bajas barreras a la entrada. En el caso de dominio unilateral, porque la propia concentración no se hubiera llevado a cabo si su objetivo hubiera sido crear una estructura de mercado anticompetitiva *a posteriori*. En el caso de dominio conjunto, porque la entrada disuadiría la fijación de precios altos.

De cualquier forma, los factores relevantes para evaluar las condiciones de entrada bajo ambos tipos de dominio son los mismos. SALOP (1991) propone la siguiente lista de factores:

— *Desventajas de costes o demanda*: Los entrantes que afrontan costes mayores o que necesitan ofrecer un precio más bajo que un instalado en reconocimiento de una cualidad del producto percibido como nuevo tienen *a priori* posibilidades mucho menores. Algunos ejemplos típicos vendrán dados por políticas instrumentadas por las empresas instaladas para crear lealtad en los clientes, el control o el acceso preferencial por las últimas a *inputs* escasos, o las patentes.

En cuanto a este último punto, tradicionalmente se ha aceptado que los mercados con un peso destacado del cambio técnico y las innovaciones rápidas eran más propensos a conservar un grado alto de competencia. Ello se debe, primero, a que las posiciones de dominio sólo serían efectivas en tanto el mercado conservara su forma actual (previa a la aparición de la siguiente generación de productos), y, segundo, a que las diferencias en tecnologías y costes de los instalados generan diferentes incentivos a expandir el *output* en el margen, dificultando la colusión tácita. Otro tema distinto es que existiera una acumulación asimétrica de las patentes relacionadas con la innovación, desarrollo y comercialización de producto. Visto de otro modo, que la configuración de los derechos de propiedad de las patentes sea tal que bloquee la producción de réplicas a la generación actual de productos y con ello la alteración de la estructura del mercado. Situaciones como ésta se han planteado frecuentemente durante los últimos años, en megafusiones de los sectores de telecomunicaciones y el químico, como en el caso Ciba-Geigy/Sandoz o en el de Air Liquide/Boc, en que la Comisión hubo de imponer restricciones a la utilización de la cartera de patentes a las empresas implicadas. Nada de extrañar, por otra parte, en concentraciones de grandes multinacionales con grandes recursos dedicados a la financiación de I + D, y cuyas sinergias pueden llegar a constituir uno de los móviles principales de la operación.

Relacionado con el problema de la lealtad de los clientes se encuentra el de los *efectos de red*, especialmente palpable en el ámbito de los grandes

operadores de telecomunicaciones. Un efecto de red surge cuando el valor de un bien o servicio para un individuo depende del número de individuos que están conectados a él.

Per se este hecho no tiene por qué suponer ningún obstáculo insalvable para la competencia; de hecho, podría ser perfectamente posible para los competidores crear nuevas redes alternativas. La dificultad real surge cuando se está frente a las llamadas externalidades de red, tal que, una vez que la red se establece, es imposible para un nuevo entrante romper la dominancia del sistema preexistente.

Para ilustrar este asunto, podrían citarse los casos paralelos de la Comisión Bertelsmann/kirch/Premiere y Deutsche Telekom/Beta Research. La Comisión estimó que los potenciales competidores verían subordinado el éxito de su entrada al acceso a un cierto modelo de decodificador por cable controlado por Bertelsmann, Kirch y Telekom, en la medida en que instalar un nuevo decodificador hubiera llevado consigo un inmenso riesgo financiero, y su utilidad se hubiera limitado a las transmisiones por satélite.

— *Retardos de entrada*: Las probabilidades de acceso con éxito disminuirán si los instalados tienen suficiente tiempo para responder a la entrada antes de que el que la realiza se establezca. Como ejemplos podrían citarse la necesidad de satisfacción de estándares regulatorios o de obtención de licencias, o los requisitos de tiempo para consolidar una red de distribución. Siguiendo en el campo de los mercados internacionales, un ejemplo claro son aquellos mercados de productos en que la competencia se da entre las empresas al concurrir a procedimientos de licitación públicos o privados (ingeniería y construcción, ciertos productos de uso industrial como gases, material de defensa, etc.). Recientemente la Comisión introdujo estas consideraciones en el ya referido caso Air Liquide/Boc sobre gases industriales. En concreto, se argumentó que, puesto que las licitaciones exigían requerimientos técnicos mínimos de partida, así como una adaptación precisa del producto a las necesidades de cada cliente, los obstáculos desde la entrada al ejercicio de una competencia efectiva podrían resultar demasiado amplios en el mercado de venta de gases en gran tonelaje, definido a escala mundial.

— *Costes hundidos* (o activos específicos muy costosos y con reventa no rentable en mercados secundarios de equipo capital): La inversión en estos activos por las empresas instaladas eleva sustancialmente el riesgo financiero de la entrada y puede llegar a bloquearla. Además, la inversión en tales activos puede utilizarse para modificar el comportamiento de los entrantes, por ejemplo, para hacerles producir menos y aceptar como dados los precios altos de la instalada. Es fácil imaginar cómo en los mercados de tamaño mundial abundan los activos específicos como los descritos, a menudo en conexión con las posibilidades de adaptación de una gran empresa a los distintos entornos nacionales: gastos masivos en publicidad o presencia comercial, en diferenciación del producto, desfases en la elección de capacidad respecto a las instaladas, etc.

— *Economías de escala*: El que un sector tenga costes caracterizados por ellos puede significar que los entrantes sean incapaces de capturar suficientes ventas para justificar la entrada, incluso a los precios altos vigentes antes de su entrada. También, si la escala de la entrada que minimiza los costes medios es muy grande, los entrantes pueden temer que esto tendrá un impacto negativo sobre precios. En los mercados globalizados este factor se suele presentar muy a menudo, como ya se mencionó, dados los volúmenes masivos de producto necesarios para atender a la demanda, y normalmente en combinación con costes hundidos, incrementando así su papel como potencial obstáculo a la competencia.

SALOP (1991) sostiene que una conjunción de varios de los factores anteriores pueden crear una «escala mínima viable» de entrada en un mercado. Una alta escala haría la entrada menos probable por tres razones. Primero, cuanto mayor sea la cuota de mercado que haya que captar, más difícil será hacerlo. Segundo, cuanto mayor sea la escala, más difícil será que los entrantes acomoden la entrada; es más, intentarán luchar recortando los precios. Tercero, si los costes hundidos están presentes, una gran escala mínima representará riesgos financieros enormes.

— Una variante de la entrada y dentro del espectro de posibilidades del concepto «sustituibilidad de oferta», es el de «*reposicionamiento productos*» en mercados diferenciados. Esta noción se refiere a si los productos ya existentes en el mercado pueden, sin retraso o costes hundidos significativos, ser modificados para competir más directamente con los de las empresas concentradas. No obstante, cuanto más extensiva sea la necesidad de reposicionamiento (por ejemplo, mediante fuertes inversiones en rediseño o compañías de *marketing* y publicidad), más complicado resultará su correcta realización. Un factor determinante será, junto a la gama de productos afectados y su «distancia» respecto al producto de referencia, la predisposición de los distribuidores a aceptar y promocionar marcas de los rivales de la empresa concentrada.

En conexión con este último aspecto también debe analizarse el llamado «poder de los compradores», o capacidad de los mismos para actuar como sustitutos desde la oferta o como potenciales entrantes (por ejemplo, distribuidores que pasaran a ofrecer su propia marca, para competir con la de la concentrada). Este escenario será tanto más factible en cuanto no haya otros oferentes susceptibles de efectuar el reposicionamiento del producto y existan grandes distribuidores dispuestos a buscar oferentes, por medios alternativos, como la contratación con los entrantes anterior a que se produjera su acceso, o la producción llevada a cabo por ellos mismos. Ahora bien, hay que señalar que en mercados globalizados, en los que habitualmente los distribuidores están muy diferenciados, bien geográficamente, o bien en términos de los servicios que ofrecen, los procesos de reestructuración o concentración entre distribuidores implican la creación de mayor poder de mercado desde la oferta, que en su papel de compradores.

— Determinadas las características estructurales de un cierto mercado y sus barreras, a menudo surge la cuestión de la aceptación o no de la dominancia de ciertos «*campeones nacionales*», ante la cambiante definición geográfica del mercado en un período como el actual de apertura creciente de todo tipo de mercados al exterior por los drásticos cambios regulatorios y tecnológicos operados.

En primera instancia, habrá que asegurarse que la introducción de dichos cambios ha sido efectiva y puede hablarse realmente de mercados globales o de tamaño mayor que el nacional; en segunda instancia, habría que analizar los principales beneficios de la operación para las empresas implicadas. Si el móvil principal de ésta es la búsqueda de unas economías de escala sólo posibles a una escala de la operación que excede el mercado nacional, la evaluación podría limitarse a una ponderación de las mayores eficiencias creadas con una pérdida de competencia quizá sólo transitoria. Si, alternativamente, la concentración obedece esencialmente a la obtención de fondos para la expansión global, la competencia se reducirá al objeto de incrementar el excedente del productor, generando así fondos para la inversión. Aunque ello suponga un beneficio para la empresa concentrada, puede crearse un dominio doméstico que, por ende, reduzca la competitividad en el mercado global. Es más, una activa competencia interna es la mejor receta hacia el éxito en mercados más amplios, al eliminar las ineficiencias y elevar la calidad.

En cualquier caso, hay que tener presente que la promoción de este tipo de «gigantes» nacionales, aunque desde la óptica de la política industrial pudiera tener a veces sentido, en absoluto resulta siempre compatible con las metas de defensa de la competencia.

Finalmente, y tras revisar todos los problemas estructurales creados por la concentración, así como el perfil de las barreras a la entrada en el sector, no se puede omitir una mirada a las posibles ventajas que trae consigo la operación. En el marco de los grandes operadores internacionales, éstas se refieren esencialmente a las posibles eficiencias y ahorros en costes creados.

En este punto se encuentran dos tensiones contrapuestas: por un lado, la consecución de métodos de producción más eficientes habría de aceptarse como una ganancia de bienestar, pero por otra, si esta ganancia confiere a la empresa una ventaja considerable sobre sus rivales y le permite eliminarlos del mercado en un plazo no largo, habrá que contrapesar este hecho con el primero. En la misma línea, habrá que exigir que las ganancias de eficiencia no puedan haberse alcanzado por otros medios, como acciones unilaterales de las empresas. Tampoco podrían ser considerados como incrementos en eficiencia la nueva transferencia de la producción desde una planta de alto coste a otra de bajo coste, ya que esto no expandiría las posibilidades de producción conjuntas de las empresas. Los principales conceptos que suelen considerarse, tanto por las autoridades estadounidenses como por las europeas, serían la obtención de economías de escala, alcance o aprendizaje, una mejor integración de

los activos de producción, la especialización de las plantas, menores costes de transporte y recortes en los gastos generales y administrativos.

En conclusión, un análisis moderno de operaciones de concentración en los mercados internacionales debe tener muy presente a lo largo de todas sus fases las necesidades de redimensionamiento y reestructuración que la globalización y la competencia en un contexto internacional imponen sobre las empresas. Lejos de bloquear este proceso, se hace palpable la necesidad de garantizar que se desarrolle sin crear obstáculos estables al juego competitivo de las fuerzas del mercado y sin propiciar la acumulación de poder económico en pocas manos, condiciones ambas críticas para el correcto funcionamiento de una sociedad libre.

5. COOPERACIÓN INTERNACIONAL

La dimensión internacional de la actividad empresarial que el fenómeno de la globalización reclama implica también la cooperación entre las autoridades de competencia de los distintos países. Esta cooperación facilita la efectiva y eficiente aplicación de las normas de competencia superando, por tanto, las diferencias en las leyes, procedimientos e incluso intereses nacionales. Precisamente en torno a estos obstáculos subsistentes hay que subrayar que normalmente las semejanzas entre las leyes de competencia son mayores que las diferencias, y que los esfuerzos de cooperación se han venido intensificando sustancialmente durante la última década, como prueba de su necesidad.

Quizá el precedente más importante de este tipo de cooperación fue la comunicación de la OCDE de 1967 modificada en varias ocasiones que recomendaba a sus países miembros la cooperación en la aplicación de sus políticas nacionales de competencia contra los llamados cárteles duros. Esta cooperación se articulaba en torno a los siguientes principios:

- Notificación a otros miembros de que sus intereses en materia de competencia quedan afectados por una investigación en curso.
- Intercambio de la información relevante. Éste, como veremos, suele ser uno de los puntos más conflictivos.
- Coordinación de investigaciones paralelas, asistiendo a los demás en la obtención de información en el propio territorio, si fuera preciso.
- Solicitud a las autoridades del país en cuyo territorio tiene lugar la práctica anticompetitiva de que emprendan acciones encaminadas a su remoción.

Siguiendo estas directrices, todos los países miembros, en mayor o menor medida, han intentado trabar relaciones de cooperación en las décadas sucesivas.

En el caso concreto de la Unión Europea, la Comisión Europea tiene jurisdicción sobre las actuaciones de todas las empresas establecidas en el Espacio Económico Europeo cuando las conductas restrictivas tienen

efectos sobre el comercio intercomunitario. Para las operaciones de concentración, existe una presunción *a priori* de impacto comunitario para aquellas que, según establece el Reglamento CEE 4064/1989, de 21 de diciembre de 1989, reformado por el Reglamento CEE 1310/1997, de 30 de junio de 1997, impliquen un volumen de negocios mundial del conjunto de las empresas afectadas de más de 5.000 millones de ecus, y el volumen de negocios total realizado individualmente en la Comunidad por al menos dos de las empresas afectadas por la concentración supere 250 millones de ecus, salvo que cada una de las afectadas realice más de dos tercios de su volumen de negocios total en la Comunidad, en un mismo Estado miembro.

A pesar de que la aplicación extraterritorial de las reglas comunitarias de competencia es muy amplia, ésta no puede perseguir la formación de posiciones de dominio conjunto o la actuación de los cárteles que se constituyen entre empresas de un Estado miembro y tengan efectos en países terceros, porque no caen bajo las prohibiciones del artículo 81 del Tratado.

En el capítulo de los acuerdos bilaterales sobre competencia, la Comisión tiene suscritos acuerdos con Estados Unidos (que analizaré aparte, dada su gran importancia), Canadá y algunos de los principales países de la OCDE no comunitarios. En la línea marcada por las recomendaciones de la OCDE, estos acuerdos contienen disposiciones sobre la notificación de casos particulares, el intercambio de información no confidencial y la coordinación de la actividades. Dependiendo del tratado, contienen reglas de «cortesía pasiva» (que obligarían a las partes a tener en cuenta los intereses de la otra en todos los estadios de la ejecución de sus medidas) y de «cortesía positiva o activa» (que permiten a una de las partes solicitar a la otra que actúe contra las prácticas anticompetitivas cometidas en su territorio).

Otra gama de acuerdos son los generales, que contienen disposiciones relativas a la competencia, con Rusia, Ucrania, Moldavia, Israel, Marruecos, Túnez y Turquía, y otros en actual proceso de negociación con Egipto, Jordania, Líbano, Argelia, Sudáfrica y algunos países de América Latina.

Los primeros Acuerdos con Estados Unidos se firmaron en 1991. Basándose en esta experiencia, en junio de 1998 se suscribió un nuevo Acuerdo que clarifica la utilización de la «cortesía activa», garantizando que la coordinación de las políticas procompetencia no obstaculizaran los flujos de comercio e inversión entre las partes.

A pesar de la cooperación entre las dos Administraciones, hay todavía algunos aspectos procedimentales en lo que se refiere al control de las concentraciones sobre los que existen divergencias que impiden avanzar en la cooperación.

— Inicio del proceso: En la UE, la notificación es obligatoria en un plazo de siete días desde la firma del acuerdo de concentración, el anuncio de la oferta pública o la adquisición del control de una empresa sobre

otra. En contraste, en Estados Unidos la notificación es un prerequisite para cerrar la transacción, pero no un requerimiento legal en sí mismo. Además, mientras en este último país se preserva la confidencialidad de la notificación, en la UE se la publica oficialmente.

— *Umbral de notificación*: Son notablemente más altos en la UE, lo que no obsta para que las operaciones de dimensión inferior a la comunitaria puedan ser objeto de examen en los Estados miembros.

— *Información requerida para la notificación*: En Estados Unidos es mucho menor que en la UE (ni siquiera incluye referencia alguna a las cuotas de mercado). Los niveles de información que se solicitan en la UE no son necesarios en Estados Unidos hasta el momento de realizar una segunda notificación para una investigación más en profundidad.

— *Transparencia del proceso*, mucho mayor en la UE. En Estados Unidos, las agencias investigadoras no están obligadas a explicar en ningún momento del proceso los factores de riesgo para la competencia que entraña la operación.

— *Duración de la investigación*: A diferencia de los procedimientos sin fecha de finalización determinada en los Estados Unidos, los europeos están regidos por un calendario muy rígido.

— *Posibilidad de terminación convencional* en los expedientes europeos, con un período de seis semanas durante las cuales los notificantes y la Comisión pueden acordar una serie de compromisos (que normalmente adoptan la forma de desinversiones) para la autorización de la operación. Esta alternativa no está disponible en Estados Unidos.

— Uso de los precedentes en el caso europeo, en el sentido de que decisiones anteriores de la Comisión sobre aspectos análogos de un expediente puedan fundamentar decisiones actuales. Por contra, las agencias de competencia norteamericanas no juzgan los casos de concentración, sino que la decisión final es adoptada por un tribunal, si la agencia se opone a la operación.

Pese a todas estas diferencias, que obviamente en mayor o menor grado acaban dificultando la cooperación, también se han alcanzado campos de convergencia sustanciales en torno a algunos conceptos básicos en los análisis de mercado:

— *Dominio unilateral y conjunto*, partiendo de los conceptos teóricos anteriormente vistos. Como se puso de manifiesto en el caso Kali/Salz, existe una coincidencia básica en las variables básicas de referencia para el diagnóstico de dominio conjunto: número limitado de empresas en el mercado (en Estados Unidos, incremento del Índice de Herfindahl en unos 500 puntos, por encima de 2.500) y madurez del mismo; homogeneidad del producto o estandarización del mismo, transparencia en los procedimientos de fijación del precio; barreras sustanciales a la entrada, e inelasticidad de la demanda o incapacidad de los oligopolistas para desplazar la producción hacia otros bienes.

— *Definición de mercados de producto*, en que la convergencia se ha logrado mediante la aceptación gradual por la Comisión del test de sus-

tuitividad del 5 por 100, practicado con base en series de datos, estudios econométricos y encuestas.

— *Tratamiento de la eficiencia ganada*, en el sentido de considerar como positivos sólo aquellos aumentos de eficiencia no obtenibles en ausencia de la concentración, mensurables, verificables en cuanto que no procedan de restricciones anticompetitivas del *output*, y suficientes para compensar la posible eliminación de rivales en ese mercado. Dicho lo cual, tampoco hay que olvidar que el peso dado a este aspecto como variable decisoria frente a una operación es todavía mucho mayor en Estados Unidos, de suerte que en Europa la ganancia de eficiencia no puede argumentarse para justificar una operación que de otro modo no hubiera sido autorizada.

Así pues, las aproximaciones en este terreno conceptual del análisis han sido mucho más destacables que en los procedimientos. Hay que reconocer, sin embargo, que quedan importantes escollos que salvar. En resumen, los principales estándares en la política de competencia entre Estados Unidos y Europa han venido acercándose continuamente, aunque subsisten serias divergencias. Si he incidido más en este Acuerdo de cooperación ha sido, primero, porque es de lejos el más importante suscrito por la Comisión y, segundo, porque puede ilustrar muy bien las dificultades inherentes a aproximaciones bilaterales como las descritas.

Dificultades que se elevan a la enésima potencia si nos ocupamos de la forma más ambiciosa de cooperación que está siendo estudiada en la actualidad, la multilateral. El origen de la misma se sitúa en la Conferencia de Singapur de diciembre de 1996, en la que se decidió crear un grupo de trabajo para estudiar los problemas referentes a las relaciones entre el comercio y la política de la competencia, identificando los aspectos que merecerían ser examinados en la OMC. La cuestión todavía está bajo estudio, y la Comisión ha propuesto cuatro puntos a desarrollar en detalle:

— Si existe la posibilidad de que todos los países miembros de la OMC se comprometieran a establecer una estructura supranacional destinada a actuar contra los acuerdos restrictivos, los abusos de posición dominante y los efectos negativos de las concentraciones. Para cumplir este fin, la organización debería contar con una serie de instrumentos de investigación, unas herramientas analíticas precisas y unas sanciones adecuadas.

— Identificación y adopción de principios comunes a escala internacional. Sin que ello signifique la redacción de un código internacional, se trataría de alcanzar un cierto consenso respecto a las principales prácticas perjudiciales para la competencia.

— Estudiar las posibilidades de crear un instrumento de cooperación entre las autoridades en materia de competencia, a partir de la experiencia acumulada en el marco de la cooperación bilateral.

— Discutir sobre la adaptación del sistema de solución de diferencias de la OMC al campo de la competencia. Este sistema podría utilizarse

en caso de que un país no atendiera a una solicitud de intervención para hacer respetar el derecho de la competencia, presentada por un miembro de la OMC.

En la actualidad, el sistema GATT/OMC sólo permite a sus miembros actuar en relación a las prácticas comerciales de las empresas. Por tanto, habría un largo camino a recorrer para que la OMC pudiera contribuir a solucionar los problemas de funcionamiento de la competencia, con incidencia sobre el comercio. En este recorrido sería imprescindible cubrir una serie de fases:

a) Adopción por todos los miembros de la OMC de estructuras nacionales de competencia, cuya implementación ha sido sumamente heterogénea hasta la fecha. Además, estas estructuras, de cara a los conflictos que excedan el ámbito doméstico, deberían permitir el acceso a los procedimientos a los no nacionales. Hay ya un precedente: el Reference Paper aceptado por muchos miembros en las rondas de liberalización de telecomunicaciones, en virtud del cual se comprometieron a instaurar una legislación y unos procedimientos de competencia a cargo de una autoridad nacional independiente.

b) Definición de un conjunto de normas mínimas para disciplinar las prácticas comerciales restrictivas con efectos transfronterizos, que se refirieran esencialmente a las restricciones horizontales (tanto de importación como de exportación) y verticales, el abuso de posición dominante y las concentraciones.

Como posible instrumento se ha sugerido en ocasiones la utilización del Mecanismo de Examen de las Políticas Comerciales (MEPC). Sin embargo, el mandato de creación del MEPC establece como principal función del mismo el estímulo de la transparencia, y no la creación de derechos ni obligaciones. Si se extendiera su uso al campo de la competencia, sólo podría analizar las cuestiones estrictamente relacionadas con la política comercial, y aun así, no se podría insertar en el MEPC la obligación de informar sobre políticas no sujetas a las normas de la OMC.

Tampoco el sistema de solución de diferencias parece adecuado. Éste permite el juego de compensaciones/represalias intersectoriales, y el mantenimiento de las medidas denunciadas a cambio de compensaciones, y concede una gran flexibilidad a los gobiernos en el diseño de las políticas juzgadas necesarias, aunque puedan ser condenadas por la OMC. Es claro que no es fácil imaginar la utilización de este sistema para resolver litigios entre empresas privadas.

Más allá de las dificultades detectadas para encontrar el foro institucional apropiado, un esquema de cooperación multilateral plantea problemas de gran calado. Sólo hay que pensar en las tremendas dificultades para armonizar las características de la información confidencial a intercambiar, o en la definición de un instrumental común a aplicar en el análisis de concentraciones, cuando ni siquiera existe un consenso teórico sobre el mismo. Visto de otra forma, si en los acuerdos bilaterales

entre las autoridades de competencia norteamericanas y europeas había obstáculos muy estimables por las divergencias en aspectos teóricos y procedimentales, y éstas constituyen las organizaciones más avanzadas del mundo en este campo, ¿qué no cabrá esperar de una institución que tenga que compatibilizar los intereses y las normas de más de un centenar de países, muchos de ellos sin experiencia alguna?

En definitiva, aunque evidentemente la cooperación entre las autoridades de competencia nacionales se hace imprescindible, la multilateralidad parece una vía excesivamente ambiciosa. Posiblemente haya que pensar más bien en una profundización de los mecanismos bilaterales, haciendo más densa su red o superando sus limitaciones tradicionales. Optar por la alternativa multilateral sería poco realista, a la luz de que las soluciones a sus deficiencias se hallan todavía en fase embrionaria. Asimismo, la utilización de una institución diseñada para la liberalización del comercio, como la OMC, no se ajusta en sus características a las necesidades de la multilateralidad en materia de competencia, y las discusiones en cada uno de los campos podrían interferir negativamente en el otro. También, y siendo pragmático, existen claras dudas respecto a que finalmente culmine con éxito el establecimiento de un conjunto de reglas internacionales legalmente vinculantes y de una autoridad supranacional de aplicación de las mismas, simplemente porque es improbable que los gobiernos estén dispuestos, en la situación actual, a ceder su soberanía en un grado tan alto.

BIBLIOGRAFÍA

- CASSON, M., *Multinational corporations*, EE, 1990.
- PHILIP, L., *Competition policy: a game theoretic perspective*, Cambridge University Press, 1995.
- HELPMAN, K., *International Trade*, MIT, 1985.
- PERRY, M., y PORTER, R., «Oligopoly and the incentive for horizontal merger», *American Economic Review*, núm. 75.
- FARRELL, J., y SHAPIRO, «Horizontal mergers: An equilibrium analysis», *American Economic Review*, núm. 80.
- DENECKERE, R., y DAVIDSON, C., «Incentives to form coalitions with bertrand competition», *Rand Journal of Economics*, núm. 16.
- LEVY, D., y REITZES, J., «Anticompetitive effects of mergers in markets with localised competition», *Journal of Law, Economics and Organisation*, núm. 8.
- SHAPIRO, C., «Mergers with differentiated products», *Antitrust*, núm. 10.
- SELTEN, R., «A simple model of imperfect competition where four are few and six are many», *International Journal of game theory*, núm. 2.
- ROBERTS, K., «Cartel behaviour and adverse selection», *Journal of Industrial Economics*, núm. 33.
- KIHLSTROM, R., y VIVES, X., «Collusion by asymmetrically informed duopolists», *European Journal of Political Economy*, núm. 5.
- PORTER, R., «Optimal cartel trigger price strategies», *Journal of Economic Theory*, núm. 29.

GREEN, E., y PORTER, R., «Non cooperative collusion under imperfect price information», *Econometrica*, núm. 52.

ROTERMBERG, J., y SALONER, G., «Collusive price leadership», *Journal of Industrial Economics*, núm. 39.

SALOP, S., «Strategic entry deterrence», *American Economic Review*, núm. 69.

ASPECTOS JURÍDICOS DE LA MODERNIZACIÓN DE LAS NORMAS DE APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 81 DEL TRATADO CE

Enrique GONZÁLEZ

Merger Task Force
Comisión Europea

1. INTRODUCCIÓN

El 28 de abril de 1999 la Comisión adoptó el Libro Blanco sobre la modernización de las normas de aplicación de los artículos 81 (ex art. 85)¹ y 82 (ex art. 86) del Tratado CE en donde se resumen las líneas maestras de la reforma del sistema de control de los acuerdos restrictivos de competencia y de los abusos de posición dominante para el próximo milenio. En esencia, la Comisión propone proceder a una descentrali-

¹ 1. Serán incompatibles con el mercado común y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común y, en particular, los que consistan en:

a) fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción;

b) limitar o controlar la producción, el mercado, el desarrollo técnico o las inversiones;

c) repartirse los mercados o las fuentes de abastecimiento;

d) aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva;

e) subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos.

2. Los acuerdos o decisiones prohibidos por el presente artículo serán nulos de pleno Derecho.

3. No obstante, las disposiciones del apartado 1 podrán ser declaradas inaplicables a:

— cualquier acuerdo o categoría de acuerdos entre empresas;

— cualquier decisión o categoría de decisiones de asociaciones de empresas;

— cualquier práctica concertada o categoría de prácticas concertadas, que contribuyan a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico, y reserven al mismo tiempo a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante, y sin que:

a) impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar tales objetivos;

b) ofrezcan a dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate.

zación más profunda de la aplicación de las normas de competencia y a un recentraje de su actividad que le permita hacer frente con más efectividad y eficiencia a los acuerdos, prácticas y comportamientos restrictivos de la competencia más perjudiciales para la realización de los objetivos del Tratado.

El objetivo de este artículo no es el de proceder ni a un análisis sistemático del Libro Blanco ni a un repaso del conjunto de críticas/observaciones provocadas desde su publicación. Su finalidad, menos ambiciosa, es la de examinar con cierto detalle dos de los aspectos jurídicamente más interesantes del proyecto de reforma. A saber, su compatibilidad con el sistema del Tratado y la articulación de su nuevo sistema de decisiones con los objetivos del proyecto.

2. SOBRE LA COMPATIBILIDAD DE LA SUSTITUCIÓN DEL ACTUAL SISTEMA DE AUTORIZACIÓN POR UN SISTEMA FUNDADO EN LA EXCEPCIÓN LEGAL

Como es sabido, los regímenes de autorización se basan en el principio de que la prohibición de los acuerdos prevista por el legislador (en el Derecho comunitario el apartado 1 del art. 81) solamente puede levantarse mediante un acto de la autoridad pública habilitada a tal efecto, acto que tiene la naturaleza de una decisión de autorización constitutiva de derechos con efectos normalmente para el futuro. Cuando la prohibición de los acuerdos restrictivos se sanciona con la nulidad de los contratos en cuestión (apartado 2 del art. 81), estos serán nulos mientras que la autoridad competente no los haya autorizado. En los regímenes de excepción legal, en cambio, la prohibición de los acuerdos restrictivos de la competencia no se aplica a aquellos que cumplen determinadas condiciones establecidas por la ley que son, por tanto, válidos *ab initio*. La reunión del conjunto de estas condiciones constituye pues una excepción al principio de prohibición.

En el Libro Blanco la Comisión propone transformar el actual sistema de autorización establecido en el Reglamento 17² en un sistema de excepción legal. El cambio de sistema se realizaría mediante la modificación del Reglamento 17, es decir, mediante Reglamento del Consejo (*ex art. 87 del Tratado*)³, y no mediante una modificación del Tratado. En el nuevo

² DOCE, núm. 13, de 21 de febrero de 1962, p. 204.

³ 1. El Consejo, por mayoría cualificada, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, adoptará los reglamentos o directivas apropiados para la aplicación de los principios enunciados en los artículos 81 y 82.

2. Las disposiciones a que se refiere el apartado 1 tendrán especialmente por objeto:

a) garantizar la observancia de las prohibiciones mencionadas en los artículos 81, apartado 1, y 82, mediante el establecimiento de multas y multas coercitivas;

b) determinar las modalidades de aplicación del apartado 3 del artículo 81, teniendo en cuenta la necesidad, por una parte, de asegurar una vigilancia eficaz y, por otra, de simplificar en lo posible el control administrativo;

Reglamento se estipularía que todas las autoridades de competencia y todos los tribunales nacionales competentes para aplicar el artículo 81.1 del Tratado serían también competentes para aplicar el artículo 81.3. En resumen, el artículo 81 en su conjunto devendría, por mor de una modificación del Derecho derivado, una disposición directamente aplicable que los individuos/empresas podrían invocar ante cualquier tribunal o ante cualquier autoridad nacional competente.

La cuestión que algunos comentadores se han planteado es precisamente si este modo de proceder es el jurídicamente correcto o si, por el contrario, la propuesta de la Comisión no requeriría una modificación del Tratado.

A este respecto, y antes de proceder a un análisis detallado de los argumentos esgrimidos en contra de la utilización de la vía del Derecho derivado (modificación reglamentaria) para llevar a cabo la reforma, conviene subrayar que la tesis de la Comisión no se funda en el principio de que el artículo 81 sea de por sí, y en la ausencia de disposiciones de aplicación, una norma directamente aplicable. Lo que la Comisión defiende es que el artículo 83 del Tratado le da al Consejo la posibilidad jurídica de elegir entre un sistema de autorización y un sistema de excepción legal a la hora de establecer las reglas de aplicación del artículo 81.3 siempre y cuando, claro está, que éste se asegure que la elección entre uno y otro sistema garantice una supervisión efectiva y un máximo de eficacia administrativa [art. 83.2.b)]⁴.

A. LA INTERPRETACIÓN HISTÓRICA

De acuerdo con ciertos autores⁵, los seis Estados miembros originarios no pudieron ponerse de acuerdo sobre el sistema a seguir para levantar la prohibición prevista en el artículo 81.1. En efecto, algunas delegaciones favorecían el sistema de autorización mientras que otras preferían el sistema de la excepción legal. La redacción del artículo 81.3 (según el cual las disposiciones del apartado 1 podrán ser declaradas inaplicables a ciertos acuerdos o categorías de acuerdos) sería pues el resultado de un compromiso entre las dos tesis enfrentadas, compromiso que

c) precisar, eventualmente, respecto de los distintos sectores económicos, el ámbito de aplicación de los artículos 81 y 82;

d) definir las respectivas funciones de la Comisión y del Tribunal de Justicia en la aplicación de las disposiciones establecidas en el presente apartado;

e) definir las relaciones entre las legislaciones nacionales, por una parte, y las disposiciones de la presente sección y las adoptadas en aplicación del presente artículo, por otra.

⁴ 2. Las disposiciones a que se refiere el apartado 1 tendrán especialmente por objeto:

b) determinar las modalidades de aplicación del apartado 3 del artículo 81, teniendo en cuenta la necesidad, por una parte, de asegurar una vigilancia eficaz y, por otra, de simplificar en lo posible el control administrativo.

⁵ S. NERI y S. SPERL, *Traité instituant la Communauté économique européenne, Travaux préparatoires, déclarations interprétatives des six Gouvernements, documents parlementaires*, Cour de Justice, 1960, pp. 211 ss.

le permitiría al Consejo, en su momento, elegir entre ambas. Esta interpretación se vería a su vez confirmada por el propio artículo 83 que expresamente habilita al Consejo para establecer las modalidades de aplicación del artículo 81.3 teniendo en cuenta la necesidad de asegurar una vigilancia eficaz y de simplificar en lo posible el control administrativo. Además, la diferencia de redacción entre el artículo 81.3 y el artículo 65.2 del Tratado CECA según el cual «la Alta Autoridad autorizará...»⁶ parece también militar en este sentido. En efecto, el Tratado CECA al utilizar el término «autorizará» parece claramente prescribir un sistema de autorización, mientras que el artículo 81.3 al no utilizar los términos «autorizará» o «declarará válido» sino, en términos negativos, la expresión «declarará inaplicable» parece dejar la cuestión más bien abierta. Además, y a diferencia del Tratado CECA, el artículo 81.3 no especifica la cuestión de la autoridad competente. En resumen, de la historia legislativa del Tratado CE y de su comparación con la disposición equivalente del Tratado CECA parece colegirse que, como sostiene la Comisión, el artículo 81.3 no determina de forma definitiva el sistema, de autorización o de excepción legal, que deba regir el levantamiento de la prohibición establecida por su párrafo primero.

B. LA INTERPRETACIÓN LITERAL

Desde el punto de vista de la interpretación literal del artículo 81.3, la cuestión que se plantea es la de saber si el tenor literal de esta disposición del Tratado impone un sistema de autorización, combinado con la atribución de una competencia exclusiva en favor de la Comisión, o más bien, y tal y como lo sugiere la interpretación histórica de esta norma y su comparación con el Tratado CECA, deja en manos del Consejo su articulación precisa⁷. A este respecto, conviene tal vez recordar que es el Reglamento 17, y no el Tratado, el que claramente establece un sistema de autorización administrado por una autoridad pública, la competencia

⁶ Sin embargo, la Alta Autoridad autorizará, para productos determinados, acuerdos de especialización o acuerdos de compra o de venta en común, si reconociere:

a) que esta especialización, estas compras o estas ventas en común contribuirán a una notable mejora en la producción o distribución de tales productos;

b) que el acuerdo de que se trate es esencial para lograr estos efectos, sin que tenga un carácter más restrictivo del que exija su objeto y,

c) que tal acuerdo es incapaz de conferir a las empresas interesadas el poder de determinar los precios, controlar o limitar la producción o el mercado de una parte sustancial de estos productos en el mercado común, o de sustraerlas a la competencia efectiva de otras empresas dentro del mercado común.

Si la Alta Autoridad reconociere que determinados acuerdos son estrictamente análogos, en cuanto a su naturaleza y a sus efectos, a los acuerdos antes mencionados, habida cuenta, en particular, de la aplicación del presente apartado a las empresas distribuidoras, los autorizará también si reconociere que reúnen las mismas condiciones.

⁷ Sólo si el Tratado mismo impusiera un sistema de autorización se podría argumentar que el sistema de la excepción legal es contrario al Tratado. Ver en este sentido las conclusiones del Abogado General Lagrange en el asunto 13/1961, Bosch, ECR, p. 309.

exclusiva en materia de aplicación del artículo 81.3 en favor de la Comisión, un sistema de notificación y una regulación específica de los efectos temporales de la autorización (*ab initio* o sólo para el futuro).

Estos elementos de interpretación no obstante, ciertos autores argumentan que la utilización del termino *podrán* en el texto del artículo 81.3 implica necesariamente la existencia de un margen discrecional que, por naturaleza, únicamente puede ser ejercido por una autoridad pública. En definitiva, según estos autores, la posibilidad de ejercer un margen discrecional no sería compatible con la aplicación del artículo 81.3 por los tribunales nacionales.

A este respecto, conviene poner de relieve que la utilización del término *podrán* no parece poder asociarse automáticamente con la existencia de un margen de apreciación discrecional, ya que este término también puede referirse a la mera atribución de una competencia. Además, el término *podrán* debe ser leído en combinación con las frases que le siguen y, en particular, con la frase «a cualquier acuerdo o categoría de acuerdos entre empresas...». En efecto, el artículo 81.3 puede ser aplicado bien a título individual, bien, con carácter general, a ciertas categorías de acuerdos. Dada esta posibilidad de elección habría sido probablemente inapropiado utilizar términos tales como *deberán*, ya que, de haber sido así, el Tratado habría establecido una obligación legal de proceder a una declaración de inaplicabilidad de cualquier categoría de acuerdo entre empresas eliminando, de este modo, la elección de un sistema u otro en función de las especificidades de cada tipo de acuerdo. Por otra parte, y lo que quizás sea más importante, la jurisprudencia del Tribunal de Primera Instancia no parece haber reconocido margen de discreción alguno a la Comisión en la aplicación del artículo 81.3 del Tratado. En efecto, según esta jurisprudencia, cuando las condiciones de aplicación de esta disposición se encuentran reunidas en relación con un acuerdo, las empresas tienen derecho al beneficio de la exención⁸. Es cierto que el Tribunal de Justicia le ha reconocido a la Comisión un amplio margen de apreciación en la aplicación concreta de las cuatro condiciones del artículo 81.3⁹, sin embargo, este margen de apreciación se funda en la complejidad de las evaluaciones económicas que ésta implica y no en la posibilidad de no aplicar este artículo por razones distintas de las específicamente mencionadas en esta disposición.

En consecuencia, este margen de apreciación reconocido por el Tribunal a la Comisión en modo alguno entraña la exclusión de los tribunales nacionales del ámbito de los órganos potencialmente llamados a aplicar esta disposición. En efecto, tanto el artículo 81.1 como el artículo 82 son actualmente aplicados por los tribunales nacionales en virtud de su

⁸ Ver en particular la sentencia de 15 de julio de 1994 en el asunto T17/1993, Matra Hachette, Recopilación II-595, puntos 85 y 139.

⁹ Sentencia de 13 de julio de 1966 en los asuntos acumulados 56/1964 y 58/1964, Consten y Grundig, ECR, p. 429.

efecto directo ¹⁰ y nadie niega el carácter complejo de su aplicación desde el punto de vista económico. Muy al contrario, en su reciente sentencia en el asunto Bagnasco ¹¹, el Tribunal de Justicia ha indicado expresamente que la aplicación del artículo 81.1 entraña complejas evaluaciones de orden económico que los tribunales nacionales tienen que llevar a cabo. Otro tanto de lo mismo cabe predicar del artículo 82, cuya aplicación requiere evaluar cuestiones tan complejas como la existencia o no de una posición dominante o su abuso.

En definitiva, el reconocimiento de un cierto margen de apreciación en la aplicación de las cuatro condiciones del artículo 81.3 no parece poder vincularse a la cuestión del tipo de autoridad que debe aplicar esta norma, sino más bien a la naturaleza de la norma en sí. Lo que cuenta, en definitiva, es si la aplicación de la norma entraña o no una evaluación económica compleja de los hechos y no la identidad de la autoridad que debe aplicarla.

En relación con la interpretación literal del artículo 81.3, otros autores argumentan que la utilización de los términos «podrán ser *declaradas* inaplicables» implica, necesariamente, que esta disposición presupone, o más bien impone, un sistema de autorización.

A este respecto conviene primeramente precisar que una declaración de conformidad con el artículo 81.3 puede operarse sea mediante una decisión que declare la inaplicabilidad del artículo 81.1 *ab initio* o mediante una decisión que declare la inaplicabilidad de este último artículo sólo para el futuro o sólo a partir de una fecha prevista en la decisión. En el primer caso la decisión sería meramente declarativa mientras que en los dos últimos casos la decisión sería constitutiva. El término *declarar* parece, pues, ser compatible tanto con un sistema de autorización como con un sistema de excepción legal. En efecto, la única diferencia entre un sistema y otro es que en el sistema de la excepción legal la decisión es declarativa mientras que en el sistema de autorización la decisión es constitutiva. De cualquier forma, y sea cual sea el significado que se le quiera atribuir a los términos «podrán ser *declaradas* inaplicables», lo que importa, a fin de cuentas, es que el Tratado no excluye la posibilidad de que esta declaración sea efectuada tanto por una autoridad administrativa como por una autoridad judicial.

Otro argumento, a caballo entre la interpretación literal y la interpretación sistemática y finalista del Tratado, invocado en contra de la interpretación preconizada por la Comisión, es que un sistema de excepción legal equivaldría, en la práctica, a la instauración de un amplio reglamento de exención por categoría en violación de la obligación prescrita por el artículo 81.3 de definir *ex ante* las categorías de acuerdos que pueden beneficiarse de la exención. La Comisión estaría de este modo trans-

¹⁰ Sentencia de 30 de enero de 1974, BRT/Sabam, ECR, p. 51, punto 16.

¹¹ Sentencia de 21 de enero de 1999 en los asuntos acumulados C/215/1996 y 216/1996, Bagnasco, Recopilación I-135, punto 50.

formando un sistema de prohibición (en el que los acuerdos restrictivos de la competencia son ilegales y nulos *ab initio*) en un sistema de control del abuso (en el que los acuerdos restrictivos de competencia solo son ilegales tras la adopción de una decisión de infracción que así lo declare) en violación del artículo 81.

A este respecto cabría simplemente señalar que, si bien es verdad que los reglamentos de exención por categoría tienen por efecto transformar el sistema de prohibición en un sistema de abuso (en la medida en que una vez satisfechas las condiciones de aplicación del reglamento sólo se puede prohibir el acuerdo en cuestión si se procede a la previa retirada del beneficio de la exención mediante decisión), tal no es el caso en el supuesto de la sustitución de un sistema de autorización por un sistema de excepción legal. En efecto, en esta última hipótesis los acuerdos restrictivos de la competencia que no cumplan con las condiciones previstas en el artículo 81.3 son ilegales y nulos de pleno Derecho *ab initio* sin que para ello sea necesaria la adopción de una decisión en ese sentido. Además, y a diferencia de una exención por categoría en donde la satisfacción de las cuatro condiciones de aplicación del artículo 81.3 se presume, en un sistema de excepción legal la satisfacción de estas condiciones se ha de hacer caso por caso en función del contexto económico y jurídico en el que se inscriba el acuerdo en cuestión.

En este orden de objeciones se sitúa también el argumento según el cual la posibilidad de aplicar el artículo 81.3 a ciertas categorías de acuerdos sería incompatible con el sistema de la excepción legal, en la medida en que si los acuerdos en cuestión ya reúnen las cuatro condiciones de aplicación de este artículo, la adopción de un reglamento se haría innecesaria. Sin embargo, en este razonamiento se pierde de vista el hecho de que los efectos jurídicos de una y otra técnica legislativa son diferentes. Mientras que el sistema de la excepción legal se funda en el principio de la prohibición, el sistema del reglamento de exención por categoría se basa en el principio del control del abuso. Además, nada en el Tratado parece oponerse a que el Consejo aplique el principio de la excepción legal sólo a los acuerdos individuales, reservando de este modo el monopolio legislativo en materia de exención a la Comisión como medio de garantizar una aplicación coherente del derecho de la competencia en la Comunidad.

C. LA INTERPRETACIÓN SISTEMÁTICA

Algunos autores estiman que la existencia misma del artículo 81.2 demostraría que el sistema del artículo 81 está fundado en un sistema de autorización con notificación. Sin embargo, esta objeción parece estar desprovista de fundamento, ya que el artículo 81.2 hace referencia «a los acuerdos o decisiones prohibidos por el presente artículo...», es decir, al artículo 81 como un todo y no al artículo 81.1 exclusivamente¹². Esto

¹² Ver en este sentido la sentencia de 9 de julio de 1969 en el asunto 10/1969, Portelange, CER, p. 309, punto 10.

quiere decir que, y en la ausencia de una disposición que imponga un sistema de notificación obligatoria previa como condición *sine qua non* para que un acuerdo dado pueda beneficiarse de la exención prevista en el artículo 81.3, un acuerdo sólo puede declararse ilegal *ab initio* si éste es incompatible con el artículo 81 en su conjunto y, por tanto, que una correcta aplicación de esta disposición, sea por una autoridad administrativa o judicial, conlleva necesariamente una aplicación combinada de ambas disposiciones.

Se ha argumentado también que la referencia en el artículo 83.2.b) a la simplificación del control administrativo apuntaría claramente a que sólo una autoridad administrativa, y no los tribunales nacionales, sería competente para aplicar el artículo 81.3. Sin embargo, y como ya se ha señalado *supra*, nada en el tenor literal del artículo 81.3 parece oponerse a que el Consejo decida atribuirles a los tribunales nacionales la posibilidad de aplicar esta disposición con vistas a facilitar la administración del sistema de control de los acuerdos restrictivos de la competencia y, por tanto, la simplificación del control administrativo por parte de la Comisión.

También se ha objetado que el artículo 84, al mencionar únicamente a las autoridades nacionales de competencia, parece excluir la posibilidad de que los tribunales nacionales también apliquen el artículo 81.3. A este respecto conviene subrayar que esta disposición únicamente disciplina el régimen transitorio aplicable desde la entrada en vigor del Tratado hasta la adopción de un reglamento de aplicación por el Consejo. Esta disposición no parece poder interpretarse como una limitación de los poderes del Consejo a la hora de aplicar los principios enunciados en el artículo 81. De hecho, el Consejo reservó la aplicación del artículo 81.3 a la Comisión, excluyendo pues a las autoridades nacionales de la competencia. Además, esta referencia exclusiva a las autoridades nacionales en el artículo 84 no le ha impedido al Tribunal de Justicia establecer el principio del efecto directo de los artículos 81.1 y 82 y, por tanto, de su invocabilidad ante los tribunales nacionales.

A modo de conclusión, no parece que ni la interpretación histórica ni la interpretación literal ni la interpretación sistemática del Tratado se opongan al establecimiento de un sistema de excepción legal basado en la aplicación descentralizada del artículo 81.3. Sin embargo, algunos autores estiman que la complejidad del análisis que ha de realizarse en el marco del artículo 81.3 no se presta a su aplicación por los tribunales nacionales.

A este respecto, quizás sea útil examinar con más detalle las cuatro condiciones de aplicación del artículo 81.3.

La cuarta condición, que el acuerdo no elimine la competencia efectiva, se ha venido tradicionalmente asimilando con el test de la posición dominante, test que los tribunales nacionales han de aplicar de todas formas en el marco del artículo 82 del Tratado. La aplicación de esta

condición no añade pues nada nuevo a las responsabilidades que pesan ya actualmente sobre los tribunales nacionales.

La tercera condición, que las restricciones en cuestión sean indispensables para alcanzar los beneficios que se deriven del acuerdo, no constituye más que una expresión del principio de proporcionalidad (en otras palabras, el juez debe examinar si no existen otros medios menos restrictivos de alcanzar el resultado perseguido)¹³ que los tribunales nacionales están llamados a aplicar en diversos ámbitos del Derecho comunitario (libre circulación de personas, mercancías, capitales, etc.)¹⁴.

La segunda condición, que los usuarios reciban una participación equitativa en el beneficio resultante del acuerdo, se presume generalmente cuando, tras la ejecución del acuerdo, las empresas en cuestión siguen sometidas a una competencia efectiva en el mercado relevante¹⁵. La satisfacción o no de esta condición puede generalmente deducirse del análisis que el juez nacional tiene que realizar, de todas formas, en el marco del artículo 81.1 que, como tal, tiene efecto directo.

Para satisfacer la primera condición del artículo 81.3, que el acuerdo mejore la producción o la distribución de los productos o fomente el progreso técnico o económico, las empresas deben normalmente demostrar que el acuerdo en cuestión dará lugar a una reducción de los costes o a una mejora o a una aceleración de la innovación. Se trata pues de una cuestión de prueba, las partes han de aportar elementos suficientes que permitan establecer las ventajas del acuerdo y que demuestren que éstas compensan más que suficientemente las desventajas derivadas de la restricción de competencia. En los casos más complejos, siempre cabe la posibilidad de recurrir a un experto que asista a la autoridad competente en la cualificación de las ventajas alegadas. En todo caso, la carga de la prueba seguirá recayendo sobre las partes que deberán, en todo caso, substanciar sus alegaciones¹⁶.

En suma, no parece haber nada de particular en el artículo 81.3 que lo haga intrínsecamente inadaptado para una aplicación descentralizada por parte de los tribunales nacionales.

A la luz de estas consideraciones no parece que la introducción de un sistema de excepción legal en el ámbito del Derecho comunitario de la competencia pueda considerarse como incompatible con el sistema del Tratado.

¹³ Ver en este sentido las sentencias Consten y Grundig y Matra citadas *supra*.

¹⁴ Ver por ejemplo la sentencia de 30 de noviembre de 1995 en el asunto C-55/1994, Gebhard, Recopilación I, p. 4165.

¹⁵ Ver en este sentido la decisión de la Comisión en el asunto Philips-Osram, *DOCE*, L 378, 1994, p. 37.

¹⁶ En este contexto, quizás sea conveniente mencionar que una disposición si no más por lo menos tan compleja como el artículo 81.3, el artículo 86 del Tratado, ha sido declarada directamente aplicable por el Tribunal de Justicia (ver en este sentido la sentencia de 19 de mayo de 1993 en el asunto C-320/1991, Corbeau, Recopilación p. 555, punto 15) y que otras disposiciones no menos complejas han venido siendo aplicadas por los jueces nacionales desde hace ya casi cuarenta años (arts. 28, 30, 39, 46, 43, 48, 49 y 50).

3. SOBRE LA ARTICULACIÓN DEL NUEVO SISTEMA DE DECISIONES CON LOS OBJETIVOS DEL PROYECTO

En el sistema de aplicación descentralizada de las normas de competencia preconizado en el Libro Blanco, tanto la Comisión como las autoridades nacionales de competencia y los tribunales nacionales tendrán la posibilidad, y en el caso de los tribunales nacionales la obligación, de aplicar el artículo 81 del Tratado en su conjunto. En este nuevo marco, la articulación de las decisiones de la Comisión con las decisiones de las autoridades nacionales de la competencia y con las de los jueces nacionales revestirá una particular importancia. Las próximas secciones abordarán el examen de cada tipo de decisión y su articulación con las decisiones de las otras autoridades llamadas a aplicar el artículo 81 en su conjunto.

A. DECISIONES DE PROHIBICIÓN

Bajo el nuevo sistema, el objetivo y la naturaleza de este tipo de decisiones será exactamente el mismo. De acuerdo con el artículo 3 del Reglamento 17, la Comisión puede instar a las empresas a que pongan fin a una infracción a los artículos 81 y/u 82. En este marco, la Comisión puede igualmente imponer las obligaciones que sean necesarias para que se ponga fin a la infracción¹⁷ en las condiciones más adecuadas para un eficaz restablecimiento de la competencia efectiva en el o los mercados relevantes y las sanciones pecuniarias que se estimen oportunas. Además, la Comisión puede adoptar este tipo de decisiones, sin imposición de sanciones, aun en aquellos supuestos en los que las partes ya hayan puesto fin a la infracción (decisiones de prohibición de naturaleza declarativa), siempre y cuando, claro está, ésta pueda acreditar la existencia de un interés legítimo en tal adopción¹⁸. El nuevo reglamento podría codificar esta posibilidad jurídica de creación pretoriana.

B. DECISIONES CONSTATANDO LA AUSENCIA DE UNA INFRACCIÓN

Tal y como se establece en el punto 88 del Libro Blanco, las decisiones de exención de carácter constitutivo *strictu sensu* no parecen compatibles con un sistema basado en la excepción legal. En este sistema no parece pues que sea posible que este tipo de decisión sea adoptado ni por la Comisión ni por las autoridades nacionales de competencia.

En un sistema de excepción legal, una decisión constatando la ausencia de una infracción podría definirse como una decisión por la que una

¹⁷ Ver en este sentido la sentencia de 6 de marzo de 1974 en los asuntos acumulados 6/1973 y 7/1973, *Commercial Solvents*, ECR, p. 223, puntos 45 y 46.

¹⁸ Sentencia de 2 de marzo de 1983 en el asunto núm. 7/1982, *GVL ECR*, p. 483.

autoridad de competencia declara que un acuerdo o una práctica dada no infringe los artículos 81 y/u 82, ya sea porque no afecta el comercio intracomunitario, ya sea porque no constituye una restricción de competencia o un abuso de posición dominante, ya, en el caso del artículo 81, porque el acuerdo en cuestión satisface las cuatro condiciones del artículo 81.3. En resumen, este tipo de decisiones no sería diferente de las decisiones de certificación negativa previstas en el artículo 2 del vigente Reglamento 17. Como se mostrará *infra*, esta categoría de decisiones se distingue, no obstante, de las decisiones de rechazo de queja y de las decisiones condicionales por las que se interrumpe un procedimiento de infracción.

Una de las consecuencias más inmediatas de la abolición del sistema de decisiones constitutivas de exención y del recentraje de la actividad de la Comisión en la investigación de las actividades más dañinas para el mantenimiento de una competencia efectiva es, en el sistema preconizado por el Libro Blanco, la supresión del sistema de notificación. Obviamente, tal eliminación resultaría significativamente minada si ésta se viera sustituida por la introducción de un sistema de notificación nacional fundado en la posibilidad de adoptar decisiones constitutivas de exención. En suma, la eficacia del nuevo sistema requiere que ninguna autoridad de competencia, ya sea a nivel nacional, ya sea a nivel comunitario (la Comisión), tenga el poder de mantener o de instaurar un sistema de notificación fundado sobre la posibilidad de solicitar, y el derecho a obtener, una decisión de exención *ex* artículo 81.3.

Tal sistema no sólo entrañaría la reintroducción del presente sistema de autorización, sino que también crearía serios problemas de aplicación coherente de las normas comunitarias de competencia. En efecto, tal sistema daría lugar a un alto riesgo de numerosos conflictos positivos entre decisiones formales de no infracción, decisiones formales de infracción y decisiones condicionales. La Comisión y las autoridades nacionales de competencia tendrían pues que dedicar considerables recursos a la tarea de asegurar la coherencia de las numerosas decisiones declarando la ausencia de infracción complicando de este modo la cooperación de la red de autoridades de competencia prevista en el Libro Blanco. Obviamente, la eliminación del sistema de notificación no afectaría la posibilidad de los Estados miembros de mantener el sistema de notificación para los acuerdos que únicamente caigan bajo el ámbito de aplicación del derecho nacional de la competencia.

En cuanto a la posibilidad de adoptar decisiones declarativas constatando la ausencia de infracción, la Comisión preconiza que su adopción, en el punto 88 del Libro Blanco, únicamente se llevará a cabo en ciertas circunstancias excepcionales justificadas por el interés público comunitario. Tal podría ser el caso cuando este tipo de decisiones pueda servir de instrumento de política de la competencia, por ejemplo, para clarificar la aplicación de los artículos 81 y/u 82 a una situación de hecho o de Derecho novedosa o para promover la aplicación coherente del derecho

comunitario de la competencia. Sin embargo, y a diferencia del sistema de notificación, la Comisión no estaría obligada a adoptar este tipo de decisiones.

Algunos autores estiman que este tipo de decisión no sería compatible con el sistema de la excepción legal, que tal posibilidad de adoptar decisiones positivas podría dar lugar a la reintroducción del sistema de notificación y que, además, podría entrañar situaciones de discriminación entre empresas.

A este respecto, y sin negar las derivaciones *de facto* a las que esta posibilidad jurídica podría dar lugar, es innegable que incluso en un sistema de excepción legal, las empresas pueden sentir la necesidad de obtener algún tipo de orientación, en particular, en aquellos supuestos en donde la ejecución de los acuerdos en cuestión requiera la realización de inversiones importantes. En este tipo de situaciones, la posibilidad de obtener una decisión positiva, aun cuando de naturaleza puramente declarativa, no deja de presentar ciertas ventajas en materia de seguridad jurídica.

Una posible alternativa a este sistema de «decisión declarativa positiva» sería la creación de un sistema de dictámenes a la manera de las «*business review letters*» del Derecho americano. Estos dictámenes vendrían, pues, a colmar las lagunas de las comunicaciones de la Comisión en materia de acuerdos verticales y horizontales (o de otras que pudieran adoptarse en el futuro) y a orientar a las empresas que tengan serias dudas sobre la compatibilidad de sus acuerdos con el Derecho comunitario. A los efectos de evitar la reproducción del sistema de notificación y de sus anomalías, estos dictámenes sólo se evacuarían en casos muy concretos y sobre la base de la satisfacción de criterios adecuados de selección.

Un problema relacionado con la supresión de los sistemas de notificación y con la problemática de las decisiones declarativas positivas es el de la conclusión formal de los procedimientos de oficio, tanto a nivel nacional como a nivel comunitario, cuando se llegue a la conclusión de que no hay infracción. Una solución podría consistir en la eliminación de la posibilidad de concluir el procedimiento mediante la adopción de una decisión formal positiva. En este caso el procedimiento se concluiría informalmente comunicándole a las empresas afectadas este resultado por escrito. En ciertos casos esta medida se podría completar con un comunicado de prensa u otro medio análogo de publicidad que, por supuesto, no tendría por efecto vincular a las otras autoridades de competencia.

C. DECISIONES DE INTERRUPCIÓN DE UN PROCEDIMIENTO DE INFRACCIÓN SOMETIDAS A CONDICIÓN

Este tipo de decisión sería adoptado cuando, una vez incoado un procedimiento de infracción, ya de oficio ya a instancia de parte (queja/de-

nuncia), las empresas afectadas ofrecen remedios adecuados que le permitan a la autoridad competente poner fin al procedimiento de infracción. En este contexto, la decisión tendría por efecto aceptar los remedios propuestos, transformarlos en una obligación jurídicamente vinculante y poner fin al procedimiento de infracción en curso.

En regla general, y sobre todo cuando los remedios propuestos son de naturaleza comportamental, la decisión que los hace obligatorios tendría un período de validez limitado y la autoridad competente podría retirar su decisión en aquellos supuestos en que, por ejemplo, haya acaecido un cambio sustancial de los hechos que sirvieron de base para la adopción de la decisión. Una vez transcurrido este período, la Comisión podría reabrir el procedimiento, siempre y cuando, claro está, que el problema de competencia persista.

Obviamente, la Comisión únicamente podría adoptar este tipo de decisiones cuando ésta puede acreditar, al menos *prima facie*, la existencia de una infracción al artículo 81 en su conjunto. Esto no significa que la Comisión deba declarar que con anterioridad al ofrecimiento de remedios hubo una infracción o que las empresas deban aceptar que sus acuerdos violaban el artículo 81 del Tratado. En suma, este sistema no se diferenciaría mucho del sistema de adopción de decisiones de autorización sometidas a condición *ex* artículo 6 del Reglamento sobre el control de concentraciones¹⁹. Sin embargo, y a diferencia de lo previsto en este Reglamento, la decisión aceptando los remedios no tendría que declarar que una vez ofrecidos los remedios, el acuerdo en cuestión no viola el artículo 81 del Tratado. Esta posibilidad dependería de la inclusión o no en el nuevo Reglamento de aplicación de la facultad o no de adoptar «decisiones declarativas positivas».

Estas decisiones tendrían por efecto obligar a las empresas a respetar los remedios ofrecidos. Además, la decisión sería invocable ante los tribunales nacionales y la Comisión tendría la posibilidad de imponer multas y/o multas periódicas en aquellos casos en los que las empresas destinatarias de la decisión no respetaran sus obligaciones. Finalmente, la decisión sólo podría ser retirada por la autoridad que la adoptó (y no, por ejemplo, por un juez nacional), y esto aun en aquellos supuestos en los que haya habido una modificación sustancial de los hechos que hubieren fundado su adopción. En efecto, en estos casos las empresas deberían solicitar la modificación y/o la retirada de la decisión. En caso de rechazo, las empresas podrían, evidentemente, interponer un recurso de anulación ante el Tribunal de Primera Instancia.

¹⁹ 2. Si la Comisión comprobara que, una vez modificada por las empresas afectadas, una operación de concentración notificada ya no plantea serias dudas en el sentido de la letra c) del apartado 1, podrá tomar la decisión de declarar que la operación es compatible con el mercado común, a tenor de lo dispuesto en la letra b) del apartado 1.

La Comisión podrá acompañar la decisión adoptada, con arreglo a la letra b) del apartado 1 del artículo 6, de condiciones y obligaciones destinadas a garantizar que las empresas afectadas cumplan los compromisos adquiridos ante la Comisión con objeto de compatibilizar la concentración con el mercado común.

En cuanto a las posibilidades de recurso contra la decisión aceptando los remedios, parece discutible que las empresas que los hayan propuesto pudieran tener legitimación activa para impugnarla. En efecto, en el nuevo sistema son precisamente estas empresas las que han de ofrecer los remedios en cuestión y las que, al hacerlo, han aceptado que éstos sean invocables ante los jueces nacionales. En definitiva, y con la excepción de aquellos casos en los que se pudiera invocar la existencia de una desviación de poder por parte de la Comisión, parece dudoso que las empresas que hayan propuesto los remedios puedan tener legitimación activa para impugnar la decisión.

D. DECISIONES DE RECHAZO DE QUEJA/DENUNCIA

En su Libro Blanco, la Comisión propone introducir un procedimiento en dos fases para tratar las quejas/denuncias de terceros. Según el sistema propuesto, la Comisión tendrá un plazo de cuatro meses desde la recepción de la queja/denuncia para informar a la empresa en cuestión sobre si su queja será o no investigada. Si la empresa no es informada antes de la expiración de este plazo, ésta podrá introducir un recurso *ex artículo 232* ante el Tribunal de Primera Instancia. Alternativamente, la Comisión podría decidir no incoar un procedimiento de infracción si, por ejemplo, ésta llegara a la conclusión de que el acuerdo no afecta el comercio intracomunitario, la queja no está fundada (porque el acuerdo no restringe apreciablemente la competencia o porque, aun restringiéndola, satisface las cuatro condiciones del art. 81.3), o si la queja no revisiera interés comunitario.

Aun en aquellos supuestos en los que la Comisión hubiere informado al denunciante de que procederá a una investigación de su queja/denuncia, ésta puede ulteriormente concluir que no hay violación de los artículos 81 y/u 82 y, por tanto, rechazar la queja sobre el fondo o por falta de pruebas de la existencia de una infracción. Aunque la Comisión no ha precisado cuál sería la duración de esta segunda fase, ésta está obligada, en virtud de los principios generales del Derecho administrativo comunitario, a terminar sus procedimientos dentro de un plazo razonable.

En aquellos casos en los que la queja/denuncia haya sido rechazada por falta de interés comunitario o por falta de pruebas, la decisión no se pronunciaría sobre si el acuerdo o la práctica en cuestión infringe o no las normas comunitarias de la competencia y no debería, pues, tener influencia alguna sobre la posibilidad de que una autoridad nacional investigue el caso.

E. DECISIÓN DE RETIRADA DEL BENEFICIO DE UNA EXENCIÓN POR CATEGORÍA

El beneficio de una exención por categoría puede serle retirado a un acuerdo cubierto por la misma cuando, en particular, éste no cumpla

las cuatro condiciones del artículo 81.3, ya individualmente, ya como resultado del efecto cumulativo de una red de acuerdos similares. Una vez retirado el beneficio en cuestión, la Comisión puede proceder ora a una decisión de prohibición, ora a una decisión aceptando remedios. En ambos casos, el dispositivo de la decisión haría referencia, por una parte, al hecho de la retirada *ex nunc* del beneficio de la exención por categoría, y, por otra parte, sea a la prohibición del acuerdo, sea a la aceptación de los remedios propuestos por las partes.

4. SOBRE LOS EFECTOS JURÍDICOS DE LAS DECISIONES DE LA COMISIÓN EN UN SISTEMA DE EXCEPCIÓN LEGAL

Las decisiones de la Comisión fundadas sobre los artículos 81 y 82 son, como lo dispone el artículo 249 del Tratado CE, actos jurídicos vinculantes en todos sus elementos para todos sus destinatarios. En tanto que tales, estas decisiones sólo pueden ser impugnadas en el marco de los procedimientos establecidos por el Tratado, y su invalidez sólo puede ser declarada por los tribunales comunitarios²⁰. Como es sabido, estos procedimientos son el recurso de anulación *ex* artículo 230 del Tratado y procedimiento prejudicial *ex* artículo 234 del Tratado. Estas dos opciones no son, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en la materia, cumulativas. En efecto, las partes que teniendo legitimación activa para impugnar una decisión de la Comisión sobre la base del artículo 230 del Tratado (recurso de anulación) no lo hayan hecho en el plazo previsto por esta disposición no pueden ulteriormente impugnar la validez de la misma en el marco de un procedimiento judicial ante un tribunal nacional. Esto es así incluso en aquellos supuestos en los que la decisión de la Comisión haya sido anulada en relación con otras empresas implicadas en la infracción²¹. En estos supuestos, el tribunal nacional llamado a plantear la cuestión de la validez del acto comunitario por una empresa que tuvo la ocasión de impugnarla y no lo hizo en tiempo y forma no tiene más solución que la de declarar tal solicitud inadmisibile.

En la sentencia Foto Frost, el Tribunal explicó las razones por las que considera necesario reservarse la competencia exclusiva en materia de declaración de invalidez de los actos de la Comunidad. Según el Tribunal, esta competencia exclusiva esta justificada por la necesidad de garantizar una aplicación coherente del Derecho comunitario en todo el territorio de la Comunidad. En efecto, de acuerdo con el Tribunal, las potenciales divergencias entre las decisiones de los tribunales de los diferentes Estados miembros no sólo pondrían en peligro la unidad del

²⁰ Ver en este sentido la sentencia de 22 de octubre de 1987 en el asunto 314/1985, Foto Frost, Recopilación, p. 4199, punto 17.

²¹ Sentencia de 14 de septiembre de 1999 en el asunto C-310/1997 P, Assidoman, aún no publicada en la Recopilación.

orden jurídico comunitario, sino también las bases mismas del principio fundamental de la seguridad jurídica.

Por otra parte, en la sentencia *Delimitis*²², el Tribunal de Justicia estableció el principio según el cual una vez que la Comisión haya incoado un procedimiento y, *a fortiori*, haya adoptado una decisión no susceptible de recurso, o confirmada por los tribunales comunitarios, los tribunales nacionales están obligados a evitar la adopción de decisiones conflictivas utilizando para ello la posibilidad de suspender sus procedimientos con el fin de recabar de la Comisión la información que les sea necesaria o para iniciar un procedimiento prejudicial *ex* artículo 234 del Tratado. En esta sentencia, además, el Tribunal claramente indicó que la Comisión es la autoridad responsable de orientar e implementar la política comunitaria de la competencia²³.

En definitiva, de la jurisprudencia del Tribunal se deduce que cualquier modificación del actual reparto de competencias entre la Comisión, las autoridades nacionales de competencia y los tribunales nacionales debe garantizar una aplicación coherente del Derecho comunitario, el respeto del principio de seguridad jurídica y, claro está, una aplicación lo más eficaz posible de las normas de competencia. Esto abre, pues, un número importante de interrogantes en relación con los efectos de las decisiones de la Comisión sobre las posibilidades de acción de las autoridades y de los jueces nacionales y con la necesidad o no de regular estos efectos en el nuevo reglamento de ejecución.

Las decisiones de la Comisión tienen los mismos efectos sobre las autoridades nacionales de competencia que sobre los tribunales nacionales. Esta interpretación se sigue tanto de la sentencia *Delimitis* como de las obligaciones derivadas del artículo 10 del Tratado CE²⁴. (Más concretamente, y habida cuenta del estatuto privilegiado de que gozan los Estados miembros en el sistema del art. 230 del Tratado, en el sentido de que éstos siempre tienen legitimación activa para impugnar cualquier acto comunitario, si un Estado miembro decide no hacer uso de esta posibilidad jurídica, éste se encontraría en la misma posición que la del destinatario de la decisión que decida no impugnarla. En otras palabras, el Estado miembro en cuestión no podría ulteriormente invocar la ilegalidad de la decisión.) Además, y dado el papel de la Comisión en tanto que institución responsable de la orientación de la política comunitaria de la competencia, y las obligaciones dimanantes del ya mencionado artículo 10 del Tratado, las autoridades nacionales de competencia están

²² Sentencia de 23 de febrero de 1991 en el asunto C-234/1989, *Stergios Delimitis*, Recopilación I, p. 935, punto 47.

²³ Ver punto 44 de la sentencia. Ver también la sentencia de 4 de marzo de 1999 en el asunto C-119/1997 P, *Ufex*, punto 88, aún no publicado en la Recopilación.

²⁴ Según este artículo: «Los Estados miembros adoptarán todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del presente Tratado o resultantes de los actos de las instituciones de la Comunidad. Facilitarán a esta última el cumplimiento de su misión. Los Estados miembros se abstendrán de todas aquellas medidas que puedan poner en peligro la realización de los fines del presente Tratado.»

obligadas a colaborar lealmente en la aplicación descentralizada del artículo 81.3 en el marco de la estrecha y constante cooperación prevista en el Libro Blanco para la red de autoridades de competencia, en tanto que foro que permita evitar los conflictos de decisiones y el desarrollo de una política común de competencia.

5. SOBRE LOS EFECTOS JURÍDICOS DE LAS DECISIONES DE LAS AUTORIDADES NACIONALES DE LA COMPETENCIA

La posibilidad de que las autoridades nacionales de la competencia puedan adoptar decisiones *ex* artículo 81.3 plantea dos problemas fundamentales, a saber, sus efectos extraterritoriales y sus efectos sobre las decisiones de los tribunales nacionales.

Parece difícil que en el marco de la reforma del Reglamento 17 se pueda establecer un principio según el cual las decisiones de una autoridad de competencia de un Estado miembro dado puedan vincular a las empresas en toda la Comunidad. Los efectos de estas decisiones deberían, pues, limitarse al territorio del Estado miembro en cuestión. A este respecto, cabe recordar que tal efecto extra-territorial no es necesario para la efectividad de una decisión de prohibición. Por lo que respecta a los otros tipos de decisiones mencionadas *supra*, su eficacia y, sobre todo, su coherencia con las decisiones adoptadas por otras autoridades de competencia se puede garantizar en el marco de la cooperación establecida por la red de autoridades nacionales prevista en el Libro Blanco.

Por lo que se refiere a los efectos de las decisiones de las autoridades nacionales sobre los tribunales nacionales, esta cuestión debería probablemente dejarse al arbitrio de cada Estado miembro y, sobre todo, a la evolución de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en la materia.

6. EFECTOS DE LAS DECISIONES DE LOS TRIBUNALES NACIONALES

Los tribunales nacionales dictan normalmente sus sentencias en el contexto de una disputa *inter partes* y sus efectos se limitan por lo general a las partes en cuestión. Estas decisiones judiciales pueden consistir, sea en una declaración de que el acuerdo o la práctica en cuestión no constituyen una infracción de las reglas de competencia, y de que, por tanto, el acuerdo en cuestión es ejecutable, sea en una declaración de que el acuerdo constituye una infracción y es, por tanto, nulo de pleno Derecho. En este último caso el juez nacional puede además ordenar el pago de daños y perjuicios a la parte lesionada por el acuerdo. Además, el juez puede adoptar cuantas medidas provisionales estime oportunas antes de pronunciarse con carácter definitivo sobre el fondo del asunto.

Una vez dictada la sentencia, es el Convenio de Bruselas sobre la competencia judicial y la ejecución de sentencias en materia civil y mercantil el que regula la cuestión del reconocimiento y ejecución de la misma. No parece, pues, necesario que el futuro reglamento de ejecución reglamente el efecto de las decisiones judiciales *ex* artículo 81.3.

7. RELACIONES ENTRE DERECHO COMUNITARIO Y DERECHO NACIONAL EN EL MARCO DEL SISTEMA DE LA EXCEPCIÓN LEGAL

De acuerdo con el artículo 83.2.e) del Tratado CE, el Consejo puede definir las relaciones entre las legislaciones nacionales, por una parte, y las disposiciones del Tratado y del Derecho derivado en materia de competencia, por otra.

A la hora de proceder a esta definición, el Consejo debe tener en cuenta los principios generales sobre la relación entre el Derecho comunitario y el Derecho nacional de la competencia establecidos por el Tribunal de Justicia en su sentencia *Walt Wilhelm*²⁵. En esta sentencia el Tribunal estableció que un mismo acuerdo puede estar sujeto tanto al Derecho comunitario como al Derecho nacional, pero que la aplicación concurrente del Derecho nacional sólo es aceptable si ésta no perjudica ni a la aplicación uniforme de las normas en materia de competencia en toda la Comunidad ni a la completa efectividad de las medidas que se adopten en aplicación de estas normas. Además, y lo que es más importante, en esta sentencia el Tribunal deja bien sentado el principio según el cual los conflictos entre el Derecho nacional y el Derecho comunitario deben resolverse aplicando el principio según el cual el Derecho comunitario prima sobre el Derecho nacional.

En esta línea se inscribe la propuesta de la Comisión de que en el nuevo reglamento de aplicación se reconozca expresamente que las exenciones por categoría priman sobre el Derecho nacional. Esta propuesta no sólo pondría fin a una vieja disputa doctrinal, sino, y sobre todo, sentaría las bases de una sólida aplicación uniforme del Derecho comunitario en un sistema en donde la descentralización alcanzaría no sólo a la norma de prohibición, sino también a la norma de exención.

El principio de primacía recogido en el nuevo reglamento se aplicaría, pues, no sólo a las exenciones por categoría, sino también a las decisiones de prohibición y a las decisiones que declaren la ausencia de infracción.

²⁵ Sentencia de 13 de febrero de 1969 en el asunto 14/1968, *Walt Wilhelm*, ECR, p. 1, puntos 4 y 6.

COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 208/1999 SOBRE LA LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA 16/1989

Joaquín TORNOS MÁS

Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Barcelona

1. INTRODUCCIÓN

La Sentencia del Tribunal Constitucional 208/1999, de 11 de noviembre, ha resuelto los recursos de inconstitucionalidad promovidos respectivamente por el Gobierno vasco y el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña contra la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia¹. La Sentencia estima parcialmente los recursos interpuestos y en su fallo dispone que debe «declarar inconstitucional la cláusula «*en todo o en parte del mercado nacional*», contenida expresamente o por remisión en los artículos 4, 7, 9, 10, 11 y 25.a) y c), en la medida en que desconoce las competencias ejecutivas de la legislación estatal sobre defensa de la competencia atribuidas a las Comunidades Autónomas recurrentes en sus respectivos Estatutos, difiriendo su nulidad hasta el momento en que, establecidos por ley estatal los criterios de conexión pertinentes, puedan las Comunidades Autónomas ejercitarlas»².

La Sentencia contó con dos votos particulares. Uno, formulado por el Magistrado D. Julio González Campos, al que se adhirieron los Magistrados D. Manuel Jiménez de Parga y D. Vicente Conde Martín de Hijas, y otro, formulado como voto particular concurrente, a cargo del Magistrado D. Fernando Garrido Falla.

¹ El Gobierno vasco interpuso recurso frente a los artículos 4, 7, 9, 10.1 y 4, 11, 12.2, 20, 25.a) y c), 31.a) y b), 33.1, 34.2 y 3, título III, arts. 36 a 48 y disposición transitoria primera 1 de la Ley 16/1989. Por su parte el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña interpuso recurso contra los mismos artículos y además contra los artículos 30, 31 en su totalidad, 32.1, 49 y 53.

² Por lo que hace referencia a la disposición transitoria primera de la ley impugnada, el Tribunal declara en su fallo la pérdida sobrevenida del objeto del recurso. A esta cuestión se refiere la Sentencia en su FJ 7 *in fine*, en los términos siguientes: «en cuanto a dicha disposición, dadas las competencias que aquí se reconocen a las Comunidades Autónomas recurrentes y el hecho de que sus efectos se agotaron hace tiempo, cabe afirmar que el recurso ha perdido su objeto y, consecuentemente, dar por finalizado el proceso respecto a ella sin necesidad de realizar ningún otro pronunciamiento».

Los argumentos de las partes recurrentes coincidieron en lo sustancial. La Ley impugnada vulneraba el orden de distribución competencial establecido en el bloque de constitucionalidad, al desconocer las competencias ejecutivas que los Estatutos de Autonomía reconocen a las propias Comunidades Autónomas. Desconocimiento que se hace patente al atribuir todas las funciones ejecutivas sin exclusión al Servicio de Defensa de la Competencia y al Tribunal de Defensa de la Competencia, ambos órganos de la Administración del Estado.

Las dos partes recurrentes precisan, sin embargo, que las competencias ejecutivas que se reclaman se refieren a las prácticas que principalmente tengan lugar en el territorio de la Comunidad Autónoma o vayan dirigidas a alterar la libre competencia en el mercado intracomunitario³.

En razón del momento en que se dictó la Sentencia, la misma debió tener en cuenta que el Decreto Ley 6/1999, de 16 de abril, había modificado diversos preceptos de la Ley 16/1989. Bien es verdad que la modificación sólo afectó a uno de los preceptos impugnados, concretamente el 31⁴.

El Tribunal Constitucional, al considerar que el artículo 31, según la redacción dada al mismo por el Decreto-ley 6/1999, seguía atribuyendo al órgano estatal las funciones ejecutivas reivindicadas por las Comunidades Autónomas, estimó que persistía la controversia competencial en relación a dicho precepto (FJ 1, *in fine*).

Poco tiempo después de dictarse la Sentencia se reformó parcialmente la ley impugnada mediante la Ley 52/1999, de 28 de diciembre, en la que, como veremos, se recoge ya en parte la doctrina del Tribunal Constitucional. Sobre este último aspecto volveremos más adelante.

Señalaremos, por último, que durante la tramitación del recurso (un recurso interpuesto el 17 y 18 de octubre de 1989 y resuelto el 15 de noviembre de 1999) todas las Comunidades Autónomas, salvo Extremadura, han asumido competencias ejecutivas en materia de defensa de la competencia⁵.

³ Así se recoge en los Antecedentes, 7.d), y en el FJ 1 de la Sentencia: «las CCAA recurrentes recaban para sí la competencia respecto de las facultades ejecutivas que se regulan en los preceptos antedichos, sin desconocer que al Estado corresponde la dirección general de la economía, tal como aduce el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña; más concretamente, el Gobierno vasco limita su reivindicación a aquellas “prácticas que principalmente tengan lugar en territorio de la Comunidad Autónoma o vayan dirigidas a alterar la libre competencia en el mercado intracomunitario”, quedando fuera, por tanto, las supracomunitarias y las que, aún discurriendo en el territorio de la Comunidad, incidan sobre el conjunto del mercado nacional».

⁴ El Decreto-ley 6/1999 no fue impugnado ante el Tribunal Constitucional.

⁵ En la actualidad todos los Estatutos de Autonomía, salvo el de Extremadura, contienen la referencia a la competencia estatal de «legislación en materia de defensa de la competencia», siguiendo en la práctica totalidad la fórmula del artículo 12.1.5 EAC. Así, Galicia, artículo 30.1.4; Andalucía, artículo 18.1.6; Asturias, artículo 10.1.15; Cantabria, artículo 24.1.13; La Rioja, artículo 8.1.6; Murcia, artículo 10.34; Comunidad Valencia, artículo 34.1.5; Aragón, artículo 35.1.19; Castilla-La Mancha,

2. EL TÍTULO COMPETENCIAL AUTONÓMICO EN MATERIA DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

La controversia competencial que plantean las Comunidades Autónomas se centra en la competencia ejecutiva en materia de defensa de la competencia. Las entidades recurrentes se oponen a la reserva que hace la Ley impugnada de todas las funciones ejecutivas en materia de defensa de la competencia a favor del Estado. No se discute la competencia normativa estatal sobre la misma materia, pero sí se niega que la Ley ignore las competencias ejecutivas autonómicas.

El dato relevante de la Sentencia que comentamos se encuentra precisamente en el anclaje normativo de la pretensión de los recurrentes.

El artículo 10 EAPV establece que:

«La Comunidad Autónoma del País Vasco tiene competencia exclusiva en las siguientes materias... 27, comercio interior, sin perjuicio de la política general de precios, la libre circulación de bienes en el territorio del Estado y de la legislación sobre defensa de la competencia. Ferias y mercados interiores. Denominaciones de origen y publicidad, en colaboración con el Estado. 28. Defensa del consumidor y del usuario en los términos del apartado anterior.»

Por su parte, el artículo 12.1 del EAC dispone que:

«De acuerdo con las bases y la ordenación de la actividad económica general y la política monetaria del Estado, corresponde a la Generalidad, en los términos de lo dispuesto en los artículos 38, 131 y en los números 11 y 13 del apartado 1 del artículo 149 CE, la competencia exclusiva en las siguientes materias... 5. Comercio interior, defensa del consumidor y del usuario, sin perjuicio de la política general de precios y de la legislación sobre la defensa de la competencia. Denominaciones de origen en colaboración con el Estado.»

Como se comprueba, en los dos preceptos estatutarios, la competencia autonómica aparece reconocida de forma indirecta, es decir, no a través de una asunción expresa de la competencia ejecutiva, sino mediante el reconocimiento al Estado de la función legislativa sobre la materia defensiva de la competencia. Pues bien, este hecho está en la base del conflicto competencial, y exige atender a tres cuestiones diversas: *a)* La naturaleza del título competencial autonómico. *b)* El elemento material de la competencia. *c)* El elemento funcional de la competencia.

Conforme acaba de exponerse la primera cuestión a la que debe atender el Tribunal Constitucional es la relativa a la propia naturaleza de la competencia autonómica, en razón de la forma en que la misma ha sido construida.

artículo 31.1.11; Canarias, artículo 31.13; Navarra (LORAFNA), artículo 56.1.d); Baleares, artículo 10.38; Madrid, artículo 26.3.1.2; Castilla-León, artículo 32.1.10.

Como sabemos, en nuestro sistema autonómico, en virtud de lo dispuesto en el párrafo tercero del artículo 149 CE, los Estatutos de Autonomía pueden asumir todas las competencias no reservadas expresamente al Estado (art. 149.1 CE), revirtiendo a este último aquellas que no se hayan reservado en el propio Estatuto. Es el juego de la doble remisión que se contiene en el citado precepto constitucional, artículo 149.3.

La singularidad de los preceptos estatutarios citados es que no asumen expresamente la competencia ejecutiva en materia de defensa de la competencia. Los citados artículos identifican una materia (sector de la realidad social), la defensa de la competencia, y establecen que la legislación sobre dicha materia corresponde al Estado. Al mismo tiempo asumen que esta competencia limita el ejercicio de la competencia exclusiva autonómica en materia de comercio interior.

Esta construcción estatutaria del título competencial plantea el primer motivo de discrepancia interpretativa al que debe hacer frente el Tribunal Constitucional.

Para el Abogado del Estado los Estatutos de Autonomía no contienen una asunción expresa de la función ejecutiva, pues sólo contienen una referencia a la competencia legislativa estatal. Por tanto, no se ha hecho uso de la posibilidad de asunción competencial prevista en el artículo 149.3 CE, con lo que entra en juego la segunda remisión del mismo precepto a favor de la competencia estatal⁶. La expresión sin perjuicio de la legislación en defensa de la competencia, añade el Abogado del Estado, no supone una exclusión clara de la función ejecutiva a favor del Estado, descartando que las competencias ejecutivas puedan basarse en atribuciones implícitas.

Esta tesis coincide con la que en su día sostuvo el Grupo Socialista en los debates parlamentarios de aprobación de la Ley de Defensa de la Competencia. El diputado Sr. Jover Presa manifestaba al respecto lo siguiente: «ustedes saben que las CCAA tienen las competencias que expresamente les atribuyen sus Estatutos. Si ustedes leen cualquiera de los Estatutos actualmente vigentes no encontrarán ningún precepto que diga que las CCAA tienen competencias ni legislativas ni ejecutivas en materia de defensa de la competencia. Ni uno sólo. Hay la referencia al comercio interior, pero obviamente el comercio interior no es defensa de la competencia, porque dentro de ésta estamos hablando también de actividades productivas, de actividades industriales, no solamente de actividades de

⁶ Recordaremos que el artículo 149.3 CE contiene una doble cláusula de remisión de eficacia sucesiva. Así, se dice, que «las materias no atribuidas expresamente al Estado por esta Constitución podrán corresponder a las Comunidades Autónomas, en virtud de sus respectivos Estatutos (primera remisión vinculada al principio dispositivo). La competencia sobre las materias que no se hayan asumido por los Estatutos de Autonomía corresponderán al Estado (segunda remisión de cierre)».

Por tanto, al no estar atribuida expresamente al Estado la materia defensa de la competencia pudo asumirse por las Comunidades Autónomas. No obstante, los Estatutos no la asumen ni de forma plena ni directamente, sino de forma indirecta y limitada a la función ejecutiva, al reservar al Estado la función legislativa en relación a dicha materia.

comercio, y la rúbrica, el título competencial comercio interior, no puede hacerse equivalente con el de defensa de la competencia»⁷.

Frente a esta tesis, se alzó ya en su día el profesor CASES PALLARES, ofreciendo una primera argumentación contraria a lo sostenido en el debate parlamentario, en el texto de la Ley de 1989, y a lo argumentado posteriormente por el Abogado del Estado en la sustanciación del conflicto que ha dado lugar a la Sentencia que comentamos. Concretamente el profesor CASES⁸ sostuvo que era posible reconocer competencias ejecutivas a las Comunidades Autónomas entendiendo que la defensa de la competencia era una más de las intervenciones públicas en el mercado, integrada en la acción en materia de comercio interior. A ello se añadía que «el bloque de constitucionalidad no atribuye en su totalidad la competencia a las CCAA, sino que excluye de la misma a la legislación. De ello deriva que hay una parte de la materia de defensa de la competencia que permanece atribuida a las CCAA, pues los preceptos únicamente han reservado al Estado central la legislación. Concretamente correspondería a las CCAA la ejecución de la regulación uniforme para todo el Estado».

En definitiva, se trataba de analizar el contenido del precepto estatutario, que forma parte del bloque de constitucionalidad, y deducir del mismo que se había singularizado una materia, la defensa de la competencia, atribuyéndose al Estado la función de legislar sobre la misma⁹, pero no la de ejecutar esta legislación, lo que suponía atribuir a la Comunidad Autónoma la función ejecutiva. Por tanto, en lugar de entender que la no referencia expresa a la función ejecutiva autonómica suponía que tal función pasaba a ser competencia estatal, se deduce que la referencia expresa a la función legislativa a favor del Estado comporta que

⁷ Sobre este debate y en general las interpretaciones sobre la naturaleza de la competencia autonómica en materia de defensa de la competencia, *vid.* CASES PALLARES, *Derecho administrativo de la defensa de la competencia*, Madrid, Marcial Pons, 1995, pp. 420 ss.

⁸ *Vid.* al respecto CASES PALLARES, *op. cit.*, p. 421. En este mismo sentido se había pronunciado ya el Consell Consultiu de la Generalitat de Catalunya en su Dictamen 163, de 8 de agosto de 1989, en relación a la Ley 16/1989. Concretamente en dicho Dictamen, en su FJ IV, 7, se concluye que «a la vista de tot el que hem exposat fins aquí, és lògic concloure que, des del punt de vista del repartiment constitucional de competències, la matèria de comerç interior abasta també aspectes de la defensa de la competència. Així, doncs, l'atribució de competències en materia de comerç interior a favor de la Generalitat implica apoderar-la per intervenir en l'àmbit material de protecció de la lliure competència. D'aquestes consideracions en resulta que l'article 12.1.5 EAC opera un repartiment de competències entre l'Estat i la Generalitat de Catalunya en matèria de defensa de la competència. Al primer li correspon la legislació i a la segona l'execució, en el seu territori, de la dita legislació, sense oblidar que les facultats de caràcter executiu estan limitades en virtut dels principis que deriven de la denominada Constitució econòmica, tal com hem posat abans en relleu».

⁹ La atribución al Estado de la exclusiva función de legislar en materia de defensa de la competencia ya se había reconocido por el propio Tribunal Constitucional en la Sentencia 88/1986, FJ 4. en los términos siguientes: «la exclusividad, por tanto, con que la Comunidad Autónoma de Cataluña ha asumido esta competencia debe significar que es a ella a quien corresponde, en su ámbito territorial, la garantía del objetivo de la defensa del consumidor y del usuario con los límites derivados de la Constitución y del propio Estatuto, particularmente en la medida en que configuran competencias reservadas al Estado. Precisamente entre éstas se cuenta la legislación de defensa de la competencia».

la función ejecutiva es autonómica. Ciertamente, si se hubiera querido atribuir al Estado toda la materia, como competencia exclusiva, hubiera bastado con decir que se le reconocía la competencia sobre defensa de la competencia, sin la reducción funcional de la competencia a la legislación.

Este primer punto de discrepancia es resuelto por el Tribunal Constitucional a favor de la tesis favorable a la competencia ejecutiva autonómica. Para ello, en el FJ 5 se sigue el siguiente razonamiento:

1. La materia defensa de la competencia no está atribuida expresamente al Estado en la Constitución, por lo que procede examinar el contenido de los Estatutos de Autonomía.

2. La competencia sobre comercio interior se atribuye a las Comunidades Autónomas sin perjuicio de la legislación sobre defensa de la competencia.

3. Al reservarse al Estado en los Estatutos respectivos la legislación sobre defensa de la competencia, la ejecución queda atribuida a las Comunidades Autónomas.

Para el Tribunal Constitucional no cabe otra interpretación posible («realmente, de no leerse el precepto como proponen los recurrentes, no se entendería fácilmente»), si bien, se añade que la función ejecutiva estará sometida a algunas limitaciones en su ejercicio.

De esta forma la doctrina del Tribunal Constitucional recoge la postura antes expuesta favorable a reconocer que la referencia estatutaria a la competencia legislativa en materia de defensa de la competencia no supone atribuir al Estado una competencia exclusiva, sino una competencia compartida sobre esta materia, en la que la legislación pertenece al Estado y la ejecución a las Comunidades Autónomas.

Resuelta esta primera cuestión, sobre el valor general de los preceptos estatutarios para definir un título competencial autonómico de forma indirecta, se abren otros dos nuevos interrogantes, qué contenido tiene la materia defensa de la competencia y qué alcance tiene la función ejecutiva en relación a esta materia.

3. LA MATERIA DEFENSA DE LA COMPETENCIA

La delimitación del alcance material de la competencia sobre defensa de la competencia exige partir de su directa conexión con la materia comercio interior. De hecho, los preceptos estatutarios parten de la competencia exclusiva autonómica en materia de comercio interior para excepcionar una parte de la misma, la defensa de la competencia, y reconocer al Estado la competencia legislativa sobre el dicho ámbito material

(de la misma forma se diferencia la materia política general de precios y se atribuye al Estado)¹⁰.

Es preciso, pues, determinar el alcance de esta materia que se diferencia de la más amplia que es el comercio interior¹¹.

Para ello el Tribunal Constitucional parte de su propia doctrina¹², y recuerda que ya en la Sentencia 71/1982, FJ 15, se definió la defensa de la competencia como la materia que:

«comprende toda legislación ordenada a la defensa de la libertad de competencia, mediante la prevención y, en su caso, la represión, de las situaciones que constituyen obstáculos creados por decisiones empresariales para el desarrollo de la competencia en el mercado».

El Tribunal Constitucional añade en el mismo fundamento jurídico que:

«congruentemente, en las Sentencias 88/1986, FJ 4, y 264/1994, FJ 4, hemos caracterizado la defensa de la competencia y la protección de los consumidores como los dos aspectos de la ordenación del mercado, caracterización que comporta inmediatamente la definición de una y otra (defensa de la competencia y protección de los consumidores) como especies del género de las competencias de ordenación del mercado. Desde este punto de partida, y siendo el comercio un elemento esencial e ineludible del mercado, parece claro que una competencia de ordenación del mercado habrá de constituir, al menos parcialmente, un modo de intervención pública en el comercio y ser, sólo en esa medida, conceptualmente comercio».

De lo expuesto cabe concluir que el Tribunal Constitucional sigue el siguiente esquema lógico en su razonamiento:

1. El comercio es un elemento ineludible del mercado.
2. La defensa de la competencia es un modo de intervención pública en el comercio, es una especie del género de las competencias de ordenación del mercado.
3. La defensa de la competencia es una submateria de la materia comercio interior.

¹⁰ Como dice el Tribunal Constitucional, en el FJ 5 de la Sentencia comentada, «la incidencia potencial de la atribución de la competencia de comercio interior, que lleva a efectuar la salvedad a la que nos estamos refiriendo, es distinta según se trate de la libre circulación de bienes en el territorio del Estado (donde, de no existir la cláusula de salvaguarda, pudiera consistir en una transgresión) o de la política general de precios o la defensa de la competencia. Por lo que se refiere a estos dos últimos supuestos, el conflicto se plantea, no entre una materia y un principio estructural, sino entre materias y, por tanto, sólo puede radicar en que, al menos en el plano conceptual o abstracto, se solapen, siquiera sea parcialmente, sus ámbitos de aplicación respectivos».

¹¹ Sobre el alcance del título competencial «comercio interior», *vid.* J. TORNOS MÁS, «Comercio interior y exterior», en la obra colectiva dirigida por S. MARTÍN RETORTILLO, *Derecho Administrativo económico*, II ed., Madrid, La Ley, 1991, pp. 558 ss.

¹² Un análisis de esta doctrina del Tribunal Constitucional puede encontrarse en CASES PALLARES, *op. cit.*, pp. 416 ss.

4. Legislación mercantil no forma parte de la defensa de la competencia por ser Derecho privado.

La conclusión final es que la materia defensa de la competencia incluye, como dijo la Sentencia del Tribunal Constitucional 71/1982, la actividad ordenada a la defensa de la libertad competencial, mediante la prevención y, en su caso, la represión de las situaciones que constituyen obstáculos creados por decisiones empresariales para el desarrollo de la competencia en el mercado. Y esta materia forma parte de la materia más amplia, ordenación del comercio interior. Los Estatutos ponen en conexión ambas materias, atribuyendo al Estado la legislación sobre la defensa de la competencia, y reconociendo el resto de las intervenciones funcionales a las Comunidades Autónomas.

4. LA FUNCIÓN EJECUTIVA EN MATERIA DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

En el segundo párrafo del FJ 6 de la Sentencia que comentamos, el Tribunal Constitucional resume la doctrina que ha elaborado hasta este momento en los términos siguientes:

«establecido que la materia defensa de la competencia puede quedar, al menos en parte, incluida en la de comercio interior y destacado el hecho de que, en tal materia, los Estatutos de Autonomía reconocen al Estado (como no podía ser menos según más adelante se dirá), la competencia de legislación, ha de concluirse nítidamente que, con ello, las Comunidades Autónomas recurrentes han asumido competencias ejecutivas en la materia, cuestión que, a tenor de las consideraciones anteriores, ha quedado zanjada desde el momento en que tales competencias han quedado, al menos en parte, incluidas en la de comercio interior».

Pero inmediatamente después el propio Tribunal añade:

«sin embargo, sentado lo anterior, no queda con ello resuelto el conflicto que se nos plantea».

La cuestión a resolver es ahora la relativa al alcance de la función ejecutiva que corresponde a las Comunidades Autónomas en relación a la materia de defensa de la competencia.

El Tribunal Constitucional parte para resolver este último punto de la distinción tradicional entre las funciones «legislación» y «ejecución». Siguiendo el criterio ya establecido en la Sentencia 18/1982 se entiende que el concepto de legislación debe interpretarse en sentido material, integrando, por tanto, las leyes y su desarrollo reglamentario, esto es, toda la función normativa. De este modo la función ejecutiva se reduce a los actos administrativos de aplicación o a los reglamentos organizativos,

en tanto que estos últimos se limitan a estructurar el aparato administrativo que ha de ejercer las funciones ejecutivas¹³.

En la sentencia que comentamos se hace expresa remisión a la propia doctrina del Tribunal Constitucional y en concreto a la Sentencia 103/1997, FJ 4, para señalar que:

«se parte de entender legislación como regulación material y no se pone en duda, de otro lado, que la función ejecutiva atribuida a las Comunidades Autónomas por sus respectivos Estatutos de Autonomía cuando al Estado corresponde la legislación sobre una materia comprenda, en principio, los actos administrativos de ésta (es decir, la potestad de administrar, así como, en su caso, la de dictar en reglamentos internos de organización de los correspondientes servicios como hemos declarado tempranamente SSTC 18/1982, 35/1982 y 39/1982), ya que se admite pacíficamente por las partes que las facultades de inspección, control y sanción así como la ordenación de la actividad de los servicios en materia de defensa de la competencia pertenecen al ámbito de la función ejecutiva».

Ésta clara delimitación de los ámbitos de la función legislativa y la función ejecutiva dentro del sistema de distribución competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas se va a modular para reconocer también al Estado la posibilidad de ejercer funciones ejecutivas en materia de defensa de la competencia. Como vimos, esta posibilidad había sido admitida por los propios recurrentes, ya que limitaban el objeto de su pretensión al reconocimiento de funciones ejecutivas en relaciones económicas intracomunitarias o que no afectaran al funcionamiento del mercado nacional en su conjunto.

El Tribunal Constitucional, en el FJ 6 de su Sentencia, construye la justificación de esta competencia ejecutiva a favor del Estado señalando que los Estatutos de Autonomía han de interpretarse en el marco constitucional, lo que le lleva a analizar las competencias que al Estado le corresponden en virtud de lo dispuesto en el artículo 149.13 (bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica).

El Tribunal recoge en este punto una doctrina propia también ya clásica en relación a la interpretación de las competencias en materia económica, y al valor que se ha dado al artículo 149.1.13 CE. Como ya hemos dicho en otra ocasión¹⁴, el título competencial atribuido al Estado en el artículo antes citado ha sido reelaborado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional a partir de la remisiones contenidas en los Esta-

¹³ En relación a las competencias ejecutivas de las Comunidades Autónomas, *vid.* por todos, JIMÉNEZ ASENSIO, *Las competencias autonómicas de ejecución de la legislación del Estado*, Madrid, Civitas, 1993.

¹⁴ Sobre la construcción constitucional del título ordenación general de la economía, a partir del artículo 149.1.13 CE y de lo establecido en los Estatutos de Autonomía, *vid.* GARCÍA TORRES, «La ordenación general de la economía, título sustantivo competencial estatal», *REDC*, núm. 17, 1986; J. TORNOS MÁS, *Régimen especial de las competencias económicas*, en vol. col. *Comentarios al Estatuto de Autonomía de Cataluña*, vol. II, Barcelona, IEA, 1990, p. 475, y PULIDO QUECEDO, «La jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de competencias económicas», *RVAP*, núm. 19, 1987.

tutos de Autonomía al definir sus competencias en materia económica. Si tomamos ahora como ejemplo lo dispuesto en el artículo 12.1 del Estatuto de Autonomía de Cataluña ¹⁵ comprobamos cómo en dicho precepto las competencias exclusivas en materia económica se asumen «de acuerdo con las bases y la ordenación de la actividad económica general y la política monetaria del Estado, en los términos de lo dispuesto en los artículos 38, 131 y en los números 11 y 13 del apartado 1.º del artículo 149 de la Constitución».

La asunción de competencias de índole económica se ha efectuado, por tanto, con importantes modulaciones en los propios Estatutos de Autonomía reconociendo al Estado una genérica capacidad de intervención para ordenar la actividad económica en todo el país en garantía de la unidad del mercado interno. Se ha creado de hecho de este modo un título competencial a favor del Estado en materia de ordenación general de la economía cuyo contenido, como ha establecido el Tribunal Constitucional, entre otras, en la Sentencia 186/1988, FJ 2, responde:

«al principio de unidad económica y abarca la definición de las líneas actuación tendentes a alcanzar los objetivos de política económica global sectorial fijados por la propia Constitución, así como la adopción de las medidas precisas para garantizar la realización de los mismos. La necesaria coherencia de la política económica exige decisiones unitarias que aseguren un tratamiento uniforme de determinados problemas en orden a la consecución de dichos objetivos y evite que, dada la estrecha interdependencia de las actuaciones llevadas a cabo en las distintas partes del territorio, se produzcan resultados disfuncionales y disgregadores».

Mediante el recurso a este título competencial a favor del Estado en materia de ordenación general de la economía de hecho se ha establecido un principio general interpretativo de las competencias autonómicas en materia económica según el cual, el ejercicio de dichas competencias, no puede atentar contra la unidad del mercado. Por ello se reconoce de forma complementaria que el Estado debe disponer de los mecanismos suficientes para garantizar la ordenación de la actividad económica general y la unidad del mercado.

La doctrina que acabamos de exponer en relación al artículo 149.1.13 CE, y el título competencial ordenación general de la economía, supone reconocer al Estado, en garantía de la unidad del mercado, el ejercicio de funciones ejecutivas compartidas con las funciones ejecutivas autonómicas en materia de defensa de la competencia. Cuando la unidad del mercado nacional requiere una intervención no sólo normativa sino

¹⁵ La referencia a los principios y preceptos constitucionales que aparece en el núm. 1 del artículo 12 del Estatuto de Autonomía de Cataluña, y que aparece también en los restantes Estatutos de Autonomía, no se contiene, sin embargo, en el artículo 10 del Estatuto de Autonomía del País vasco. No obstante, la interpretación sobre el alcance de las competencias económicas del País vasco se lleva a cabo siguiendo el mismo razonamiento, es decir, reconociendo al Estado la competencia sobre la ordenación general de la economía, a partir de una interpretación conjunta del Estatuto y de la Constitución.

también ejecutiva del Estado, esta intervención ejecutiva se legitima desde el punto de vista del sistema competencial en virtud de los títulos competenciales antes señalados ¹⁶.

La doctrina que acabamos de resumir se aplica íntegramente en la Sentencia que comentamos. En su FJ 6 se afirma que:

«parece, pues, innecesario destacar el carácter básico que, desde la competencia estatal ex artículo 149.1.13, reviste cuanto a la defensa de la competencia se refiere, pues nos hallamos ante un elemento definitorio del mercado. De modo que no sólo la normación, sino todas las actividades ejecutivas que determinen la configuración real del mercado único de ámbito nacional habrán de atribuirse al Estado, al que corresponderán, por tanto, las actuaciones ejecutivas en relación con aquellas prácticas que puedan alterar la libre competencia en un ámbito supracomunitario o en el conjunto del mercado nacional, aunque tales actos ejecutivos hayan de realizarse en el territorio de cualquiera de las Comunidades Autónomas recurrentes».

Afirmación que como reconoce el propio Tribunal Constitucional había sido admitida expresamente en su recurso por el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma del País Vasco.

La conclusión, es que:

«la competencia ejecutiva que, en materia de defensa de la competencia, cabe atribuir a las Comunidades Autónomas, en virtud de la asunción de comercio interior se halla, pues, limitada a aquellas actuaciones ejecutivas que hayan de realizarse en su territorio y que no afecten al mercado supracomunitario. De modo que no sólo la normación, sino todas las actividades ejecutivas que determinen la configuración real del mercado con trascendencia extracomunitaria habrán de atribuirse al Estado, al que corresponderán, por tanto, las actuaciones ejecutivas en relación con aquellas prácticas que puedan alterar la libre competencia en un ámbito supracomunitario o en el conjunto del mercado nacional aunque tales actuaciones se realicen en el territorio de cualquiera de las Comunidades Autónomas recurrentes; pero, con estas limitaciones, la competencia ejecutiva atribuida a las Comunidades Autónomas por sus respectivos Estatutos no puede resultar enervada por la legislación del Estado».

Afirmación, por tanto, clara a favor de las competencias ejecutivas autonómicas atribuidas a las entidades recurrentes en sus respectivos Estatutos de Autonomía, si bien el ejercicio de estas competencias queda condicionado al ejercicio por parte del Estado de sus competencias ejecutivas en la misma materia cuando se trate de prácticas que puedan alterar la libre competencia en un ámbito supracomunitario o en el conjunto del mercado nacional ¹⁷.

¹⁶ Vid. CASES PALLARES, *op. cit.*, pp. 432-433 y 437 ss.

¹⁷ En este sentido, CASES PALLARES, *op. cit.*, p. 443, y también el Dictamen del Consell Consultiu 163/1989, que en su FJ III, núm. 5, tras analizar el alcance genérico de las funciones ejecutivas

5. EL CONTENIDO DE LA SENTENCIA

El contenido del fallo se construye teóricamente en el fundamento jurídico séptimo de la sentencia, en el que se justifica la estimación parcial del recurso planteado¹⁸. Estimación parcial que viene determinada por la pretensión de las entidades recurrentes, ya que las mismas habían impugnado diversos preceptos de la Ley 16/1989 por no reconocer las competencias ejecutivas autonómicas, si bien al mismo tiempo admitían que el Estado pudiera ejercer en determinadas circunstancias estas mismas competencias ejecutivas. Admitiendo el planteamiento del recurso efectuado por las entidades recurrentes, la inconstitucionalidad se predica por el olvido de las competencias ejecutivas autonómicas, pero no por el hecho de reconocer dichas competencias al Estado.

Por esta razón el Tribunal Constitucional comienza por reconocer en el FJ 7 de la Sentencia que comentamos que:

«la ley impugnada es conforme a la Constitución en tanto representa un ejercicio de la competencia estatal sobre legislación en defensa de la competencia y en tanto, además, atribuye al Estado la ejecución respecto de prácticas restrictivas de la competencia que, teniendo lugar en un ámbito territorial no superior al de la Comunidad Autónoma, puedan afectar a la libre competencia en el conjunto del mercado nacional o en ámbitos supracomunitarios».

Afirmación a la que de inmediato se añade lo siguiente:

«su inconstitucionalidad, en cambio, habrá de declararse en la medida en que atribuya al Estado la totalidad de la competencia ejecutiva, invadiendo, de este modo, las competencias de tal índole que, a tenor de cuanto se ha dicho, han de reconocerse a las Comunidades Autónomas recurrentes».

En definitiva, el fallo de la sentencia es consecuencia de la existencia de una competencia compartida en ejercicio de funciones ejecutivas, y por ello la inconstitucionalidad reside en el desconocimiento de la posi-

de las Comunidades Autónomas, sostuvo que «en el supòsit objecte del present Dictamen, en què l'acció legislativa i administrativa de protecció de la lliure competència s'enmarca en un mercat regit pel principi d'unicitat, l'admissió de determinades facultats executives en poder de les institucions centrals de l'Estat s'ha de reputar raonable, ja que només aquestes podran actuar eficaçment per a la prevenció i la repressió d'aquelles pràctiques que posin en perill la lliure competència en porcions del mercat que superin el territori d'una determinada Comunitat Autònoma o que, fins i tot en el cas que no el superin, tinguin una clara transcendència per el funcionament del mercat nacional».

¹⁸ El fallo de la Sentencia establece que procede «estimar parcialmente los recursos de inconstitucionalidad interpuestos por el Gobierno vasco y el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña y, en consecuencia, declarar inconstitucional la cláusula «en todo o en parte del mercado nacional», contenida expresamente o por remisión en los artículos 4, 7, 9, 10, 11 y 25.a) y c), en la medida en que desconoce las competencias ejecutivas de la legislación estatal sobre defensa de la competencia atribuidas a las Comunidades Autónomas recurrentes en sus respectivos Estatutos, difiriendo su nulidad hasta el momento en que, establecidos por la Ley estatal los criterios de conexión pertinentes, puedan las Comunidades Autónomas ejercerlas».

bilidad de funciones ejecutivas autonómicas. Desconocimiento que se hace patente en la redacción de los preceptos que atribuyen, sin matización alguna, todas las competencias ejecutivas a los órganos estatales. Esta atribución excluyente de toda presencia autonómica se concreta en los preceptos que atribuyen las competencias de ejecución a los órganos estatales en relación a los actos contrarios a la libre competencia «en todo o en parte del mercado nacional». Al no establecer distinción alguna sobre la incidencia territorial de la actividad contraria a la libre competencia se excluye la presencia de órganos autonómicos en ejecución de la legislación estatal.

La declaración de inconstitucionalidad se proyecta, por tanto, sobre aquellos preceptos que al regular funciones ejecutivas, en virtud de su referencia a la cláusula en todo o en parte del mercado nacional, niegan de facto que la ejecución pueda corresponder a las Comunidades Autónomas. Así, dice el Tribunal Constitucional:

«en esta medida, y sólo en cuanto suponen desconocimiento de las competencias autonómicas, las cláusulas en todo o en parte del mercado nacional, que dichos preceptos contienen expresamente o por remisión han de ser declaradas contrarias al orden constitucional de competencias».

De esta forma no se niega la competencia ejecutiva estatal en relación a los mismos actos de intervención. Lo que es inconstitucional es negar que cuando se trate de actos realizados dentro del territorio de una Comunidad Autónoma y que carezcan de trascendencia sobre el mercado supraautonómico, la función ejecutiva en aplicación de la normativa estatal en materia de defensa de la competencia pueda corresponder a las Comunidades Autónomas.

6. LA NULIDAD DIFERIDA DE LOS PRECEPTOS DECLARADOS INCONSTITUCIONALES Y LA LEY 52/1999, DE 28 DE DICIEMBRE, DE REFORMA DE LA LEY 16/1989 DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Sin duda alguna, uno de los contenidos más relevantes de la Sentencia 208/1999 es el que hace referencia a los efectos que se vinculan a la declaración de inconstitucionalidad acordada en relación a los preceptos impugnados.

El FJ 8 de la Sentencia establece que:

«dados los términos en que se declara la inconstitucionalidad de los preceptos a que se hace referencia en el fundamento jurídico anterior, ha de diferirse la nulidad de los mismos hasta el momento en que, establecidos por el Estado los criterios de conexión pertinentes, puedan las Comunidades Autónomas recurrentes ejercer las competencias ejecutivas que aquí se les reconocen. Pues, de lo contrario, se produciría en la defensa de la competencia un vacío no conforme con la Constitución, pues los intereses

constitucionalmente relevantes que con ella se tutelan podrían verse desprotegidos en el ámbito en el que la potestad ejecutiva correspondiese a las Comunidades Autónomas».

El contenido del fallo, que podríamos calificar de decisión responsable para evitar la creación de vacíos normativos¹⁹, no deja de plantear algún problema en relación al contenido de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y de la propia Constitución. Como se ha dicho²⁰:

«al margen los fallos interpretativos, la declaración de inconstitucionalidad ha de ir acompañada, en nuestro Derecho, de la eliminación del ordenamiento de la regla viciada. Esto es así no sólo porque la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional enlace, sin excepción aparente, declaración de inconstitucionalidad y declaración de nulidad (art. 39.1), si no, antes aún, porque la propia Constitución prescribe ya, aunque de muy rodeada manera, la expulsión —dicho ahora de manera abierta— del precepto juzgado inconstitucional (pérdida de vigencia, según el art. 164,1). La anulación es, en la actualidad, la consecuencia típica de la declaración de inconstitucionalidad en nuestro Derecho y la única, desde luego, que la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional previó de modo expreso».

Nuestro sistema de justicia constitucional no parece, pues, en principio, admitir soluciones razonables como las establecidas en otros ordenamientos para evitar los efectos negativos derivados de la nulidad de los preceptos declarados inconstitucionales. Así, por ejemplo, en el sistema austríaco está previsto, para evitar los problemas derivados de la creación de vacíos normativos por parte del Tribunal Constitucional, que este último mantenga en vigor la norma declarada inconstitucional hasta tanto el legislador la derogue. El artículo 140.5 de la Constitución austríaca faculta al Tribunal Constitucional para establecer un plazo, que no podrá exceder de 18 meses, dentro del cual el legislador apruebe la nueva Ley que derogue la Ley inconstitucional. De este modo no se crea un vacío normativo, ni se obliga al Tribunal Constitucional a fijar el nuevo criterio de actuación para cubrir el vacío normativo que el mismo crearía con una declaración de nulidad de la norma impugnada²¹.

Sin embargo, lo cierto es que nuestro Tribunal Constitucional, para evitar los efectos negativos de sus propias declaraciones de inconstitucionalidad se ha considerado habilitado para dictar sentencias de mera inconstitucionalidad, aunque no admitía hasta el presente las sentencias

¹⁹ Tomamos la expresión «decisión responsable» del interesante trabajo de J. JIMÉNEZ CAMPO, «Sobre los límites del control de constitucionalidad de la ley», en la obra dirigida por E. AJA, *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el legislador en la Europa actual*, Barcelona, Ariel, 1998, p. 194.

²⁰ Vid. J. JIMÉNEZ CAMPO, *op. cit.*, p. 194.

²¹ Sobre el sistema austríaco, *vid.* el trabajo de H. SCHAFFER, en la obra citada en nota 19, p. 38. También son de interés las referencias a los sistemas alemán, p. 77; italiano, p. 118, y portugués, p. 251, contenidas en la misma obra colectiva, así como las conclusiones finales del mismo libro, pp. 280 ss.

en las que se eliminara de forma diferida el precepto declarado inconstitucional²².

La doctrina sobre los propios fallos del Tribunal Constitucional parece cambiar en la Sentencia que comentamos, pues en la misma se acude directamente a la técnica de los efectos diferidos de la inconstitucionalidad, con el fin de evitar un vacío legal y los efectos perniciosos que ello comportaría sobre el sistema general de protección del buen funcionamiento del mercado. Como dice la Sentencia comentada, de no establecerse esta eficacia diferida de la declaración de inconstitucionalidad:

«se produciría en la defensa de la competencia un vacío no conforme con la Constitución, pues los intereses constitucionalmente relevantes que con ella se tutelan podrían verse desprotegidos en el ámbito en el que la potestad ejecutiva correspondiese a las Comunidades Autónomas».

En efecto, si a la declaración de inconstitucionalidad se anudase el efecto en principio querido por la LOTC de la nulidad de los preceptos declarados inconstitucionales (con el matiz de que lo que se declara inconstitucional es el ejercicio de competencias ejecutivas estatales allí donde fuera posible la ejecución autonómica), se plantearía de inmediato el problema de saber cuándo es posible la intervención autonómica, y qué ocurre en estos casos con las actuaciones contrarias a la libre competencia hasta tanto no intervenga la Comunidad Autónoma competente.

Por esta razón el contenido del fallo parece razonable, al incorporar a nuestro sistema las técnicas ya existentes en otros ordenamientos en aras a evitar los mismos problemas que planteaba la Sentencia dictada. Razonabilidad en virtud del fin perseguido, y proporcionalidad por la adecuación entre dicho fin y la medida adoptada para conseguirlo. Pero, lo razonable y proporcionado de la medida no oculta las dudas sobre su adecuación al marco jurídico que rige la actuación del propio Tribunal Constitucional (el art. 39.1 LOTC).

El fallo presenta otros puntos de interés. La declaración diferida de inconstitucionalidad exige una actuación normativa de adecuación al sentido del fallo, tanto por parte del Estado como de la Comunidad Autónoma. Al Estado corresponde fijar los puntos de conexión pertinentes que determinen en qué casos es posible el ejercicio de las competencias ejecutivas autonómicas (supuestos en que no se incide sobre el mercado nacional en su conjunto). Fijados estos criterios por la ley estatal (el Estado posee en esta materia la competencia legislativa en exclusiva), la Comunidad Autónoma podrá ejercer sus competencias ejecutivas, y para ello deberá crear normativamente sus instrumentos de actuación.

²² Vid. J. JIMÉNEZ CAMPO, *op. cit.*, p. 194, autor que critica la interpretación del artículo 39.1 LOTC que comporta no admitir una eliminación diferida de la norma. Para el citado autor «tal vez sea así, aunque no se me alcanza del todo por qué cabe hoy, con el texto vigente de la LOTC, soslayar a veces, pero nunca posponer la anulación de la regla constitucional. Sean cuales sean, en todo caso, las posibilidades interpretativas que admita hoy la LOTC, no creo —en términos ya de *lege ferenda*— que la Constitución impida, de modo inequívoco, una técnica semejante».

El ejercicio de las competencias ejecutivas requiere disponer de los medios organizativos adecuados a la nueva función. Por ello las Comunidades Autónomas podrán dictar las normas organizativas que se integran en el concepto de función ejecutiva en tanto crean los medios necesarios para actuar. Estas normas organizativas pueden incluso aprobarse antes de que el Estado elabore su ley en cumplimiento de la Sentencia del Tribunal Constitucional. De este modo las Comunidades Autónomas podrán tener articulado el aparato administrativo necesario para que, tan pronto se fijen los puntos de conexión por el legislador estatal, pueda iniciar el ejercicio de sus competencias ejecutivas.

El fallo no predetermina el plazo dentro del cual el Estado debe fijar los nuevos puntos de conexión. La Ley 16/1989 no tiene, pues, una fecha de nulidad previamente conocida en relación a sus preceptos declarados inconstitucionales. El Tribunal Constitucional se limita a decir que:

«del hecho de que no se acuerde la nulidad inmediata de aquellos preceptos de la Ley que se declaran inconstitucionales se infiere la persistencia de una situación anómala, en la que las competencias controvertidas pueden seguir siendo ejercitadas por el Estado. *Esta situación es, desde luego, provisional y, por supuesto, debe acabar cuanto antes.* La lealtad constitucional obliga a todos (STC 201/1990, FJ 4), y en este caso especialmente al Estado, a ponerle fin en el plazo más breve posible».

La propia indeterminación del fallo (la situación debe acabar cuanto antes) deja abiertos los interrogantes sobre cómo solucionar una hipotética inactividad del legislador estatal, y en qué momento se entendería que esta inactividad contraria al mandato del fallo se ha producido.

La publicación de la Ley 52/1999, de 28 de diciembre, posterior por tanto a la Sentencia del Tribunal Constitucional, no da respuesta a los requerimientos del Tribunal Constitucional, aunque sí que los tiene presentes. Al haberse publicado de forma inmediatamente posterior a la Sentencia, en virtud de un proyecto de ley que no pudo tener en cuenta su contenido, se recoge en el último momento la doctrina del Tribunal Constitucional en una disposición final, pero no se lleva al texto la fijación de los puntos de conexión. De esta forma, aunque seguramente no podía actuarse de otro modo, no se resuelve el problema y se crean otros.

La nueva Ley se limita a establecer en la disposición final segunda que:

«antes del 1 de octubre del año 2000, el Gobierno presentará en el Congreso de los Diputados un proyecto de ley por el que se regulen los criterios de conexión determinantes de la atribución al Estado y a las Comunidades Autónomas de competencias, previstas en el marco legal defensa de la competencia, referidas al conocimiento y aplicación de la normativa estatal

relativa a conductas prohibidas y autorizadas, en cumplimiento de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de noviembre de 1999»²³.

La solución legislativa, como hemos dicho, no deja de plantear algunos problemas en relación a la constitucionalidad del nuevo texto legal.

En efecto, la introducción en el fallo de la Sentencia del Tribunal Constitucional de la técnica de diferir los efectos de la declaración de inconstitucionalidad de determinados preceptos de la Ley impugnada al futuro, hasta tanto el legislador adopte las medidas oportunas, no creemos que permita que el mismo legislador, una vez dictada la Sentencia, dicte textos de idéntico contenido competencial a los declarados inconstitucionales, durante el período abierto por el Tribunal Constitucional para aprobar una nueva ley en la que se recojan los criterios establecidos en su sentencia.

De hecho esto último es lo que ocurre con la Ley 52/1999. Esta Ley, dictada con posterioridad a la Sentencia del Tribunal Constitucional, no fija los criterios de conexión determinantes de la atribución al Estado y a las Comunidades Autónomas de sus respectivas competencias. Se limita a exigir al Gobierno que presente un proyecto de ley con este contenido antes del 1 de octubre del año 2000, sin fijar, por tanto, tampoco un plazo dentro del cual la Ley deberá ser aprobada (bien es verdad que este mandato, que hubiera dirigirse a las Cortes, no podía establecerse). Pero al mismo tiempo la Ley 52/1999 mantiene el esquema competencial de la vieja Ley, y se remite a preceptos de la Ley 16/1989 que fueron declarados inconstitucionales. Así, por ejemplo, del nuevo artículo 7 desaparece la referencia a «en todo o en parte del mercado nacional», pero ahora se atribuye la competencia al Tribunal de Defensa de la Competencia cuando se distorsionen gravemente las condiciones de competencia en el mercado, sin más precisión, sin admitir, por tanto, tampoco la intervención de los órganos autonómicos. O el nuevo artículo 25.b), que establece que es competencia del Tribunal de Defensa de la Competencia autorizar los acuerdos, decisiones, recomendaciones y prácticas a que se refiere el artículo 1, en los supuestos y con los requisitos previstos en el artículo 3. Precepto que coincide con el artículo 25.c) de la vieja Ley, declarado inconstitucional, y que se remite al artículo 1 en donde

²³ Esta solución trata de justificarse en la exposición de motivos de la Ley en los términos siguientes: «los aspectos sustantivos de la reforma únicamente se refieren a aspectos integrantes del régimen jurídico de defensa de la competencia que en su momento, una vez se haya procedido conforme indica el alto Tribunal a tramitar y aprobar la correspondiente Ley que regule los criterios de conexión determinantes de las atribuciones al Estado y a las Comunidades Autónomas de competencias en la materia, podrán ser aplicados por unos órganos integrados en una u otra Administración conforme a lo que se establezca en el citado texto legal. Por ello, y cumpliendo lo establecido por el Tribunal Constitucional, que declara entre tanto la validez del sistema actual, se introduce un mandato al Gobierno para que presente al Congreso de los Diputados un proyecto de ley por el que se regulen los criterios de conexión determinantes de la atribución al Estado y a las Comunidades Autónomas de competencias, previstas en el marco legal de defensa de la competencia, referidas al conocimiento y aplicación de la normativa estatal relativa a conductas prohibidas y autorizadas».

aparece la cláusula «en todo o en parte del mercado nacional» declarada también inconstitucional.

Por tanto, la nueva Ley reincide en su contenido en una inconstitucionalidad ya declarada. La técnica de la inconstitucionalidad con efectos diferidos permite que siga produciendo efectos la norma inconstitucional hasta tanto se derogue por la nueva Ley conforme a la Constitución, pero difícilmente puede amparar la inconstitucionalidad de una Ley dictada con posterioridad a la Sentencia del Tribunal Constitucional durante el período en que se da cumplimiento al fallo. El plazo para la entrada en vigor de la derogación no puede entenderse como un plazo de exención constitucional, en el que pueda seguirse actuando y, por tanto, legislando, al margen de la Constitución, pues es tan sólo un plazo de validez diferida de la Ley declarada inconstitucional.

Ahora bien, ¿qué debemos entender que ocurre en la situación actual, una vez se ha dictado la Ley 52/1999? A nuestro entender, los nuevos preceptos contrarios al sistema competencial, por seguir ignorando las competencias ejecutivas de las Comunidades Autónomas, son inconstitucionales, pero podrán ser interpretados conformes a la Constitución una vez se dicte la norma prevista en la disposición final segunda. Dado que su inconstitucionalidad es por omisión, por no prever la intervención de las Comunidades Autónomas, una vez se reconozca esta intervención, podrán subsistir interpretándose en el sentido de que regulan las competencias ejecutivas del Estado sin perjuicio de la intervención de los órganos autonómicos en los supuestos establecidos en la nueva Ley. La nueva Ley, sin embargo, haría bien en declarar de forma expresa esta nueva interpretación de los mismos, esto es, que su referencia a las funciones ejecutivas de los órganos estatales no impide la actuación de los órganos autonómicos en los mismos supuestos si se cumple el criterio de conexión fijado en la propia norma legal.

Por otro lado, como las competencias ejecutivas reconocidas a las Comunidades Autónomas no pueden ejercerse hasta tanto se fijen los puntos de conexión por el legislador estatal y se creen los órganos autonómicos internos de actuación, puede concluirse que la nueva Ley ha dejado inalterado el problema competencial, con la única novedad que se ha precisado el contenido del fallo de la Sentencia del Tribunal Constitucional en el sentido de fijar un plazo al Gobierno para presentar el proyecto de ley que establezca los puntos de conexión (autofijación de un plazo ciertamente generoso).

7. LOS VOTOS PARTICULARES

El voto particular formulado por el Magistrado D. Julio González Campos, al que se adhieren los Magistrados D. Manuel Jiménez de Parga y D. Vicente Conde Martín de Hijas, discrepa de los razonamientos con-

tenidos en los fundamentos jurídicos 5 y siguientes de la Sentencia, así como del fallo, al entender que debieron desestimarse los recursos por corresponder al Estado tanto la potestad normativa como la ejecutiva. Es decir, entienden los Magistrados discrepantes que el Estado posee una competencia exclusiva en materia de defensa de la competencia, sin que deba reconocerse a las Comunidades Autónomas función ejecutiva alguna, ni siquiera la limitada a las intervenciones con efectos reducidos a su ámbito territorial y sin incidencia en el mercado nacional.

El núcleo del razonamiento discrepante se contiene en el punto 1.A del voto particular. Para los Magistrados discrepantes la Sentencia lleva a cabo una interpretación novedosa de la cláusula «sin perjuicio» de los artículos 10.27 EAPV y art. 12.1.5 EAC, interpretación, como vimos, consistente en estimar que mediante dicha cláusula se identifica una materia, la defensa de la competencia, materia que forma parte de la materia más amplia comercio interior, y sobre la que se atribuye a las Comunidades Autónomas la función ejecutiva, si bien limitada al control de las actuaciones que no inciden en el mercado nacional en su conjunto.

Frente a la línea argumental contenida en la Sentencia los firmantes del voto particular estiman que debió seguirse el razonamiento contenido en la STC 88/1986, según el cual:

«en orden a la determinación de la identidad o naturaleza de una intervención de los poderes en la disciplina del libre mercado y su consiguiente adscripción a uno y otro título competencial, resulta particularmente necesario acudir a criterios teleológicos, precisando el objeto predominante de la norma» [doctrina reiterada en la STC 264/1993, FJ 4.a)].

A partir de este principio interpretativo, se estima que la materia defensa de la competencia no podía quedar integrada en la materia comercio interior, por tener una finalidad propia y diferenciada, y estar vinculada al principio constitucional de libertad de empresa en el marco de la economía del mercado (art. 38 CE).

A este primer motivo de discrepancia se añade a continuación que la función ejecutiva reconocida a las Comunidades Autónomas no podía delimitarse por aplicación del artículo 149.1.13 CE. Así, se dice que si la Sentencia estima que las Comunidades Autónomas poseen la función ejecutiva en materia de defensa de la competencia en base al título estatutario, dicha función ejecutiva debería poder ejercitarse en relación con las conductas restrictivas o vulneradoras de la libre competencia con independencia del lugar donde se produzcan, afecten en todo o en parte al mercado nacional.

Por último se afirma que la cláusula sin perjuicio contenida en los Estatutos supone el reenvío a una Ley estatal, la Ley de Defensa de la Competencia, que será la que definirá el alcance de la competencia estatal sin límite alguno.

Como consecuencia de esta línea argumental se concluye que la legislación de defensa de la competencia, que se reconoce al Estado en virtud de la cláusula sin perjuicio, debía interpretarse de conformidad con los principios constitucionales a que se hace expresa referencia en el encabezamiento del artículo 12 EAC. Estos principios, unidad de mercado y competencia estatal para la ordenación general de la economía, suponen, según los firmantes del voto particular, que la competencia legislación de defensa de la competencia excluye la separación entre legislación y ejecución,

«porque sólo mediante la reserva en favor del Estado tanto de la competencia normativa como de la ejecución en materia de defensa de la competencia podía quedar asegurada la tutela de uno de los aspectos fundamentales del orden económico».

Personalmente discrepamos del razonamiento del voto particular. En primer lugar, su referencia al criterio teleológico recogido en la STC 88/1986 debe situarse en el contexto del conflicto relativo a aquella y otras sentencias en donde se recurre a este tipo de argumento. Dicho criterio puede ser utilizado cuando el conflicto competencial se produce en relación a una determinada actuación normativa o administrativa que debe encuadrarse en un ámbito material concreto. Atendiendo entonces a la finalidad de la norma o del acto podrá determinarse si forma parte de una u otra materia. Así ocurre en la STC 88/1986, pues en la misma se trataba de determinar si el contenido de una determinada norma (regulación de determinadas estructuras comerciales y ventas especiales) formaba parte de la materia defensa de la competencia o protección de los consumidores. Por ello el FJ 4 de la citada Sentencia afirma que:

«dadas las muchas de las veces inevitable conexión entre las normas de defensa de la competencia y de la protección de los consumidores, los criterios antes señalados —el de la materia regulada y el de la orientación o vocación predominante de la norma de que se trate— serán el determinante para la precisión de la atribución de la competencia».

Pero en la STC 208/1999 el conflicto competencial era de otra naturaleza. Se impugnó una Ley estatal por entender que desconocía una competencia autonómica, y para resolver el conflicto planteado era preciso resolver la cuestión relativa a si existía o no el título competencial alegado por las Comunidades Autónomas en virtud de lo establecido en sus propios Estatutos. Por ello entendemos que el razonamiento de la Sentencia es correcto, al afirmar primero que sí existe este título, limitado a la función ejecutiva en materia de defensa de la competencia, para a continuación identificar las actividades que forman parte de esta materia, como un tipo de intervención pública en la ordenación del mercado diversa de la más genérica ordenación del comercio interior (del mismo modo que la política de precios es un tipo de intervención que forma parte de la ordenación del comercio).

Fijado el alcance de la materia, la defensa de la competencia (lo que constituía el objeto del conflicto competencial) y la distribución competencial de las funciones sobre la misma (lo legislativo y lo ejecutivo), es cuando podrá acudirse, ulteriormente, al criterio teleológico. Así, cuando se apruebe una norma o se dicte un acto y se deba decidir si tal norma o acto forman parte de dicha materia o de la ordenación del comercio o de la política de precios, para en base a esta adscripción resolver el conflicto competencial. Pero previamente se debía establecer si existía tal materia como una realidad diferenciada y cuál era su contenido, y para ello no podía acudirse al criterio teleológico.

La delimitación que se hace en la Sentencia del alcance de la función ejecutiva autonómica, es decir, el determinar que sólo corresponderá a la Comunidad Autónoma la intervención sobre las actuaciones que no incidan en el mercado nacional en su conjunto (lo que requiere una nueva ley estatal que fije los puntos de conexión), también nos parece correcta. El recurso al artículo 149.1.13 CE, interpretado por la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional como un precepto que reconoce al Estado la competencia de ordenación general de la economía, justifica la delimitación de la función ejecutiva autonómica. Del mismo modo que las bases estatales pueden llegar a integrar actos de ejecución si ello es necesario para garantizar la unidad del mercado, la función ejecutiva en aplicación de la legislación propia puede corresponder al Estado con el mismo objetivo. Y esto es lo que nos dice la Sentencia.

En definitiva, la línea argumental de la Sentencia es correcta, mientras que lo que no demuestra el voto particular es que para conseguir los fines propios de la defensa del mercado sea en todo caso necesario mantener la unidad de la competencia legislativa y ejecutiva en manos del Estado.

A nuestro entender lo cierto es que en muchas ocasiones la aplicación de la norma estatal no requiere esta unidad de aplicación. Muchas son las actuaciones del Servicio de Defensa de la Competencia y del Tribunal de Defensa de la Competencia que se refieren a conductas de escasa relevancia territorial, que, por ejemplo, pueden responder a acuerdos de empresas de un mismo municipio. En estos casos, que son los que deberán ahora determinarse por el legislador estatal, la reserva estatutaria al Estado de la función legislativa en materia de defensa de la competencia permite reconocer a las Comunidades Autónomas la función ejecutiva. Legislación y ejecución son dos funciones claramente separadas en nuestro sistema de distribución competencial.

Por otra parte existen experiencias de Derecho comparado en las que estas funciones ejecutivas son compartidas entre el Estado central y los Estados miembros²⁴, y el mismo modelo comunitario nos ofrece

²⁴ Una clara exposición del modelo alemán, de ejercicio compartido de competencias ejecutivas, la encontramos en la obra de CASES PALLARES, *op. cit.*, pp. 657 ss.

un claro ejemplo de separación en esta materia entre la legislación y la ejecución ²⁵.

El otro voto particular corresponde al Magistrado D. Fernando Garrido Falla, voto concurrente, ya que quien lo formula votó a favor de la Sentencia.

El Magistrado firmante del voto plantea observaciones en relación a algunas de las líneas argumentales de la Sentencia. La de mayor relevancia es la que le lleva a afirmar que la materia defensa de la competencia no es una submateria de comercio interior, sino una actividad que cabe integrar dentro de la materia del artículo 149.1.13 CE. Si se coincide con el fallo de la Sentencia es por entender que en base a este título competencial era posible reconocer funciones ejecutivas a las Comunidades Autónomas para actos realizados dentro de su territorio y sin trascendencia supraautonómica (en este punto, se dice, siempre que se trate, por tanto, de comercio interior, es decir intracomunitario y sin repercusión exterior. Concepto de comercio interior que utilizado en este sentido crea, a nuestro juicio, confusión, ya que las referencias estatutarias al comercio interior tratan de diferenciar esta materia del comercio exterior, sin hacer referencia al intracomunitario sino al intraestatal).

8. CONCLUSIONES

A la vista de todo lo expuesto podemos concluir que, a nuestro juicio, la Sentencia 208/1999 resuelve acertadamente el conflicto planteado en su día por las Comunidades Autónomas del País Vasco y Cataluña en defensa de sus competencias ejecutivas en materia de defensa de la competencia.

El conflicto planteado tenía como singularidad el modo a través del cual se había asumido en los Estatutos de Autonomía la competencia reivindicada. La singularidad reside en el hecho de que los Estatutos de Autonomía, en relación a la materia defensa de la competencia, no asumen como propia una materia no reservada expresamente al Estado en el artículo 149.1 CE, sino que establecen que la competencia exclusiva sobre comercio interior se ejercerá sin perjuicio de la competencia estatal en materia de legislación sobre defensa de la competencia. Es decir, de hecho lo que hacen es reconocer al Estado una parte de la competencia

²⁵ La referencia al modelo comunitario aparece en la argumentación del recurso presentado por el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña, y se recoge en el FJ 4 de la Sentencia. Si bien el Tribunal Constitucional recoge la doctrina ya consolidada sobre la autonomía institucional en la aplicación interna del Derecho comunitario, esto es, que la aplicación de dicho Derecho no altera el sistema interno de competencias, señala al final de su razonamiento que «no cabe ignorar que la propia interpretación del sistema de distribución competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas no se produce en el vacío y, por tanto, no sólo es útil sino también obligado para su correcta aplicación el prestar atención al modo en que una determinada institución jurídica ha sido configurada por la normativa comunitaria».

en materia de defensa de la competencia, la función legislativa, creando una competencia compartida Estado-Comunidad Autónoma.

A partir de esta formulación estatutaria se concluye que la materia defensa de la competencia tiene una sustantividad propia, y que constituye un ámbito material integrado en la materia más amplia que es el comercio interior. La función que corresponde a las Comunidades Autónomas en relación a esta materia es la ejecutiva. Pero esta función ejecutiva no se posee en exclusiva, ya que puede también corresponder al Estado cuando las actuaciones a controlar incidan en el funcionamiento del mercado nacional. Por tanto, se define una función ejecutiva compartida en razón de la incidencia de la actividad sobre la que se debe intervenir.

La doctrina del Tribunal Constitucional se sostiene sobre criterios ya elaborados por el mismo Tribunal en relación al significado de las competencias ejecutivas y la distinción entre las funciones legislativas y ejecutivas, así como sobre el significado del título competencial ordenación general de la economía, título que en este caso permite extender la competencia legislativa del Estado hasta la función de dictar actos concretos si la aplicación de lo previsto en la Ley no permite otra solución diversa. Insistimos, pues, en que a nuestro entender la única novedad del caso enjuiciado es el análisis de la construcción estatutaria de la competencia autonómica para la ejecución de la legislación sobre defensa de la competencia.

Resuelto el tema competencial a favor de la pretensión de las Comunidades Autónomas, la Sentencia no niega las competencias ejecutivas estatales, ya que reconoce también al Estado la posibilidad de dictar actos ejecutivos en materia de defensa de la competencia.

La declaración de inconstitucionalidad se limita a aquellos preceptos en los que de forma indirecta se venía a negar toda posible actuación a las Comunidades Autónomas, al atribuir todas las competencias de intervención a los órganos estatales. Pero esta declaración de inconstitucionalidad introduce como novedad destacable el hecho de configurarse como una declaración con efectos diferidos, de modo que, atendiendo a los perjuicios que provocaría una nulidad inmediata de los preceptos declarados inconstitucionales, se mantiene su validez hasta tanto el legislador derogue estos preceptos mediante una nueva Ley adecuada a los mandatos competenciales contenidos en la Sentencia.

Este contenido del fallo traslada a la futura Ley la resolución del problema central que plantea el ejercicio de las competencias ejecutivas en la materia defensa de la competencia, esto es, determinar cuándo es preciso que intervengan los órganos estatales en garantía de la unidad del mercado nacional. La fijación de los criterios de conexión pertinentes deberá dar respuesta a esta cuestión. Por el momento, la Ley 52/1999 ha impuesto al Gobierno un límite temporal, el primero de octubre de 2000, para que presente el proyecto de ley en que deberá abordarse esta cuestión.

El contenido de la Sentencia fuerza, por tanto, a definir los respectivos campos de actuación en el ejercicio de la función ejecutiva, tarea que deberá ser acometida «cuanto antes» por el legislador estatal. Pero el contenido de la Sentencia obligará a su vez a las Comunidades Autónomas a asumir su responsabilidad, creando los órganos internos necesarios y eficaces para que apliquen lealmente el marco normativo estatal.

En relación con este último punto, y recogiendo la observación que formula al final de su voto particular el Magistrado D. Fernando Garrido Falla²⁶, apuntamos dos últimas consideraciones. Por un lado, creemos que sería factible que las Comunidades Autónomas que lo estimaran conveniente atribuyeran el ejercicio de sus competencias ejecutivas a los órganos estatales, mediante un acto de traslado voluntario de tal ejercicio, formalizado como una delegación competencial ascendente, que podría incluirse en un convenio de colaboración.

Por otro lado, como reflexión final de carácter mucho más general, entendemos también que si bien la solución a la que llega la Sentencia es la que deriva del bloque de constitucionalidad, la aplicación de la política de defensa de la competencia podría haberse articulado en base a un modelo de integración de las Comunidades Autónomas en órganos de ámbito estatal. Es decir, en lugar de separar la función ejecutiva en dos niveles competenciales, se podría haber definido un modelo de órganos unitarios con participación en su composición de las Comunidades Autónomas. Pero este modelo, que no responde a la previsión del bloque constitucional al asignar las competencias en esta materia, ya sólo podría surgir de un acuerdo general Estado-Comunidades Autónomas.

²⁶ En el voto particular citado se contiene la siguiente afirmación: «en cuanto al fallo (que he votado) mis reservas mentales tienen que ver con el hecho de que, por la vía de un recurso de inconstitucionalidad, hemos resuelto, en puridad, un conflicto de competencias planteado por dos singulares Comunidades Autónomas que ha de tener inevitablemente, sin embargo, efectos *erga omnes*».

ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA DETERMINACIÓN DEL ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO, CON ESPECIAL REFERENCIA A LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Juan Manuel FERNÁNDEZ LÓPEZ

Director de la Agencia de Protección de Datos
Magistrado. Exvicepresidente TDC

1. APROXIMACIÓN AL TIPO DE LA PRÁCTICA PROHIBIDA

La persecución del abuso de posición dominante y de las prácticas colusorias es objetivo principal del derecho de defensa de la competencia.

Ambas prácticas vienen tipificadas, respectivamente, en los artículos 85.1 y 86 del Tratado de Roma¹ y por lo que respecta a nuestro país en los artículos 1 y 6 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia, en términos similares².

Para comprobar si se ha producido abuso de la posición de dominio habrá antes que determinar si la empresa en cuestión ostenta posición de dominio.

La posición dominante, si ha sido adquirida por medios lícitos, no se persigue por el derecho de la competencia, ya que si bien es cierto que la existencia en un determinado mercado de una o varias empresas con posición de dominio es exponente de inexistencia de competencia o de debilitamiento de la misma, también lo es que dicha posición se adquiere como consecuencia de una mayor eficiencia en el juego lícito de competir. Por ello, la posición de dominio no se persigue, pero es preciso también el que se vigile que no se alcance dicha posición por

¹ Hoy artículos 81 y 82 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, modificado por el Tratado de Amsterdam de 2 de octubre de 1997, ratificado por Instrumento del 23 de diciembre de 1998.

² Al menos hasta la reforma de la Ley 16/1989 por la Ley 52/1999, de 28 de diciembre, en lo que respecta al artículo 6, ya que ahora se tipifica, junto con el abuso de posición de dominio en dicho precepto, la explotación de dependencia económica y se explicitan en los nuevos apartados f) y g) prácticas que poco tienen que ver con las tradicionalmente consideradas como abuso de posición dominante.

medios ilícitos, tal como se hace en los artículos 14 y siguientes de la Ley de Defensa de la Competencia (LDC), al establecer un procedimiento de análisis para las concentraciones económicas evitando que tuvieran por único fin el alcanzar la posición de dominio.

Lo que se persigue, tanto por el Derecho comunitario europeo como por nuestro Derecho interno y en otros ordenamientos, es el que aquellos que se encuentren en posición de dominio abusen de ella, a diferencia del Derecho norteamericano que prohíbe la posición de dominio *per se* e incluso el simple propósito de alcanzarla. El artículo 6 de la LDC es el resultado de un delicado equilibrio entre dos tipos de intereses aparentemente contrapuestos: el de asegurar la libre competencia y el de admitir e incluso fomentar la concentración económica, no sólo porque es consecuencia del juego de la competencia, sino porque la concentración puede ser deseable para que las empresas puedan situarse en condiciones de competir³.

Con la globalización de la economía puede fácilmente comprobarse cómo empresas que en mercados internos tienen una dimensión adecuada para competir, no ocurre lo mismo si pretenden acceder a otros mercados internacionales. De ahí que en los últimos años, en que se ha producido una mayor liberalización de nuestra economía, hallamos al mismo tiempo asistido a un importante proceso de concentración en los principales sectores económicos: construcción, energía, banca, transporte y telecomunicaciones, por citar sólo los ejemplos más significativos. Por ello, también que se haya producido una reforma de nuestra legislación de competencia en materia de control de concentraciones para una verificación más rigurosa de estas operaciones⁴.

Deberá de evitarse por lo general el que se produzcan posiciones de dominio o que existiendo éstas se refuercen como consecuencia de la operación de concentración empresarial, porque ello contribuirá sin duda a un debilitamiento de las condiciones de competencia y podría facilitar el abuso de dicha posición⁵.

El principal problema con el que nos enfrentamos los juristas a la hora de establecer si existe o no abuso de posición dominante es que ni nuestro Derecho interno ni el comunitario europeo definen el abuso de posición de dominio. La misma habrá de obtenerse del análisis económico sobre conceptos que de por sí encierran una gran indeterminación. De ahí que la doctrina coincida casi unánimemente en destacar la dificultad que ello encierra y, por ello, también las discrepancias que encontramos como resultado de dicho análisis y el que resulte especial-

³ F. RODRÍGUEZ ARTIGAS, *Sobre el abuso de posición dominante en la defensa de la libre competencia*, p. 983.

⁴ Real Decreto-ley.

⁵ Ver al respecto mi ponencia «Privatización de empresas públicas en posición de dominio y derecho de la competencia», en *Jornadas sobre aspectos jurídicos de las privatizaciones*, Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, 8 de abril de 1997.

mente útil el examen de la jurisprudencia del TJCE y de las resoluciones de nuestro TDC.

La primera observación que hacen los tratadistas sobre la materia es que las prácticas prohibidas por el artículo 6 LDC vienen referidas por dicho precepto a una o varias empresas, concreción que, por el contrario, no existe en nuestro artículo 1 en el que se prohíben las prácticas colusorias⁶. La realidad nos demuestra que si bien la concertación anticompetitiva resulta posible en supuestos de sujetos no empresarios, estos supuestos han de ser excepcionales, pues generalmente van a tener lugar entre empresarios, aunque en algunos casos se produzcan dentro de una organización empresarial. En el caso del abuso de posición dominante ésta va a producirse por parte de una empresa o varias, pertenezcan o no a un mismo grupo, pues son éstas las que más directamente intervienen en el mercado, y las consecuencias más mediatas van a sufrirlas los competidores que podrán verse amenazados por su expulsión del mercado o para no permitírseles su consolidación al introducirse en un mercado. Serán finalmente los consumidores y el interés público de mantenimiento de la competencia los que resulten dañados.

No obstante, la concreta referencia del artículo 6 LDC y del artículo 82 TCEE a las empresas, como tiene señalado el TJCE en Sentencias de 12 de diciembre de 1974 y 20 de marzo de 1985, debe entenderse en el sentido de que *«los agentes económicos considerados empresas a efectos del Derecho comunitario de la competencia son todas las entidades que ejercen actividades de carácter económico, con independencia de su forma jurídica»*, precisando que *«se considera actividad de carácter económico toda actividad, incluso sin fines lucrativos, que participe en los intercambios económicos»*. Este mismo criterio es el seguido por el TDC, como puede comprobarse en múltiples resoluciones, entre las que destacan por su número las relativas a Colegios Profesionales a los que aplica la LDC cuando actúan defendiendo intereses económicos corporativos. De igual forma, en Resolución de 23 de diciembre de 1988 *«First, S. A./Feria de Muestras de Barcelona»*, al aparecer esta última como operador económico, se le ha de aplicar el derecho de la competencia. También, y en base a la misma motivación, a la Cofradía de Pescadores de Santander, Santoña y Laredo (Resolución de 18 de diciembre de 1991). Asimismo, la consideración de las Administraciones Públicas como operadores económicos ha sido objeto de análisis en lo que se refiere al supuesto concreto de la ejecución de obras por la propia Administración Pública y a su compatibilidad con el derecho de la competencia, manteniéndose al efecto un criterio restrictivo respecto de concretar el amparo directo de la Ley a la posibilidad de que no se apliquen las normas reguladoras de la libre competencia⁷.

⁶ En el Derecho comunitario ambas prácticas vienen concretadas, tanto por el artículo 85.1 como por el artículo 86, a empresas.

⁷ L. CASES PALLARES, «La ejecución de obras por la propia Administración Pública y el Derecho de la Competencia», *Revista General de Derecho*, núm. 639, 1997.

La segunda diferencia viene referida al trato que tanto el legislador nacional como el comunitario dan a ambas conductas, ya que las prácticas a que se refieren los artículos 1 LDC y 81.1 del Tratado podrán gozar de una exención por categoría o una autorización singular, posibilidades que no caben en los abusos de posición dominante.

Para determinar el abuso de posición dominante habrá de examinarse previamente la posición de dominio de la que se abuse. Mas la posición dominante vendrá necesariamente referida a un mercado concreto que es preciso determinar, no pudiendo aquélla producirse en abstracto. Por ello habrá que comenzar por delimitar el denominado por la doctrina económica como mercado relevante, mercado de referencia, mercado en causa, mercado pertinente o mercado concernido. El TJCE ha señalado que para juzgar si una empresa está en posición dominante habrá que comenzar por delimitar el mercado concernido⁸.

2. DELIMITACIÓN DEL MERCADO RELEVANTE

El determinar el mercado relevante acarrea la necesidad del análisis de conceptos económicos. Pero también habrá indudablemente que contemplar la posición de la empresa en un espacio geográfico en el que opera o al que extiende su influencia. Habrá de concretarse esa posición respecto de productos o servicios determinados que fabrique o comercialice la empresa examinada y analizar el grado de sustituibilidad de los mismos y los efectos que produce, no sólo desde el punto de vista de la oferta, sino también desde el punto de vista de la demanda y el grado de elasticidad de la misma.

Suele coincidir la doctrina económica al señalar que los resultados pueden ser distintos si se delimita el mercado relevante desde la perspectiva de la economía industrial o desde el punto de vista de la política de competencia, e incluso no en todos los casos *anti-trust* el mercado de referencia puede delimitarse de la misma forma. Dependiendo que se analice una concentración o un abuso de posición de dominio puede precisarse una delimitación del mercado de forma diferente, toda vez que en el primer supuesto se analizará un mercado con prospección de futuro, mientras que en el segundo habrá de considerarse la situación que exista en un momento concreto.

La Comisión, en su Comunicación relativa a la definición del mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia⁹, después de señalar que existen tres fuerzas que determinan el grado de competencia —sustituibilidad de la demanda, sustituibilidad de la oferta y competencia potencial— establece que para la delimitación del mercado relevante la fundamental de las tres fuerzas señaladas es

⁸ Sentencia de 31 de mayo de 1979, caso Hasen.

⁹ Comunicación de la Comisión 97/C372/03, DOCE, 9 de diciembre de 1997.

la sustituibilidad de la demanda, teniéndose en cuenta la de la oferta sólo en aquellas situaciones en las que los efectos de la sustituibilidad de la oferta son equivalentes a los de la sustituibilidad de la demanda en cuanto a su eficacia y rapidez de reacción, no teniéndose en cuenta la competencia potencial para la definición de los mercados. Estos criterios de la Comunicación de la Comisión son considerados como directriz muy conservadora y poco ambiciosa al no contemplar todos los elementos de análisis en un caso complejo ni los utilizados por la propia Comisión en su práctica habitual, y calificado de grave error el determinar que la competencia potencial no se va a tener en cuenta en la delimitación del mercado relevante ¹⁰.

A. MERCADO GEOGRÁFICO

La delimitación espacial de análisis del mercado geográfico viene dada en el propio artículo 6 LDC, que señala que la posición de dominio debe darse en todo o en parte del mercado nacional, sin exigir que la parte de éste sea sustancial, como refiere el artículo 82 TCE.

El TDC ya señaló en su Sentencia de la Sección Primera de 22 de junio de 1976 que *«el mercado está constituido por el conjunto de personas que ofrecen y demandan, respectivamente, un producto o la prestación de un servicio en un espacio y momento determinados»* ... *«y así puede referirse dicho concepto al mercado nacional o internacional, regional, local por poblaciones e incluso urbano por distritos, zonas o barrios en las grandes poblaciones»*. En este expediente queda concretado el mercado geográfico al término municipal de *«Cabezuela del Valle»*.

En Sentencia del Pleno de 7 de enero de 1992, asunto Ausonia-Arbora, el TDC concreta el mercado geográfico en el nacional, toda vez que *«a pesar de la conexión del mercado nacional con el europeo, el primero constituye un espacio diferenciado con sus propios ofertantes que disponen de redes de distribución y políticas de comercialización locales, y con demandantes también específicos, quedando localizado en este ámbito el conflicto que ha originado el expediente»*.

En Resolución de 29 de julio de 1999, Interflora, el TDC señala que *«el mercado geográfico de referencia comprende la zona en la que las empresas afectadas desarrollan actividades de suministro de los productos y de prestación de los servicios de referencia, en la que las condiciones de competencia son suficientemente homogéneas y que pueden distinguirse de otras zonas geográficas próximas debido, en particular, a que las condiciones de competencia en ellas prevaecientes son sensiblemente distintas de aquéllas»* ¹¹. Aplicando la anterior doctrina al caso examinado, establece el TDC que el mercado geográfico relevante debe concretarse en el mercado

¹⁰ C. ALCAIE GUINDO, «Comentarios a la Comunicación de la Comisión relativa a la delimitación del mercado», en *Anuario de la Competencia 1997*, Madrid, Fundación ICO, 1998, p. 81.

¹¹ FJ 4.

nacional toda vez que *«aunque el servicio delimitado en el apartado anterior abarca el envío internacional, las diferencias en cuanto a elementos culturales y lingüísticos, el particular comportamiento de la demanda nacional, así como el hecho de que las ventas de pedidos procedentes o para el exterior son poco significativas en el total de ventas de las empresas participantes»*. La determinación del mercado geográfico según se comprueba en esta Resolución está íntimamente ligada a un producto concreto y para su delimitación se han de tener en cuenta muy diversos factores y especialmente el comportamiento de la demanda.

El TDC ha resuelto entre 1998 y 1999 varios expedientes sobre abuso de posición de dominio referidos a empresas suministradoras de servicio eléctrico, concretando el mercado geográfico en una pequeña población, en un valle o en varios municipios de una provincia.

Así, la delimitación del mercado geográfico puede quedar circunscrita a una pequeña población como Santa Pau, según establece el TDC en su Resolución de 5 de mayo de 1999, *«Electra Curós»*¹². Las empresas enfrentadas en este procedimiento mantenían posturas distintas respecto a la concreción geográfica que debía considerarse para comprobar si Hidroeléctrica de l'Emporda ejercía posición de dominio y en su caso si abusaba de ella. Esta empresa afirmaba que el mercado geográfico era toda la comarca de la Garrotxa, porque Eléctrica Curós suministra electricidad en varias localidades de la misma. El TDC señala que el mercado geográfico de referencia comprende la zona en que las empresas afectadas desarrollan actividades de suministro de los productos y de prestación de los servicios de referencia, *«en la que las condiciones de competencia son suficientemente homogéneas y que pueden distinguirse de otras zonas geográficas próximas debido, en particular, a que las condiciones de competencia en ella prevaecientes son sensiblemente distintas a aquéllas»*. Se analiza a continuación que Eléctrica Curós suministra en régimen de duopolio en la localidad de Santa Pau junto con Hidroeléctrica de l'Emporda y, en cambio, lo realiza en régimen de monopolio en varios municipios de la comarca de la Garrotxa, por lo que las condiciones de competencia son distintas en aquella localidad que en las del resto de la comarca. Atendiendo principalmente a las condiciones de competencia se concreta el mercado geográfico de referencia al pueblo de Santa Pau.

También se delimita como mercado geográfico la pequeña población de Caldes de Montbui en el que Electra Caldense distribuye energía eléctrica que adquiere de Enher y Hec, toda vez que es en dicha población a la que concreta su distribución y no puede adquirir la electricidad de otras compañías, pues las alternativas, en su caso, son imposibles porque una potencial suministradora no tiene capacidad técnica para suministrar potencia adicional y el recurrir a otra posible supone para Eléctrica Caldense un coste notoriamente oneroso e implicaría renunciar a la tarifa D¹³ (Resolución de 19 de febrero de 1999).

¹² FJ 5.

¹³ FJ 2.

En Resolución de 29 de septiembre de 1999, Eléctrica de Llémana, se concreta el mercado geográfico en el valle de Llémana, *«por las características físicas del valle de Llémana y el hecho de que la única conexión posible de las líneas de Eléctrica de Llémana, S. L., sea con las del grupo Enher-Hec»*.

En el expediente Electra Avellana, que falla el TDC en Resolución de 7 de julio de 1999, el mercado geográfico se concreta en los municipios de Cornellá del Terri, Vilademuls, Foncuberta, Viladecens, Camos, Palol de Revardit y Bañolas, en donde Electra Avellana distribuye, en régimen de duopolio con Enher, energía eléctrica que además adquiere de ésta.

En un supuesto en que se cuestiona el abuso de posición de dominio de una empresa de servicios funerarios, por imponer precios no equitativos por la venta y alquiler de sepulturas y nichos y por servicios de enterramientos, se concreta el mercado geográfico de referencia en el término municipal de Alcalá de Henares. Señala el TDC al respecto que cabe distinguir un mercado de enterramientos con dimensión local y un mercado de servicios funerarios con dimensión geográfica mayor que podría considerarse que se extiende a todo el territorio nacional. *«Así delimitado el mercado, es evidente que la principal actividad de la sociedad Cementerio Jardín de Alcalá, S. A., que es la de enterramientos y la venta y alquiler de sepulturas, ha de enmarcarse en el mercado de referencia exclusivamente local»*¹⁴ —Resolución de 25 de mayo de 1999, Funeraria Alcalá—. Se echa de menos en esta Resolución un análisis más profundo del mercado geográfico, tanto desde el punto de vista de la oferta como del de la demanda, pues, aunque se concreta que en aquella localidad no existe otro cementerio más que el Cementerio Municipal, que se encuentra al límite de su capacidad, pudieran existir otros cementerios próximos con capacidad suficiente para posibilitar el poder tener alternativas a las ofertas de la entidad inculpada, salvo que barreras normativas, que no se consideran en la Resolución, pudieran imposibilitar una delimitación más amplia del mercado.

En el supuesto de los Colegios Profesionales de Arquitectos, el TDC viene delimitando el mercado geográfico al ámbito de su actuación territorial. Así, en Resolución de 19 de noviembre de 1999, Arquitectos Madrid, el mercado geográfico se concreta en *«el territorio de la CAM que corresponde con la zona de influencia del Colegio denunciado»*¹⁵, definición del mercado que se deriva de la delimitación normativa de las competencias del Colegio.

Referidos al sector de las Telecomunicaciones, existen diversas resoluciones del TDC. En ellas se concreta el mercado geográfico en el territorio nacional. Así, en Resolución de 21 de enero de 1999, *«BT/Telefónica»*. También se concreta igual mercado geográfico en Resolución de 26 de

¹⁴ FJ 5.

¹⁵ FJ 3.

febrero de 1999, «... *atendiendo al ámbito territorial en que se producen los efectos de las conductas ...*»¹⁶.

En Resolución 15 de abril de 1999 (Azúcar), aunque el expediente no se refiere a abuso de posición de dominio, se hace una delimitación minuciosa del mercado geográfico, atendiendo tanto a regulaciones normativas como a consideraciones económicas. Aunque se concluye que el mercado geográfico a efectos del expediente es el nacional, se incluyen dos precisiones relevantes. Por una parte, el que existe una porción del territorio —la zona fronteriza con Francia— en que las condiciones del mercado son distintas y, por otra, se aprecia que el mercado geográfico definido —que es el mercado nacional— constituye una parte sustancial del mercado común a efectos de la aplicación del artículo 82 TCE.

B. MERCADO DE PRODUCTO

Como ya se adelantaba antes, la posición de dominio tiene que referirse a un determinado tipo de producto o servicio que se ofrece en el mercado. Para ello es necesario precisar qué productos o servicios forman parte de un mismo mercado. La delimitación objetiva del mercado exige determinar qué productos o servicios forman parte de un mismo mercado, lo que resulta complicado toda vez que existen diversos criterios económicos al respecto. Sin embargo, pero no obstante, esta delimitación del mercado de producto es fundamental, puesto que un error en ella puede llevar a error acerca de la existencia de posición de dominio¹⁷.

Los criterios tradicionales son dos: el de las elasticidades cruzadas del precio —de demanda o de oferta— y el de las correlaciones de precios, a los que se han añadido otros tres más o menos recientemente: ajuste parcial de Horowitz, causalidad de Slade y demanda residual de Scheffman y Spiller¹⁸.

Últimamente se recurre con frecuencia a la prueba del SSNIP, «*pequeño aunque significativo incremento no transitorio de precios*», para la delimitación del mercado relevante de producto. Así, el mercado de producto está formado por el menor grupo de productos para los que un hipotético monopolista encontraría beneficioso realizar un pequeño, aunque significativo, incremento no transitorio de precios, entre un 5 y un 10 por 100.

La Comunicación de la Comisión, antes referida, señala directrices para definir el mercado de producto, estableciendo los elementos que considera pertinentes para determinar si dos productos son sustitutivos, desde el punto de vista de la demanda¹⁹, principal criterio que según

¹⁶ FJ 4.

¹⁷ F. RODRÍGUEZ ARTIGAS, *op. cit.*, p. 993.

¹⁸ C. ALCAIE GUINDO, *op. cit.*

¹⁹ Párrafos 37 a 43 de la Comunicación.

dicha Comunicación ha de tenerse en cuenta para la delimitación del mercado:

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

Según se señala en la Comunicación, los criterios enunciados por la misma para la delimitación del mercado no tienen que ser utilizados todos simultáneamente ni en todos los supuestos.

En definitiva, la definición del mercado relevante debe hacerse tanto desde el punto de vista de la demanda como de la oferta. Por lo que respecta a la primera, los productos integrantes de un mismo mercado deben ser sustituibles, desde la perspectiva del consumidor, por precios, utilidades u otras características que en el mismo se aprecien. Desde el lado de la oferta habrán de tenerse en cuenta las empresas que produzcan o puedan fácilmente producir el producto considerado o sus sustitutos, esto es, los vendedores efectivos o los vendedores potenciales²⁰.

La complejidad que, en definitiva, conlleva la delimitación del mercado relevante de producto pone de relieve la utilidad de la jurisprudencia del TJCE²¹ y de las resoluciones del TDC.

En Sentencia de 22 de mayo de 1992, asunto *Ausonia-Arbora*, el TDC delimita como mercado relevante el de los pañales, diferenciándolo del mercado de los pañales para adultos y el de las compresas higiénicas femeninas, porque tras señalar que *«la precisión del producto que define el mercado relevante debe hacerse desde el punto de vista del usuario, que es quien con su determinación de adquirir uno u otro decide la competencia entre los fabricantes»*, precisa después que *«aunque en este caso los tres tipos de productos cumplan una misma función, no satisfacen una misma necesidad: hay tres clases de usuarios que dirigen su demanda exclusivamente*

²⁰ J. PASCUAL Y VICENTE, «Las conductas prohibidas en la reformada Ley de Defensa de la Competencia», *Gaceta Jurídica de la Comunidad Europea y de la Competencia*, marzo 2000.

²¹ Ver al respecto las Sentencias en los asuntos: *Continental Can*, *Unid Brands*, *Hoffmann/La Roche* (entre otras).

a cada uno de esos tipos, que no resultan así sustitutivos, es decir, competitivos entre ellos»²².

En el mismo sentido, la anterior Sentencia de 16 de octubre de 1990 considera que *«un determinado tipo de producto debe considerarse atendiendo al criterio de equivalencia o sustituibilidad del producto desde el punto de vista del adquirente».*

En Sentencia de 30 de diciembre de 1991, asunto Electromedicina, en la que con respecto al mercado de producto señala como relevante el de los aparatos de electromedicina denominados bombas de cobalto para radioterapia, añade que dentro del mismo *«han de ser tenidos en cuenta, sin embargo, tanto las actividades de venta de nuevos aparatos, como las de mantenimiento y suministro de fuentes radioactivas para los mismos».* No obstante esta diferenciación, la Sentencia precisa que *«mantenimiento unido a la imagen de marca genera una especial relación con los clientes que resulta decisiva en el momento de proceder a una reposición de los aparatos al término de su vida útil».* En definitiva, tras una primera diferenciación del mercado de producto desde el punto de vista de su sustituibilidad técnica o de sus propias características, se analiza el comportamiento del consumidor a la hora de producir su demanda derivada del mantenimiento de los equipos y la imagen de la marca.

En Resolución de 26 de febrero de 1999, asunto Airtel/Telefónica, se consideran como integrados en un mismo mercado relevante de producto a los servicios considerados de telefonía celular, analógico y digital. De las características de ambos servicios, desde la perspectiva del usuario, *«se desprende que ambos servicios son modalidades de un sistema más amplio que es el de la telefonía celular. Sus características generales son una gran capacidad (permite la existencia de miles de abonados por Km²), extensas coberturas, terminales ligeros de operación y mantenimiento sencillo y tarifas lo más reducidas posibles con un sobreprecio razonable respecto de la red fija».* A continuación se analizan las diferencias entre ambos sistemas para concluir que *«las características generales comunes son las que cubren las necesidades normales del usuario, mientras que la mayor parte de las específicas del servicio digital (itinerancia internacional, transmisión de datos y otros servicios avanzados de telecomunicaciones, codificación digital de los mensajes o multiconferencia) sólo responden a necesidades específicas de una parte de la clientela normalmente de carácter profesional. En consecuencia, en los primeros momentos de la prestación del servicio digital, éste no constituye un mercado separado, sin perjuicio de que, a medida que evolucione, pueda acabar diferenciándose»²³.* La sustituibilidad de los sistemas de telefonía móvil, atendiendo las características de la demanda en el momento en que se realiza el examen, en el que el mercado de la telefonía digital era aún un mercado emergente, determina el que el TDC se pronuncie porque ambos sistemas de telefonía

²² FJ 1.

²³ FJ 4.

móvil —analógico y digital— pertenecen a un mismo mercado de producto.

Ya en el momento de adopción de medidas cautelares sobre el mismo asunto y desde la perspectiva indicada en que se han de considerar aquéllas, el TDC se pronunció por considerar a ambos sistemas —analógico y digital— como pertenecientes a un mismo mercado de producto y ello a pesar de recordar que la Comisión Europea en su Decisión de 4 de octubre de 1995, *Omnitel Pronto/Italia*, estimó que se trataba de dos mercados separados atendiendo a las nuevas funciones del sistema digital, aunque, según se señala en dicha Decisión, las conclusiones jurídicas en el caso por ella examinado sobre la posición de dominio no variarían si se consideraran segmentos de un mismo mercado.

En Resolución de 29 de julio de 1999, asunto *Interflora*, el TDC a la hora de determinar el mercado de referencia de producto parte de la premisa de que *«el mercado de referencia de producto o servicio, considerado desde la perspectiva de la competencia, debe tener en cuenta básicamente la estructura de preferencias de los consumidores, es decir, debe abarcar aquellos bienes y servicios que los consumidores consideren sustituibles por razones de sus características, su precio o el uso que se pretende hacer de ellos»*.

En el análisis del concreto mercado se parte de un estudio realizado por el propio Tribunal del que se extrae, como primera conclusión, que las flores y plantas como regalo, sobre todo en determinadas ocasiones, es poco sustituible por otros productos, y aun en el supuesto de que esto fuera posible, no existen estructuras desarrolladas similares a las que hay en el caso examinado para enviarlos a distancia. De otro lado, la flor cortada y planta ornamental susceptibles de entregarse en otra localidad puede dividirse en tres grupos de productos, cada uno de los cuales incluye subproductos sustituibles entre sí por razón de su posible utilización, características y precios:

- flores sueltas, ramos de flores —naturales y secas— y plantas individuales,
- centros de plantas y centros de flores —naturales y secas—, y
- trabajos para coronas, palmas, etc.

La finalidad de este último grupo hace que no pueda considerarse sustitutivo de los anteriores. Hecho el anterior análisis de los productos, una vez más desde su sustituibilidad desde la perspectiva de la demanda, se pasa a continuación al análisis de los anteriores productos ligados al servicio que tiene por finalidad situar aquéllos en un destino final. A tal efecto señala el TDC: *«Por su parte, el servicio ligado a los anteriores productos —que tiene por finalidad colocar tales productos en su destino final, que es una localidad distinta a aquella en la que se encuentra el cliente— consiste fundamentalmente en la organización y administración de las condiciones necesarias para recibir una orden, transmitirla, ejecutarla, gestionar los flujos de pagos y cobros que se originan, y determinar las carac-*

terísticas y condiciones de los pedidos que se reciben y los ejecutados por las floristerías organizadas en una red.» Se llega así a la conclusión de que «desde el punto de vista del producto o servicio, el mercado de referencia es el de flores y plantas ornamentales, en las modalidades anteriormente descritas para su entrega a distancia»²⁴.

Es, en definitiva, el servicio que proporciona Interflora respecto del suministro a distancia de flores y plantas ornamentales el que delimita el mercado relevante de producto o servicio.

También el TDC en Resolución de 29 de julio de 1999, asunto Telefónica/Ibertex, se plantea si los servicios de Ibertex y de Internet e Infovía forman parte de un mismo mercado, relevante o no, analizando su posible sustituibilidad, ya que «si tales servicios no fueran sustitutivos, resultaría que se produce una segmentación entre diversos mercados de transmisión de datos, y el mercado relevante a los efectos del caso sería el de la prestación de servicios a través del sistema Ibertex; si, por el contrario, los servicios resultaran ser altamente sustitutivos, podría considerarse que existe un solo mercado de transmisión de datos». Partiendo de un informe técnico emitido por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones se comienza a analizar por el TDC la posible sustituibilidad desde el punto de vista técnico. Así, se destaca que dichos servicios tienen características comunes, por lo que sirven esencialmente para atender a las mismas necesidades. No obstante, Internet e Infovía son técnicamente más avanzados, tienen mayor grado de velocidad y de prestaciones. Analizada su sustituibilidad desde la perspectiva de la demanda entiende el Tribunal que el supuesto analizado «exige investigar las diferencias de coste, así como las restantes características que pudieran explicar la mayor o menor preferencia hacia uno de ellos».

Señala el Tribunal que «en el caso que se investiga los costes relevantes son esencialmente aquellos en los que se ven obligados a incurrir las diversas partes como consecuencia de la transición de un sistema a otro». A continuación se afirma que esa transición es posible tanto para el centro servidor como para el cliente final y que los costes no resultan excesivos, lo que podría llevar a la conclusión de que estos sistemas son altamente sustitutivos. Después de esta conclusión, fija su atención el TDC en las diferencias de funcionamiento comercial de dichos sistemas, y califica de importantes las diferencias: «El consumidor final puede no ser indiferente a la elección entre un sistema de facturación en el que los servicios de consulta quedan englobados en un recibo telefónico de carácter periódico u otro que exija la identificación individual y el pago específico de los servicios prestados.»

Finalmente se señala que «la falta de indiferencia supone que una empresa que hubiese realizado importantes inversiones en desarrollar la prestación de servicios a través de Ibertex podría ver frustrados sus esfuerzos si resultara obligado a emigrar hacia otros sistemas con características dife-

²⁴ FJ 4.

rentes desde el punto de vista comercial». Por ello concluye el Tribunal en considerar mercado relevante el de servicios a través del sistema Ibertex.

Si bien parece resultar, en definitiva, acertado el que se concrete el mercado relevante en el de prestación de servicios a través del sistema Ibertex, no se comprende bien el análisis que realiza el TDC de posibles sustituibilidades entre aquel sistema e Infovía e Internet, pues tanto en los antecedentes de hecho como en los hechos probados lo que se señala es que una compañía, la denunciante, proveedora de los servicios Ibertex a través de un contrato suscrito con Telefónica por el que pasaba a ser centro servidor del indicado servicio, ve denunciado el citado contrato unilateralmente por esta compañía que le propone suscribir uno nuevo en condiciones menos desventajosas y sometido a prórroga mes a mes.

3. POSICIÓN DE DOMINIO

Delimitado el mercado relevante sobre el que actúa el sujeto cuya conducta ha de ser enjuiciada como de posible abuso de posición dominante, habrá de procederse a continuación a examinar si tiene en el mismo posición de dominio toda vez que sólo podrá abusar de su posición de dominio quien ostente ésta.

La antigua Ley española sobre Prácticas Restrictivas de la Competencia de 1963, como otras normas anteriores o contemporáneas a la misma, concretaba lo que debe entenderse por posición de dominio²⁵, pero la LDC de 1989, siguiendo el modelo del hoy artículo 82 TCE, no da definición alguna de posición de dominio. Una definición legal podría ayudar a perfilar esta compleja realidad pero al propio tiempo también podría suponer una limitación para el Tribunal, sobre todo si se tiene en cuenta la movilidad de las realidades económicas²⁶. Una vez más habrá que recurrir al análisis de una serie de elementos que conjuntamente van a dar como resultado la posición dominante pero que considerados aisladamente pudieran no ser determinantes. Lo decisivo será el determinar los factores que en cada caso deben analizarse, así como las condiciones precisas del mercado para poder concretar la existencia de posición de dominio. Ante la dificultad que ello encierra es, una vez más, elemento decisivo el echar mano de la jurisprudencia del TJCE y de las resoluciones del TDC, que ante la consideración de supuestos muy diversos en mercados heterogéneos han debido resolver caso a caso partiendo de la determinación de los factores relevantes en cada supuesto. Incluso los tratadistas más prestigiosos de la materia se comprueba que echan mano de aquéllos para afrontar este tema.

²⁵ Artículo 2.2.

²⁶ F. RODRÍGUEZ ARTIGAS, *op. cit.*

Los criterios o métodos de análisis más significativos que permiten comprobar la posición de dominio son los relativos a estructura, comportamiento y resultado²⁷.

En el análisis de estructura se parte de la organización y funcionamiento de ese mercado, lo que corresponde a las condiciones objetivas: industriales, financieras o tecnológicas de cada sector. Se ponderan, entre otras, la dimensión o tamaño de la empresa, la cuota de mercado, el grado de concentración del sector, la diferenciación de los productos o las condiciones de acceso al mercado.

El análisis desde el punto de vista del comportamiento valora el desarrollado por las empresas y el grado de autonomía de sus decisiones. Así, pueden observarse: la influencia preponderante, la sustracción a la competencia, la libertad de acción de las empresas, la fijación de precios, etc.

Los criterios de resultado tratan de demostrar la posición dominante por las consecuencias que para empresas o sus competidores derivan de su comportamiento.

Otros autores agrupan principalmente sus criterios en torno a los grandes factores ligados a la situación competitiva en el mercado —cuota de mercado y mantenimiento de la misma, ausencia de competencia potencial o de comportamiento de la clientela— y a la estructura de la empresa —mayor o menor integración vertical, avance tecnológico, potencia económica de la empresa—²⁸. Incluso no falta quien distinga la posición de poder y la posición dominante, ubicándose la primera en un eslabón más de la cadena que describe las situaciones de poder de una empresa, en donde la posición dominante coincide con la expresión máxima de poder. Partiendo de su análisis en la aplicación del Derecho antitrust norteamericano, se señala que es cada vez mayor la tendencia a requerir la prueba de una cierta posición de poder cuando se valoran acuerdos entre empresas, lo cual, extrapoliándolo a las normas comunitarias y nacionales, lleva a que deba exigirse la posesión de una posición de poder para determinar el carácter anticompetitivo de un acuerdo ante los artículos 81.1 TCE y 1 LDC, y como exige la Ley, debe acreditarse la existencia de una posesión sustancial de poder —posición dominante— para analizarse si se ha producido un abuso de posición de dominio ante los artículos 82 TCE y 6 LDC²⁹.

En Resolución de 3 de febrero de 1992, Tecnotrón, el TDC comienza declarando que «*la existencia de posición de dominio es fundamentalmente cuestión de poder económico, técnico y, en definitiva, potencial, de actuar en el mercado sin tener que someterse a las reglas efectivas de la compe-*

²⁷ C. FERNÁNDEZ LERGA, *Derecho de la Competencia. Comunidad Europea y España*, Aranzadi, 1994, p. 194.

²⁸ DE ROUX y VOILLEMAT, «Droit de la Concurrence CEE», en *Jurisdictionnaires joly*, París, 1982.

²⁹ C. GINER PARREÑO, *Distribución y Libre Competencia*, Montecorvo, 1994, pp. 112 ss.

tencia»³⁰. Más adelante señala que «*la posición de dominio de una empresa se ostenta cuando la empresa en cuestión en relación con un mercado específico tiene la posibilidad de tener un comportamiento independiente y que por esa sola cualificación restrinja la competencia*». En la misma Resolución y Fundamento Jurídico se concretan los elementos que integran la posición de dominio: «*Comportamiento independiente y depresión de la competencia son, pues, los elementos que configuran claramente la posición de dominio. El primero, por cuanto implica que el dominante no tiene en cuenta sustantivamente la presencia de los competidores en el mercado —siendo así que la defensa de la competencia tiende precisamente a que exista el mayor número de operadores que compitan entre sí— y el segundo, por cuanto que es el elemento que justifica precisamente la interdicción del abuso, impidiéndole así al dominador la realización de determinados comportamientos que, de no darse dicha posición, serían perfectamente lícitos*».

Del análisis de la jurisprudencia del TJCE y de las decisiones de la Comisión puede llegarse a la conclusión de que debe relativizarse cada uno de los elementos que deben analizarse como factores de desigual importancia.

Por lo general la cuota de mercado, sobre todo si ésta es muy importante, es un elemento significativo aunque tenga que complementarse con el análisis de otros elementos. Hay quien llega a afirmar que la cuota de mercado es el índice de mayor prueba de la existencia de una posición de dominio y en cualquier caso un índice necesario que puede resultar suficiente en sí mismo³¹.

Como tiene señalado el TJCE, la posición de dominio, a diferencia de lo que ocurre en una situación de monopolio, no excluye la existencia de un cierto grado de competencia, pero coloca a la empresa que se beneficia de aquella posición en situación de influir en las condiciones en que esa competencia se desarrollará. También se distingue la posición dominante de las situaciones de oligopolio, porque en estas últimas los comportamientos se influyen recíprocamente, mientras que el comportamiento de aquel que se beneficia en la posición de dominio se determinará en gran medida de forma unilateral³². Estas consideraciones del TJCE sobre las situaciones de monopolio, oligopolio y posición de dominio muestran cómo un indicio en apariencia tan claro como el de la cuota de mercado puede ser engañoso si no se complementa con el análisis de la estructura de ese mercado para valorar otros elementos³³.

Si bien el ostentar una alta cuota de mercado no es, *per se*, elemento determinante de la posición de dominio, no puede por lo general desprejiciarse el análisis de éste.

³⁰ FJ 2.

³¹ R. GALENE, *Le Droit de la Concurrence appliqué aux pratiques anticoncurrentielles*, EFE, 1995, p. 264.

³² Sentencia de 13 de febrero de 1978, Hoffmann-La Roche.

³³ C. FERNÁNDEZ LERGA, *op. cit.*, p. 195.

La Comisión en su Comunicación³⁴ señala que, en el marco de la política de competencia comunitaria, posición dominante es la que permite a una empresa o grupo comportarse con relativa independencia respecto de competidores, clientes y consumidores. Pero añade a continuación, *«tal situación se produce, por lo general, cuando una empresa o grupo de empresas controlan una parte importante de la oferta en un mercado determinado siempre que los demás factores analizados en la valoración³⁵ apunten en la misma dirección³⁶»*.

El TDC ha venido considerando la cuota de mercado como elemento principal para determinar la existencia de posición de dominio en muchas de sus resoluciones. Así, en Resolución de 7 de enero de 1992, *Arbora-Ausonia*, señala: *«la empresa Arbora Holding, S. A., S. en C. (antes Arbora Corporation), tiene una proporción del mercado español de bragas y pañales desechables para la protección sanitaria de los niños que permite afirmar que posee una posición de dominio en ese mercado»*. Es la empresa líder del mismo y casi dobla en ventas al siguiente productor³⁷ *«Laboratorios Ausonia, S. A.»*. Pero en la misma Resolución, a efectos de fijar la posición de dominio conjunta de estas dos empresas respecto de las restantes empresas competidoras, compara su cuota de mercado y el volumen de ventas con los que tienen aquéllas. Incluso debe analizarse la capacidad de las empresas para mantener la cuota³⁸.

Otra Resolución del TDC que tiene muy en cuenta la cuota de mercado es la de 26 de febrero de 1999 (*Airtel-Telefónica*), con la peculiaridad de que considera la posibilidad de extender la posición de dominio a un mercado vecino. En esta Resolución, tras examinar la evolución de las cuotas de mercado de la telefonía móvil de denunciante y denunciada en los cuatro últimos años y la diferencia en su número de abonados en el mismo período, se concluye que *«de los datos expuestos, el Tribunal estima que Telefónica Servicios Móviles tiene posición de dominio, ya que ofrece en exclusiva el servicio de telefonía analógico³⁹, que es el de mayor cobertura, tiene una cuota de mercado muy superior a la de Airtel e incrementa la diferencia entre el número de usuarios abonados, ya que puede utilizar los clientes del servicio analógico que pasan a ser usuarios del servicio digital»⁴⁰*. Aunque al delimitar el mercado relevante de producto se estableció que a efectos de aquel expediente era el de la telefonía celular, pues en los primeros momentos de prestación del servicio digital la telefonía móvil analógica y la digital no constituyen mercados separados, sin perjuicio de que a medida que evoluciona pueda acabar diferenciándose⁴¹, también se analiza por separado el mercado circunscrito al servicio

³⁴ Ver *supra* 8.

³⁵ Barreras de entrada, capacidad de reacción de los clientes, etc.

³⁶ Párrafo 10.

³⁷ FJ 1.

³⁸ F. RODRÍGUEZ ARTIGAS, *op. cit.*

³⁹ Hasta el año 2007.

⁴⁰ FJ 5.

⁴¹ FJ 4.

digital señalándose que, «conforme a los argumentos antes expuestos, *Telefónica Servicios Móviles también tendría posición de dominio*», que en este caso se refuerza con la ventaja temporal en la prestación del servicio, red de distribución analógica operativa que puede comercializar el servicio digital, información privilegiada sobre hábitos de llamadas tanto por grupos de usuarios como por regiones y economías de escala en infraestructuras, como también por el hecho de que su preeminencia en el mercado de la telefonía móvil analógica le permite extender su posición de dominio en el primero al mercado vecino⁴². En este supuesto resultan elementos determinantes para considerar la existencia de posición dominante la cuota de mercado de la denunciada y su posicionamiento en el mercado relevante, sin que, en cambio, influya en su concreción el poder económico de denunciante y denunciada, que podrían considerarse semejantes.

El Tribunal ha apreciado también, como elemento principal para determinar la posición de dominio, la elevada cuota de mercado y la fuerte implantación de la marca. Así, en Resolución de 29 de julio de 1999, Interflora, se señala: «*En este caso, del estudio de mercado elaborado se desprende claramente que Interflora tiene posición de dominio por su elevada cuota de mercado (más del 77 por 100, tanto en número de pedidos como en el valor de los mismos), por la fuerte implantación de su marca (debido a haber sido la primera y, durante mucho, prácticamente la única empresa en el mercado ofertando el servicio) y por aglutinar a las mejores floristerías, en un mercado con fuertes barreras de entrada por el elevado número y calidad de las floristerías asociadas a Interflora (y, en gran parte, accionistas de la misma) que se ve reforzada por la condición de exclusividad impuesta a su red. Un dato que permite resaltar la dificultad de entrar y ganar cuota en este mercado es que el principal competidor de Interflora, Teleflora, habiendo conseguido ampliar su red de floristerías hasta disponer de una, incluso, más extensa que aquélla en cuanto a número de floristerías, sólo ha conseguido que su cuota de mercado se sitúe en el 20 por 100 (tanto en número de pedidos como en valor de los mismos)*»⁴³.

En otras resoluciones no se considera relevante la cuota de mercado para establecer la posición de dominio. Así, en la Resolución de 30 de septiembre de 1999, Bacardí, el TDC examina el recurso de Grupo Prac, S. A., contra acuerdo del SDC que sobresee el expediente incoado contra Bacardí y Cía., S. A., a raíz de denuncia de la recurrente contra esta última por supuesta conducta abusiva y desleal —arts. 86 TCE y 6 y 7 LDC—. En esta Resolución se establece la siguiente doctrina: «*La posición de dominio de una empresa concreta en un mercado determinado expresa su aptitud para modificar provechosamente, respecto de la situación de competencia, el precio o cualquier otra característica del producto. El que una empresa tenga esa aptitud dependerá de que se den una serie de circunstancias que... podrían resumirse en poder económico e independencia de*

⁴² FJ 5.

⁴³ FJ 5.

*comportamiento... suficientes como para poder actuar sin tomar en consideración las posibles reacciones de los competidores o los consumidores y, de esa manera, ser capaz de modificar en su provecho el precio u otra característica del producto»*⁴⁴. Las partes en este expediente discrepaban en la determinación del mercado relevante. Mientras Bacardí sostenía que es el de las bebidas alcohólicas combinables en el que no tiene posición de dominio, la denunciante lo concretaba en el del ron, en el que Bacardí tiene el 70 por 100 de la cuota de mercado nacional. En esta última delimitación del mercado relevante coincidía el Servicio, pero mientras éste sostenía que Bacardí no había abusado de su posición de dominio, la denunciante defiende que sí existe abuso. El Tribunal señala al respecto que *«sea cual sea el mercado relevante (el del ron o el de bebidas combinables), no hay evidencia alguna en el expediente de que, a pesar de su importante cuota en el mercado del ron, Bacardí tenga una independencia relativa de comportamiento en el mercado tal que le permita actuar sin tomar en consideración en todos sus efectos las posibles reacciones de competidores y clientes»*⁴⁵. Si bien los parámetros que emplea el Tribunal para el análisis de la existencia de posición de dominio son adecuados, no parece en cambio que se pueda considerar indiferente la cuota de mercado cuando ésta puede ser tan elevada y señalar que resulta indiferente el concretar el mercado relevante de producto, máxime cuando se trata de un producto distinguido por una marca, lo que comporta normalmente un importante grado de fidelización para los consumidores. Similares criterios para el análisis de la posición de dominio se explicitan en la Resolución de 10 de mayo de 1999, Aluminios Navarra, pero en este caso, al desestimar el recurso, se confirma el Acuerdo del SDC toda vez que *«la información suministrada por los denunciantes, tanto en el acto de la denuncia como en la información reservada, así como la aportada por los denunciados en su escrito de alegaciones, no sólo no sugieren que los denunciados tengan esa posición de dominio en el mercado de referencia, sino que, más bien, sugieren que no la hay. No es verosímil, pues, el pretendido abuso de posición de dominio»*⁴⁶.

Hay incluso situaciones en las que la posición de dominio viene determinada conforme a otros criterios. Tal es el caso de los Colegios de Arquitectos, en cuyos supuestos el TDC viene señalando su posición de dominio dentro de un ámbito territorial. Sirva a título de ejemplo la Resolución de 19 de noviembre de 1999, Arquitectos Madrid, que concreta que *«la posición de dominio es clara y rotunda, toda vez que, por disposición legal, sólo el Colegio puede visar los proyectos y certificados finales de obra en su ámbito de actuación territorial»*⁴⁷. Se trata, pues, de un monopolio legal que se extiende al mercado geográfico delimitado por el ámbito de cada Colegio de Arquitectos que con carácter muy desigual comprende a varias

⁴⁴ FJ 6.

⁴⁵ FJ 9.

⁴⁶ FJ 4.

⁴⁷ FJ 3.

provincias, en donde los visados y certificaciones sólo puede emitirlos un determinado Colegio.

4. POSICIÓN DE DOMINIO CONJUNTA

El artículo 6 LDC siguiendo al artículo 82 TCE prohíbe la explotación abusiva, por una o varias empresas, de su posición de dominio en el mercado. La posición de dominio, cuyo abuso está vetado, viene así referida tanto a la alcanzada por una sola empresa como por varias conjuntamente.

La doctrina no es pacífica a la hora de señalar los requisitos que deben concurrir para considerar que existe posición de dominio colectiva. Si bien la Ley sobre Prácticas Restrictivas de la Competencia de 1963 parece que señalaba que para apreciar la posición de dominio conjunta deben concurrir al menos uno de estos dos requisitos: ausencia de competencia sustancial entre las empresas o falta de competencia sustancial por parte de terceros respecto de aquellas empresas, hay autores que opinan que hay que exigir la concurrencia de ambos requisitos porque la existencia de competencia, proceda de dónde proceda, elimina la posición de dominio⁴⁸.

La posición de dominio conjunta plantea en su concreción problemas de diversa índole. Por un lado entrará en un límite difícil de establecer con las prácticas concertadas, sobre todo con aquellas que merecen la consideración de conscientemente paralelas. De otra parte cabe plantearse si la posición de dominio conjunta puede predicarse sólo de empresas económicamente independientes o si también se extiende a los supuestos de grupo de empresas en donde confluyen varias, pero con personalidad jurídica independiente.

Una vez más hay que acudir para tratar de encontrar luz ante las muchas dudas que pueden plantearse al respecto, tanto a la jurisprudencia del TJCE como a la doctrina del TDC.

El TJCE en Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de fecha 10 de marzo de 1992, asunto del Vidrio plano, señala que la jurisprudencia es constante en señalar que a efectos del artículo 85 (hoy art. 81.1) la noción de acuerdo o de práctica concertada entre empresas no contempla los acuerdos entre empresas de un mismo grupo si aquéllas forman una unidad económica, deduciéndose así que cuando el artículo 85 se refiere a dichas prácticas está contemplando las relaciones entre dos o más entidades económicas capaces de entrar en competencia la una con la otra. Después de estas consideraciones añade: *«no hay ninguna razón jurídica ni económica para suponer que el término empresa que figura en el artículo 86 tenga un significado distinto del que se le atribuye en el artículo 85. No se puede excluir, por principio, que dos o más entidades económicas independientes estén, en un mercado específico, unidas por vínculos eco-*

⁴⁸ F. RODRÍGUEZ ARTIGAS, *op. cit.*, p. 1003.

nómicos tales que, de hecho, ocupen una posición dominante conjunta respecto de otros operadores en el mismo mercado».

En Sentencia de 11 de abril de 1989, asunto Ahemed Saeed, el TJCE señala que no hay que descartar la aplicación conjunta de los artículos 85 y 86 —hoy art. 82— pero que, dado que la concertación puede producirse entre empresas que pertenezcan a un mismo grupo y que constituyan una unidad económica, a la misma no le es aplicable el artículo 85, pero sí el artículo 86.

La más reciente Sentencia de 31 de marzo de 1998 señala que *«una posición de dominio colectiva consiste en que varias empresas 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. Así cabe distinguirse dos elementos, la independencia conjunta de comportamiento de las empresas y la necesidad de una cierta relación entre las mismas que permita tal conjunción en la independencia de comportamiento. Parece que la figura, tal como la configura el Tribunal, exige algún tipo de nexo entre las empresas para que pueda ser considerada, a lo que parece hacer referencia ese “debido especialmente a factores de correlación entre ellas” que incluye la Sentencia»*⁴⁹.

El TDC en Resolución de 7 de enero de 1992, Arbora-Ausonia, señala que la posición de dominio conjunta puede apreciarse de una situación de hecho en el mercado: *«No es preciso para la posición de dominio conjunta de dos o más empresas que existan acuerdos entre ellas para obrar de consuno. En tal caso podría estimarse que existe un acuerdo colusorio. Pero no es preciso en modo alguno el acuerdo para estimar que se da una situación fáctica de dominio en el mercado»*⁵⁰. Más adelante, en la misma Resolución, se remacha: *«No es preciso que las empresas que conjuntamente tienen posición dominante obren con acuerdo entre ellas, basta que con conciencia de su situación real en el mercado ejerciten su posición dominante en el mismo sentido y dirección»*⁵¹. En Resolución de 30 de junio de 1997, Construcciones y Contratas, el TDC, al estimar el recurso de la denunciante contra el Acuerdo del SDC por el que se archivó la denuncia, ordena a éste la incoación de expediente ante los indicios de posibles prácticas prohibidas que estuvieran llevando a cabo las diez empresas constructoras denunciadas en la forma de pago mediante pagarés con cláusula *«no a la orden»*. Después de apuntarse en la Resolución que el mimetismo observado en la proliferación de esta forma de pago pudiera ser consecuencia de una concertación entre las empresas constructoras y no sólo producto de simple coincidencia, añade: *«Pero es que, además, no cabe, por ello, excluir la posibilidad de un abuso de posición de dominio conjunta, incurso en el artículo 6 LDC, dado que no se precisa la existencia de acuerdo colusorio*

⁴⁹ J. PASCUAL Y VICENTE, *op. cit.*

⁵⁰ FJ 1.

⁵¹ FJ 2.

para estimar que se dé una situación fáctica de dominio del mercado, que no se puede descartar, teniendo en cuenta la importancia de su participación en el mismo y los indudables perjuicios que se podrían originar para los acreedores en la negociación y descuento de los pagarés, con repercusión en su tesorería»⁵².

5. EXPLOTACIÓN ABUSIVA DE LA POSICIÓN DE DOMINIO

A. SU CONSIDERACIÓN EN LOS ARTÍCULOS 82 TCE Y 6 LDC

Tanto el artículo 82 TCE como el artículo 6 LDC prohíben el abuso de la posición de dominio, que ninguno de dichos preceptos define. A renglón seguido de establecer la prohibición, ambos textos legislativos señalan, a título ejemplificativo pero no limitativo, una serie de supuestos en los que el abuso que se prohíbe podrá consistir, coincidentes en términos generales, y a los que el legislador nacional añade uno más⁵³.

Las anteriores afirmaciones se refieren al texto tradicional del artículo 6 LDC, en la redacción dada al mismo por la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia. Brevemente me referiré después a las innovaciones que incorpora la redacción que al citado artículo da la reciente Ley 52/1999, de 28 de diciembre, de reforma de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia.

Como ya se adelanta más arriba, el abuso de posición de dominio viene prohibido de forma absoluta, sin que quepa, como ocurre en el supuesto de los acuerdos colusorios, que una práctica, en principio prohibida, goce de una exención por categorías, ni pueda alcanzar una autorización singular. Tampoco cabe, en el supuesto de los abusos de posición dominante, autorización legal alguna, en los términos del artículo 2 LDC. Muy por el contrario, el párrafo 3 del artículo 6 LDC expresamente señala que la prohibición al abuso alcanzará a los supuestos en que la posición de dominio en el mercado haya sido establecida por disposición legal. En este caso cabe plantearse la cuestión de la eventual responsabilidad del Estado cuando se produce una explotación abusiva de la posición de dominio legal. En tal supuesto pueden distinguirse varias situaciones: cuando la empresa que ha obtenido la posición de dominio legal abusa de ella por propia voluntad, cuando el Estado al otorgar legalmente una posición de dominio induce a abusar de ella, y el caso de una empresa a la que se le otorga legalmente una posición de dominio que condujera inevitablemente al abuso⁵⁴. Tal situación viene en cambio más claramente resuelta en el Derecho comunitario europeo por el artículo 90.1 TCE.

La dificultad en la determinación de todas las prácticas contrarias a la competencia y prohibidas por la Ley se ve acrecentada en el supuesto

⁵² FJ 2.

⁵³ La negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra de productos o de prestación de servicios, artículo 6.2.c) LDC, no contemplada expresamente en el artículo 82 TCE, pero sí incorporada por la jurisprudencia.

⁵⁴ Ver J. PASCUAL Y VICENTE, *op. cit.*

de la explotación abusiva de la posición de dominio, por cuanto que se establece una cláusula general de tal conducta de total indefinición, mientras que el legislador al contemplar los acuerdos colusorios proporciona una cláusula general de mayor concreción de la práctica. Por ello, han de resultar de especial ayuda al respecto tanto la jurisprudencia del TJCE como la doctrina del TDC y los estudios llevados a cabo por los principales tratadistas sobre la materia.

B. DELIMITACIÓN DOCTRINAL Y JURISPRUDENCIAL

En términos muy generales el abuso hace referencia a unos comportamientos que benefician a la empresa y que no serían posibles si no existiera esa posición dominante y, por tanto, hubiese mayor competencia. En el derecho de la competencia el abuso lo perfilan en principio tres elementos: el uso excesivo o indebido de la posición dominante, que es posible porque ésta existe; la existencia de una relación de causalidad entre la posición dominante y la explotación abusiva, y tener un efecto sobre el mercado al producir un perjuicio a otras empresas, suministradoras o compradoras, y a los consumidores⁵⁵. Esta primera interpretación de la explotación abusiva se ve ampliada por la jurisprudencia a partir de la Sentencia Continental Can⁵⁶, en la que se relaciona el artículo 86 y el artículo 3.f) del Tratado de Roma, el último de los cuales impone un régimen de competencia que garantice que ésta no será falseada en el mercado común, por lo que no parece lógico que la competencia pueda eliminarse. Según precisa el TJCE, si la simple alteración de la competencia está prohibida por el artículo 85 no es pensable que pueda admitirse con arreglo al artículo 86 *«que determinadas empresas, después de haber realizado una unidad orgánica, puedan adquirir una potencia dominante tal que cualquier posibilidad sería de competencia fuera sustancialmente eliminada»*. En consecuencia, dado que en una situación de posición dominante la competencia ya está seriamente comprometida, el refuerzo de aquella posición, con el grave riesgo que representa para la competencia residual existente, puede ser considerado una explotación abusiva⁵⁷.

La doctrina de la Sentencia Continental Can, antes señalada, resulta reiterada y matizada por el propio Tribunal en su Sentencia Zoja⁵⁸. En ésta se señala que al prohibirse por el artículo 86 la explotación abusiva de una posición de dominio, dicho precepto *«contempla tanto las prácticas susceptibles de causar un perjuicio directo a los consumidores, como aquellas que les causan un perjuicio indirecto, al afectar a una estructura de competencia efectiva como prevé el artículo 3.f) del Tratado»*. Un paso más a una concepción objetiva de la explotación abusiva de posición domi-

⁵⁵ C. FERNÁNDEZ LERGA, *op. cit.*, p. 206.

⁵⁶ Sentencia de 21 de febrero de 1973.

⁵⁷ Ver C. FERNÁNDEZ LERGA, *op. cit.*, p. 208.

⁵⁸ Sentencia de 6 de marzo de 1974.

nante lo constituye la Sentencia Hoffmann-La Roche⁵⁹ al señalar que «la noción de explotación abusiva es una noción objetiva que contempla los comportamientos de una empresa en posición dominante que pueden influir en la estructura de un mercado»; mercado en el que, por la presencia de dicha empresa, la competencia está debilitada y cuyo efecto es obstaculizar el grado de competencia aún existente o en desarrollo.

La noción objetiva de la explotación abusiva ha sido reiterada por posteriores Sentencias del TJCE, L'Oreal y Tetra Pak⁶⁰, entre otras.

Algunos autores, a través del análisis de las aportaciones de la jurisprudencia, llegan incluso a una aproximación al concepto del abuso de posición de dominio. Partiendo del análisis de las características comunes de los supuestos tipificados específicamente por el artículo 6.2 LDC y de los similares del artículo 86 del Tratado de Roma y su delimitación jurisprudencial, se afirma que lo que se prohíbe en el precepto es que, al amparo de una posición de dominio, una o varias empresas actúen en el mercado de una forma que no hubiera sido posible si existiera competencia efectiva, con la peculiaridad de que esa actuación perjudica o puede perjudicar de forma injustificada a los demás participantes en el mercado, sean éstos proveedores, clientes o competidores⁶¹. También se parte del análisis de la jurisprudencia del TJCE para afirmar que se trata del comportamiento de una o varias empresas en posición dominante que, utilizando o no el poder que esta posición les confiere, produce un perjuicio directo a otras empresas y a los consumidores o un perjuicio indirecto al influir en la estructura del mercado y de la competencia y eliminar u obstaculizar ésta o su intensificación⁶².

Como queda antes señalado, el abuso de posición dominante se especifica, tanto por el legislador comunitario como por el español, en la enumeración, no limitativa, de una serie de conductas más destacadas, o si se quiere más frecuentes, en que se concreta la posición de dominio. Pero en muchos supuestos el abuso no va a resultar incardinable en una de las prácticas especialmente tipificadas o incluso va a alcanzar a varias de éstas, porque, en definitiva, el que explota abusivamente su posición de dominio, por lo general, va a emplear todos los medios a su alcance desde la posición privilegiada que ostenta en un mercado relevante. Por ello, al analizar las resoluciones del TDC nos encontramos en muchos supuestos con que el abuso se refiere a varios de los apartados del artículo 6.2 LDC o incluso de modo más general a dicho precepto, bien porque la práctica abusiva detectada no tiene su concreción en ninguno de los supuestos del apartado 2 y hay que referirla a la cláusula general, o porque responda a prácticas mixtas de las especialmente tipificadas.

Otra observación, que cabe resaltar con carácter general, es que mientras en el pasado los supuestos de abuso de posición dominante san-

⁵⁹ Sentencia de 13 de febrero de 1979.

⁶⁰ Sentencia de 11 de diciembre de 1980 y 10 de julio de 1990, respectivamente.

⁶¹ F. RODRÍGUEZ ARTIGAS, *op. cit.*, pp. 1010 ss.

⁶² C. FERNÁNDEZ LERGA, *op. cit.*, p. 210.

cionados por el TDC son escasos respecto de otras prácticas prohibidas, en los últimos tiempos hay un considerable aumento de resoluciones por las que se sanciona el abuso de posición dominante. Ello es lógico que así ocurra e incluso que durante un cierto tiempo aumenten éstas. Si tenemos en cuenta que, por un lado, la liberalización llevada a cabo en los últimos años de determinados sectores responde en varios supuestos al paso a manos privadas de monopolios estatales y que, aunque se introduzca competencia en el sector, el antiguo monopolio trata de mantener antiguas prácticas, y, por otro, el que asistimos a un proceso casi continuo de concentraciones empresariales que en muchos supuestos resultan precisos para obtener una dimensión que permita competir en mercados internacionales, pero que en el nacional han de suponer consecuentemente aumento de posiciones dominantes, se comprende fácilmente el incremento de sanciones por prácticas contrarias al artículo 6 LDC.

Hechas las anteriores consideraciones pasaremos a continuación a examinar algunas de las principales resoluciones del TDC en que se sanciona la explotación abusiva de la posición de dominio.

En Resolución de 25 de mayo de 1999, Funerarias Alcalá, se declara que la entidad mercantil Cementerio-Jardín de Alcalá de Henares, S. A., ha incurrido en una práctica prohibida por el artículo 6.2.a) LDC, al imponer precios no equitativos con abuso de su posición de dominio.

El Tribunal tiene en consideración, para llegar a la anterior conclusión, que la empresa sancionada viene aplicando desde el año 1992 hasta 1998 tarifas injustificadamente excesivas atendiendo a las correspondientes a establecimientos dedicados al mismo objeto, en el mismo entorno geográfico, con perjuicio de los consumidores que no podrán optar por una oferta empresarial alternativa razonable. A este respecto es de destacar, según consta en la Resolución, que las tarifas aplicadas por la entidad sancionada son precios privados fijados y aprobados por su Consejo de Administración y el hecho de encontrarse la empresa en situación de pérdidas, que el TDC considera que la elevación de sus tarifas para compensar las pérdidas no comporta más que repercutir sobre el consumidor la ineficiencia de la gestión empresarial.

Como tipificable en el artículo 6.2.a), en el inciso más general del mismo, de imposición de otras condiciones no equitativas, varias resoluciones se refieren a variedad de estas prácticas. Así, en la Resolución de 27 de julio de 1999, Telefónica-Ibertex, el TDC considera que Telefónica de España, S. A., ha incurrido en una conducta tipificada en el artículo 6 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia, consistente en la imposición de condiciones comerciales o de servicio no equitativas. Tal consideración se debe al hecho de que Telefónica denuncia unilateralmente el contrato que la unía con la denunciante para prestación del servicio Ibertex y lo sustituye por otro con condiciones distintas y prorrogable sólo cada seis meses si ninguna de las partes denuncia su prórroga.

Es de señalar que si bien desistió la denunciante y su desistimiento fue admitido por el Tribunal, el mismo decidió continuar el procedimiento

debido al interés público que comporta el expediente, por cuanto que Telefónica disfruta de una situación privilegiada en el sector de servicios de telefonía de gran importancia para la economía del país, por lo que la correcta actuación de Telefónica frente a sus clientes constituye materia de interés general a la que las autoridades de defensa de la competencia deben prestar atención adecuada.

Como tipificada en el artículo 6.2.b) cabe señalar la conducta sancionada por el TDC en su Resolución de 2 de octubre de 1991, Editorial Costa del Sol, por la que se sanciona a dicha empresa al abusar de su posición de dominio no satisfaciendo el aumento en la distribución de publicaciones solicitado por el propietario de un quiosco de Marbella obstaculizando sus perspectivas comerciales y las posibilidades de competencia.

En parecidos términos la Resolución de 8 de noviembre de 1991, Distribución de Prensa en Rosas.

Son diversas las resoluciones que se ocupan de la explotación abusiva de la posición de dominio tipificable en el artículo 6.2.c) LDC por negativa injustificada a satisfacer la demanda de compra de productos o prestación de servicios. Así, en Resolución de 1 de febrero de 1995, Teléfonos en Aeropuertos, se declara la existencia de una práctica de abuso de posición de dominio prohibida por el artículo 6.2.c) LDC, consistente en la negativa y retraso injustificadas de suministro de líneas telefónicas a 3C Communications de España, S. A., por parte de Telefónica de España, S. A. En la propia Resolución también se declara que dicha práctica infringe el artículo 86 —hoy art. 82— del Tratado CE. La práctica reviste especial gravedad, pues, según se razona en la indicada Resolución, en el mercado relevante, que se circunscribe al de los servicios telefónicos con pago mediante tarjeta, sólo 3C proporcionaba tales servicios inicialmente y Telefónica los inicia dieciocho meses después a través de una empresa filial, período en el que Telefónica limitó la expansión de 3C no atendiendo su demanda para facilitar la penetración y expansión de su empresa filial. Esta Resolución tiene además la singularidad de un análisis pormenorizado de todas las circunstancias concurrentes para la cuantificación de la sanción.

En la Resolución de fecha 29 de septiembre de 1999, Eléctrica de Llémana, se sanciona a Hidroeléctrica de Cataluña, S. A., y a la empresa Nacional del Ribagorzana, S. A., por una práctica restrictiva de la competencia tipificada en el artículo 6.2.c) LDC consistente en la negativa injustificada a satisfacer la demanda de ampliación del suministro de energía eléctrica solicitada por Llémana. Conducta similar es la examinada por el Tribunal en su Resolución de 19 de febrero de 1999, Electra Caldense, en la que se establece que la Empresa Nacional Hidroeléctrica del Ribagorzana e Hidroeléctrica de Cataluña, S. A., llevaron a cabo conductas abusivas de la posición de dominio conjunta al negarse a las ampliaciones de potencia solicitada por Electra Caldense.

La Resolución de 18 de diciembre de 1991, Cofradías de Pescadores, consideró dentro de las conductas tipificadas en el artículo 6.2.c) la negativa de la dominante a contratar en el futuro, como consecuencia de una supuesta violación de la parte más débil. El TDC admite que las empresas obligadas a contratar dada su posición de dominio en el mercado obtengan ciertas garantías contractuales, no procediendo medidas más severas por parte de la dominante nada más que en supuestos de incumplimientos de la otra parte contratante. Consideraciones semejantes se establecen en la Resolución de 7 de julio de 1999, Electra Avellana. En efecto, en esta Resolución se concluye que Enher, al condicionar las ampliaciones de potencia solicitadas por Electra Avellana a la prestación de un aval y al pago de un sobreprecio, rescindiendo el contrato vigente entre ambas empresas, llevó a cabo una explotación abusiva de su posición de dominio. A tal efecto se razona que, condicionar la ampliación de potencia de un pequeño distribuidor que compite con Enher en el mercado de referencia a que avale los pagos por incrementos de consumo, cuando no había antecedente alguno de morosidad en su comportamiento, muestra como mínimo una animosidad o propósito de perjudicarle que en el contexto estructural del mercado afectado tiene que ser reputado de abusivo de la posición de dominio ostentada.

En Resolución de 8 de febrero de 1993, Confederación Española de Asociaciones Pesqueras, el TDC concluye con que no ha resultado acreditada la existencia de práctica prohibida consistente en la fijación de precio discriminatorio en el suministro de gasóleo tipo B a buques pesqueros nacionales, en relación con el aplicado a buques extranjeros. La propia Resolución señala el contexto a que debe ceñirse la apreciación de la discriminación, precisando que el hecho de que la empresa se encuentre en posición de dominio no significa que exista un derecho de los terceros frente a la dominante a exigir un trato exactamente igual; lo que se prohíbe es que exista una situación de trato discriminatorio, entendiéndose por tal una desigualdad injustificada.

En Resolución de 21 de enero de 1999, BT-Telefónica, el Tribunal aprecia infracción del artículo 6.2.d) LDC en la conducta de Telefónica consistente en abusar de su posición de dominio al aplicar en sus relaciones de servicio condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que colocaban a BT en situación desventajosa frente a la propia Telefónica, dado que, respecto del servicio de alquiler de circuitos, aplicaba las tarifas oficiales a BT, mientras que ofertaba condiciones económicas más ventajosas a los miembros de la Asociación de Mediadores del Mercado Monetario Internacional, potenciales clientes tanto propios como de sus competidores.

Finalmente, y como referencia a las conductas de abuso de posición de dominio expresamente tipificadas por el artículo 6.2 LDC, falta sólo hacer mención a las contempladas en el apartado e). Sirvan de ejemplo dos resoluciones en las que resulta sancionada por la autoría de dicha práctica Telefónica. Así, en la anteriormente citada Resolución de 21

de enero de 1999, además de infracción del artículo 6.2.d), también se aprecia la violación de la conducta tipificada en el apartado e), por cuanto que en el contrato con la Asociación de Mediadores del Mercado Monetario Internacional condicionaba su eficacia a la aceptación de condiciones de exclusividad y vinculaba la prestación de servicios donde podía existir competencia —voz internacional— con otros donde la competencia era mucho más difícil —servicios de voz nacional.

También se consideró que la conducta de Telefónica estaba incurso en la prohibición establecida por el artículo 6.2.e) LDC al abusar de su posición de dominio imponiendo, entre el 10 de marzo de 1989 y el 31 de diciembre de 1990, la subordinación de la celebración del contrato de alquiler con opción de compra a los usuarios de los equipos Sistema Multilíneas Teide 3/6/2 a la efectiva compra de los mismos.

Otras muchas resoluciones hacen mención a diversas prácticas que no tienen un concreto acomodo en los tipos del artículo 6.2. LDC y que incurren, no obstante, en explotación abusiva de la posición de dominio, prohibida con carácter general en el apartado 1 de dicho precepto. Me referiré, brevemente, a algunas de dichas prácticas de especial significación en las más recientes resoluciones del TDC.

La Resolución de 30 de diciembre de 1991, General Electric, considera abuso de posición de dominio la actuación de General Electric consistente en dificultar la entrada y asentamiento en el mercado de un nuevo competidor mediante una campaña masiva de ventas para la sustitución de unas bombas de cobalto por otras que distribuía aquella empresa, ofreciendo la recompra de los aparatos usados a un precio anormalmente alto, y no sólo por asegurarse la venta, sino, además, el servicio post-venta futuro. También la Resolución de 26 de febrero de 1999, Airtel-Telefónica, se ocupa de sancionar la conducta consistente en dificultar la entrada y asentamiento en el mercado, en este caso de Airtel, por parte de Telefónica Servicios Móviles, S. A., y Telefónica de España, S. A., mediante la celebración de contratos con cláusulas de exclusividad y retribuciones muy superiores con los distribuidores y sus agentes, contratar con Telyco para facilitar la obtención por aquéllos de la retribución por volumen y contratar como distribuidor con Telefónica de España. La Resolución estima que Telefónica, que ostentaba el monopolio del servicio de telefonía fija, lo traslada, en lo que se refiere a la distribución, a un mercado vecino como es el de la telefonía móvil, coadyuvando a reforzar la posición de dominio que, en este último, ostenta TSM, coincidiendo también con el comienzo de la actividad de Airtel TSM y Telefónica, como empresas dominantes en el mercado de telefonía móvil y en el vecino de la telefonía fija, tienen una especial responsabilidad respecto de los efectos que el conjunto de exclusivas tenían o podían tener en un mercado en el que el nivel de competencia estaba debilitado tanto por su posición dominante en el mismo, como por el hecho de haber sido recientemente abierto a la competencia y estar el segundo operador iniciando sus actividades. Para que pueda apreciarse el abuso no es preciso

que se produzca en términos absolutos un «*cierre del mercado*», continúa la Resolución, siendo suficiente una obstaculización lo bastante intensa para la entrada en el mismo de un nuevo operador, especialmente cuando se trata de mercados que, como el considerado en este expediente, presentan en su origen un nivel de competencia muy debilitado.

Por Resolución de 5 de mayo de 1999, Eléctrica Curós, el TDC aprecia abuso de posición dominante en la conducta de Hidroeléctrica de l'Empordà, S. A., consistente en la realización de una campaña promocional, en la localidad de Santa Pau, en la que regalaba a los abonados de su competidora que cambiaran de suministrador de energía eléctrica electrodomésticos de elevado valor para así eliminar o al menos reducir sustancialmente a su competidor. Merece destacarse del análisis de la conducta examinada las consideraciones que contiene la indicada Resolución respecto de que, si bien las prácticas predatorias se refieren por lo general a predación basada en precios, también existen otros tipos de predación como los que utilizan la publicidad y las promociones selectivas, discriminando entre clientes a fin de reducir su coste, con intención de eliminar a un competidor. También se argumenta que para que tenga éxito una estrategia predatoria es elemento clave la existencia de barreras de entrada al mercado, ya que en un mercado de fácil acceso la eliminación de competidores no permitirá disfrutar por mucho tiempo de ventas monopolísticas, puesto que éstas atraerán a otros competidores. El sector eléctrico, caracterizado por una normativa que imposibilita la entrada de nuevos competidores, hace factible la práctica predatoria llevada a cabo por quien ostenta posición de dominio en el mercado de referencia teniendo dimensión económica y capacidad financiera suficiente, máxime teniendo en cuenta la reducida dimensión del competidor.

La Resolución dictada en el asunto Interflora⁶³ declara acreditada la existencia de una conducta restrictiva de la competencia prohibida por el artículo 6 LDC atribuida a Fleurop-Inteflora España, S. A., consistente en imponer determinadas cláusulas en el contrato comercial Interflora a sus afiliados, sean o no accionistas, por las que se obligan a no prestar servicios que no hayan sido previamente aprobados por Interflora y a no ejercer actividades que hagan competencia a los servicios prestados por la red Interflora ni a ejecutar órdenes de establecimientos no incorporados a dicha red, siendo todo ello motivo de Resolución del contrato. El Tribunal, antes de llegar a la anterior conclusión, analiza si el contrato Comercial Interflora es un contrato de franquicia de servicios amparado por el Reglamento CEE 4087/1988 de la Comisión, lo cual rechaza, toda vez que, por un lado, el «*Know-how*» que comunica es mínimo, pero además las cláusulas contractuales no cumplen con los requisitos previstos en el Reglamento para gozar de la exención, puesto que no estarían cubiertos por el artículo 3 del mismo, ya que el hecho de que los floristas afiliados a Interflora ejecuten encargos que provengan de otros clientes o redes no perjudica el normal funcionamiento de Inteflora ni permite

⁶³ Resolución de 19 de julio de 1999.

a los competidores beneficiarse de la reputación ni de la mecánica de cobros y pagos de la red Interflora. Mas toda esta argumentación se hace a mayor abundamiento, ya que la conducta abusiva de Interflora en modo alguno puede ser legítima por el hecho de realizarse en el marco de un contrato de franquicia, ya que una exención del artículo 5 LDC no excluiría la aplicación del artículo 6.

6. MODIFICACIÓN Y ADICIONES INTRODUCIDAS EN EL ARTÍCULO 6 LDC POR LEY 52/1999

Para los que hemos seguido día a día el Anteproyecto, posterior Proyecto, con sus preceptivos informes, y su tramitación parlamentaria⁶⁴, nos ha sorprendido el que en el último momento se aprobara por la Comisión de Economía, Comercio y Hacienda, actuando con competencia legislativa plena, las enmiendas 79 y 80 del Grupo Catalán Convergencia i Unió⁶⁵ que van a incorporar modificaciones sustanciales en el artículo 6 LDC que traslada al mismo el artículo cuarto de la Ley 52/1999, de 28 de diciembre, de reforma de la Ley 16/1999, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia.

El apartado 1 de dicho artículo 6 se modifica para colocar al mismo nivel de prohibición del abuso de posición de dominio, la prohibición de la explotación abusiva de dependencia económica. Así, el artículo 6.1 queda con la siguiente redacción:

«Queda prohibida la explotación abusiva por una o varias empresas:

- a) *De su posición de dominio en todo o en parte del mercado nacional.*
- b) *De la situación de dependencia económica en la que pueden encontrarse sus empresas, clientes o proveedores que no dispongan de alternativa equivalente para el ejercicio de su actividad. Esta situación se presumirá cuando un proveedor, además de los descuentos actuales, debe conceder a su cliente de forma regular otras ventajas adicionales que no se conceden a compradores similares.»*

Con esta sorprendente incorporación, nuestro Derecho interno de competencia se aparta del seguimiento casi literal que venía haciendo del modelo del Derecho comunitario europeo, que no contempla expresamente la explotación abusiva de la dependencia económica como una práctica prohibida diferenciada del abuso de posición dominante, y de la mayoría de los ordenamientos sobre la materia de los países miembros de la Unión Europea, a excepción de Francia, en cuya legislación se tipi-

⁶⁴ Ver al respecto, F. URÍA FERNÁNDEZ, «Aspectos jurídicos más relevantes de la reforma de la legislación de competencia», y mi trabajo «Debate acerca de la organización administrativa protectora de la libre competencia. Apuntes al proyecto de Ley de reforma parcial», ambos publicados en *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 204, diciembre 1999.

⁶⁵ Ver *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, Comisiones, núm. 783, 1999, p. 23201.

fica, junto con la prohibición de abuso de posición dominante, la de explotación de dependencia económica⁶⁶.

La incorporación de última hora de esta práctica determina que, pese a su importancia, para nada se aluda ni justifique en la Exposición de Motivos de la Ley 22/1999. Ante esta situación, y en averiguación de la motivación y finalidad de la norma, no nos queda otro recurso que el acudir al *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*. Y aquí tampoco paran las sorpresas porque resulta que el Parlamentario que interviene por el Grupo enmendante comienza por reconocer: «*En cuanto a nuestras enmiendas 79 y 80, aunque su inclusión en el texto puede ser discutible —cabrían argumentos para introducirlas en algún otro texto vigente como puede ser la Ley de Comercio—, creemos que no está de más incluirlas en este texto.*» Lo primero, pues, que se comprueba es que ni el proponente está convencido de la conveniencia de su inclusión en la LDC. A continuación se afirma que «*estas enmiendas, además de dejar claro que existe la conocida noción elemental en derecho de la competencia del abuso de posición dominante, introducen la noción de dependencia económica que tiene de criticable lo mismo que cualquier concepto jurídico indeterminado.*» Resulta de por sí curioso que al abuso de posición de dominio se la califique de elemental cuando tantas horas viene ocupando a Tribunales y estudiosos su delimitación, y son manifiestas las dificultades que ello comporta, y que la noción de dependencia económica que se trata de incorporar sólo tenga de criticable su calificación como concepto jurídico indeterminado.

Estas enmiendas son defendidas también por el representante del Grupo Parlamentario de Coalición Canaria⁶⁷. Rechazadas por el Grupo Parlamentario Popular, por entender que «*la explotación de posición de dependencia ya se recoge convenientemente en la Ley de Competencia Desleal, precisamente como supuesto de deslealtad, que encuentra su cauce de Resolución a través de la jurisdicción civil, por lo que creemos que su inclusión en la Ley de Defensa de la Competencia es innecesaria y llevaría a los órganos de defensa de la competencia a revisar casos en los que no existe una verdadera afectación del interés público, sino una mera afectación de intereses privados*»⁶⁸. Sometidas a votación las citadas enmiendas son aprobadas por 20 votos a favor, produciéndose 21 abstenciones⁶⁹.

Mas no sólo se modifica el artículo 6.1, sino que, también como consecuencia de las enmiendas aprobadas, se incorporan dos nuevas letras f) y g) al apartado 2 del mismo precepto para tipificar expresamente como conductas abusivas:

«f) *La ruptura, aunque sea de forma parcial, de una relación comercial establecida sin que haya existido preaviso escrito y preciso con una antelación*

⁶⁶ Artículo 8 de la Ordenanza núm. 86-1243, de 1 de diciembre de 1986, relativa a la libertad de precios y de la competencia.

⁶⁷ Ver el *Diario de Sesiones* citado, p. 23202.

⁶⁸ *Diario de Sesiones* citado, p. 23209.

⁶⁹ Ver p. 23212.

mínima de seis meses, salvo que se deba a incumplimientos graves de las condiciones pactadas por el proveedor o en caso de fuerza mayor.

g) Obtener o intentar obtener, bajo la amenaza de ruptura de las relaciones comerciales, precios, condiciones de pago, modalidades de venta, pago de cargos adicionales y otras condiciones de cooperación comercial no recogidas en las condiciones generales de venta que se tengan pactadas.»

Estas prácticas, aunque criticables, son propias de relaciones jurídico-privadas y, por tanto, ajenas al ámbito de protección de intereses públicos de los que se ocupa la LDC. De afectarse el interés público por la generalización o dimensión de aquellas prácticas, ello sólo sería posible desde una posición de dominio de la que se abusa y, por tanto, perseguibles por los órganos de defensa de la competencia desde tal perspectiva, sin que se precisase de la tipificación expresa que ahora se hace y que sólo puede llevar a confusiones.

Pero menos se comprende el que la propia Ley 52/1999, de 28 de diciembre, modifique también el artículo 16 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, para introducir en la nueva redacción que se da a sus apartados 2 y 3 las conductas que, en términos idénticos, se introducen en el artículo 6.1 y 2 LDC antes analizado⁷⁰.

Es evidente la falta de rigor legislativo que pone de manifiesto esta doble conceptualización de una misma conducta literalmente descrita como contraria a las normas de competencia y a la normativa de la competencia desleal. Su tipificación expresa en el artículo 6 LDC, y más concretamente en las nuevas letras *f*) y *g*) del apartado 2, serán un semillero de problemas y confusiones. No podrá olvidarse en cualquier caso que la Ley de Defensa de la Competencia tiene por objetivo el garantizar la existencia de una competencia suficiente y protegerla frente a todo ataque contrario al interés público, defendiéndose intereses privados sólo en la medida en que coincidan éstos con el público, pues aquéllos tienen su sede de protección en vía jurisdiccional a través de las posibilidades que brindan otras Leyes, especialmente la Ley de Competencia Desleal. Por ello, los órganos de defensa de la competencia deberán rechazar las denuncias de estas prácticas que no alcancen a comprometer al interés público de defensa de la competencia. Acorde con este criterio, la propia Ley 52/1999 modifica el artículo 7 LDC para reforzar la idea de que por los órganos de defensa de la competencia sólo se perseguirán los actos de competencia desleal si los mismos distorsionan gravemente las condiciones de competencia en el mercado y esa disfunción es tan grave como para que afecte al interés público. Por ello, la explotación de dependencia económica ya tenía protección en la LDC siempre que la práctica fuera de dimensión suficiente para comprometer el interés público. Difícilmente tendrán esta consideración las prácticas que ahora se incluyen en el artículo 6.2.*f*) y *g*) LDC.

⁷⁰ Disposición Adicional tercera.

Si siguiendo esta línea de protección de intereses públicos, en el supuesto de las conductas prohibidas por el artículo 1 LDC, si por su escasa importancia no son capaces de afectar de modo significativo a la competencia, podrán los órganos encargados de su defensa decidir no perseguirlas, tal como habilita el apartado 3 del mismo, sin que ello suponga que los intereses privados queden desprotegidos ni los derechos de sus titulares insatisfechos, ya que, en todo caso, podrán acudir a la vía jurisdiccional de conformidad con el artículo 15.2 LCD⁷¹.

Las reacciones que está produciendo la nueva redacción del artículo 6 LDC son de crítica generalizada, que en algunos casos ya se ha hecho pública⁷².

7. TRANSCENDENCIA DE LA STC DE 11 DE NOVIEMBRE DE 1999

Después de diez años de vigencia de la LDC y cuando se tramitaba en el Parlamento su reforma, el Tribunal Constitucional resuelve los recursos de inconstitucionalidad interpuestos contra aquella⁷³ por Sentencia de 11 de noviembre de 1999. No voy a comentar aquí esta Sentencia, lo cual excede con mucho de los límites de este trabajo. Pero, no obstante, vengo obligado a llamar la atención sobre las implicaciones que la misma va a traer al tema objeto de estudio.

La STC, si bien señala que la legislación sobre defensa de la competencia está reservada al Estado, precisa que las Comunidades Autónomas que hayan asumido competencias en materia de comercio exterior son también competentes en aquellas actividades ejecutivas que tengan que realizarse en su territorio y no afecten al mercado. Se reconoce, pues, que la legislación en materia de competencia podrá ser aplicada tanto por los órganos estatales como por los autonómicos que al efecto se creen, dependiendo de que la práctica prohibida afecte al territorio de una Comunidad Autónoma, al nacional o supracomunitario. Podrá acontecer con relativa frecuencia que el mercado geográfico relevante, sin alcanzar dimensión nacional, supere el territorio de una Comunidad Autónoma. Pero, además, en materia de derecho de la competencia no es tarea fácil ni pacífica la delimitación del mercado relevante, alcanzando aún mayor dificultad si cabe en los supuestos de abuso de posición de dominio. ¿Qué ocurrirá en el caso de que los órganos de defensa de la competencia

⁷¹ Ver más en extenso mi criterio al respecto en «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, 1998, pp. 215 ss. También sobre la misma materia A. PETITBÓ JUAN y L. BERENGUER FUSTER, «La aplicación del Derecho de la Competencia por Órganos jurisdiccionales y administrativos», en *Anuario de la Competencia 1998*, Fundación ICO, 1999, pp. 25 ss.

⁷² J. PASCUAL Y VICENTE, *op. cit.*; Intervenciones de C. GINER PARREÑO y la mía propia en *Mesa Redonda: La Reforma de la LDC*, Universidad Carlos III de Madrid, 20 de enero de 2000.

⁷³ Recursos de Inconstitucionalidad acumulados 2009/1989 y 2027/1989 promovidos por el Gobierno Vasco y el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña.

estatales y autonómicos en base a criterios dispares en la delimitación del mercado decidan incoar expedientes paralelos? ¿Cómo se va a mantener un criterio uniforme en la aplicación de la normativa de defensa de la competencia? El TC, consciente de estos problemas, establece en su Sentencia que corresponde al Estado, en virtud de sus competencias normativas, la articulación de los mecanismos de coordinación que garanticen la uniformidad de la disciplina de la competencia en todo el mercado nacional y el establecimiento de los criterios de conexión pertinentes, así como los mecanismos de colaboración e información recíprocos.

Para dar cumplimiento a la STC, la Ley 52/1999 establece, en su Disposición Adicional segunda, que con anterioridad al 1 de octubre de 2000 el Gobierno presentará en el Congreso de los Diputados un Proyecto de Ley por el que se establezcan los criterios de conexión determinantes de la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas. Las dificultades prácticas que esta tarea conlleva se perciben de gran y grave magnitud. Pero si los problemas no se resuelven de forma adecuada podríamos encontrarnos con una nueva Babel de competencias que conllevaría a la ineficaz persecución de las prácticas contrarias a la libre competencia ⁷⁴.

⁷⁴ Ver al respecto el interesante artículo de C. M. PRESEDO, «Babel de Competencias», publicado en el diario ABC, 16 de febrero de 2000, p. 26.

EL CONTROL DE LAS AYUDAS PÚBLICAS POR LOS JUECES NACIONALES

Mercedes PEDRAZ CALVO

Magistrado

1. INTRODUCCIÓN

El primer informe de la Comisión sobre la Política de la Competencia, de abril de 1971, que se publicó unido al Quinto Informe General sobre la Actividad de las Comunidades, incluía reveladoras declaraciones sobre las Ayudas de Estado. La Comisión autodefinía su papel «como factor de coherencia y de eficacia sin el que se desarrollarían tensiones insostenibles en el seno del Mercado Común» y ponía el acento en la necesidad de transparencia de las ayudas «no sólo para permitir a las instancias comunitarias apreciar su incidencia y a los poderes públicos y a la colectividad medir exactamente su peso, sino igualmente para permitir que las empresas mismas puedan apreciar su situación de competencia real».

Casi treinta años más tarde las dificultades que el control de las ayudas públicas plantea apenas se han suavizado, porque éstas se despliegan a niveles muy difusos, y así su control choca con serios obstáculos prácticos: la forma de algunas ayudas hace muy difícil apreciar su incidencia, y resulta especialmente complicado aislar las consecuencias sectoriales de los sistemas de ayudas que tienen como finalidad estimular el desarrollo regional. Como consecuencia de una doctrina jurisprudencial clara del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, la Comisión, en 1995, efectúa la «Comunicación sobre la Cooperación entre los órganos jurisdiccionales nacionales y la Comisión en materia de ayudas de Estado», con el objeto declarado de servir de guía en materia de cooperación entre los órganos jurisdiccionales nacionales y la Comisión en el ámbito de las ayudas de Estado.

A los efectos de esta exposición resulta mucho más sugestivo e ilustrativo el texto de esta Comunicación que el posterior Reglamento del Consejo, de 22 de marzo de 1999, por el que se establecen disposiciones de aplicación del artículo 93 del Tratado CEE (actual art. 88): a los jueces y tribunales de los Estados miembros les interesa fundamentalmente el papel que se les atribuye expresamente para el control de las ayudas de Estado, y para su desempeño constituye un instrumento a utilizar la

«asistencia» de la Comisión a los órganos jurisdiccionales nacionales «mediante el establecimiento de una cooperación más estrecha con dichos órganos para la aplicación de los artículos 92 y 93».

2. EL PAPEL DE LOS JUECES NACIONALES EN EL CONTROL DE LAS AYUDAS DE ESTADO

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) ha establecido que la última frase del apartado 3 del artículo 93 del Tratado CEE (actual art. 88 CE) tiene efecto directo. El tenor literal del precepto es el siguiente: «El Estado miembro interesado no podrá ejecutar las medidas proyectadas antes de que en dicho procedimiento haya recaído decisión definitiva» y la prohibición alcanza tanto a las ayudas ejecutadas y no notificadas (excepto las «existentes») como a las notificadas, hasta el momento en que la Comisión las autorice.

En este contexto, la misión encomendada a los órganos jurisdiccionales nacionales es la de velar por los derechos de que gozan los particulares en virtud del efecto directo de la prohibición citada, haciendo valer todos los mecanismos y facultades a su disposición previstos en el Derecho interno para garantizar que la obligación del Estado de no ejecutar las ayudas se cumple. La Comunicación citada de la Comisión mencionaba expresamente que el juez nacional puede en su caso adoptar medidas provisionales, como la suspensión de las ayudas o la devolución de las sumas indebidamente percibidas por los beneficiarios de las mismas, así como ordenar la reparación de los daños sufridos por los perjudicados.

Se recuerda la sentencia Francovich, en la cual el TJCE estableció que: 1) el principio de la responsabilidad del Estado por daños causados a los particulares por violación del Derecho comunitario imputables a dicho Estado es inherente al sistema del Tratado; 2) el juez nacional que, siendo competente para conocer del litigio, no puede ordenar medidas cautelares, porque su Derecho interno no se lo permite, ha de excluir la aplicación de esa norma.

La cuestión preliminar que debe establecer el juez nacional que conoce de un litigio basado en la infracción del artículo 93.3 del Tratado CEE (actual 88 CE) es la determinación de si la actuación administrativa impugnada es o no una «ayuda» a los efectos estudiados.

Brevemente conviene recordar que, en una delimitación *subjetiva* la «ayuda de Estado» incluye la otorgada a todos los niveles, manifestaciones y emanaciones de la autoridad pública, ya que lo fundamental no es *quién* conceda la ayuda, sino el hecho de que ésta se lleve a cabo, directa o indirectamente, con cargo a fondos públicos.

En el aspecto *objetivo*, basta con que constituya una ventaja comparativa otorgada a una o unas determinadas empresas sobre bases más favorables a las que rigen en el mercado. En cuanto a la delimitación

formal, pueden concederse de muy variadas formas, desde por medio de una Ley hasta con la forma de cualquier tipo de acto administrativo. Por último, su *finalidad* es indiferente si infringen la prohibición de que tales medidas falseen o amenacen falsear la competencia favoreciendo a determinadas empresas o producciones.

La jurisprudencia de los dos últimos años del TJCE y del Tribunal de Primera Instancia ha definido como ayudas las que se recogen a continuación, a título ilustrativo.

La Sentencia de 29 de enero de 1998 TJCE (asunto C-280/1995), Comisión de las Comunidades Europeas/República Italiana, dictada en recurso por incumplimiento de una Decisión de la Comisión relativa a una ayuda de Estado, declara el incumplimiento por Italia de las obligaciones que le incumben en virtud del Tratado CEE. El Gobierno italiano, mediante una Orden Ministerial estableció a favor de las empresas italianas de transporte por carretera por cuenta ajena un crédito fiscal relativo a varios impuestos. Se declaró por el Tribunal que esta medida constituía una ayuda, que era ilegal (no autorizada) e incompatible por aplicación del artículo 92 del Tratado (actual 87) y del Reglamento 1107/1970. Se ordena suprimirla y recuperarla con aplicación de las normas de Derecho interno, especialmente las relativas a los intereses de demora sobre los créditos del Estado, intereses que empezaran a devengarse desde la fecha de concesión de la ayuda.

La Sentencia de 19 de febrero de 1998 del TJCE (asunto C-309/1995), Comisión de las Comunidades Europeas/Consejo de la Unión Europea declara inadmisibles por extemporáneo un recurso de anulación. La Comisión pretendía que se anulase una Decisión que declaraba compatible con el Mercado Común una ayuda de 660 francos por hectárea que el Estado francés concedió a determinados viticultores de esa nacionalidad para obtener un precio de destilación preventiva más próximo al precio del mercado del vino de mesa de otros Estados miembros.

La Sentencia de 2 de abril de 1998 del TJCE (asunto C-367/1995 P), Comisión de las Comunidades Europeas/Chambre Syndicale Nationale des entreprises de transport de fonds et valeurs, resuelve un recurso de casación contra una Sentencia de l Tribunal de Primera Instancia, declarando nula una Decisión de la Comisión denegatoria de la solicitud formulada por unas empresas de transporte de fondos de declarar que el Estado francés infringió los artículos 92 y 93 (ahora 87 y 88) del Tratado al otorgar ayudas a una empresa.

El servicio francés de correos había constituido una empresa cuyo capital social era propiedad en un 99 por 100 del Estado; esta empresa a su vez constituye (y suscribe el 99,2 por 100 del capital) una segunda, llamada Securipost, a fin de transportar fondos, custodiar, proteger y vigilar dicho transporte. El organismo de Correos le adscribe más de 200 funcionarios, y contrata con la misma la realización de estos servicios, antes desempeñados por el propio Correos y le concede un anticipo rein-

tegrable. Más tarde Correos suscribe un aumento de capital mediante la aportación del valor neto de la rama de actividades que le ha cedido, (concretado en una aportación dineraria) y le concede un segundo préstamo-anticipo al tipo bancario básico incrementado en medio punto.

En estas circunstancias la Comisión consideró que Securipost había recibido apoyo de Correos y en definitiva del Estado francés en el momento de su constitución e introducción en el mercado, pero que tal apoyo no constituía una ayuda de Estado en los términos previstos en el artículo 92.1 del Tratado (actual 87). El Tribunal de Primera Instancia llegó a conclusiones diferentes: la Comisión no había tenido en cuenta o no había valorado debidamente que: 1) los funcionarios cedidos volvían en su caso a la Administración, sin coste alguno para Securipost en concepto de indemnización por despido ni cotización por seguro de desempleo; 2) si bien la cesión de locales no era gratuita, no se acreditó que el alquiler abonado fuese competitivo; 3) no constaba que las tarifas aplicadas en concepto de alquiler de vehículos fuesen competitivas; 4) no se comprobó en qué condiciones se produciría el reintegro del anticipo de 15 millones de francos, y 5) por último, no se comprobaron los precios cobrados por Securipost a Correos, precios que los denunciantes señalaban como sensiblemente más altos que los facturados a otros clientes.

El Abogado General recordó en sus conclusiones que el artículo 93.3, última frase (actual 88), tiene efecto directo y que si se ejecuta una ayuda no notificada a la Comisión, los interesados pueden invocar dicha disposición ante los órganos jurisdiccionales nacionales. Señaló que estos órganos jurisdiccionales son los que deben garantizar a los interesados que «extraerán de este hecho todas las consecuencias, conforme al Derecho nacional, tanto en lo que atañe a la validez de los actos que conlleven la ejecución de las medidas de ayuda, como a la devolución de las ayudas económicas concedidas contraviniendo esta disposición o eventuales medidas provisionales», y que si bien la Comisión es la única competente para declarar la compatibilidad de una ayuda con el Mercado Común (sometida al control del TJCE), no lo es en lo relativo a la cuestión de si existe o no una ayuda.

La Sentencia de 7 de mayo de 1998 del TJCE (asuntos acumulados C-52/1997, C-53/1997 y C-54/1997), Epifanio Viscido y otros/Ente Poste Italiana, resuelve en el marco de una solicitud de decisión prejudicial planteada por un juzgado italiano que la disposición litigiosa no era constitutiva de ayuda. Un grupo de trabajadores había presentado una demanda contra Correos solicitando que se consideraran indefinidos sus contratos suscritos por tiempo determinado, denunciando que esta empresa estaba exenta por Ley de las normas de aplicación general en materia de duración de los contratos de trabajo. Los demandantes consideraban que tal exención era constitutiva de una ayuda de Estado en el sentido previsto en el artículo 92 del Tratado (actual 87).

La Sentencia de 12 de noviembre de 1998 del TJCE (asunto C-415/1996), Reino de España/Comisión de las Comunidades Europeas,

resuelve en sentido desestimatorio un recurso de anulación contra una Decisión de la Comisión. Ésta a su vez modificaba en ejecución de sentencia otra anterior declarando que las ayudas concedidas por España a Hytasa no son compatibles con el Tratado: en concreto consideró ayudas públicas otorgadas con infracción de lo dispuesto en el artículo 93.3 (actual 88) una aportación de capital de 4.200 millones de pesetas por parte de la Dirección General de Patrimonio del Estado que formaba parte del proceso de privatización.

La Sentencia de 1 de diciembre de 1998 del TJCE (asunto C-200/1997), *Ecotrade Srl/Altiforni e Ferriere di Servola Spa* resuelve una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo de Italia relativa a la interpretación del artículo 92 (actual 87) del Tratado: si una Ley que permite las excepciones a las normas de Derecho común en materia de quiebra para determinadas empresas es contraria a lo previsto en el artículo 4, letra c), del Tratado CECA. El TJCE declaró que tales excepciones eran incompatibles con el Tratado en los siguientes supuestos: 1) si la empresa es autorizada para continuar su actividad económica en circunstancias en que no lo permitiría el Derecho común en materia de quiebra; y 2) si disfrutó de una o varias ventajas como una garantía del 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.

La Sentencia de 28 de enero de 1999 del Tribunal de Primera Instancia (asunto T-14/1996), *Bretagne, Angleterre, Irlanda/Comisión de las Comunidades Europeas*, estima un recurso de anulación de una Decisión de la Comisión adoptada el 7 de junio de 1995. La Diputación Foral de Vizcaya y la empresa «Feries Golfo de Vizcaya» firmaron un acuerdo por el que la primera se comprometió a adquirir de la segunda un número determinado de vales de viaje a un cierto precio. La Comisión había determinado que el acuerdo no constituía una ayuda de Estado, y el Tribunal declara que dicha adquisición de un elevado número de vales de viaje por parte de la Diputación Foral no tiene el carácter de una transacción comercial normal.

La Sentencia de 28 de enero de 1999 del Tribunal de Primera Instancia (asunto T-230/1995), *Bretagne, Angleterre Irlanda/Comisión de las Comunidades Europeas*, desestima una solicitud de indemnización relativa a la misma decisión de la Comisión objeto de la sentencia anterior (la de 7 de junio de 1995). La solicitud se fundaba en la tardanza de la Comisión en notificar la decisión, no en la decisión misma, y fue desestimada por falta de nexo causal y por falta de prueba de los perjuicios morales.

La Sentencia de 12 de febrero de 1999 del Tribunal de Primera Instancia (asunto T-86/1996), *Arbeitsgemeinschaft Deutscher Luftfahrt Unternehmen (ADL)/Comisión de las Comunidades Europeas*, niega legi-

timación tanto a una empresa del sector como a una asociación de empresas en un recurso de anulación de una decisión que prohíbe a Alemania la prórroga de una normativa fiscal sobre la adquisición de aviones nuevos en dicho Estado.

La Sentencia de 29 de abril de 1999 del TJCE, Reino de España/Comisión, estima el recurso de anulación de una Decisión que declara que son ayudas de Estado en el sentido del artículo 92 (actual 87) del Tratado, las medidas adoptadas por el Estado español en favor de la empresa Tubacex. El problema se había planteado porque el Estado español aplicó un tipo de interés del 9 por 100 a las cantidades que dicha empresa adeudaba al Fogasa y a la Seguridad Social. El Tribunal estimo que: 1) acreditado que la anticipación por parte del Fogasa de cantidades para el pago de salarios no es constitutiva de una ayuda de Estado; 2) puesto que el Fogasa acreedor público actúa como lo haría un acreedor privado tratando de recuperar las sumas que se le adeudan, para lo cual celebra convenios con el deudor, de aplazamiento y fraccionamiento de pago, lo que no constituye una ayuda de Estado, y 3) dado que el interés que aplica el acreedor público es más alto que el aplicado por el sector privado, no es constitutivo de ayuda de Estado el que se iguale aquél con éste.

La Sentencia de 19 de mayo de 1999 de TJCE (asunto C-6/1997), República Italiana contra Comisión CE, resuelve, en el marco de un recurso de anulación, que el concepto de ayuda de Estado comprende no sólo prestaciones positivas, como las subvenciones, sino también las intervenciones que, bajo formas diversas, alivian las cargas que normalmente recaen sobre el presupuesto de una empresa y que, por ello, sin ser subvenciones en el sentido estricto del término, son de la misma naturaleza y tienen efectos idénticos. Declara que una medida que concede exenciones tributarias a las empresas del transporte de mercancías por carretera por cuenta ajena constituye una ayuda de Estado en el sentido del artículo 92.1 (87 nuevo) del Tratado CE.

La Sentencia de 17 de junio de 1999 del TJCE (asunto C-295/1997), Industrie Aeronautiche e Meccaniche Rilnaldo Piaggio Spa, resolviendo una cuestión prejudicial en relación con la Ley italiana 95/1979, que estableció el procedimiento de administración extraordinaria de las grandes empresas en dificultades. Las empresas en administración extraordinaria se rigen por las normas generales de la Ley sobre la Quiebra, pero a diferencia de lo que ocurre en el procedimiento del régimen ordinario en materia de quiebra, en el caso de la administración extraordinaria la suspensión de toda acción de ejecución se extiende a las deudas de naturaleza fiscal, así como a las sanciones, intereses y recargos en caso de ingreso tardío del Impuesto de Sociedades. El Tribunal resolvió que constituye concesión de una ayuda de Estado en el sentido del artículo 92.1 (actual 87): 1) la autorización a una empresa para continuar su actividad económica en circunstancias en las que dicha posibilidad hubiera quedado excluida en el marco de la aplicación del régimen ordinario en materia de quiebra, y 2) la concesión de ventajas como la garantía de

sus deudas por el Estado, la aplicación de un tipo de gravamen reducido, una exoneración de la obligación de pago de multas y otras sanciones pecuniarias, o una renuncia del Estado al cobro de créditos públicos, si otra empresa comprendida en el régimen ordinario de la quiebra no hubiera podido aspirar a tales concesiones.

El Tribunal previamente declara: en el marco de un procedimiento de decisión prejudicial, el Tribunal de Justicia no es competente para interpretar el Derecho nacional o pronunciarse sobre la compatibilidad de una disposición nacional con el artículo 92 del Tratado CE (actual 87); no obstante, el juez nacional que debe resolver un litigio cuyo objeto sea «que extraiga consecuencias de la infracción de la última frase del apartado 3 del artículo 88 CE (antiguo art. 93, apartado 3, última frase) puede solicitar aclaraciones a la Comisión «o puede plantear una cuestión prejudicial sobre la interpretación del artículo 92 (actual 87) del Tratado, para determinar si las medidas estatales controvertidas constituyen ayudas de Estado que deberían haber sido notificadas a la Comisión.

Un primer dato respecto del protagonismo de los jueces nacionales en la materia nos lo ofrece la comprobación de que entre las doce sentencias reseñadas, tres fueron dictadas en respuesta a una cuestión prejudicial.

3. LA INTERVENCIÓN DEL JUEZ ESPAÑOL EN EL CONTROL DE LAS AYUDAS DEL ESTADO

En nuestro Derecho interno, la concreción de esta intervención del juez nacional como aplicador del Derecho comunitario, en el marco de la colaboración con las autoridades comunitarias que se ha descrito, plantea básicamente dos problemas: la configuración del objeto del proceso contencioso-administrativo y la legitimación en dicho proceso.

A. LA CONFIGURACIÓN DEL OBJETO DEL PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

La Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa incluye entre sus propósitos la desaparición del tradicional carácter «revisor» de esta jurisdicción, y concibe el recurso contencioso-administrativo como el medio para «obtener justicia frente a cualquier comportamiento ilícito de la Administración» (Exposición de Motivos).

El cambio operado se concreta en el artículo 1.1 de la Ley que señala como área del conocimiento de los juzgados y tribunales del orden contencioso-administrativo «las pretensiones que se deduzcan en relación con la actuación de las Administraciones Públicas sujeta al Derecho administrativo...». Los artículos 25 y siguientes de la Ley señalan el objeto

del recurso contencioso-administrativo, y como actividad administrativa impugnabile las siguientes posibilidades: *disposiciones generales, actos administrativos expresos, actos administrativos presuntos, actos de trámite, inactividad de la Administración y vía de hecho.*

De estos posibles objetos de recurso, y en el marco del tema objeto de esta reflexión, conviene precisar que el artículo 25 de la nueva Ley, recogiendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo en la materia, establece que puede recurrirse un acto de trámite cuando determine la imposibilidad de continuar el procedimiento, cuando produzca indefensión, y cuando produzca perjuicios irreparables a derechos o intereses legítimos. El control de la potestad reglamentaria de la Administración se articula en la Ley mediante la impugnación directa de disposiciones generales, el recurso indirecto con ocasión de actos de aplicación (recurso fundado en que la disposición general es contraria a derecho) y la cuestión de ilegalidad (que debe plantearse por el juez o tribunal que ha dictado sentencia firme por considerar ilegal el contenido de la disposición general aplicada).

La principal novedad de la Ley en cuanto al objeto del recurso es la posibilidad de impugnar la inactividad de la Administración, para lo que ha previsto dos supuestos: 1) que la Administración, en virtud de una disposición, acto, contrato o convenio administrativo, esté obligada a realizar una prestación concreta a favor de una o varias personas determinadas, y 2) que la Administración no ejecute sus actos firmes.

Por último, la Ley 29/1998 regula el recurso contra la llamada «vía de hecho» que el Tribunal Constitucional definió en la Sentencia 160/1991 (de 18 de julio) como una «pura actuación material, no amparada siquiera aparentemente por una cobertura jurídica» y que la doctrina identifica con el ejercicio por la Administración de prerrogativas fuera de las potestades que tiene legalmente atribuidas o sin seguir el procedimiento legalmente establecido.

En cualquiera de estos recursos, la pretensión que puede ejercitar el actor es la anulación del acto o disposición impugnados y el reconocimiento de una situación jurídica individualizada junto con la adopción de las medidas necesarias para el pleno restablecimiento de la misma, incluyendo la indemnización de daños y perjuicios. En caso de recurso contra la inactividad de la Administración la pretensión alcanzará a la condena de la misma a cumplir su obligación, y en caso de recurso contra la vía de hecho a la declaración de que ésta es contraria a Derecho, debe cesar y restablecerse la situación jurídica.

Numerosas cuestiones relativas al objeto del proceso contencioso-administrativo pueden plantearse y se han suscitado en litigios donde se cuestionan posibles ayudas de Estado.

Así en alguno de los recursos tramitados en el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco impugnando diferentes normas forales «de apoyo a la inversión e impulso de la actividad económica», se solicitó por los

demandados la terminación del recurso por falta de objeto, al haber perdido vigencia las mismas por su temporalidad y por haber sido derogadas por sustitución.

La Sala de lo Contencioso-administrativo dictó tres Autos de fecha 10 de septiembre de 1999, recordando la doctrina del Tribunal Constitucional en la materia, en los que resuelve: no declarar terminados los recursos *por no extinguirse su objeto* ya que la norma impugnada tiene «ultraactividad» y «vestigios de vigencia» no excluyéndose toda aplicabilidad (R. 2671/93-1) y porque «no cabe hablar siquiera de ultraactividad de la norma derogada, sino de la normal eficacia, aún no agotada, de una norma coyuntural...» respecto de la cual, la Sala señala, cabe esperar una «segura actividad de aplicación» (R. 2679/93-1).

En los tres casos, el proceso se encontraba paralizado porque la Sala había sometido una cuestión de interpretación relevante para su decisión al TJCE en relación con el artículo 92.1 TCE.

En el Auto dictado por la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional el 3 de marzo de 1999, se declara inadmisibile el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Unión de Consumidores de España contra «posibles medidas en ejecución de la Disposición Transitoria Sexta de la Ley 54/1997 del Sector Eléctrico, modificada por Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social», es decir, contra los llamados «costes de transición a la competencia». El recurso pretendía impedir que por la Administración se llevasen a cabo actos de reconocimiento del derecho de compensación de costes de transición al régimen de mercado competitivo, y en concreto que no se afectase la tarifa eléctrica a los consumidores, y caso de haberse afectado, su cese.

La Sala consideró «obvio que no se impugna ninguna de las actividades administrativas susceptibles de impugnación según lo establecido en los artículos 25 y siguientes de la nueva Ley 29/1998».

B. LA LEGITIMACIÓN EN EL PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

La legitimación activa no puede ser conferida en el proceso contencioso-administrativo por razón del único y simple interés en el restablecimiento de una legalidad presuntamente infringida. Es necesario que el recurrente pretenda con su acción obtener un beneficio, material o jurídico, o evitarse un perjuicio concreto del que ha sido privado o que le ha sido ocasionado como consecuencia de la actuación administrativa objeto de impugnación.

La nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa establece que están legitimadas «las personas físicas o jurídicas que ostenten un derecho o interés legítimo». El Tribunal Constitucional ha entendido como «interés legítimo» cualquier ventaja o utilidad derivada de la repa-

ración pretendida (STC 60/1982, 62/1983 y otras) y se constata una corriente jurisprudencial favorable al reconocimiento de los intereses colectivos e incluso de los intereses denominados doctrinalmente «difusos» como título legitimador de la acción individual o colectiva. El límite se encuentra en que no puede sustentar la legitimación activa el simple interés por la legalidad o los agravios potenciales o futuros.

La legitimación de las entidades públicas para acceder al recurso contencioso-administrativo está ampliamente reconocida en nuestro Derecho, regulada en el artículo 19 de la Ley de la jurisdicción.

La legitimación constituye un problema procesal de primer orden en los litigios relativos a la impugnación de actos constitutivos de ayudas de Estado. Como ejemplo concreto, en la Sentencia de 30 de septiembre de 1999 dictada por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, resolviendo la impugnación de tres normas forales reguladoras del Impuesto de Sociedades, en recurso interpuesto por la Federación de Empresarios de La Rioja, se desestima un motivo de inadmisibilidad opuesto por las demandadas, de falta de legitimación de la actora, motivo que ya había sido objeto de alegación previa, resuelta por Auto de 7 de abril de 1998.

Las demandadas alegan el «carácter **incierto e inacreditado** del efecto positivo que una sentencia estimatoria acarrearía para la entidad recurrente», alegación desestimada por la Sala sentenciadora con el siguiente razonamiento:

«... el colectivo empresarial recurrente plantea, entre otras cosas, su aspiración de que los puntos de conexión que determinan la aplicación del régimen foral del Impuesto de Sociedades, permitan beneficiarse del régimen de incentivos creado por las Normas Forales impugnadas no sólo a las entidades domiciliadas en el País Vasco, sino también a quienes lo tienen fuera de él pero operan, realizan inversiones o crean puestos de trabajo en los Territorios Forales, o cuestionan que tales incentivos se puedan alcanzar en el que operan los empresarios sometidos a la normativa estatal como serían los recurrentes.

Se trata de situaciones que, aun desconocidas por la Norma —que no es aplicable a quien se sitúe en las coordenadas de las que los demandantes parten—, revisten toda la significación de un interés legitimante en el proceso orientado a cuestionar no el contenido positivo de preceptos que les sean directamente aplicables, sino el vacío, la omisión o la vertiente negativa de la regulación. Los efectos favorables de la anulación de dichas disposiciones y su incidencia sobre el círculo de intereses del colectivo empresarial accionante se inscriben en la línea de consecución de tales propósitos, y serán o no inmediatos según se contemple la vertiente positiva o negativa de la citada aspiración, pero su certeza es manifiesta».

Más adelante veremos las consecuencias que en el fondo de este mismo recurso tuvo en la consideración del Tribunal sentenciador la legitimación de la actora.

C. LAS MEDIDAS CAUTELARES

En los recursos contencioso-administrativos que tienen su origen en litigios de Derecho de la competencia, por la propia naturaleza de los conflictos subyacentes y por las exigencias de la actividad económico-empresarial, se hace necesario adoptar medidas provisionales tendentes a evitar que en el período de tiempo que necesariamente debe transcurrir entre la iniciación del proceso y la Sentencia desaparezca la eficacia de ésta.

Es así que en estos litigios, la adopción de medidas cautelares constituye un instrumento fundamental para garantizar la protección efectiva de los derechos en discordia. El Derecho comunitario europeo contempla la adopción de medidas cautelares que, en palabras del Abogado General Ruiz Jarabo, son «el instrumento para hacer realidad el principio general de que la necesidad del proceso para tener razón no debe convertirse en un daño para el que tiene la razón».

Frente a la concepción de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de 1956 de la ejecutividad del acto administrativo y la excepcionalidad de la suspensión, la Ley 29/1998 ha tratado de dar respuesta a la exigencia constitucional de articular un sistema de medidas cautelares, como contenido del derecho a la tutela judicial efectiva.

Las medidas en su regulación actual tienen una naturaleza instrumental, y como consecuencia de este carácter se consagra por la Ley en una cláusula abierta la posibilidad de adoptar «cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia». En muchos supuestos la medida adecuada será la de la suspensión de la ejecución del acto administrativo, pero en otros la medida a adoptar será diferente.

La adopción, modificación o revocación de la medida será siempre a instancia de parte, y no podrá decidirla el órgano judicial de oficio, excepto para declarar su extinción por haber recaído sentencia firme o cualquier otra resolución que ponga fin al procedimiento en el que se han acordado. La medida o medidas pueden solicitarse en cualquier estado del proceso, con dos excepciones: en los recursos contra reglamentos deben solicitarse en el escrito de interposición del recurso o en el de demanda, y en los supuestos de vía de hecho, inactividad de la Administración y ejecución de actos firmes, en que pueden solicitarse antes de la interposición del recurso.

El artículo 130 de la Ley 29/1998 tiene el siguiente tenor literal: «1. Previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto, la medida cautelar podrá acordarse únicamente cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso. 2. La medida cautelar podrá denegarse cuando de ésta pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero que el juez o tribunal ponderará de forma circunstanciada.»

Este precepto plantea bastantes dudas, que la jurisprudencia deberá disipar, sobre cuestiones como la desaparición de la referencia a los «daños y perjuicios de muy difícil o imposible reparación», concepto que si bien había sido abandonado por el Tribunal Supremo en materia tributaria, no puede ser apartado en otras en que el recurso perdería su **finalidad legítima** si la sentencia tutela la pretensión del administrado pero no existe la posibilidad de reparar el daño o perjuicio causado.

Puesto que la adopción de medidas cautelares puede acarrear perjuicios a terceros o al interés público, la Ley ha previsto que en estos casos, «cuando de la medida cautelar pudieran derivarse perjuicios de cualquier naturaleza, podrán acordarse las medidas que sean adecuadas para evitar o paliar dichos perjuicios. Igualmente podrá exigirse la presentación de caución o garantía suficiente para responder de aquéllos».

La dificultad que hasta la fecha vienen encontrando los jueces y tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa para señalar el importe de las garantías en los supuestos en que el recurso tiene una *cuantía indeterminada* constituye un obstáculo que debe ser muy tenido en cuenta en supuestos como el que nos ocupa.

Tomando como ejemplo un recurso en el que se solicite la suspensión de un acto administrativo que es impugnado por ser constitutivo de una ayuda de Estado comprendida en el artículo 93.3 (nuevo 88) el cálculo de los perjuicios que al solicitante le podría causar la no-suspensión sería más sencillo que la determinación de los que traerá a las empresas o sectores afectados la suspensión. Puesto que la Ley 29/1998 vincula la efectividad de la medida cautelar a la prestación de garantía (ésta además queda afecta durante un año al abono de los daños que la práctica de la medida hubiera podido ocasionar a la Administración o a los particulares afectados), resulta evidente la dificultad de concretar la cuantía de la caución, y si se concretase, de ser aportada por el recurrente.

En el marco normativo que se ha descrito brevemente, quien impugne un acto administrativo por considerar que se trata de una de las ayudas de Estado incluidas en el artículo 93.3 (88 nuevo) del Tratado CE, y pretenda que se adopte la medida cautelar de suspensión de su ejecución, deberá solicitarlo en el marco de un recurso contencioso-administrativo, que debe interponerse en los plazos previstos por el artículo 46 de la Ley 29/1998, estando legitimado para ello, razonando que el recurso perderá su finalidad legítima si no se adopta la medida solicitada, y señalando los intereses particulares y generales afectados.

4. ALGUNOS EJEMPLOS

Un ejemplo paradigmático de los problemas que el Juez Nacional debe enfrentar en un recurso de estas características lo ofrece la Sentencia dictada el 30 de septiembre de 1999 por la Sala de lo Contencioso-ad-

ministrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (recurso 3753/1996). En el fundamento jurídico segundo, la Sala hace notar:

«El recurso se inaugura con una cuestión de Derecho Comunitario Europeo de la que se hacen derivar consecuencias de Derecho interno, consistentes en la declaración de nulidad de pleno derecho de las Normas Forales combatidas... por haberse prescindido total y absolutamente del procedimiento establecido, por cuanto se habrían aprobado las mismas omitiendo el trámite previsto por el artículo 93.3 del Tratado CEE, de comunicación previa a la Comisión de todo proyecto de concesión de beneficios para las empresas susceptible de ser calificada como “ayuda de Estado”...»

La sentencia continúa planteándose la necesidad de concretar, en primer lugar, si ha de entrar en juego el efecto directo del artículo 93.3, y, en su caso, la calificación como ayudas de las medidas contenidas en la Norma impugnada.

La Sala reconoce que las normas generales, y no sólo las medidas concretas de reconocimiento o concesión formal de una ayuda, pueden ser consideradas actos sometidos a notificación, por lo que entra a examinar si las Normas litigiosas:

«han de quedar sujetas a la obligación de previa comunicación del indicado artículo en razón de ser calificables como consagradoras de un régimen de “ayudas de Estado” a favor de Empresas determinadas que falseen la competencia o amenacen falsearla».

La sentencia se plantea a continuación la necesidad, sugerida por la actora, de suscitar una decisión prejudicial al TJCE, lo que rechaza con el siguiente argumento:

«... en el presente caso, de los hechos y situaciones que dan cobertura al interés procesal de la asociación de empresarios riojanos y de las fundamentaciones que en Derecho constitucional se formulan en otros capítulos del recurso, se llega a la conclusión rotunda de que se está en presencia de un conflicto de Derecho netamente interno y resoluble por el juego de las propias normas y principios constitucionales y de legalidad ordinaria, excediendo de los intereses legitimantes y de las facultades concretas de dicha asociación suscitar una cuestión como la de la definición de las “ayudas de Estado”, que lo que ponen en conflicto hipotético es a la normativa tributaria vasca con la igualdad de trato, la libre competencia y el derecho de libre establecimiento por parte de las empresas comunitarias, y no con los principios y derechos fundamentales que los ciudadanos españoles pueden oponer al contenido de tales regulaciones fiscales...».

La Sala continúa exponiendo que de haber sido la Administración del Estado, garante ante la Unión Europea del cumplimiento de las obligaciones de los Tratados, quien obligada a acudir a los tribunales nacionales por razón del reparto constitucional de competencias, hubiera invocado la invalidez de las normas impugnadas, habría examinado y resuelto

la cuestión, con o sin sometimiento de cuestión prejudicial al TJCE. Y ello porque la cuestión en ese supuesto «incide en un claro interés de fiscalización y control interno ante la Comunidad Europea, y, de otro modo, se despojaría al Estado de todo mecanismo efectivo para poder cumplir sus compromisos». La sentencia concluye que no procede hacer pronunciamiento ni remisión prejudicial sobre la cuestión de las «ayudas de Estado».

Como se indicó más arriba, esta sentencia reconoce legitimación a un colectivo de empresarios para impugnar una norma foral, pero se la niega para plantear que tal norma constituye una ayuda de Estado en el sentido del artículo 93.3 (art. 88 nuevo) del Tratado.

En coherencia con el planteamiento expuesto, el mismo Tribunal, llegó a conclusiones diferentes en otros recursos, en los cuales la Administración del Estado impugnó unos concretos incentivos fiscales, con base, entre otros motivos, en la contradicción de las mismas con el Tratado CE.

El Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, por albergar dudas respecto de la interpretación del artículo 52 en relación con el apartado 1 del artículo 92 (art. 87 actual) del Tratado CE y considerar que la solución de los litigios precisaba una interpretación del Derecho comunitario, mediante tres autos de 30 de julio de 1997 acordó suspender el procedimiento (la impugnación de las llamadas «vacaciones fiscales») hasta que el TJCE se pronunciara con carácter prejudicial sobre si el régimen de incentivos establecido por las normas litigiosas pudiera resultar incompatible con los artículos 52 (43 nuevo) y 92.1 (87 nuevo) del TCE.

En el trámite de audiencia correspondiente (ante el TJCE), las demandadas en el procedimiento principal alegaron que las normas impugnadas son perfectamente compatibles con la normativa comunitaria en materia de ayudas de Estado. La representación del Gobierno español sostuvo que no cabe hablar de un sistema de ayudas, por la generalidad e indeterminación de los sujetos pasivos a quienes pueden afectar las medidas contenidas en las Normas Forales. La Comisión, por su parte, sostuvo que las medidas controvertidas constituyen ayudas de Estado, en el sentido del apartado 1 del artículo 92 (actual art. 87) del Tratado.

Es interesante señalar que la Comisión indicó que si no adoptó ninguna decisión respecto a la compatibilidad de las medidas litigiosas con el artículo 92 (87 actual) fue porque no le fueron notificadas; continuó señalando que el juez nacional no podrá declarar la incompatibilidad de las mismas basándose únicamente en la infracción del artículo 92.1 porque el mismo no tiene efecto directo; pero sí podrá garantizar a los justiciables que puedan alegar un incumplimiento de la obligación de notificación previa a la ejecución de las medidas, con todas las consecuencias, tanto en lo relativo a la validez de los actos que conlleven la ejecución de las medidas de ayuda, como a la devolución de las ayudas económicas concedidas.

El 1 de julio de 1999 el Abogado General presentó sus conclusiones en este recurso, y en las mismas se recoge que son medidas discriminatorias y que constituyen ayudas de Estado incompatibles con el mercado único.

En la fecha en que se redactan estas líneas, el TJCE no ha dictado sentencia, pero las actividades judiciales descritas han tenido consecuencias. En un artículo publicado en el número de julio 1999 de la revista *Forum fiscal de Bizkaia* el Abogado Javier Muguruza se preguntaba ¿qué implicará una sentencia en términos coincidentes con las conclusiones del Abogado General?, y contestaba: es previsible que la Comisión «exigiría la devolución de las cantidades dejadas de tributar en aplicación de los incentivos calificados como ayuda de Estado». Con un cierto tono profético concluía que sólo el desistimiento del recurso principal por parte de la Administración del Estado exoneraría al Tribunal Superior de Justicia de la obligación de dictar sentencia y de mantener la cuestión prejudicial.

El pasado 19 de enero de 2000 se hacía público el Acuerdo suscrito entre los ejecutivos central y autonómico vasco, que incluía la retirada de los recursos interpuestos por la Administración, 75 en total, contra los incentivos fiscales de las haciendas forales vascas, y el compromiso de éstas de retirar tales incentivos.

Esta reflexión no puede concluir sin poner de manifiesto que el juez nacional tiene competencias para controlar las ayudas de Estado: puede y debe velar porque se cumplan las obligaciones impuestas por el Tratado, y la configuración del proceso contencioso-administrativo por la Ley 29/1998 permite la impugnación de las medidas constitutivas de una ayuda ejecutada y no notificada o notificada y no autorizada.

LAS CONSECUENCIAS JURÍDICO-PRIVADAS DE LAS CONDUCTAS CONTRARIAS A LA LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA. APORTACIONES DE LA LEY 52/1999, DE 28 DE DICIEMBRE, DE REFORMA DE LA LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Francisco URÍA FERNÁNDEZ

Secretario General Técnico del Ministerio de Fomento ¹

1. LA DEFENSA DE LA COMPETENCIA. APROXIMACIÓN GENERAL

A la hora de abordar la reflexión sobre el papel de los órganos administrativos y judiciales respecto de los efectos jurídico-privados (nulidad e indemnización de los daños y perjuicios irrogados) de los actos contrarios a la legislación de defensa de la competencia el concepto de competencia y de defensa de la competencia del que se parta no es una cuestión en absoluto menor.

De hecho, la respuesta a la pregunta relativa al concepto y alcance de la defensa de la competencia puede determinar la solución al problema de cómo arbitrar un sistema eficaz de protección de los intereses particulares que se ven afectados por una conducta contraria a la libre competencia.

No ocurrirá así en el caso de que la respuesta consista en afirmar que la defensa de la competencia es un instrumento o mecanismo jurídico dirigido a garantizar un nivel suficiente de competencia en un determinado sector o mercado al objeto de que los procesos de formación de precios y el propio funcionamiento de aquéllos no puedan verse alterados artificialmente en perjuicio de unos u otros agentes económicos.

Una respuesta de éste o semejante tenor, siendo probablemente correcta, no determinaría mayores consecuencias respecto del modelo

¹ Este trabajo responde a la época en que, como Abogado del Estado destinado en la Secretaría de Estado de Economía, tuve la ocasión de colaborar con la Dirección General de Política Económica y Defensa de la Competencia en la elaboración del Anteproyecto de Ley de Defensa de la Competencia.

de protección de la libre competencia ni, por supuesto, en cuanto a los sistemas de garantía de los distintos intereses en conflicto (públicos y privados).

Si, en lugar de utilizar definiciones de carácter finalista a la hora de determinar el concepto de defensa de la competencia, se opta por realizar aproximaciones que tengan en cuenta su naturaleza, nos situaremos frente a dos propuestas que, aunque enfrentadas dialécticamente, tienen la nota común de que, una vez elegidas, resultará difícil optar por un modelo de defensa de la competencia y de protección de los derechos e intereses perjudicados que no sea el correspondiente a una aproximación iuspublicista o iusprivatista al derecho de la competencia.

Así, por un lado, si se responde a la cuestión planteada sosteniendo que la defensa de la competencia es, ante todo, una política económica, un instrumento de intervención del Estado en la economía², será coherente afirmar que el modelo de defensa de la competencia tendrá un carácter básicamente administrativo (sin perjuicio del control posterior a cargo de los órganos jurisdiccionales) teniendo la protección o restauración de los derechos de los particulares una importancia secundaria.

Por el contrario, si se pone el acento en la vertiente «privada» de la defensa de la competencia, es decir, si se la considera en primer término como un instrumento de protección de los derechos patrimoniales de agentes económicos determinados frente a la conducta ilícita de sus competidores, sin perjuicio de que la conexión con principios de gran importancia (con relevancia constitucional) como el de la libertad de empresa haga igualmente imposible negar la existencia de intereses públicos involucrados, será igualmente coherente proponer sistemas de tutela judicial de la competencia sin intervención previa de los órganos administrativos.

Esta diversidad de enfoques (podría incluso hablarse de una distinta «sensibilidad», de una distinta valoración de los intereses jurídicos en conflicto) explica la atención paralela que desde la doctrina mercantilista y la administrativista viene prestándose a la defensa de la competencia. Partiendo de la premisa anterior, la diversidad de perspectivas parece lógica.

Podría incluso hablarse de una tercera posibilidad, consistente en reconocer una importancia equivalente a los intereses públicos y privados que se ponen en juego como consecuencia de una infracción a la Ley de Defensa de la Competencia, postulando igualmente un «modelo mixto» de respuesta ante tal infracción: los intereses públicos se tutelarían por las Administraciones Públicas a través de la tramitación de los correspondientes procedimientos e imponiendo, si procediese, las sanciones previstas en la Ley, mientras que los intereses privados serían tutelados por

² Ésta es la posición sostenida que, desde la óptica del derecho administrativo, se han ocupado de la defensa de la competencia. Así, J. E. SORIANO GARCÍA, *Derecho Público de la Competencia*, Madrid, Idelco-Marcial Pons, 1998. L. CASES PALLARES, *Derecho Administrativo de la Defensa de la Competencia*, Madrid, Escola d'Administració Pública de Catalunya-Marcial Pons, 1995.

los Tribunales de Justicia, como sucede en los supuestos de competencia desleal.

Personalmente, me inclino por un enfoque «iuspublicista» de la defensa de la competencia, compartiendo la opinión de que ésta constituye, ante todo, una política económica, un instrumento de intervención del Estado en la economía.

De hecho, la defensa de la competencia es uno de los pocos instrumentos de intervención económica de los que podrá disponer el Estado en un momento en que, como consecuencia de la Tercera Fase de la Unión Económica y Monetaria, el Estado ha quedado desposeído de sus facultades tradicionales en política monetaria y ha visto considerablemente minorado su margen de actuación en materia fiscal y presupuestaria (como consecuencia del pacto de estabilidad).

No obstante lo anterior, no puede negarse que en la defensa de la competencia concurren tanto intereses públicos como privados de una forma probablemente inseparable, lo que pone en juego viejas y nuevas formas de actuación de los poderes públicos.

Tratando de superar este debate, puede ser conveniente destacar que la contraposición o concurrencia de intereses públicos y privados no se produce del mismo modo, ni provoca los mismos efectos, en los distintos procedimientos previstos en la Ley de Defensa de la Competencia. Así, no cabe duda de la enorme repercusión que sobre los intereses generales pueden tener procesos de concentración económica de la magnitud de los que vienen produciéndose desde enero de 1999, ahora sujetos a un oportuno régimen de notificación obligatoria desde abril del pasado año. Al fijar umbrales como instrumento técnico para delimitar la competencia de los órganos administrativos para el análisis de dichos procesos, el legislador reconoce tácitamente que las concentraciones que no alcanzan los umbrales no afectan a los intereses generales sino, exclusivamente, a los particulares.

Por el contrario, no existe una delimitación similar en los demás procedimientos previstos en la Ley de Defensa de la Competencia, lo que podría hacernos pensar que el legislador considera aquí que los intereses generales se ven afectados en todos los supuestos de infracción de la Ley. Esta interpretación es inexacta. Lo que sucede en estos casos es que su propia heterogeneidad impide la utilización de sistemas objetivos de delimitación, obligando a los órganos administrativos a decidir en función de las concentras circunstancias del supuesto. Ésta es la razón de ser de la «regla de minimis» a la que posteriormente se hará referencia. Aplicando esa regla, prevista en el artículo 1.3 LDC, los órganos competentes podrán discernir entre la existencia o inexistencia de intereses públicos concernidos, dejando la competencia en manos de la Justicia civil en el segundo caso.

En cualquier caso, y con independencia de la postura que se adopte respecto del debate comentado, no cabe duda en cuanto al papel que,

como regulador, corresponde al Estado en materia de defensa de la competencia. Como legislador, el Estado debe ser coherente con los principios constitucionales involucrados (libertad de empresa, unidad de mercado...), como recientemente ha hecho al aprobar una reforma de la Ley de Defensa de la Competencia de 1989 mediante la Ley 52/1999, de 28 de diciembre. El mismo imperativo de coherencia obliga al legislador a convertir la defensa de la competencia en una referencia inexcusable en la legislación sectorial en las diversas materias (telecomunicaciones, energía, transportes...).

Por otra parte, el Estado, en tanto que responsable (junto con las Comunidades Autónomas, según ha aclarado la reciente Sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de noviembre de 1999) de la ejecución de esa política de defensa de la competencia, tiene el deber de reaccionar jurídicamente frente a las conductas contrarias a dicha legislación, de modo que los órganos administrativos competentes (Servicio y Tribunal de Defensa de la Competencia) puedan tramitar los procedimientos administrativos que conducirán a la adopción de medidas cautelares y, en última instancia, a la imposición de sanciones administrativas.

Pero lo anterior no basta. Los particulares no encuentran satisfacción suficiente con la actuación administrativa tal y como hasta el momento ha quedado descrita, por cuanto no alivia ni repara en medida alguna el daño sufrido por quien ha sido víctima o perjudicado por conductas contrarias a la legislación de defensa de la competencia. El Estado debe proporcionar, en consecuencia, sistemas eficaces de protección de los derechos e intereses de los particulares, de modo que éstos puedan obtener una tutela efectiva de unos y otros.

En nuestro derecho tradicional, y la reforma de la Ley de Defensa de la Competencia no ha introducido mayor novedad en este planteamiento, ese sistema complementario de protección de los derechos individuales ha tenido una naturaleza jurisdiccional.

El particular tenía derecho a recurrir a los órganos administrativos para denunciar las conductas que considerase contrarias a la Ley de Defensa de la Competencia, lo que podía provocar la adopción de medidas cautelares y, en última instancia, la imposición de sanciones administrativas al infractor, pero, para obtener reparación por los daños y perjuicios irrogados, debía dirigirse a los órganos competentes del orden jurisdiccional civil.

Al objeto de evitar contradicciones entre órganos administrativos y judiciales e, incluso (dada la competencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo para conocer de las cuestiones planteadas en materia de defensa de la competencia en vía revisora) entre órganos jurisdiccionales, nuestra Ley de Defensa de la Competencia ha venido optando por un sistema que SORIANO GARCÍA³ denomina con acierto de «pre-

³ J. E. SORIANO GARCÍA, *Derecho Público de la Competencia*, op. cit., p. 522.

judicialidad administrativa», en el cual la completa tramitación de la vía administrativa (incluida la fase jurisdiccional contencioso-administrativa) se convierte en condición previa imprescindible para el acceso a la tutela civil.

Este sistema compagina acertadamente la protección de los intereses públicos y privados por lo que, en un plano teórico, debe realizarse una valoración positiva, como ha reconocido recientemente MARTÍNEZ LAGE⁴. No obstante, como más adelante se verá, el sistema se caracteriza por provocar un acceso muy tardío a la justicia civil con lo que la protección de los intereses privados dista mucho de ser eficaz.

Tratando de mejorar los mecanismos de protección de los derechos privados, la elaboración del Anteproyecto de Ley de Reforma de la Ley de Defensa de la Competencia abrió una reflexión en torno a la admisibilidad de nuevas formas de actuación administrativa en materia de defensa de la competencia y, más concretamente, sobre la posible asunción de funciones de carácter civil por parte los órganos administrativos encargados de la defensa de la competencia, de modo que éstos pudiesen pronunciarse no ya sólo sobre la existencia o inexistencia de la conducta prohibida, sino sobre las consecuencias jurídicas de la misma, incluyendo la declaración de nulidad de los acuerdos y el resarcimiento de los daños y perjuicios irrogados.

En el polo opuesto, y como igualmente se expondrá, surgen voces autorizadas que abogan por disociar las consecuencias jurídico-públicas y jurídico-privadas de la infracción de las normas de competencia, consintiendo que la tutela de los derechos e intereses de esta naturaleza pudiera solicitarse directamente ante los órganos de la jurisdicción ordinaria sin necesidad de agotar previamente la vía administrativa.

A continuación, trataré de exponer las razones que justificaron el mantenimiento del sistema tradicional de prejudicialidad administrativa con ocasión de la reciente reforma de la Ley de Defensa de la Competencia.

En segundo lugar, analizaré alguna de las alternativas que se consideraron durante la elaboración del anteproyecto de Ley, exponiendo los fundamentos jurídicos que hubieran podido respaldar una opción «administrativa» en cuanto a la determinación de las indemnizaciones a satisfacer por los autores de las infracciones en materia de defensa de la competencia a quienes resultaron perjudicados como consecuencia de las mismas.

Por último, trataré de situar la cuestión relativa al reparto de competencias entre órganos administrativos y judiciales en materia de defensa de la competencia en un contexto más amplio, en el que se tengan en

⁴ S. MARTÍNEZ LAGE, «Comparecencia ante la Comisión de Economía del Congreso de los Diputados el día 20 de octubre de 1999 en relación con la tramitación del Proyecto de Ley de Reforma de la Ley de Defensa de la Competencia», *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, núm. 778/1999, p. 23082.

cuenta otros aspectos de la Ley de Defensa de la Competencia y de otras leyes que pueden tener una gran relevancia para la solución final del problema que nos ocupa.

2. LAS CONSECUENCIAS DE LA INFRACCIÓN DE NORMAS LEGALES EN EL DERECHO CIVIL. DESCRIPCIÓN GENERAL

Las normas jurídicas se estructuran en un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica, entre los que existe un vínculo determinado por los valores imperantes en una comunidad en un concreto momento histórico. La atribución a un supuesto de hecho de una consecuencia jurídica favorable o desfavorable viene determinada por la valoración positiva o negativa de una conducta por parte del legislador.

De acuerdo con este planteamiento, DÍEZ-PICAZO y GULLÓN⁵ clasifican los efectos esenciales de las normas jurídicas del siguiente modo:

1. Existe, en primer lugar, el deber jurídico de cumplimiento o de observancia de la previsión establecida por la norma (deber jurídico de cumplimiento de la norma).

2. Existe, en segundo lugar, un repertorio de consecuencias que el ordenamiento jurídico liga a la falta de cumplimiento del deber primario de observancia (eficacia sancionadora de las normas).

3. En tercer lugar, la norma acota una porción de la realidad social y en cuanto planea para ella un determinado orden jurídico, la transmuta o convierte en realidad jurídica (eficacia constitutiva de las normas).

Centrándonos en las consecuencias que el ordenamiento jurídico vincula a la falta de observancia de las normas (eficacia sancionadora) debemos aclarar que se utiliza un concepto de sanción más amplio que el habitual en el Derecho penal o el Derecho administrativo. Siguiendo nuevamente a DÍEZ-PICAZO y GULLÓN⁶, hemos de entender comprendidos en un concepto amplio de sanción no sólo a las sanciones penales y administrativas sino también a todas aquellas consecuencias (desfavorables) que acarrea para el infractor el acto antijurídico, englobándose en esa categoría, además de las citadas, la ejecución forzosa, el resarcimiento o la reparación de los daños y perjuicios y la nulidad de los actos y negocios jurídicos que constituye la forma de sanción de carácter general en materia civil.

Dice el artículo 6.3 del Código Civil que «los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención».

La regla general de nulidad de los actos y negocios jurídicos contrarios a las normas imperativas es coherente con la limitación que al principio

⁵ L. DÍEZ PICAZO y A. GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, vol. I, Madrid, Tecnos, 1984, p. 198.

⁶ L. DÍEZ PICAZO y A. GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, op. cit., pp. 210 y 211.

de autonomía de la voluntad impone el artículo 1.255 del Código Civil al establecer el respeto a la Ley como su restricción más severa.

No obstante, y como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 6.3 del Código Civil, ha de acudirse a la legislación aplicable en cada caso para determinar la efectiva existencia de contradicción entre el acto y la norma, la imposibilidad de una conciliación por vía interpretativa y la propia nulidad del acto como consecuencia de la infracción.

En cuanto al resarcimiento de los daños y perjuicios, es una regla general Del derecho de las sociedades avanzadas, respaldada por el más general principio de justicia, que el sujeto, público o privado, que causa un daño a otro que éste no tenga el deber jurídico de soportar queda obligado a satisfacer una indemnización por los daños y perjuicios irrogados.

Con carácter general, nuestro Derecho reconoce la posibilidad de que puedan surgir obligaciones entre sujetos que previamente no sostenían relaciones jurídicas entre sí como consecuencia de determinados acontecimientos, independientes o no de la voluntad de una o de las dos partes, susceptibles de provocar perjuicios a alguna de ellas.

Así, junto a las obligaciones derivadas de las relaciones contractuales, y por exigencia del principio de seguridad jurídica, surge el deber legal de responder por los daños y perjuicios causados como consecuencia de actos y omisiones ilícitos, o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia, en la expresión del artículo 1.089 de nuestro Código Civil. Este precepto reconoce, como es sabido, que dichos actos y omisiones son capaces de provocar el nacimiento de obligaciones de la misma intensidad que las que tienen su origen en la Ley o en los contratos.

La respuesta del ordenamiento jurídico frente a conductas contrarias a la Ley no es unitaria. Aquellas agresiones más intolerables, por afectar a bienes jurídicos básicos para la comunidad y, en consecuencia, tipificadas como infracción criminal (delito o falta) en la legislación penal, encuentran respuesta en el catálogo de sanciones contenido en el Código Penal. Así lo establece expresamente el artículo 1.092 del Código Civil.

Por el contrario, respecto de otras infracciones del ordenamiento jurídico, y por indicación del artículo 1.093 del Código Civil, habrá de estarse a lo que en cada caso disponga la legislación especial aplicable al supuesto de que se trate y, supletoriamente, al Capítulo II, del Título XVI del Libro V del propio Código Civil.

En todo caso, el precepto clave en la materia es el artículo 1.902 del Código Civil que, como es sabido, sanciona la denominada responsabilidad extracontractual. El precepto establece que «el que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado».

El origen de la responsabilidad extracontractual se encuentra en la realización de actos u omisiones en que intervenga culpa o negligencia,

sin que pueda predicarse ni excluirse genéricamente la simultánea existencia de una vulneración del ordenamiento jurídico. La concurrencia de esta circunstancia calificará normalmente la responsabilidad agravándola e, incluso, dando lugar a la aplicación simultánea de normas administrativas y civiles, pero no altera la existencia de una responsabilidad extracontractual, nítidamente diferenciada de las obligaciones legales. No es en estos supuestos la voluntad del legislador, sino la de los agentes intervinientes y el daño por éstos producido, la que provoca el nacimiento del deber de reparación.

La responsabilidad extracontractual a que se refiere el artículo 1.902 del Código Civil no tiene un carácter objetivo, salvo que una disposición legal disponga lo contrario, excluyéndose expresamente en los supuestos de caso fortuito o fuerza mayor (art. 1.105 del Código Civil).

De acuerdo con lo hasta aquí expuesto, podríamos concluir con la afirmación de que la existencia de prácticas, conductas, acuerdos o contratos contrarios a la Ley provoca, de acuerdo con nuestro Derecho civil, los siguientes efectos:

1. La nulidad radical de tales actos, acuerdos o contratos.
2. La existencia de un deber de reparación de los daños y perjuicios irrogados a terceros. No encontrándose éstos vinculados por las cláusulas del contrato, ni existiendo un deber de soportar dichos perjuicios, surgirá el derecho a reclamar una indemnización por los daños que hubieren padecido.
3. Entre las partes contratantes se estará a lo dispuesto en el artículo 1.306 del Código Civil.

3. LA NULIDAD DE LOS ACTOS Y ACUERDOS CONTRARIOS A LA LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

El efecto de nulidad radical que nuestro ordenamiento jurídico anuda a la vulneración de las normas imperativas es aplicable a la infracción de lo dispuesto en la Ley de Defensa de la Competencia. No quiere con ello decirse que exista una equiparación entre ilícito civil y conducta contraria a la Ley de Defensa de la Competencia. De hecho, como recuerda SORIANO GARCÍA ⁷, el ámbito de lo ilícito desde el punto de vista del Código Civil no es enteramente coincidente con el de la Ley de Defensa de la Competencia, como demuestra el supuesto de los acuerdos de fijación de precios, irreprochables desde una perspectiva puramente civil y, sin embargo, prohibidos por el artículo 1 LDC.

En cualquier caso, y realizando la remisión prevista en el artículo 6.3 del Código Civil para la determinación de los efectos de la contravención de las normas jurídicas, hemos de acudir a la Ley de Defensa de la Competencia para concretar cuáles son los efectos de su infracción.

⁷ J. E. SORIANO GARCÍA, *Derecho Público de la Competencia*, op. cit., p. 522.

Así, el artículo 1.2 LDC determina la nulidad de pleno derecho de los acuerdos, decisiones y recomendaciones que, estando prohibidos en virtud de lo dispuesto en el número 1 de ese precepto no estuvieran amparados por las exenciones previstas en la Ley.

Es importante resaltar que se trata de una nulidad radical, no susceptible, en consecuencia, de subsanación, convalidación o acto sanatorio de especie alguna, y que, como es propio de los supuestos de nulidad de pleno derecho, no precisa de la declaración judicial sino a los solos efectos de destruir la apariencia de legalidad que anteriormente hubiera podido producirse, ya que la nulidad propiamente dicha es automática, careciendo el pronunciamiento judicial de eficacia constitutiva.

Este matiz puede revestir cierta relevancia por cuanto, en rigor, no es el órgano jurisdiccional civil quien determina la nulidad de tales acuerdos, decisiones y recomendaciones sino la propia Ley de Defensa de la Competencia. Una vez declarada la existencia de una conducta prohibida por parte de los órganos administrativos de defensa de la competencia la nulidad se produce por ministerio de la Ley teniendo el pronunciamiento judicial una eficacia puramente declarativa.

Esta última consideración podría abrir la posibilidad de que fuesen los órganos administrativos —sin perjuicio de la posterior revisión por el orden jurisdiccional competente— quienes efectuasen, no ya una declaración de nulidad, sino una declaración de aplicabilidad del artículo 1.2 LDC. También podría sostenerse que esa declaración de nulidad tuviera un alcance más limitado que el de las resoluciones judiciales de análogo contenido, aproximándose más a una inoponibilidad respecto de terceros de los actos o acuerdos, unido a un mandamiento dirigido a los partícipes en las conductas en el sentido de que se agotasen los efectos de los acuerdos o prácticas prohibidas.

En cualquier caso, no cabe ninguna duda sobre el efecto de nulidad radical que se proyecta sobre los acuerdos, decisiones o recomendaciones respecto de los que se realiza un pronunciamiento de ilicitud por parte de los órganos de defensa de la competencia (en el supuesto de que éste fuese confirmado, posteriormente, ante los órganos del orden contencioso-administrativo).

4. LA INDEMNIZACIÓN DE LOS DAÑOS Y PERJUICIOS IRROGADOS COMO CONSECUENCIA DE ACUERDOS, DECISIONES O RECOMENDACIONES PROHIBIDAS

A diferencia de lo que sucede con la declaración de nulidad, la Ley de Defensa de la Competencia no efectúa un pronunciamiento expreso sobre la existencia de un deber de indemnización de los daños y perjuicios irrogados a terceros como consecuencia de acuerdos, decisiones y recomendaciones prohibidas.

No obstante, esta conclusión es inevitable, tanto en virtud de los preceptos del Código Civil que han sido previamente analizados, como por lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley de Defensa de la Competencia, cuando declara que las sanciones en materia de defensa de la competencia se entenderán sin perjuicio de otras responsabilidades previstas por la Ley y que la acción de resarcimiento de daños y perjuicios, fundada en la ilicitud de los actos prohibidos por la LDC, podrá ejercitarse por los que se consideren perjudicados de acuerdo con lo previsto en las leyes civiles.

De lo dispuesto en el artículo 13, y sin perjuicio de las cuestiones competenciales y procedimentales a que se hará posterior referencia, se desprende la existencia de un doble ámbito de responsabilidad derivado de la comisión de actos ilícitos desde el punto de vista de la defensa de la competencia.

Por un lado, existirá un procedimiento administrativo, de naturaleza sancionadora, que determinará la existencia de una conducta prohibida y, por consiguiente, de una infracción a la Ley de Defensa de la Competencia con la imposición de la sanción que en cada caso proceda.

Por otra parte, los perjudicados podrán ejercitar, de acuerdo con las leyes procesales civiles, las acciones de resarcimiento que entiendan procedentes en derecho, al objeto de obtener reparación por los daños y perjuicios que se les hubiesen irrogado como consecuencia de acuerdos, decisiones y recomendaciones prohibidas.

Una y otra responsabilidad tienen, tal y como ya afirmábamos con carácter general al analizar la normativa contenida en el Código Civil, una distinta naturaleza, pública y privada, que determina la aplicación de normas jurídicas igualmente diferenciadas por parte de órganos también distintos.

Ambas responsabilidades no se presentan siempre de forma conjunta. De hecho, y al margen de su común presupuesto fáctico —la existencia de un acuerdo, decisión o recomendación contrario a la Ley de Defensa de la Competencia—, sería imaginable la existencia de una conducta prohibida, así declarada por los órganos de defensa de la competencia, que diera lugar a la imposición de las correspondientes sanciones y que, sin embargo, no conllevara la existencia de un deber de reparación, bien por no haberse acreditado la efectiva existencia de un daño o perjuicio, bien por no haber incurrido el perjudicado en algún defecto formal al articular su pretensión.

Más difícil de imaginar sería la existencia de una conducta ilícita que no conllevara sanción administrativa y sí una respuesta civil en forma de deber de resarcimiento. No obstante, sí es concebible un supuesto en que tal disociación se produzca en el caso de conductas a las que los órganos de defensa de la competencia apliquen la «regla de minimis» prevista en el artículo 1.3 de la Ley (es decir, inadmitan una denuncia o, practicadas algunas actuaciones, acuerden su sobreseimiento).

En estos casos, ante la inhibición de los órganos de defensa de la competencia por la inexistencia de un efecto relevante de la conducta sobre un determinado sector o mercado, y la correlativa inexistencia de una sanción administrativa, el particular perjudicado acudirá ante los órganos de la jurisdicción ordinaria y serán éstos quienes se pronunciarán respecto de la existencia o inexistencia de ilicitud, sus consecuencias sobre la validez de los acuerdos, decisiones y recomendaciones y la existencia de un deber de resarcimiento. Se produciría, así, también en este caso, una disociación entre sanción administrativa y responsabilidad civil que contribuye a ilustrar la distinta naturaleza y fundamento de una y otra.

En este mismo sentido, es conveniente la cita de la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 18 de diciembre de 1991 en la que se afirmó que el artículo 1 de la LDC establece unos límites a la autonomía de la voluntad inspirados en la defensa de la competencia en cuanto principio ordenador del mercado, cuya transgresión, a más de constituir una infracción administrativa susceptible de sanción —art. 10— hace al acuerdo nulo de pleno derecho —art. 1.2.

Como recuerda CASES⁸, esta percepción distinta en el orden administrativo y en el civil de unos mismos hechos o conductas ha sido considerada aceptable por el Tribunal Constitucional, aunque no en esta materia, sino en materia de arrendamientos urbanos.

No obstante, no puede negarse que existe un límite a la compatibilidad de ambas jurisdicciones. En una expresión ya acuñada jurisprudencialmente, nada puede ser y no ser al mismo tiempo. Es decir, puede existir un distinto enfoque entre el orden jurisdiccional civil y los órganos administrativos a la hora de interpretar una norma jurídica, pero esa divergencia no puede llegar hasta el extremo de que un orden afirme un hecho que el otro niega. En este sentido, no debe olvidarse que la delimitación de lo fáctico y lo jurídico no siempre es sencilla y existen cuestiones clave en materia de defensa de la competencia (como la determinación del mercado relevante) en la que el riesgo de un pronunciamiento contradictorio entre los distintos órganos competentes se hace particularmente evidente.

5. COMPETENCIA Y PROCEDIMIENTO PARA LA DECLARACIÓN DE NULIDAD DE LOS ACUERDOS, DECISIONES Y RECOMENDACIONES PROHIBIDAS Y LA EXIGENCIA DE RESPONSABILIDAD POR LOS DAÑOS Y PERJUICIOS IRROGADOS

No son, a la luz de lo expuesto, los aspectos conceptuales relativos a la existencia de nulidad radical o el deber de indemnización, los que suscitan problemas de interpretación y aplicación de la legislación de defensa de la competencia.

⁸ L. CASES PALLARES, *Derecho Administrativo de la Defensa de la Competencia*, op. cit., p. 275.

Los problemas que se plantean son fundamentalmente prácticos y responden a la adecuación del sistema vigente para dar respuesta eficaz a las pretensiones de los particulares tendentes a la reparación de los daños de todo orden provocados como consecuencia de la existencia de conductas prohibidas.

En general, la aplicación de la normativa de defensa de la competencia puede hacerse a través de tres grandes sistemas:

- a) Sistema judicializado o judicial puro en el que la defensa de la competencia queda en manos de los particulares, a través de la interposición de demandas en que se ejerciten las correspondientes acciones civiles ante los órganos jurisdiccionales competentes.
- b) Sistema administrativo puro en el que la aplicación de la legislación de defensa de la competencia se encomienda, exclusivamente, a órganos de naturaleza administrativa.
- c) Sistemas mixtos, en los que la aplicación de la legislación de defensa de la competencia se realiza tanto por órganos administrativos como por órganos jurisdiccionales.

La realidad es que en un Estado de derecho, caracterizado, entre otras cosas, por la existencia de un control jurisdiccional de la actuación administrativa, no es sencillo pensar en sistemas administrativos puros, a menos que entendamos por tales no solamente aquellos en que la aplicación de la legislación de defensa de la competencia se realiza por órganos administrativos sino también los casos en que la revisión de las resoluciones adoptadas por aquéllos corresponde a un orden jurisdiccional especializado (contencioso-administrativo, en nuestro caso) y no al que naturalmente correspondería el conocimiento de cuestiones de esta índole en un sistema judicial puro (orden jurisdiccional civil).

Así pues, en la práctica, las alternativas son: atribuir en exclusiva la protección de la defensa de la competencia a órganos judiciales o, por el contrario, atribuirlos a los órganos administrativos con participación, en todo caso, de los órganos jurisdiccionales, bien limitada a la revisión de la actuación de aquéllos, bien comprensiva de la competencia para conocer autónomamente de las pretensiones ejercitadas por los particulares en determinados casos.

Como hemos adelantado al comienzo de este trabajo, la defensa de la competencia tiene una doble vertiente —pública y privada— que aconseja optar por sistemas aplicativos de carácter mixto.

Por un lado, no cabe duda de la existencia de un interés público concernido por la defensa de la competencia y vinculado a principios constitucionales como el de la libertad de empresa o la economía de mercado. Los efectos negativos que sobre los mecanismos de formación de los precios e, incluso, para la propia supervivencia de las empresas tienen las prácticas colusorias justifican la continua vigilancia por parte de las Administraciones Públicas.

La Exposición de Motivos de la recientemente aprobada Ley 52/1999, de 28 de diciembre, de reforma de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, es ciertamente significativa en el sentido apuntado cuando dice que «la profundización en el proceso de liberalización de los mercados que afronta la economía española hace necesario potenciar una política de defensa de la competencia, que garantice la efectividad del esfuerzo liberalizador, evitando que el comportamiento de los operadores económicos desvirtúe el adecuado funcionamiento de los mercados y prive a los consumidores de sus ventajas».

La existencia de mecanismos que permitan al Estado introducir medidas (no sólo legislativas) incentivadoras y protectoras de la libre competencia y de órganos de la Administración encargados de velar por el respeto a la libre concurrencia como interés público es, pues, a nuestro juicio, irrenunciable.

No obstante, los intereses públicos afectados por la defensa de la competencia no deben ser confundidos con otros intereses de no menor relevancia, igualmente públicos, y que gozan, incluso, de reconocimiento constitucional, como la defensa de consumidores y usuarios. Parece conveniente destacar que la política de defensa de la competencia, a pesar de sus efectos beneficiosos para los consumidores, debe ser radicalmente diferenciada de los instrumentos de tutela y protección de los intereses de aquéllos.

Por otro lado, la competencia tiene también una indiscutible dimensión privada. De hecho, los problemas de competencia se plantean siempre entre operadores económicos eventualmente perjudicados por la existencia de conductas contrarias a la libre competencia.

Por ello, los poderes públicos deben garantizar a los operadores económicos sistemas tuitivos eficaces de sus derechos frente a las agresiones que puedan sufrir como consecuencia de la conducta de otros agentes. Estos sistemas de protección no pueden agotarse en la adopción de medidas cautelares paralizadoras de las conductas anticompetitivas, o en la imposición de sanciones administrativas sino que igualmente debe garantizarse la satisfacción de los daños y perjuicios irrogados.

Piénsese en el caso de que la gravedad de la práctica contraria a la competencia haya sido tal que haya provocado la expulsión del mercado de un operador económico que se ha visto obligado así a cesar en su actividad por cualquiera de las vías que el Derecho contempla (quiebra, suspensión de pagos, disolución/liquidación...). En estos casos, es obvio que ni la adopción de medidas cautelares ni la imposición al infractor de una sanción administrativa (una multa) beneficiarán en nada al perjudicado, planteándose igualmente la duda relativa a si el rigor de la multa será suficiente como para compensar el beneficio provocado por la desaparición del competidor. En este sentido, debe destacarse la eficacia «disuasoria» del respeto a una regla de proporcionalidad entre el beneficio ya obtenido o previsible y la cuantía de la sanción. Por el con-

trario, la desproporción entre el beneficio y la sanción se convierte en un estímulo para el agresor a la libre competencia.

La distinción entre los dos planos (público y privado) implicados en la defensa de la competencia puede encontrarse en la práctica generalidad de la doctrina española. A título de ejemplo puede mencionarse la opinión de SORIANO GARCÍA⁹ cuando recuerda que el Tribunal de Defensa de la Competencia tiene por función la protección del mercado como institución del sistema económico y no la satisfacción concreta de intereses de particulares por lo que las pretensiones de éstos de obtener una indemnización por los daños y perjuicios no pueden ejercitarse ante él.

La forma de distribución de competencias entre órganos administrativos y judiciales ante las diversas cuestiones derivadas de los actos contrarios a la Ley de Defensa de la Competencia viene definida básicamente por lo dispuesto en el apartado dos del artículo 13 LDC cuando dice que «la acción de resarcimiento de daños y perjuicios, fundada en la ilicitud de los actos prohibidos por esta Ley, podrá ejercitarse por los que se consideren perjudicados, una vez firme la declaración en vía administrativa y, en su caso, jurisdiccional». Es importante destacar que el precepto no condiciona el acceso a la jurisdicción ordinaria para obtener la declaración de nulidad prevista en el artículo 1.2 LDC, como tampoco lo hace ningún otro precepto de la Ley.

Así pues, y como afirman PETITBÓ y BERENGUER¹⁰, dado el carácter excepcional de toda limitación en el acceso a la jurisdicción, debe forzosamente concluirse que, frente a la interposición de una demanda exclusivamente encaminada a lograr la declaración de nulidad ex artículo 1.2 LDC y que no conlleve el ejercicio de una acción de resarcimiento de los daños y perjuicios presuntamente irrogados, no cabría interponer excepción de clase alguna por la parte demandada y, desde luego, no existiría fundamento legal para afirmar la existencia de una «prejudicialidad administrativa» análoga a la prevista en el artículo 13 LDC.

En consecuencia, y en lo referente a la declaración de nulidad derivada de la infracción del artículo 1 LDC, el legislador ha optado, al menos, aparentemente, por un sistema mixto de aplicación del Derecho de la competencia.

Las consecuencias procesales de lo dispuesto en el artículo 13 LDC respecto de las acciones de resarcimiento de daños y perjuicios fundadas en la infracción de la normativa de defensa de la competencia quedaron expresadas, con tanta claridad como contundencia, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de diciembre de 1993, cuyo fundamento de Derecho tercero, tras afirmar la incompetencia de los órganos jurisdiccionales para conocer, *prima facie*, de cuestiones relativas a la aplicación del Dere-

⁹ J. E. SORIANO GARCÍA, *Derecho Público de la Competencia*, op. cit., p. 521.

¹⁰ A. PETITBÓ JUAN y L. BERENGUER FUSTER, «La aplicación del Derecho de la competencia por órganos judiciales y administrativos», *Anuario de Defensa de la Competencia 1998*, Madrid, Fundación ICO-Marcial Pons, 1998, p. 49.

cho de la competencia, condicionaba el ejercicio de acciones civiles encaminadas a la obtención de una indemnización de los daños y perjuicios irrogados a la previa existencia de una resolución firme del Tribunal de Defensa de la Competencia (en su caso, de la Comisión Europea) en que se haya declarado la existencia de las prácticas restrictivas de la competencia prohibidas, de las que nacen los daños y perjuicios cuyo resarcimiento se pide, constituyendo, por tanto, esa resolución un requisito de procedibilidad para el ejercicio de la acción indemnizatoria cuya falta impide a los juzgados y tribunales entrar en el conocimiento de las mismas, sin que sea admisible la interposición de demandas *ad cautelam* y para el caso de que el Tribunal de Defensa de la Competencia declare la existencia de esas prácticas restrictivas prohibidas.

Las consecuencias prácticas de este sistema han sido puestas de manifiesto con particular realismo por Antonio CREUS¹¹ cuando, tras describir el largo proceso que debe seguir un particular para lograr la satisfacción de una indemnización de daños y perjuicios por actos prohibidos por la Ley de Defensa de la Competencia, finaliza afirmando que «en resumen, y caricaturizando la situación, se requiere un procedimiento administrativo y dos judiciales (uno ante la jurisdicción contencioso-administrativa para la revisión de la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia y otro ante el orden jurisdiccional civil para ejercitar la acción de resarcimiento), esto es, dos resoluciones favorables a los intereses de los afectados por parte de los órganos administrativos, y entre 4 y 5 de órganos jurisdiccionales, para finalmente verse resarcidos por los daños sufridos. Con el añadido de que en varios de dichos supuestos, por no decir en todos, debemos esperar que se nos dé la razón, sin duda ante los de la última instancia».

Todo ello lleva, en opinión del autor precitado, a que «el tiempo que tardaría la indemnización en el supuesto más positivo no sería inferior a los diez años y posiblemente sean quince o más. Estos plazos se verían aumentados si el SDC o el TDC no recogen la solicitud de la parte afectada por la restricción, esto es el denunciante».

La mejor prueba de lo acertado del diagnóstico realizado es la de que, hasta el día de la fecha, y salvo error de quien suscribe, nadie ha conseguido recorrer el tortuoso camino descrito obteniendo en sede civil la satisfacción de los daños y perjuicios irrogados como consecuencia de conductas previamente consideradas prohibidas por los órganos de defensa de la competencia. Teniendo en cuenta que acaban de transcurrir los diez primeros años de vigencia de la Ley de Defensa de la Competencia, se evidencia el realismo de la descripción que acaba de realizarse.

Ante este estado de cosas, no parece descabellado afirmar que nuestro sistema de garantía de la competencia es adecuado y eficaz desde el punto de vista de la protección de los intereses generales por cuanto permite

¹¹ A. CREUS, «La privatización del Derecho de la Competencia», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 200, abril/mayo 1999, p. 56.

reaccionar en plazos razonables frente a las agresiones más intolerables frente a la libre competencia, en la doble dimensión de la adopción de medidas cautelares y la imposición de sanciones administrativas.

Por el contrario, el sistema de la Ley de 1989 distaba mucho de ser eficaz en cuanto a la protección de los derechos singulares de los operadores económicos, cuyas posibilidades de obtener un resarcimiento por los daños y perjuicios sufridos en un plazo razonable parecían, ciertamente, escasas.

Ante esta realidad, el Anteproyecto de Ley de Reforma de la Ley de Defensa de la Competencia elaborado por el Ministerio de Economía y Hacienda, a iniciativa de la Dirección General de Política Económica y Defensa de la Competencia, trató de alterar el sistema previsto en la Ley de 1989.

Las alternativas de reforma, tal y como las ha sistematizado CASES¹², se encontraban, por un lado, en lo que denomina «la solución alemana», en que se reconoce la plena jurisdicción al juez civil para determinar la existencia de los daños y perjuicios por infracción de las normas de la competencia y la «solución de Derecho público» que consiste en atribuir a los órganos de defensa de la competencia (Tribunal de Defensa de la Competencia) la capacidad para fijar los daños y perjuicios ocasionados por la acción infractora.

La realidad es que éstas fueron las opciones que se plantearon durante la elaboración de los anteproyectos de la Ley de Defensa de la Competencia.

Es evidente que una primera opción de reforma hubiera consistido en permitir que los órganos de la jurisdicción ordinaria conociesen directamente de las pretensiones relativas a las consecuencias civiles de la infracción de la normativa de defensa de la competencia.

Sin embargo, teniendo en cuenta cuál había sido la posición del Tribunal Supremo sobre el particular, y el riesgo de que pudieran pronunciarse resoluciones que contuviesen interpretaciones contradictorias de la Ley de Defensa de la Competencia entre órganos jurisdiccionales y administrativos, no se consideró conveniente permitir el acceso directo a los órganos jurisdiccionales para solicitar una indemnización de daños y perjuicios cuando ésta tuviese como presupuesto la declaración de que se había cometido una infracción a la Ley de Defensa de la Competencia, sin el previo planteamiento de la cuestión principal ante los órganos previstos en la Ley 16/1989.

El riesgo de contradicción se puso de manifiesto durante la tramitación del Proyecto de Ley de Reforma de la Ley de Defensa de la Com-

¹² L. CASES PALLARES, «Comparecencia ante la Comisión de Economía del Congreso de los Diputados el 20 de octubre de 1999 en relación con el proyecto de ley de reforma de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de defensa de la competencia», *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, núm. 778, 1999.

petencia por parte de MARTÍNEZ LAGE¹³ al afirmar ante la Comisión de Economía del Congreso de los Diputados que una solución que pasase por la atribución a los órganos del orden jurisdiccional civil de competencias de aplicación de los artículos 1 y 6 de la Ley, aunque pudiera permitir una ganancia de tiempo, podría provocar resoluciones contradictorias de los órganos administrativos y judiciales de suerte que una misma conducta fuese considerada contraria a la normativa de defensa de la competencia en una sede y no legítima en la otra.

Para evitar esos riesgos, y como apuesta por el desarrollo de los órganos administrativos de defensa de la competencia, el Anteproyecto de Ley de Defensa de la Competencia remitido al Consejo General del Poder Judicial y al Consejo de Estado introducía una redacción novedosa del artículo 13 de la LDC en cuya virtud el Tribunal de Defensa de la Competencia podría, una vez determinada la aplicabilidad de los artículos 1, 6 ó 7 de la LDC, fijar la cuantía de las indemnizaciones de daños y perjuicios que los autores de las prácticas, conductas o acuerdos prohibidos debieran satisfacer a los perjudicados por los mismos. Ello implicaba optar por un modelo administrativizado o administrativo de tutela de los derechos de las partes perjudicadas.

A favor de una solución de este tipo se encontraba la gratuidad del procedimiento administrativo, su celeridad, y la propia experiencia aplicadora de la legislación de defensa de la competencia por parte del TDC.

La solución «administrativa» planteaba, en sentido contrario, problemas jurídicos de importancia no desdeñable. Así, por un lado, podía oponerse al modelo la nula experiencia del Tribunal de Defensa de la Competencia en una función tan compleja y trascendental como la determinación de las consecuencias jurídico-privadas de una vulneración de la normativa de defensa de la competencia.

Por otro lado, se planteaba un problema práctico de no sencilla solución como era la ejecución de las resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia cuando éstas se adentrasen en lo jurídico-privado pues, en estos casos, quedaría lógicamente vedado el recurso a la vía de apremio. Sería, en consecuencia, imprescindible establecer algún mecanismo de colaboración del orden jurisdiccional civil para la eventual ejecución de los acuerdos, no siendo reclamables las indemnizaciones por vía de apremio, al no tratarse de ingresos de Derecho público.

No obstante, existían fundamentos jurídicos de cierta solidez que permitían sostener la admisibilidad de un modelo como el propuesto.

De partida, es conveniente aclarar que la atribución al Tribunal de Defensa de la Competencia de atribuciones a la hora de determinar la procedencia y cuantía de las indemnizaciones de daños y perjuicios derivados de la infracción de la Ley de Defensa de la Competencia no implica

¹³ S. MARTÍNEZ LAGE, «Comparecencia ante la Comisión de Economía del Congreso de los Diputados el 20 de octubre de 1999», *op. cit.*, p. 23080.

negar la naturaleza civil de las cuestiones relativas a la declaración de nulidad de los acuerdos contrarios a la Ley 16/1989, y la concesión o denegación de una indemnización por los daños y perjuicios irrogados a los particulares como consecuencia de prácticas de esta índole.

Es igualmente indiscutible, que la nulidad de los acuerdos entre particulares, derivada de la vulneración de normas imperativas y, entre ellas, de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia, es una sanción civil, derivada del artículo 6.3 del Código Civil y que se trata de una nulidad de pleno Derecho y, como tal, no necesitada de declaración judicial o administrativa alguna a efectos distintos de los puramente declarativos.

Sin embargo, en el caso de que los acuerdos resultasen contrarios a la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia, ambas cuestiones tendrían un carácter incidental respecto de la cuestión relativa a la existencia o inexistencia de la vulneración de norma imperativa propiamente dicha, teniendo ésta un carácter inequívocamente administrativo, como declaró el Tribunal Supremo en la precitada Sentencia de 30 de diciembre de 1993.

De ello resulta que la cuestión principal, la declaración de que los acuerdos de que se trate resultan contrarios a la legislación de defensa de la competencia, debería ser, en todo caso, competencia de órganos administrativos y, en cuanto a su revisión, contencioso-administrativos.

¿Podía el Tribunal de Defensa de la Competencia asumir las funciones «civiles» que se han descrito?

En cuanto a la declaración de nulidad prevista en el artículo 1.2 LDC, puede aceptarse que una declaración de nulidad con plenos efectos, como la procedente de un órgano jurisdiccional, no está al alcance de un órgano administrativo. Sin embargo, como se ha señalado anteriormente, el legislador concede en esta materia un escaso margen al intérprete: si existe una conducta de las que el artículo primero considera prohibidas, sin que concurra una causa de exención, el acto o acuerdo ilícito son nulos por imperativo legal.

De hecho, si el Tribunal de Defensa de la Competencia declarase que una conducta es contraria a la Ley de Defensa de la Competencia —y esto sí es una función inequívocamente administrativa—, no existe duda alguna sobre la nulidad de los actos o acuerdos ilícitos.

La función de los órganos jurisdiccionales en los supuestos de nulidad de pleno Derecho determinada por la Ley es puramente declarativa y nunca constitutiva. La conducta es nula desde el comienzo y la Sentencia tiene como único efecto destruir la falsa apariencia de licitud de la situación creada. De hecho, aunque sin cuestionar la competencia exclusiva de los órganos jurisdiccionales para declarar la nulidad, DÍEZ-PICAZO y GULLÓN¹⁴ llegan a plantearse si cabe una declaración de nulidad de oficio

¹⁴ L. DÍEZ PICAZO y A. GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil, op. cit.*, p. 213.

(sin que dicha pretensión hubiera sido ejercitada por el actor en su demanda) en supuestos de nulidad radical.

Dando un paso más allá, SORIANO GARCÍA¹⁵ trata de diferenciar entre la declaración formal de nulidad realizada por los órganos jurisdiccionales y una posible «nulidad material» (en realidad, se trataría de una declaración de aplicabilidad del artículo 1.2 LDC a un supuesto concreto) de eficacia limitada al ámbito sectorial. Con estas limitaciones, el autor trata de compaginar el monopolio jurisdiccional respecto de la declaración formal de nulidad con la propia literalidad de la Ley de Defensa de la Competencia, de la que parece desprenderse la existencia de competencias administrativas en este ámbito.

¿No podría aceptarse en estos casos, a la luz de lo expuesto, y con una eficacia limitada, que el Tribunal de Defensa de la Competencia declarase «aplicable» lo dispuesto en el artículo 1.2 LDC como paso previo a la resolución sobre la procedencia y cuantía de la indemnización por los daños y perjuicios irrogados?

Dicha declaración, como se ha anticipado, no tendría la plenitud de efectos que es propia de una resolución judicial sino que, antes al contrario, implicaría más bien la inoponibilidad de los actos o acuerdos alcanzados. Sería impensable, por ejemplo, que como consecuencia de una «declaración de nulidad» efectuada por el Tribunal de Defensa de la Competencia se produjese una modificación registral. Sin duda, para que esta modificación fuese posible sería imprescindible la resolución judicial.

Más compleja, si cabe, y sobre todo en la práctica, se plantea la asunción por el Tribunal de Defensa de la Competencia de la competencia para decidir acerca del resarcimiento de los daños y perjuicios provocados como consecuencia de la conducta prohibida.

Esta facultad implicaría que el Tribunal, como Administración especializada en la defensa de la competencia, y aprovechando el conocimiento adquirido durante el procedimiento sobre el mercado o sector de que se tratase y de los efectos que la conducta colusoria hubiera podido provocar en los distintos operadores, asumiese funciones de una naturaleza claramente civil, como la decisión sobre la procedencia y cuantía de un eventual Derecho de resarcimiento de los perjudicados como consecuencia de las conductas prohibidas.

Habiéndose pronunciado sobre la existencia de una infracción a la Ley de Defensa de la Competencia, y habiendo impuesto la correspondiente sanción administrativa, el Tribunal de Defensa de la Competencia declarararía aplicable lo dispuesto en el artículo 1.2 LDC y se pronunciaría sobre la procedencia y cuantía de un eventual Derecho de resarcimiento por los daños irrogados.

Aunque una y otra situación no puedan equipararse, por contraponer un órgano administrativo frente a un órgano jurisdiccional, el sistema

¹⁵ J. E. SORIANO GARCÍA, *Derecho Público de la Competencia*, op. cit., p. 526.

sería, de hecho, similiar al vigente en el ámbito penal. El proceso penal permite, sin negar la naturaleza civil de las cuestiones enjuiciadas, tramitar una «pieza de responsabilidad civil» en el seno del proceso penal cuyo objeto será frecuentemente el reconocimiento de un Derecho a obtener una indemnización por los daños y perjuicios irrogados como consecuencia de la conducta ilícita.

De hecho, ha llegado a admitirse la competencia de los órganos de la justicia penal para pronunciarse incluso acerca de la nulidad de los negocios jurídicos a través de los cuales se instrumentase la conducta ilícita (por ejemplo, un delito de alzamiento de bienes).

La atribución al Tribunal de Defensa de la Competencia de atribuciones en materia de indemnización de daños y perjuicios encuentra un apoyo normativo en lo dispuesto en el artículo 130.2 que reconoce la posibilidad de que los órganos con competencia sancionadora fijen las indemnizaciones por los daños y perjuicios causados por los autores de las infracciones administrativas.

Frente a este argumento podría alegarse que el precepto está exclusivamente previsto para los supuestos en que fuesen las propias Administraciones Públicas quienes hubiesen sufrido los daños y perjuicios derivados de la conducta ilícita. Esta facultad sería una manifestación de la autotutela declarativa de las Administraciones Públicas.

Sin embargo, esta crítica implica considerar que la naturaleza civil del deber de resarcir los daños y perjuicios irrogados se torna administrativa cuando aquéllos afectan a las Administraciones Públicas. La autotutela administrativa trae causa de la presunción de legalidad de los actos administrativos sin que ni una ni otra puedan predicarse de actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho privado.

A la idea de que el Tribunal de Defensa de la Competencia pudiera asumir funciones de naturaleza civil —a las que califica como funciones arbitrales— se ha opuesto CASES¹⁶, al afirmar que el Tribunal de Defensa de la Competencia no puede decidir sobre controversias entre actores privados respecto a la indemnización que debe percibir el perjudicado por la realización de comportamientos prohibidos por la Ley de Defensa de la Competencia.

Sin embargo, el propio CASES¹⁷ cita a continuación el artículo 130.2 de la Ley 30/1992 y reconoce que se trata de una manifestación de la actividad arbitral de las Administraciones Públicas. Aunque ello parece contradecir la afirmación anterior, es lo cierto que el autor no extrae de ello mayores consecuencias.

Tomando como punto de partida la calificación de «funciones arbitrales» con que acaba de calificarse a la eventual atribución al Tribunal

¹⁶ L. CASES PALLARES, *Derecho Administrativo de la Defensa de la Competencia*, op. cit., p. 240.

¹⁷ L. CASES PALLARES, *Derecho Administrativo de la Defensa de la Competencia*, op. cit., p. 240 (nota al pie).

de Defensa de la Competencia de funciones en orden a la determinación de la procedencia y cuantía de las indemnizaciones a satisfacer a los perjudicados por las conductas anticompetitivas, y aunque, tal vez, pudiera considerarse que más bien nos encontraríamos ante funciones de índole «cuasiarbitral» (tanto la naturaleza administrativa del Tribunal como el hecho de que su intervención no habría de producirse a solicitud de los particulares hacen difícil hablar de funciones propiamente arbitrales en este caso) puede ser conveniente replantear la cuestión expuesta sobre bases distintas: ¿Pueden atribuirse al Tribunal de Defensa de la Competencia funciones arbitrales —o cuasiarbitrales— similares a las que determinadas leyes sectoriales atribuyen a otras Administraciones independientes?

Y es que la posibilidad de atribuir a un órgano administrativo la facultad de ejercer funciones arbitrales en las disputas entre particulares no es novedosa en nuestro ordenamiento jurídico.

Por ejemplo, CARLON RUIZ¹⁸, en un reciente estudio sobre las atribuciones que la Ley 12/1997 atribuye a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones y, tras reconocer a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones una función arbitral y de resolución de conflictos, señala que los operadores pueden recurrir a la Comisión para que dirima sus conflictos tanto por vía privada (arbitral) como mediante resoluciones de carácter público, si bien en el primer caso la autora vincula dicha posibilidad con la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje.

No nos referimos aquí a las funciones arbitrales «puras» (sujetas al Derecho privado) que la Comisión puede realizar previa declaración individual o acuerdo de los operadores interesados, y que dan lugar a laudos recurribles ante el juez civil, sino a las posibilidades de intervención en los conflictos planteados entre operadores sobre determinados asuntos (interconexión y acceso y uso del espectro radio eléctrico) en que la Comisión actúa como auténtica Administración Pública siendo sus resoluciones vinculantes y recurribles exclusivamente en sede contencioso-administrativa puesto que ponen fin a la vía administrativa (art. 1.ocho de la Ley 12/1997).

Se dirá que en estos casos, bajo la apariencia de un debate entre operadores, subyace un interés público de gran relevancia: favorecer la competencia en el mercado de las telecomunicaciones. ¿Es que no existe ese mismo interés público en otros sectores?

Algo similar sucede con la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos que, en su Disposición Adicional Undécima, por la que se crea la Comisión Nacional de Energía, atribuye a ésta, en su apartado tercero, punto 1.º, regla novena, la facultad de actuar como órgano arbitral en los conflictos que se susciten entre los sujetos que realicen

¹⁸ M. CARLON RUIZ, «La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 102, 1999, p. 2143.

actividades en el sector eléctrico o de los hidrocarburos. Esta facultad se encuentra sujeta a la voluntad de las partes enfrentadas y, por otra parte, el ejercicio de esta función se regirá por el Derecho privado, lo que aparta este modelo de la propuesta contenida en el Anteproyecto de Ley de Defensa de la Competencia.

Sin embargo, la regla decimotercera le reconoce la función de resolver los conflictos que le sean planteados respecto a los contratos relativos al acceso de terceros a las redes de transporte y, en su caso, distribución. De nuevo la presencia de un interés público otorga a la Administración independiente unas funciones de «intervención en conflictos privados», que, sin embargo, no quedan sujetas al sistema de revisión propio de los actos de naturaleza arbitral.

La realidad es que el traslado del mecanismo arbitral al ámbito de la defensa de la competencia no es sencillo. La determinación de la procedencia y cuantía de una indemnización de daños y perjuicios tiene una importancia secundaria desde el punto de vista del interés general, sin perjuicio de que la cuestión de competencia sí lo sea. No parece posible considerar análogo una controversia de estas características con, por ejemplo, un conflicto sobre la interconexión entre compañías operadoras de telecomunicaciones. Por otra parte, tampoco parece sencillo que el Tribunal de Defensa de la Competencia pueda realizar funciones de esta naturaleza sin el previo consenso de ambas partes. Por último, la naturaleza de las cuestiones debatidas y la propia intervención del Tribunal harían probablemente necesario establecer un sistema de revisión civil de tales resoluciones.

El aspecto relativo a la revisión de la resolución del Tribunal podría tratar de resolverse a favor del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, sin negar la naturaleza civil de la cuestión referente a los daños y perjuicios, a través de lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en cuanto atribuye a los órganos de ese orden jurisdiccional la competencia para conocer no sólo de las cuestiones de naturaleza administrativa, sino también de las cuestiones prejudiciales e incidentales no pertenecientes al orden administrativo.

Existiendo entre las dos cuestiones de referencia (declaración de nulidad y reconocimiento del Derecho a percibir una indemnización por los daños y perjuicios irrogados) y la cuestión principal que acaba de mencionarse un vínculo indisoluble que sitúa a aquéllas en una posición derivada o accesoria, la precitada Ley 29/1998 permitiría que fuesen los órganos de lo contencioso-administrativo y no los de la justicia civil quienes conociesen sobre ambas al enjuiciar en su conjunto la legalidad de la actuación administrativa (los acuerdos dictados por los órganos de defensa de la competencia).

Esa atribución competencial permitiría que fuesen órganos administrativos quienes pudiesen pronunciarse previamente sobre los efectos civi-

les de una vulneración de la Ley de Defensa de la Competencia sin que desapareciese el control jurisdiccional. Tanto la decisión (principal) acerca de la efectiva existencia de esa vulneración de la Ley, como las consecuencias civiles (nulidad e indemnización de los daños y perjuicios irrogados) de ella derivados (como cuestiones accesorias o, si por seguir la terminología de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, incidentales) quedarían sujetas así a una decisión judicial.

No se trataría, en consecuencia, de una «desjudicialización» del conocimiento de estas materias, sino un tránsito de un orden jurisdiccional (el civil) a otro (el contencioso-administrativo) concorde con la progresiva expansión del ámbito competencial de éste (evidenciado en materia de responsabilidad patrimonial ya desde la redacción originaria de la Ley 30/1992)

El fundamento último de estos sistemas de «acumulación» es evidente: se trata de no imponer al perjudicado la carga de aguardar a la terminación del proceso principal (administrativo o penal) para dirigirse al orden jurisdiccional civil al objeto de obtener una reparación del perjuicio irrogado.

Todo ello sin que ninguna de las partes quedase privada de su Derecho de acceso a la tutela judicial efectiva (aunque en sede contencioso-administrativa) ni de defensa (tanto en el procedimiento administrativo como en sede jurisdiccional).

Además de lo anterior, y como se ha adelantado, la atribución al Tribunal de Defensa de la Competencia de la función de determinar la procedencia y cuantía de las indemnizaciones planteaba un problema técnico de no sencilla resolución, como es el de la ejecución de tales resoluciones.

Puesto que se trata de cuestiones estrictamente privadas no sería posible utilizar la vía administrativa de cobro, por lo que habría de recurrirse a la Administración de justicia. Aunque de la mano de la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil podría haberse pensado en algún sistema de tutela judicial inmediata para lograr la ejecución de dichas resoluciones, las dificultades de esta construcción no son precisamente irrelevantes.

El Tribunal de Defensa de la Competencia, al valorar la posibilidad contenida en el Anteproyecto de Ley de Reforma de la Ley de Defensa de la Competencia, de que el Tribunal pudiera pronunciarse respecto de la nulidad de los acuerdos contrarios a la Ley, pronunciándose igualmente sobre la procedencia y cuantía de indemnizar los daños y perjuicios irrogados a los perjudicados, adoptó una postura abiertamente contraria en su informe de 14 de abril de 1999.

Así, se efectuaron las siguientes consideraciones:

a) A partir de la Constitución de 1978 que, como es sabido, consagra el principio de división de poderes, el ejercicio de la potestad jurisdic-

cional en todo tipo de procesos corresponde exclusivamente a los juzgados y tribunales determinados en las Leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan (art. 117.3 CE) proclamando el artículo 24.2 del texto Constitucional el «Derecho al juez ordinario» predeterminado por la Ley y exigiendo el artículo 81.1 que la garantía de dicho Derecho fundamental conlleva la exigencia de Ley Orgánica.

b) La defensa de la competencia es un cometido «público» (sin duda, esencial) y justamente por ello se atribuye a la Administración pública la supervisión del mercado. Garantizar la competencia como bien superior del ordenamiento jurídico, en protección del interés público, es lo que explica que la Administración tenga encomendada la defensa del mercado (art. 38 CE). Lo que se defiende es el «mercado-institución» no el «interés particular» de los intervinientes (de ahí que la Ley de Competencia Desleal prevea tan sólo la actuación de la Administración —aplicando el Derecho administrativo y con sometimiento final al Orden Contencioso-Administrativo— cuando afecta al interés público, exigencia que se mantiene en el propio Borrador del Anteproyecto que examinamos —art. 3.

c) Resulta indudable que este Tribunal, si bien se configura como un órgano dotado de independencia, es un órgano administrativo y no judicial.

d) En la vigente Ley, aunque el artículo 1.2 de la misma señala que «son nulos de pleno Derecho los acuerdos, decisiones y recomendaciones que, estando prohibidos en virtud de lo dispuesto en el artículo 1, no estén amparados por las exenciones previstas en la presente Ley», pareciendo, en principio, que este Tribunal podía efectuar declaraciones de nulidad de los contratos civiles, dicha conclusión ha venido siendo rechazada de modo reiterado y unánime, señalándose que sería extravagante y absurdo pretender que la Administración pública (y este Tribunal lo es) pudiera determinar la nulidad de contratos privados.

La rotundidad de este pronunciamiento puede resultar sorprendente si consideramos que el Tribunal de Defensa de la Competencia, aunque con una composición distinta de la que informó el Anteproyecto de Ley de Reforma de la Ley de Defensa de la Competencia, ha declarado en alguna ocasión la nulidad de acuerdos contrarios a la Ley de Defensa de la Competencia¹⁹. Puede aventurarse la explicación de que el concepto de nulidad que se utiliza en ambos casos no tiene el mismo alcance, en el sentido apuntado en páginas anteriores.

e) Ha de indicarse también que el precepto que se pretende incluir podría, incluso, vulnerar el Derecho comunitario, donde se atribuye expresamente a los «jueces civiles» la competencia para decidir las indemnizaciones por los daños causados por la vulneración de los artículos 85.1 y 86 del Tratado de la Comunidad Europea.

¹⁹ Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 30 de diciembre de 1993 (Asunto UNESPA).

Por su parte, el Consejo General del Poder Judicial tuvo un pronunciamiento más favorable a las tesis del ejecutivo por cuanto, al informar el Anteproyecto de Ley, señaló respecto del precepto de referencia que la modificación debía ser elogiada ya que garantizaba, de forma más adecuada que la redacción anterior, los derechos de los interesados.

Sin duda, en la mente del Consejo se encontraba la idea de que el nuevo sistema no implicaba la desjudicialización de la materia (toda vez que las cuestiones civiles podrían ser «revisadas» por los órganos de lo contencioso-administrativo) produciéndose paralelamente un considerable ahorro de tiempo a favor de los intereses de los perjudicados. Siempre y cuando se encontrase finalmente garantizado el acceso a la jurisdicción (en este caso, al orden contencioso-administrativo), no parece que nos encontremos ante un problema constitucional sino ante una elección legal, similar a la realizada, como se ha dicho, en el ámbito penal.

Sin embargo, el dictamen del Consejo de Estado de 3 de junio de 1999 se mostró en este punto inflexible considerando que ni la declaración de nulidad de los acuerdos ni la fijación del importe de las indemnizaciones podían atribuirse a un órgano administrativo como el Tribunal de Defensa de la Competencia. Concretamente, el Alto Órgano Consultivo afirmaba que: «Es cierto que podrían derivarse consecuencias positivas de la unificación de las competencias jurisdiccionales en la materia; pero no es menos cierto que no es un cometido propio de la Administración y sus órganos intervenir en las relaciones entre sujetos particulares, declarando su nulidad o determinando sus consecuencias económicas, lo que supondría la creación de un nuevo privilegio de la Administración, que no constituiría necesariamente una mayor garantía para los interesados. A todo ello hay que añadir la propia posición del Tribunal de Defensa de la Competencia, contraria a esta nueva regulación, y la posible vulneración de preceptos del Derecho Comunitario.»

La observación del Consejo de Estado fue formulada con carácter esencial a los efectos previstos en el artículo 130.3 de su Reglamento Orgánico lo que obligó al Gobierno, para no elevar el Proyecto de Ley a las Cortes en desacuerdo con aquél («oído el Consejo de Estado»), a modificar el Proyecto de Ley.

Se optó así por mantener los dos primeros párrafos del artículo 13 LDC en su redacción originaria, manteniendo el tradicional sistema mixto de aplicación de la Ley de Defensa de la Competencia, en el que se reconoce la competencia del orden jurisdiccional civil para entender de las reclamaciones de daños y perjuicios, si bien con un pronunciamiento previo de los órganos administrativos de defensa de la competencia.

El alcance de la reforma se limitó de este modo a la adición de un nuevo párrafo, el tercero, al artículo 13 LDC, facultando al Tribunal de Defensa de la Competencia para emitir un informe, a solicitud del órgano jurisdiccional competente, sobre la procedencia y cuantía de una indemnización de daños y perjuicios.

El sentido de este informe era doble. Por un lado, pretendía facilitar la coordinación entre los órganos administrativos y judiciales en materia de interpretación y aplicación de la legislación de defensa de la competencia. En segundo lugar, parecía interesante facilitar al juzgador civil una prueba pericial particularmente cualificada, como es el dictamen del Tribunal de Defensa de la Competencia, que por otra parte se situaría en una posición neutral frente al debate de las partes. Compartimos la confianza de FERNÁNDEZ LÓPEZ²⁰ en que esta colaboración que se ofrece a los Órganos Jurisdiccionales de un organismo altamente especializado como es el TDC produzca inmediatos y provechosos resultados.

Ni que decir tiene que el respeto al principio de independencia judicial exigía que dicho dictamen fuese meramente facultativo y no preceptivo (el juez o tribunal puede o no solicitar la emisión del dictamen, limitándose la Ley a establecer la competencia del Tribunal de Defensa de la Competencia para su elaboración y emisión) y que, por otro lado, no tuviese carácter vinculante. La propia redacción del tercer apartado del artículo 13 LDC y el uso de la forma verbal «podrá» evidencia la concurrencia de ambas notas.

En otro orden de cosas, y ocupándonos de los aspectos procesales implicados en la existencia de tal informe, es cierto que la Ley de Defensa de la Competencia deja abiertas numerosas cuestiones que, a mi juicio, deben resolverse por su carácter básicamente procesal acudiendo a los preceptos de la precitada Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

La primera cuestión que puede plantearse se refiere a la vigencia de los principios de rogación u oficialidad en relación con la solicitud del informe, es decir, si el dictamen del Tribunal de Defensa de la Competencia debe ser solicitado por alguna de las partes personadas en el momento procesal oportuno o si, por el contrario, debe ser recabado por el juez.

En el supuesto de que se optase por la primera opción (más congruente con los principios que rigen tradicionalmente nuestro proceso civil) se plantearía el problema de si «el momento procesal oportuno» para la aportación del informe coincide con la presentación de la demanda o si, por el contrario, aquélla puede posponerse a la fase probatoria.

Respecto de la primera cuestión planteada, la relativa a si la solicitud del informe del Tribunal de Defensa de la Competencia debe efectuarse por las partes o por el órgano jurisdiccional, debe estarse a lo dispuesto en el artículo 282 LEC, relativo a la iniciativa de la actividad probatoria. Dicho precepto determina que «las pruebas se practicarán a instancia de parte. Sin embargo, el Tribunal podrá acordar, de oficio, que se practiquen determinadas pruebas o que se aporten documentos, dictámenes

²⁰ J. M. FERNÁNDEZ LÓPEZ, «Debate acerca de la organización administrativa protectora de la libre competencia. Apuntes al proyecto de ley de reforma parcial», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 204, diciembre 1999, p. 85.

u otros medios e instrumentos probatorios, **cuando así lo establezca la Ley**».

En el supuesto que nos ocupa, el artículo 13 LDC se convierte en norma complementaria de la LEC y, en consecuencia, surge la posibilidad legal de que sea el juez, de oficio, quien solicite del Tribunal de Defensa de la Competencia la emisión de un informe.

No obstante lo anterior, parece lógico que sea la parte interesada quien solicite del juez competente la práctica de dicha actividad probatoria en el momento procesal oportuno abriendo así la posibilidad de impugnación en el supuesto de denegación, y, por otro lado, no parece posible negar a una parte, en virtud del Derecho constitucional a la defensa, la posibilidad procesal de recabar del juez la práctica de una determinada diligencia prevista legalmente.

Lo que en cualquier caso resultaría imposible es que una de las partes solicitase directamente al Tribunal de Defensa de la Competencia la emisión de un informe sobre un eventual resarcimiento de los daños y perjuicios presuntamente irrogados, aun cuando la solicitud tuviese por objeto la posterior aportación del dictamen a un proceso civil. No existe ningún precepto en la LDC que prevea que el Tribunal pueda emitir informes a petición de parte.

Distinta hubiera sido la cuestión de haberse acogido en la reforma de la LDC el criterio sustentado por MARTÍNEZ LAGE²¹ cuando recomendó que el informe del Tribunal se elaborase al término del procedimiento administrativo y sin aguardar al proceso civil, consiguiendo así las ventajas de inmediatez para el Tribunal respecto del procedimiento principal y la posibilidad de contradicción para las partes personadas.

En todo caso, la vía procesal razonable para plantear la cuestión de la petición de informe al Tribunal de Defensa de la Competencia sería la solicitud de la práctica de la prueba al órgano judicial competente y en el momento procesal oportuno.

En cuanto a la naturaleza probatoria del informe del Tribunal de Defensa de la Competencia, pueden existir dudas acerca de si nos encontramos ante una prueba documental o pericial. De haber tenido éxito la tesis de la «anticipación del informe» a la fase administrativa del procedimiento a que se ha hecho anterior referencia, podría haberse sustentado con mayores posibilidades de éxito la tesis de la prueba documental. Sin embargo, si consideramos que su emisión deberá producirse ya iniciado el proceso civil y a requerimiento judicial, parece difícil negar su carácter de prueba pericial.

Naturalmente, se tratará de una prueba pericial *sui generis* por cuanto el perito no será un profesional especializado en determinada materia,

²¹ S. MARTÍNEZ LAGE, «Comparecencia ante la Comisión de Economía del Congreso de los Diputados el 20 de octubre de 1999», *op. cit.*, p. 23079.

sino un órgano administrativo como el Tribunal de Defensa de la Competencia.

Es conveniente destacar la existencia de otras particularidades en el régimen de esta peculiar prueba pericial. Así:

a) No parece aplicable lo dispuesto en el artículo 342 LEC respecto de la aceptación del cargo por parte del perito. En tanto que la Administración Pública (y el Tribunal de Defensa de la Competencia lo es) se encuentra constitucionalmente obligada a colaborar con la Administración de justicia no podría en ningún supuesto rechazarse el mandato de elaborar el dictamen.

b) Tampoco podrían resultar aplicables las normas sobre tachas de los peritos. Dado el principio constitucional de neutralidad (art. 103 CE) de las Administraciones públicas, la imparcialidad del Tribunal de Defensa de la Competencia debería presumirse. Por otra parte, el instituto jurídico-administrativo de la abstención debería bastar para resolver cualquier problema de incompatibilidad de intereses.

c) Se plantea el problema de la articulación de la actuación de los peritos en el juicio o en la vista (art. 347 LEC) como aplicación del principio de contradicción. Obviamente, el plano del Tribunal de Defensa de la Competencia, en tanto que órgano administrativo colegiado, no puede comparecer ante el juez competente a ratificarse en el dictamen emitido, debiendo efectuarse dicha ratificación por medio de un representante.

De acuerdo con el artículo 28.1.f) LDC la representación del Tribunal ante otros órganos públicos corresponde a su Presidente por lo que, en principio, la competencia para comparecer ante los órganos de la justicia para ratificar el dictamen y responder a las cuestiones planteadas por las partes correspondería al Presidente. No obstante, no parece existir dificultad jurídica alguna en que el futuro desarrollo de la LDC, y más concretamente, el Reglamento previsto en el artículo 27.a) LDC, establezca un sistema más razonable, como el de la designación de un ponente o representante del Tribunal para cada caso concreto.

Cualquiera que sea la respuesta que pueda darse a los problemas procesales que acaban de apuntarse, es evidente que la nueva redacción del artículo 13 LDC no implica una modificación del sistema preexistente, aunque la confluencia de la reforma de la jurisdicción contencioso-administrativa, la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil y el informe previsto en el apartado tercero del precepto permitan confiar en una mejora de la situación.

No puede concluirse esta exposición sin recordar que ha habido voces autorizadas que han postulado una reforma más audaz del artículo 13 LDC. Así, PETITBÓ (actual Presidente del Tribunal de Defensa de la Competencia) y BERENGUER han sostenido la conveniencia de que la reforma consistiese en la derogación del apartado segundo del artículo 13. De acuerdo con su opinión, ello permitiría que los jueces pudieran resolver sobre reclamaciones de perjuicios sin necesidad de pronunciamiento pre-

vio del TDC.²² De hecho, esta misma opinión se formuló expresamente por la Diputada Socialista Sra. Aroz durante la tramitación del Proyecto de Ley de Reforma de la Ley de Defensa de la Competencia²³ al abogar por la supresión del requisito del artículo 13 LDC por entender que constituía una «autorización administrativa» previa al inicio de un proceso civil.

En el mismo sentido se ha pronunciado CREUS²⁴, que postula abiertamente la supresión del artículo 13 LDC al objeto de permitir el inicio y tramitación de los correspondientes procesos civiles con plena autonomía respecto de los procedimientos administrativos.

Esta solución, que podría resolver el problema del tardío acceso a la justicia en el supuesto de acciones de resarcimiento basadas en la vulneración de la Ley de Defensa de la Competencia, nos vuelve a situar ante problemas ya enunciados.

De partida, este planteamiento hunde sus raíces en la distinción entre un ámbito de repercusión pública y otro de repercusión meramente privada en las cuestiones relacionadas con la protección de la competencia. Esta distinción no siempre es fácil de trazar y, sobre todo, como señalaremos con mayor profundidad al ocuparnos del artículo 1.3 de la Ley (regla de *minimis*), parece razonable que sean los órganos de defensa de la competencia y no la Justicia civil quienes delimiten los contornos de esa «relevancia para el interés público», puesto que esa decisión implica un alto grado de conocimiento de los mercados y sectores afectados, así como de las repercusiones provocadas por la conducta de los operadores.

Desde un punto de vista práctico, el más grave de esos problemas venía constituido, como se ha comentado, por el grave riesgo de interpretación y aplicación contradictoria de la legislación de defensa de la competencia por parte de los órganos judiciales y administrativos, e incluso, de los órganos jurisdiccionales civiles y contencioso-administrativos.

La importancia de este riesgo, del que es plenamente consciente el Tribunal Supremo cuando dicta la precitada Sentencia de 30 de diciembre de 1993, aconsejó, como se ha dicho, la no introducción de una reforma tan radical del artículo 13 LDC.

Aún reconociendo la existencia del problema descrito, FERNÁNDEZ LÓPEZ²⁵ considera que su importancia no debe ser exagerada por cuanto las resoluciones divergentes se tomarán en dos ámbitos distintos. Las Sen-

²² A. PETITBÒ JUAN y L. BERENGUER FUSTER, «La aplicación del Derecho de la competencia por órganos judiciales y administrativos», *op. cit.*

²³ M. AROZ IBÁÑEZ, «Sesión de 20 de octubre de 1999 de la Comisión de Economía del Congreso de los Diputados en relación con el Proyecto de Ley de Reforma de la Ley de Defensa de la Competencia», *Diario de Sesiones*, núm. 778, 1999.

²⁴ A. CREUS, «La privatización del Derecho de la Competencia», *op. cit.*, p. 66.

²⁵ FERNÁNDEZ LÓPEZ, «La aplicación jurisdiccional de los artículos 85.1 y 86 TCEE y de las normas internas de competencia», *Anuario de la Competencia 1997*, Fundación Ico-Marcial Pons, p. 228.

tencias dictadas por los órganos judiciales civiles afectarán a relaciones privadas y las provenientes de órganos administrativos —posteriormente revisadas por la jurisdicción contencioso-administrativa— tendrán por objeto la protección del interés público.

Por otra parte, continúa razonando el mismo autor, tanto la Sentencia que dicte el Juzgado de Primera Instancia como la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia serán posteriormente revisables en diversas instancias por lo que, en la práctica, se irá creando una jurisprudencia que irá aproximando las posturas de unos y otros órganos.

Al margen de lo anterior, es lo cierto que los autores que han sustentado «tesis privatistas», en relación con la defensa de la competencia, han buscado mecanismos jurídicos diversos para tratar de paliar los efectos negativos de la contradicción entre resoluciones judiciales y administrativas.

Así, PETITBÓ y BERENGUER ²⁶, tras afirmar que el problema de la eventual existencia de resoluciones contradictorias se ha magnificado mucho, señalan que una forma de evitarlas es, precisamente, la acogida por el legislador español en su artículo 13: exigir un pronunciamiento firme en vía administrativa antes de que un juez o tribunal civil puedan aplicar al supuesto concreto las normas de la competencia. Sin embargo, ambos autores reconocen que esta solución provoca el problema de la dilación de los procedimientos que ya se ha descrito, por lo que, como ya hemos anticipado, abogan por la derogación del artículo 13.2 LDC. A pesar de todo lo expuesto, la cuestión de la posible existencia de contradicciones no encuentra solución.

Más preciso se muestra CREUS ²⁷ cuando propone la existencia de un informe preceptivo y no vinculante por parte del TDC. Así, cuando se alegue por parte del demandante una infracción a las normas de la competencia, el juez debería solicitar al Tribunal de Defensa de la Competencia un informe que no podría tener un carácter vinculante y del que, en consecuencia, el juez podría separarse.

Sin embargo, la existencia de este informe, aunque sea preceptivo, no evita el riesgo de contradicciones por cuanto el principio de independencia judicial impedirá siempre que aquél tenga carácter vinculante. Exista o no el informe del Tribunal de Defensa de la Competencia la contradicción siempre será posible. Y es que la cuestión de la contradicción tiende a infravalorarse teniendo en cuenta la experiencia vivida hasta el momento pero no debe olvidarse que, en la situación presente, el juez o el tribunal civil no conocen del asunto hasta que la resolución administrativa y, en su caso, contencioso-administrativa, han ganado firmeza. Así, aun cuando existiese contradicción, ésta no provocaría ningún efecto en sede administrativa.

²⁶ A. PETITBÓ JUAN y L. BERENGUER FUSTER, «La aplicación del Derecho de la competencia por órganos judiciales y administrativos», *op. cit.*, p. 48.

²⁷ A. CREUS, «La privatización del Derecho de la Competencia», *op. cit.*, p. 65.

Sin embargo, la situación cambia radicalmente si, aceptando las «tesis privatistas» se permite la tramitación paralela de ambos procedimientos pues, en este caso, la resolución «civil» puede anticiparse a la administrativa y se anticipará, sin duda, a la contencioso-administrativa. Aun cuando pudiera admitirse la existencia de ópticas distintas en la aplicación del Derecho de la competencia en sede civil y administrativa (como se ha anticipado), esa contradicción sería inaceptable en el terreno de lo fáctico, debiendo resolverse siempre esa eventual contradicción a favor de aquello que fue declarado probado en la resolución jurisdiccional.

El efecto sobre la tramitación de los procedimientos administrativos puede ser demoledor, pues será difícil que los órganos administrativos de defensa de la competencia se aparten de aquello que las resoluciones judiciales hubiesen declarado probado. ¿Qué sentido tendrá entonces la fase de instrucción ante el Servicio de Defensa de la Competencia?

No existe ningún mecanismo que conjure el riesgo de contradicción entre las resoluciones civiles y las administrativas. Y, de producirse aquélla, es evidente que serán los órganos administrativos quienes, en el terreno de lo fáctico, deberán aceptar lo que en el proceso civil fue declarado probado. Aceptar la tramitación paralela de procedimientos civiles y administrativos, que pudieran conducir a resoluciones definitivas o provisionales de signo contradictorio, heriría de muerte a los órganos administrativos de defensa de la competencia. Ésta es la razón por la que los Anteproyectos de Ley de Reforma de la Ley de Defensa de la Competencia, el Proyecto de Ley y la Ley finalmente aprobada han preferido mantener el sistema actualmente vigente, con la única novedad del precitado informe del Tribunal de Defensa de la Competencia, en la confianza de que las reformas del proceso civil y el contencioso-administrativo, aprobadas en la misma legislatura, puedan contribuir a mejorar la situación preexistente.

Por otro lado, y como seguidamente se dirá, quedan los efectos de la denominada «regla de minimis», cuyas consecuencias en el ámbito al que nos referimos tienen una gran trascendencia.

6. EL REFLEJO DE LA «REGLA DE MINIMIS» SOBRE LA CUESTIÓN DE LA DECLARACIÓN DE NULIDAD E INDEMNIZACIONES DERIVADAS DE LA VULNERACIÓN DE LA NORMATIVA DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

El Decreto-Ley 7/1996, de 7 de junio, sobre Medidas Urgentes de Carácter Fiscal y de Fomento y Liberalización de la Actividad Económica, y en virtud de su artículo 15, modificó el artículo primero de la Ley de Defensa de la Competencia de 1989 en el sentido de permitir a los órganos de defensa de la competencia la no persecución de conductas prohibidas

que, por su escasa importancia, no fuesen susceptibles de afectar de manera significativa a la competencia.

A pesar del mandato del legislador, se habían producido problemas de interpretación y aplicación del precepto, por lo que, en la práctica, la denominada «regla de minimis» permanecía «inédita» en nuestro Derecho».

A fin de tratar de corregir esos problemas interpretativos, la reciente reforma de la Ley de Defensa de la Competencia (introducida por la Ley 52/1999, de 28 de diciembre) vuelve a modificar el artículo primero de la LDC, dando nueva redacción a su apartado tercero, que pasa a decir: **los órganos de Defensa de la Competencia podrán decidir no iniciar o sobreseer los procedimientos previstos en esta Ley respecto de conductas que, por su escasa importancia, no sean capaces de afectar de manera significativa a la competencia.**

Esta modificación, que pretendía conseguir una utilización más frecuente de este instrumento técnico por parte de los órganos de defensa de la competencia, abre la reflexión relativa a la posible aplicación del Derecho de la competencia por la jurisdicción ordinaria en los casos en que el particular haya vista rechazada su reclamación por los órganos de defensa de la competencia por considerarse escasamente relevante o, dicho sea de otro modo, por no considerar que se producen efectos relevantes para el interés público.

De partida, compartimos plenamente la opinión de FERNÁNDEZ LÓPEZ²⁸ cuando, al comentar la disposición introducida por el Real Decreto-Ley 7/1996, ya rechazaba toda interpretación del precepto que condujese a la insatisfacción de intereses legítimos, entendiéndolo, por el contrario, que en los supuestos de aplicación del precepto, dichos intereses encontrarían en sede jurisdiccional la tutela de la que quedaban privados en sede administrativa.

No podemos estar más de acuerdo con dicha posición: sean o no sus intereses relevantes desde el punto de vista de los intereses generales, todo particular tiene Derecho a que los poderes públicos le provean de un sistema eficaz de tutela de sus intereses legítimos. Cualquier otra interpretación contraria a lo anterior, conduciría a situaciones objetivas de indefensión prohibidas por el artículo 24 CE.

¿Significa ello, como parece desprenderse de la opinión del autor mencionado, que los órganos de defensa de la competencia ceden así su papel de aplicadores del Derecho de la competencia a los órganos jurisdiccionales en el supuesto de conductas prohibidas de escasa relevancia?

La respuesta correcta a esta pregunta viene necesariamente de la mano de una interpretación coordinada de los artículos 1.3 y 13 de la Ley de Defensa de la Competencia.

²⁸ FERNÁNDEZ LÓPEZ, «La aplicación jurisdiccional de los artículos 85.1 y 86 TCEE y de las normas internas de competencia», *op. cit.*, p. 229.

Así, de partida, la aplicación de la «regla de minimis» no es una decisión judicial sino administrativa, encontrándose vedado a la Justicia civil todo pronunciamiento sobre el particular que no fuese el emanado del ejercicio de la potestad revisora de los actos administrativos previamente dictados por los órganos de defensa de la competencia.

De este modo, no podría aceptarse ni que un particular pudiese calificar libérrima o unilateralmente su propio Derecho al objeto de decidir si su ejercicio implica o no cuestiones relevantes desde el punto de vista de los intereses generales, ni que un pronunciamiento semejante pudiera solicitarse u obtenerse por parte de los órganos jurisdiccionales. Únicamente los órganos de defensa de la competencia, bien de oficio o a solicitud de parte, serían competentes para abrir la puerta del conocimiento jurisdiccional de un asunto por la vía del acto administrativo en cuya virtud el procedimiento tramitado ante ellos quedase concluido.

Es decir, aunque un particular considerase que en «su caso» concurren los requisitos del artículo 1.3 LDC, no podría interponer directamente una demanda encaminada a lograr el resarcimiento de los daños o perjuicios causados por la práctica anticompetitiva alegando la innecesariedad del pronunciamiento previo en dicho precepto.

A mi juicio, el particular debería en este supuesto plantear la cuestión de la aplicabilidad del artículo 1.3 ante los propios órganos de defensa de la competencia, dejando a éstos la decisión, sin perjuicio de una eventual impugnación posterior en caso de desacuerdo.

La relación entre lo dispuesto en el artículo 1.3 y el artículo 13 se hace así evidente, por cuanto el 1.3 configura la posibilidad de un acceso inmediato a la Administración de justicia en supuestos en que los órganos de defensa de la competencia abdican de su competencia por entender que el asunto no reviste la necesaria trascendencia desde el punto de vista de los intereses generales.

Es importante matizar que, en esos supuestos, no puede hablarse de un acceso directo a la tutela judicial. Una interpretación conjunta de ambos preceptos exigiría la firmeza previa de la resolución administrativa por la que se acuerde la inadmisión de la denuncia o el sobreseimiento de las actuaciones.

Ahora bien, producido ese pronunciamiento administrativo sobre la aplicación de la «regla de minimis», y habiendo alcanzado éste firmeza por falta de actuación de cualquiera de las partes personadas, ningún obstáculo procedimental podría oponerse frente al ejercicio jurisdiccional de acciones tendentes al resarcimiento de los daños y perjuicios irrogados o a la declaración de nulidad de las conductas prohibidas.

7. CONCLUSIÓN

La redacción del artículo 13 de la Ley de Defensa de la Competencia resultante de la reforma introducida por la Ley 52/1999, de 28 de diciem-

bre, ha mantenido el sistema tradicional de fase administrativa previa a la interposición de una demanda civil como medio para obtener el resarcimiento de los daños y perjuicios irrogados como consecuencia de la realización de conductas contrarias a la Ley de Defensa de la Competencia.

A pesar de los problemas prácticos que este sistema plantea, es lo cierto que una modificación del modelo provocaría el riesgo de contradicciones entre las resoluciones de los órganos administrativos y jurisdiccionales en interpretación de la Ley de Defensa de la Competencia, por lo que su mantenimiento puede considerarse una opción técnicamente razonable. En el extremo opuesto, debe reconocerse que opciones más aventuradas, como la atribución al Tribunal de Defensa de la Competencia de funciones claramente civiles como la declaración de nulidad prevista en el artículo 1.2 LDC o la determinación de la procedencia y cuantía de las indemnizaciones por los daños y perjuicios irrogados, no gozaban de un consenso suficiente y, por otra parte, planteaban importantes problemas prácticos de no sencilla resolución que hubieran amenazado con minimizar los resultados prácticos de la reforma.

Por otra parte, debe resaltarse que la nueva regulación legal introduce algunos instrumentos (el informe del Tribunal de Defensa de la Competencia) y, sobre todo, la potenciación de la «regla de minimis», que, unidos a la limitación de los plazos de duración de los procedimientos administrativos en materia de defensa de la competencia pueden provocar un acortamiento de los plazos de acceso a la justicia ordinaria.

A ello se añade el saludable efecto de las reformas introducidas tanto en el proceso contencioso-administrativo como en el propio proceso civil (nuevas Leyes de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y de Enjuiciamiento Civil) todo lo cual debería redundar en una mejora sustancial en cuanto a la tutela judicial efectiva de los derechos de los perjudicados como consecuencia de la realización de actos contrarios a la legislación de defensa de la competencia.

En cualquier caso, el mantenimiento del modelo previsto en el artículo 13 LDC es, además de prudente, la solución más coherente con la decisión del legislador de mantener inalterada la arquitectura institucional y el reparto de funciones que en materia de defensa de la competencia se contiene en la Ley de 1989. En la decisión del legislador ha pesado, sin duda, la consideración de que el modelo introducido por esa Ley se ha manifestado como un instrumento suficientemente útil para la protección y el incremento de la competencia.

EL CONTROL DE CONCENTRACIONES EN ESPAÑA: UN NUEVO MARCO LEGISLATIVO PARA LAS EMPRESAS

José María BENEYTO

Socio de Gómez-Acebo & Pombo, Abogados.
Profesor Agregado de Derecho Comunitario
Europeo de la Universidad San Pablo CEU

1. INTRODUCCIÓN

Desde el punto de vista del control de concentraciones, el año 1999 aportó importantes novedades legislativas en España, al entrar en vigor el Real Decreto-ley de 16 de abril, por el que se modificó la Ley 16/1989 de Defensa de la Competencia, así como, pocos días antes de finalizar el año, y tras un trámite parlamentario no exento de vicisitudes y una sentencia del Tribunal Constitucional que ha puesto radicalmente en cuestión el principio de competencia estatal exclusiva en materia de normativa concurrencial, la esperada reforma de la Ley ¹.

Este nuevo contexto normativo español tiene lugar poco tiempo después de que el propio marco comunitario de control de concentraciones fuera modificado por el Reglamento 1310/1997, y paralelamente a la profunda transformación del Derecho de la competencia que propugna el Libro Blanco de la Comisión sobre modernización y descentralización de la política concurrencial, hecho público asimismo en 1999 ².

Estas modificaciones de la legislación tanto comunitaria como española no hacen sino avalar el acelerado aumento de operaciones de concentración que están teniendo lugar en los últimos años, así como la dimensión cada vez más central que las fusiones y adquisiciones han adquirido en unas estrategias empresariales crecientemente internacionalizadas y sometidas a influencias competitivas globales.

Así, en la Exposición de Motivos de la citada Ley 52/1999, de 28 de diciembre, se afirma que: «La profundización en el proceso de libe-

¹ Real Decreto-ley 6/1999, de 16 de abril, publicado en *BOE* núm. 92, de 17 de abril de 1999. Ley 52/1999, de 28 de diciembre, publicada en *BOE* núm. 311, de 29 de diciembre de 1999.

² Reglamento CE 1310/1997, *DOCE*, núm. L 180, de 9 de julio de 1997; «Libro Blanco sobre la modernización de las normas de aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado CE», Programa para la Comisión 99/027, aprobado el 28 de abril de 1999.

ralización de los mercados que afronta la economía española hace necesario potenciar una política de defensa de la competencia, que garantice la efectividad del esfuerzo liberalizador, evitando que el comportamiento de los operadores económicos desvirtúe el adecuado funcionamiento de los mercados y prive a los consumidores de sus ventajas. Con este fin, (...) se fijó como uno de los objetivos prioritarios del Gobierno la reforma del sistema de defensa de la competencia, objetivo al que responde la presente Ley, que culmina el proceso de reforma iniciado con el Real Decreto-ley 6/1999 (...) en materia de control de concentraciones.»

La tendencia de los operadores económicos hacia la adquisición de mayor tamaño en el mercado por medio de fusiones, adquisiciones y «*joint ventures*», se ha visto de esta manera compensada por un mayor control y participación en los procesos concentrativos de las autoridades competentes en la materia (el Servicio y Tribunal de Defensa de la Competencia en España; la Dirección General IV de la Comisión en la Unión Europea).

Dentro de la tendencia hacia un mayor control de las concentraciones económicas en España durante los últimos años —paralela al aumento de actividad concentrativa en el mercado y demandada desde ópticas muy distintas— (3), el primer elemento a resaltar es sin duda la trascendental novedad que supone la *notificación obligatoria* a partir de ciertos umbrales mínimos fijados por el legislador, quien en este, como en otros muchos, aspectos ha seguido las pautas trazadas por la legislación comunitaria en la materia.

Del cambio hacia un sistema de notificación obligatoria, se derivan toda una serie de cuestiones que serán analizadas a su vez a la luz de las disposiciones y la práctica comunitarias, tales como la evaluación efectiva de la necesidad de notificar o no notificar a partir del cálculo del volumen de negocios, los problemas prácticos que se pueden plantear a las empresas a la hora de notificar, o las consecuencias que cabe esperar del hecho de notificar.

Asimismo, y, una vez expuestos el contenido de la reforma en materia de control y notificación de concentraciones, teniendo en cuenta las perspectivas suministradas por la normativa comunitaria, nos detendremos brevemente en el análisis de las formas de terminación del procedimiento más habituales, destacando el papel que en el futuro han de desarrollar el procedimiento negociado y la autorización subordinada a la observancia de ciertas condiciones, cuestión de particular relevancia para el futuro.

2. EVOLUCIÓN DE LAS CONCENTRACIONES Y NOTIFICACIONES EN ESPAÑA. REFERENCIA AL CONTROL EN EUROPA

A. CAUSAS DEL AUMENTO DE LAS NOTIFICACIONES DE OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN

Se puede afirmar que el paulatino crecimiento de las operaciones notificadas responde a dos factores diferenciados:

a) *Situación del mercado: mundialización de la economía y cooperación internacional*

Por una parte, se producen más notificaciones porque ha aumentado el número de operaciones concentrativas en el mercado, impulsadas a nivel mundial por la globalización de la economía, que demanda mayor tamaño de las empresas, por la situación de determinados mercados en expansión, como los de nuevas tecnologías, y, en Europa adicionalmente, por la introducción del euro.

La mundialización permite aprovechar las economías de escala dado que el aumento del ámbito de actuación comporta previsiblemente un ahorro de costes y una consolidación de mercados. A su vez, el incremento de las fusiones y adquisiciones de empresas demanda un desarrollo de las normas supranacionales de control de la competencia y una mayor colaboración entre Estados. De hecho, una de las áreas de mayor expansión dentro de la DG IV en los últimos años han sido justamente sus relaciones internacionales y la necesidad de coordinar la política comunitaria de control de concentraciones con las normas nacionales de los Estados miembros. A este fin responde el mecanismo de remisión del artículo 9 del Reglamento CE 4064/1989³ (reformado por el 1310/1997 cit. sup.), que, por ejemplo, ha permitido a la Comisión durante el año 1999 remitir a las autoridades españolas el examen de la adquisición por el Grupo *Heineken* del Grupo *Cruzcampo*⁴.

Un ejemplo claro de la cooperación internacional, por otra parte, son los llamados acuerdos de «cortesía activa» y «cortesía tradicional»

³ Reglamento CEE núm. 4064/1989 del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas; *DOCE*, núm. L 257, de 21 de septiembre de 1990.

⁴ Caso núm. IV/M.1555 *Heineken/Cruzcampo*; Decisión en virtud del artículo 9.3, de 17 de agosto de 1999. Esta operación de concentración tiene su origen en el intento de adquisición por parte de *Heineken* (que en España actúa a través de su filial *El Águila, S. A.*) del 88,21 por 100 del grupo británico *Diageo*, lo que implicaba la adquisición del 10,53 por 100 de las acciones de *Cruzcampo*. Otros casos relevantes han sido la remisión de parte del Asunto IV/M. 1060 *Vendex/KBB* a los Países Bajos, o la del asunto *Krauss Maffei/Wegmann IV/M. 1153* a Alemania en lo referente a vehículos militares blindados.

de los años 1991 y 1998 con los EEUU, que, aunque en ocasiones no han evitado controversias o decisiones contradictorias (caso *Boeing/MDD*), en otros momentos han sido de gran utilidad, como en el asunto *World-Com/MCI*⁵.

Finalmente, de manera principal para Europa, pero también con consecuencias significativas sobre el resto del mundo, la introducción y generalización del uso del euro a partir del 2001/2002 favorecerá claramente las fusiones y adquisiciones transfronterizas, al eliminarse el riesgo de tipo de cambio, reducirse los costes de transacción resultantes de los cambios de divisa, y verse incrementada la transparencia de precios. Estos factores previsiblemente dificultarán los intentos de compartimentación de los mercados mediante la fijación de diferencias de precios artificiales.

b) *Cambios legislativos: obligatoriedad de la notificación de concentración*

De acuerdo con el artículo 14 del Real Decreto-ley, la notificación de la concentración al Servicio de Defensa de la Competencia (SDC) pasa a ser obligatoria, cuando se cumpla, alternativamente, alguno de los siguientes umbrales:

- i) cuando se adquiera por la concentración más de un 25 por 100 de cuota del mercado nacional, o de un mercado geográfico o de producto definido, o
- ii) cuando el volumen de ventas de todos los partícipes se eleve por encima de 40.000 millones de pesetas en el último ejercicio contable, y siempre que al menos dos de los intervinientes, individualmente, superen los 10.000 millones de volumen de ventas en España.

La reforma española ha introducido, siguiendo el esquema adoptado por la normativa comunitaria en materia de concentraciones, un criterio de diferenciación basado en umbrales cuantitativos. Así, la obligación de notificación no afecta a aquellas operaciones de concentración que estén sometidas al ámbito de aplicación del Reglamento (CEE) 4064/1989 del Consejo, modificado por el Reglamento 1310/1997, según el cual la dimensión comunitaria se define en virtud de los siguientes parámetros:

- i) el volumen de negocios a nivel mundial de las empresas que se concentran debe superar los 5.000 millones de euros,
- ii) siempre que al menos dos de ellas realicen individualmente en la UE más de 250 millones de euros. Asimismo están sometidas al ámbito comunitario aquellas operaciones en que las empresas tuvieran una cifra de negocio mundial de 2.500 millones de euros y existan ventas totales de más de 100 millones de euros en cada uno de por lo menos tres países miembros, ventas individuales de al menos 25 millones de euros dentro

⁵ Así lo afirmaba el Comisario Karel von Miert en la *Introducción al Informe de Política de Competencia de la Comunidad Europea* correspondiente al año 1998.

de esos tres países realizadas por, al menos, dos empresas, o ventas individuales en la Comunidad de al menos 100 millones de euros de por lo menos dos empresas.

Ambos umbrales tienen la excepción de que cada una de las empresas realice más de las dos terceras partes de su volumen de negocios total en la Comunidad en un mismo Estado miembro, en cuyo caso contrario conocerán las autoridades de este Estado.

B. EVOLUCIÓN DE LAS NOTIFICACIONES AL SERVICIO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA. COMPARACIÓN CON LA ACTIVIDAD DE LA COMISIÓN

El número de expedientes iniciados mediante notificación —ya sea voluntaria u obligatoria, en función de la reforma introducida por el RDL 6/1999— en virtud de los artículos 14 y 15 de la Ley de Defensa de la Competencia (en adelante, «LDC»), ha sido en 1999 de cuarenta y dos, confirmando la tendencia ascendente de la última década. Pero resulta evidente que, si bien durante los últimos años, el aumento de notificaciones se debía a la razón puramente cuantitativa de la «oleada de fusiones» originada a partir de 1996, el récord de 1999 responde fundamentalmente al carácter obligatorio de las notificaciones de concentraciones que superen los nuevos umbrales:

NOTIFICACIÓN DE CONCENTRACIONES EN ESPAÑA

	<i>Expedientes notificados</i>	<i>Expedientes iniciados de oficio</i>	<i>Expedientes remitidos al TDC</i>	<i>Expedientes previos a la iniciación de oficio</i>	<i>Acuerdos Consejo de Ministros</i>
1990	8	0	3	0	3
1991	11	0	0	0	1
1992	18	0	7	0	8
1993	15	1	4	1	3
1994	13	0	1	16	2
1995	20	0	5	8	5
1996	23	0	2	27	—
1997	19	0	7	27	3
1998	31	0	5	24	5
1999	42	0	6	—	9
TOTAL	200		40		39

Fuente: Servicio de Defensa de la Competencia. Informes anuales de 1996, 1997, 1998. Datos de 1999 a través de la página web del Ministerio de Economía y Hacienda: «www.meh.es».

Esta evolución ascendente del control de concentraciones en España es, asimismo, un reflejo de la tendencia europea hacia el incremento de las notificaciones y decisiones de la Comisión. En Europa se ha pasado

de 12 notificaciones en 1990, primer año de la entrada en vigor del Reglamento Comunitario, a 235 en 1998, resolviéndose en un solo año 238 asuntos, pues algunos venían acumulados del ejercicio anterior:

NOTIFICACIÓN DE CONCENTRACIONES EN EUROPA

	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998
Notificaciones	60	58	95	110	131	172	235
Decisiones finales de la Comisión (Reglam. 4064/1989)	61	57	91	109	125	142	238

Fuente: XVIII Informe de la Política de la Competencia de la Comisión Europea-1998.

Desde un punto de vista práctico, se puede observar que la Memoria de Actividades del Servicio de Defensa de la Competencia («SDC») de 1998 reflejaba que la mayoría de las concentraciones respondieron a adquisiciones (en torno al 74 por 100), mientras que los porcentajes para supuestos de empresas en participación y fusiones fueron menores (un 16,13 por 100 y 3,23 por 100, respectivamente). El año anterior, sin embargo, hubo más adquisiciones (un 84 por 100), por sólo un 5,26 por 100 de «*joint ventures*» y un 10 por 100 de fusiones.

En todo caso, se observa que la tipología de concentración preponderante es la ejercida por medio de adquisición. Así lo demuestra el año 1999, que vuelve a ser de predominio total de las adquisiciones (sobre el 78 por 100). La relativa escasez de empresas en participación bien puede responder a que los mecanismos y alcance pro o anti-competitivo de las «*joint ventures*» siguen siendo relativamente poco conocidos en España. En Europa, sin embargo, el tipo de operación notificada más extendido es precisamente el de creación de empresas conjuntas⁶.

En cuanto a los sectores afectados, los más habituales son los de distribución comercial, electrónica y material eléctrico, papel, industria química, telecomunicaciones...

Ya hoy y en un futuro inmediato empiezan a destacar las notificaciones en materias relacionadas con el comercio electrónico, las telecomunicaciones y las nuevas tecnologías, con «megafusiones» como las de *Olivetti-Telecom Italia*, *ATT-MediaOne*, *Vodafone-Airtouch* o las más recientes *AOL-Time Warner*, *Warner Music-EMI*, *Vodafone-Mannesmann*, o la amplia alianza en negocios específicos entre *Telefónica* y el *BBVA*.

⁶ Así se refleja en el gráfico de «distribución por tipos de operaciones (1992-1998)», en la p. 71 del Informe de Política de la Competencia en la Comunidad Europea de 1998, donde las operaciones referidas a empresas de participación-control conjunto son un 48 por 100, por un 38 por 100 de toma de participación mayoritaria y un 8 por 100 de OPAS.

Se demuestra que las fusiones y concentraciones empresariales han pasado a ser un instrumento estratégico de primer orden en el contexto económico internacional y doméstico.

3. LAS PRINCIPALES INNOVACIONES INTRODUCIDAS POR LA REFORMA EN MATERIA DE CONTROL DE CONCENTRACIONES

Junto a la notificación obligatoria y los nuevos umbrales señalados en el epígrafe anterior, la reforma de la Ley a través del Real Decreto-ley 6/1999 ha introducido las siguientes novedades relevantes:

A. DELIMITACIÓN DEL CONCEPTO DE «CONCENTRACIÓN ECONÓMICA»

El concepto de «concentración económica», que en la redacción del antiguo artículo 14 no se hallaba definido (el tenor literal de la Ley hablaba de «operación de concentración de empresas o de toma de control de una o varias empresas»), se delimita ahora sobre la base de la normativa y la jurisprudencia comunitarias, y comprende todas aquellas operaciones «que supongan una modificación estable de la estructura de control de las empresas partícipes mediante:

- a) La fusión de dos o más empresas anteriormente independientes.
- b) La toma de control de la totalidad o de parte de una empresa o empresas mediante cualquier medio o negocio jurídico.
- c) La creación de una empresa en común y, en general, la adquisición del control conjunto sobre una empresa, cuando ésta desempeñe con carácter permanente las funciones de una entidad económica independiente y no tenga por objeto o efecto fundamental coordinar el comportamiento competitivo de empresas que siguen siendo independientes».

B. NOTIFICACIÓN OBLIGATORIA Y AUTORIZACIÓN TÁCITA

El artículo 15 establece la obligación de la notificación de las operaciones comprendidas dentro del ámbito del artículo 14, notificación al SDC que ha de producirse con carácter previo a la operación, o hasta un mes después de la conclusión del acuerdo de concentración. Sin embargo, como en la antigua Ley, y en contra del criterio comunitario, la notificación sigue sin ser suspensiva de la ejecución de la concentración, lo que en principio podría resultar coherente con un sistema en el que se ha querido primar las técnicas de consulta previa, terminación convencional y autorización condicionada.

Cabe asimismo recordar que, antes de la reforma, el plazo de notificación voluntaria que se contemplaba era sólo de hasta tres meses des-

pués de haberse realizado la operación. Al haberse pasado de un régimen de notificación voluntaria a un régimen de notificación obligatoria, ahora no existe ningún plazo para notificar después de realizada la operación, por entender que el requerimiento de oficio en caso de no notificación, como en el sistema comunitario, no está sujeto a plazos de caducidad. Aunque no se especifican en la nueva redacción de la Ley los sujetos que deben notificar (antes, una o varias de las empresas partícipes), se entiende que pueden hacerlo una o varias de las empresas que son parte de la concentración, de forma separada o conjunta.

La *autorización tácita* en este primer estadio se regula en el artículo 15 bis, 2, del que se deriva que la Administración no se habrá opuesto a la operación si transcurrido un mes desde la notificación al Servicio, no se hubiera remitido la misma al Tribunal.

Una diferencia importante respecto al régimen anterior es que el hecho de la notificación (aunque no su contenido) se debe hacer ahora público inmediatamente, cuando anteriormente era confidencial, al menos hasta la publicación oficial de la decisión. Se ha introducido asimismo una modificación en el nuevo artículo 15.4 por la que se prevé la posibilidad de consulta previa al SDC sobre si la operación supera los umbrales del 14.1. Tal consulta suspende el plazo de un mes para la notificación, hasta que las partes obtengan respuesta a la consulta.

C. REQUERIMIENTO DE OFICIO POR AUSENCIA DE NOTIFICACIÓN

El artículo 15 bis, 4.º, regula el supuesto de no notificación de una concentración que sobrepase los umbrales del artículo 14. En tal caso, el SDC podrá de oficio requerir a las partes para que notifiquen en un plazo no superior a veinte días desde la recepción del requerimiento. Si no se presenta en plazo la notificación, se producen las consecuencias del artículo 18.2, una sanción impuesta por el Director del Servicio de hasta 2.000.000 de pesetas por día de retraso en la notificación cuando ésta haya sido requerida por el Servicio. Además, las operaciones que tengan que ser notificadas a requerimiento del SDC no podrán gozar del privilegio de la autorización tácita.

D. AMPLIACIÓN A RESTRICCIONES ACCESORIAS Y REMISIÓN A ACUERDO ENTRE EMPRESAS

La reforma ha recogido explícitamente la práctica comunitaria sobre restricciones accesorias, al establecer en el artículo 15 bis, 5, que «podrán entenderse comprendidas dentro de la operación determinadas restricciones a la competencia accesorias, directamente vinculadas a la operación y necesarias para su realización».

Asimismo, se regula la posibilidad de que la operación —notificada en plazo o no notificada— no reúna todas las condiciones de una con-

centración, y que, por tanto, pueda ser analizada como acuerdo entre empresas, sometido al artículo 3 de la Ley y al procedimiento del artículo 38, que excluye en todo caso la autorización tácita.

E. TERMINACIÓN CONVENCIONAL

El artículo 15 ter de la reforma recoge una práctica análoga a las autorizaciones condicionadas, pero con carácter previo a la remisión del expediente al Tribunal (TDC), lo que supone una importante novedad. Esta situación se produce cuando de una operación de concentración, que no supone en sí la creación o el reforzamiento de una posición de dominio, puedan derivarse obstáculos a la competencia que sean «fácilmente subsanables». El Ministro de Economía y Hacienda, previo informe del SDC, puede solicitar de las partes a estos efectos la presentación de compromisos o modificaciones de la operación. Las partes no gozarán del beneficio de la autorización tácita y deberán contestar en el plazo de un mes. A la vista de los compromisos presentados por las partes, y previo informe del SDC, el Ministro podrá decidir entre autorizar la concentración o remitir el expediente al TDC.

Con esta modalidad parece que se pretende dotar de mayor flexibilidad y rapidez al procedimiento. Pero la formulación legal puede presentar problemas, porque no delimita estrictamente el concepto de «creación o reforzamiento de una posición de dominio», que debe ser apreciada por el Ministro, observándose también que se exigen dos informes del SDC, sin aclarar el plazo para los mismos.

F. INTERVENCIÓN DEL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA EN EL PROCEDIMIENTO

El artículo 15 ter reitera que una vez remitido el Informe al Tribunal, el TDC dispone de tres meses para emitir su dictamen. Pero, frente a la versión antigua de la Ley, la reforma no recoge la consecuencia de la autorización tácita para el caso de no emisión de dictamen por el TDC en esos tres meses (el antiguo art. 15.4 afirmaba que se entendía que la Administración no se oponía a la concentración si el TDC no emitía el dictamen previsto en el plazo de tres meses). Esto se soluciona de forma poco satisfactoria, como veremos enseguida, en el nuevo artículo 17, pues aunque ahora se prevé la autorización tácita para el caso de que el Consejo de Ministros no se haya pronunciado en el plazo de tres meses tras recibir el informe del Ministro de Economía y Hacienda, ello no equilibra completamente la ausencia de la posibilidad de autorización tácita por parte del Tribunal.

Otra novedad en la actuación del TDC se refiere al análisis que deberá efectuar el TDC en los casos de empresas en participación, en que se ten-

drán especialmente en cuenta los posibles efectos restrictivos de la competencia derivados de la presencia de la empresa participada y de las matrices en un mismo mercado o en mercados ascendentes, descendentes o próximos (art. 16.2).

Por último, en un deseo de dotar de mayor transparencia a la decisiones del TDC, el artículo 16.3 establece que el contenido del informe será público, pero únicamente una vez que el Consejo de Ministros adopte su decisión sobre la operación.

G. COMPETENCIA DEL GOBIERNO EN EL PROCEDIMIENTO

El TDC remitirá su dictamen al Ministro de Economía y Hacienda, quien lo elevará al Gobierno, para que en un plazo máximo de tres meses éste pueda decidir entre: i) no oponerse a la operación de concentración, ii) subordinar su apreciación a la observancia de condiciones que compensen en forma suficiente los efectos restrictivos sobre la competencia de la operación, o iii) establecer el efecto concentrativo negativo de la operación.

El efecto de la declaración de improcedencia de la concentración por parte del Gobierno puede llevar a que se prohíba la concentración, si no se había iniciado la misma, o bien a ordenar las medidas apropiadas para el establecimiento de la competencia efectiva, incluida la desconcentración. Dentro de la opción de desconcentración, se incluye ahora «la cesación de control», que en la redacción antigua aparecía como una alternativa diferenciada de la reversión de la operación. En todo caso, la desconcentración debe entenderse referida a cualquiera de las modalidades incluidas en la definición del artículo 14.

El último párrafo del artículo 17 establece que, si transcurren tres meses desde que se reciba el dictamen del Tribunal, sin que el Consejo de Ministros hubiere adoptado su decisión, la operación se entenderá autorizada tácitamente. Lo mismo sucede también para aquellos casos en los que caduque el plazo de tres meses previstos para que el Tribunal emita su dictamen, y en el nuevo plazo de tres meses posteriores el Consejo de Ministros no hubiere adoptado su decisión.

Este régimen introduce dos novedades procedimentales importantes respecto a la normativa anterior. Por una parte, ahora puede autorizarse tácitamente la operación en dos supuestos distintos: *a)* si transcurre un mes sin que el SDC remita el expediente al TDC, salvo que el SDC haya solicitado de oficio la iniciación del expediente, en cuyo caso se pierde esta posibilidad; y *b)* si transcurren seis meses desde que el expediente entra en el TDC (siete en total desde la notificación) sin que haya adoptado su decisión el Gobierno.

En todo caso, hay que esperar la decisión del Gobierno (o la ausencia de dicha decisión) para que se dé por concluido el procedimiento. Frente

al sistema anterior, el régimen de notificación obligatoria no permite ahora la conclusión por autorización tácita del TDC. Es el Gobierno quien tiene la última palabra, con lo que se ha visto reforzada la intervención gubernamental.

H. SANCIONES POR INCUMPLIMIENTO

Mientras que en la anterior redacción de la Ley, las sanciones se imponían exclusivamente como resultado de no cumplir con las decisiones de condicionamiento o de desconcentración, la nueva normativa introduce multas de hasta cinco millones de pesetas ya para el caso de incumplimiento de la obligación de notificar, además de una sanción de hasta dos millones de pesetas *por día* de retraso en no cumplir con el requerimiento de notificación realizado de oficio. En ambos casos, dichas sanciones podrán ser impuestas por el Director del SDC, sin que se especifiquen los criterios de cuantificación, lo que en principio otorga una amplia discrecionalidad. Además, el Director puede imponer, como ya hemos citado anteriormente, hasta 2.000.000 de sanción por día de retraso en la notificación requerida conforme al 15 bis, 4.º⁷.

Por otra parte, se detalla el contenido del antiguo artículo 18 en el nuevo 18.3, al añadir a la anterior redacción que el SDC «vigilará la ejecución y cumplimiento de los acuerdos del Consejo de Ministros». Las multas a imponer por el SDC en caso de incumplimiento de la decisión del Gobierno, que pueden alcanzar, como en la anterior regulación, el 10 por 100 del volumen de ventas de cada una de las empresas afectadas, se concreta ahora que se refieren al «ejercicio en que se hubiera producido la operación de concentración».

I. FUNCIONES DEL SDC Y DE SU DIRECTOR

El Real Decreto-ley refuerza las facultades del SDC y del Director General de la Competencia. En lo que hace referencia a las concentraciones, además de las funciones relacionadas con el procedimiento de notificación, se ha conferido al SDC la función de colaborar con la Administración española y la Comisión europea para la aplicación en España de la normativa comunitaria de la competencia [nuevo apartado g) del art. 31], y la función de cooperar con organismos extranjeros e instituciones internacionales en materia de competencia. Además, el Director del Servicio goza de amplias facultades consultivas e informativas plasmadas en el nuevo artículo 31 bis.

⁷ Ya en el año 1998 la Comisión Europea impuso la primera multa a una empresa por no notificar a tiempo una operación de concentración y llevarla a cabo sin autorización de la Comisión (Asunto IV/M.920 *Samsung-AST Research*). La multa fue de 33.000 euros (unos cinco millones de pesetas).

En resumen, e independientemente de las matizaciones que puedan realizarse, las reformas apuntadas, si se llevan correctamente a cabo, supondrán una serie de consecuencias para los operadores económicos, entre las que cabe resaltar las siguientes:

i) Una mayor seguridad para los operadores económicos y un mayor control del mercado, al ser obligatoria la notificación de la concentración a partir de ciertos umbrales.

ii) Un procedimiento más sumario y flexible, que beneficiará a las empresas notificantes al poder incluso someter la operación a la condición suspensiva de la conformidad de la misma por las autoridades de la competencia, sin que ello suponga una dilación importante de la operación.

iii) Mayor control, participación y autonomía del Servicio de Defensa de la Competencia a través del procedimiento de terminación convencional, en línea con la autonomía y el poder de negociación de los que tradicionalmente ha gozado la «Merger Task Force» de la Comisión.

iv) Una mayor presencia y control del Gobierno sobre las operaciones de concentración, a través del mecanismo de la decisión obligatoria del Consejo de Ministros en la gran mayoría de los casos (con la excepción de las notificaciones voluntarias que no sean transmitidas al TDC), y de la mayor flexibilidad que otorga la generalización del procedimiento de autorización condicionada.

4. CUESTIONES PLANTEADAS POR LA NOTIFICACIÓN A LA LUZ DE LA NORMATIVA COMUNITARIA

A. CONCEPTO DE CONCENTRACIÓN Y DE EMPRESAS AFECTADAS

Toda una serie de cuestiones que plantea la nueva normativa española de concentraciones pueden ser interpretadas, de acuerdo con la práctica habitual del SDC y del TDC, a partir de la correspondiente legislación y práctica comunitaria. Las Comunicaciones de la Comisión sobre los conceptos de «concentración» y de «empresas afectadas» que aparecen en el Reglamento 4064/1989, ambas de 2 de marzo de 1998⁸, pueden ayudar a delimitar esta cuestión inicial. Tal y como afirma la primera Comunicación citada, su objeto es permitir a las empresas determinar con mayor rapidez (y antes de entrar en contacto con los servicios de la Comisión) si, y en qué medida, sus operaciones quedan sometidas al control comunitario de las operaciones de concentración.

Es claro que el concepto de concentración implica necesariamente que la operación que se lleve a cabo suponga una modificación perma-

⁸ «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, y Comunicación de la Comisión sobre el concepto de empresas afectadas con arreglo al Reglamento CEE núm. 4064/1989 del Consejo, sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas», *DOCE*, núm. C 66, de 2 de marzo de 1998.

nente de la estructura de las empresas participantes. Y ésta última a su vez sólo se produce cuando dos empresas anteriormente independientes se fusionan o cuando se adquiere el control sobre la totalidad o parte de una empresa. Sobre esta base, la Comisión elabora una noción de concentración en la que da preferencia a los criterios cualitativos sobre los cuantitativos, y donde el efecto concentrativo puede manifestarse por vehículos jurídicos o a través de una situación concentrativa de hecho.

Así, en las adquisiciones articuladas a través de una fusión por absorción o una fusión por constitución de una nueva sociedad, la Comisión considera que en estas operaciones las dos empresas anteriormente independientes forman una sola y dejan de existir como entidades jurídicas diferenciadas, con lo que el efecto concentrativo es palpable. Pero la Comisión va más allá, y entiende que la operación también es concentrativa en aquellos supuestos en los que dos o más empresas autónomas establecen mediante contrato una gestión económica conjunta. La existencia de una gestión económica única y permanente genera una concentración *de facto*, que deberá ser notificada. Dado que el contrato entre las empresas puede ser estrictamente privado, y éstas quizá opten por no hacer pública la alianza, la Comisión considera que determinadas situaciones pueden ser *prima facie* pruebas de la integración realizada, como por ejemplo: i) la compensación de créditos o la compensación interna de pérdidas y ganancias —en definitiva, la existencia de cuentas consolidadas—; ii) la adquisición cruzada de participaciones sociales entre las empresas sujetas al pacto, o iii) la responsabilidad solidaria frente al exterior.

Por otra parte, la concentración también puede producirse cuando una o más empresas adquieren el control de forma individual o conjunta sobre otra u otras empresas, o sobre ramas de actividad de las mismas, sin que quepa confundir la mera reestructuración interna de un Grupo con una adquisición de control. Esta confusión fue la que se produjo en el expediente N-004/1999 de notificación al SDC, que tenía su base en la reestructuración interna del grupo de empresas perteneciente a *Agfras Holding* como resultado de la adquisición por *Allianz AG* de *AGF*, notificada a la Comisión y en la que el SDC confirmó que no se cumplía lo previsto en el artículo 14.2 de la Ley 16/1989, esto es, que la operación no suponía una modificación estable de la estructura de control de las empresas partícipes.

Es interesante también tener en cuenta que el Reglamento y las Comunicaciones no distinguen entre el sector público y privado a la hora de evaluar las concentraciones. Se plantea así la posibilidad de que ambas empresas partícipes sean propiedad del Estado o del mismo ente público. En este caso se hablará de concentración cuando las empresas formen parte de entidades económicas distintas con poder de decisión autónomo.

Un segundo bloque de problemas se plantean también, tanto en la práctica comunitaria como en la española, a la hora de definir lo que debe entenderse por las «empresas afectadas» que deben realizar la noti-

ficación. Las empresas afectadas son las que participan directa o indirectamente en la operación de fusión o adquisición de control, ya sea en este último caso mediante contrato o por cualquier otro medio (punto 5 de la Comunicación). Sólo a partir de la delimitación de cuáles son las empresas afectadas se puede calcular el volumen de negocios para determinar la jurisdicción competente, comunitaria o española. Y en este sentido es esencial recordar que cuando las empresas inicialmente afectadas pertenezcan a un Grupo de empresas, habrá de incluirse el volumen de negocios para esa actividad de todo el Grupo. El concepto de «volumen de negocios de las empresas afectadas» del Reglamento 4964/1989 debe, por tanto, interpretarse expansivamente.

La delimitación de las empresas afectadas puede plantear dudas en algunos tipos de operaciones:

i) *Adquisición del control exclusivo.*

Esta modalidad no plantea problema alguno si se trata de la adquisición de la totalidad de una empresa. Sin embargo, cuando se refiere a la adquisición de parte de una empresa, conviene puntualizar que sólo se considerarán *afectadas* las partes efectivamente sujetas a la transacción. «Partes» pueden ser filiales, activos concretos —incluidas marcas o derechos de propiedad industrial—, una rama de actividad, etc., siempre que se les pueda atribuir claramente un volumen de negocios en el mercado. Podemos citar ejemplos recientes que ilustran lo anterior acaecidos en 1999, como la adquisición por *Dana* del negocio de árboles de transmisión medios y pesados de *GKN*, o la adquisición por parte de *Xerox España, S. A.*, de los activos de la división de imagen e impresión en color de *Tektronix Española, S. A.* (expedientes 38 y 32 del SDC, respectivamente).

En ocasiones se adquiere el control exclusivo sobre una empresa a través de una filial cuya matriz pertenece a un gran Grupo. Éste es el caso de la adquisición por la división *SYNETIX* perteneciente a la empresa alemana *Unichema Chemie GmbH* del negocio mundial de catalizadores utilizados en las industrias de aceite comestible y oleoquímica propiedad de la empresa alemana *Celanese Chemicals Europe GmbH*, que se notificó al SDC en España en lo concerniente a activos españoles (expediente N-031 de 12 de noviembre de 1999), o de la adquisición por *Medtronic*, a través de su filial al 100 por 100 *MXS Merger Corp.*, de la totalidad del capital de *Xomed Surgical Products*, constituyendo la nueva empresa *Somed Surgical Products, Inc.*

Un caso que aúna todas las formas de adquisición de control anteriores es la adquisición en España de la sociedad *Editorial Aranzadi, S. A.*, por la sociedad *AT&T Publicaciones Profesionales*, filial de *The Thomson Corporation*, a través de la sociedad *Thomsom Cruppon* (expediente 11/1999 del SDC).

En estos casos, las empresas afectadas son la filial y la adquirida, aunque la notificación pueda realizarla la matriz. De hecho, las posibles consideraciones en torno a la identidad y la autonomía de la filial y la

matriz como unidad económica única u operadores diferenciados quedan relegadas a un segundo plano, pues, como hemos visto anteriormente, el Reglamento establece que a efectos del cálculo del volumen de negocios se tendrá en cuenta el conjunto del volumen de negocio de todo el Grupo para esa actividad concreta.

ii) *Adquisición del control en común.*

Si lo que se adquiere es el control de una empresa de nueva creación, las empresas afectadas son las que la adquieren, pero no la nueva empresa, a la que aún no se le puede atribuir un volumen de negocios propio. Evidentemente, si la empresa cuyo control se adquiere ya existía, también se la considerará como empresa afectada.

Un caso particular dentro de esta modalidad es la unión de dos empresas para adquirir otra y repartirse proporcionalmente los activos adquiridos. En este caso no hay concentración de poder económico, pues en puridad los bienes adquiridos se controlan en común durante el breve lapso que media entre el otorgamiento de una escritura y la siguiente. Más complejidad puede plantear la situación en la que la distribución de los activos no se realice de forma proporcional.

iii) *Adquisición de control por una empresa en participación.*

En los supuestos de adquisición del control a través de una *joint venture*, lo determinante es concretar si la empresa adquirente es efectivamente la empresa en participación, o si lo son las dos empresas matrices. Cuando quien realice la adquisición sea una empresa en participación con funciones plenas⁹, serán empresas afectadas tanto ella como la adquirida.

Sin embargo, cuando la empresa en participación haya sido creada como mero vehículo para la adquisición, se considerarán empresas afectadas la adquirida y las dos matrices. Estos casos de constitución para llevar a cabo una adquisición entiende la Comisión que pueden responder a la intención de eludir la pertinente notificación, sobre todo si se demuestra que la empresa conjunta no tiene actividad, o realiza un volumen de negocios anormalmente reducido.

En los supuestos de empresa en participación con plenas funciones, es fácil comprobar si la adquisición comporta una diversificación sustancial de su actividad habitual, lo que viene a ser un indicio de la intervención de las matrices¹⁰.

⁹ Sobre este concepto, *vid.* «Comunicación de la Comisión relativa al concepto de empresa en participación con plenas funciones con arreglo al Reglamento CEE núm. 4064/1989 del Consejo», *DOCE*, núm. 66, de 2 de marzo de 1998. Esta Comunicación ha venido a superar la tradicional clasificación de las empresas conjuntas entre «cooperativas» y «concentrativas», considerando como empresas en participación con plenas funciones a todas las que desempeñen con carácter permanente las funciones de una entidad económica independiente.

¹⁰ Por ejemplo, Asunto IV/M.102 TWT/Canadá Post y otros, de 2 de diciembre de 1991, en el que se pretendía adquirir el control conjunto de una empresa en participación (JVC) por otra

En general, existe la presunción de que son las matrices las que realmente están adquiriendo la empresa *target* a través de una empresa en participación cuando, por ejemplo, la *joint venture* se crea específicamente para adquirir la empresa (ésta aún no ha empezado a funcionar —y, por tanto, no ha demostrado su autonomía); o cuando las matrices son las verdaderas artífices de la operación, lo que se aprecia sobre todo en el hecho de que la empresa objeto de la adquisición tenga una actividad sustancialmente diversa de la empresa en participación (distinto mercado de producto).

iv) *Paso de control en común a control exclusivo y modificaciones en el accionariado de una empresa en participación con plenas funciones.*

Cuando una de las partícipes en la empresa común adquiere todas las participaciones, la Comisión entiende que se produce un cambio duradero en la estructura de las empresas afectadas, pero sólo considera como «empresas afectadas», a los efectos de notificación, a la adquirente y a la empresa que hasta ahora era participada, no a la vendedora o vendedoras¹¹.

En los supuestos en que sólo se producen cambios en la composición del accionariado, el criterio decisivo, que requiere un análisis caso por caso, es si el cambio supone una alteración de la estructura de control de la empresa en participación. Aquí pueden tenerse en cuenta los siguientes criterios:

— Los pequeños accionistas minoritarios que carezcan de control antes y/o después del cambio estructural no se considerarán «empresas afectadas».

— En los demás casos será necesario comprobar si se afecta al control efectivo. Se presume en principio que, salvo que entren nuevos accionistas, no cambia esencialmente el control y, por tanto, no hay que notificar la operación. Sin embargo, aunque no cambien los accionistas, en determinados casos la reducción del número de los mismos sí lleva a un cambio en la estructura de control y, por tanto, a la necesidad de notificación¹².

— Las empresas afectadas serán los accionistas (nuevos y anteriores) que ejercen el control en común, pero no los minoritarios, como ya hemos señalado anteriormente.

v) *Otras formas de reestructuración societaria.*

La Comisión considera también otros cambios en la estructura societaria, tales como:

empresa en participación (CD NET BV, y TNT Ltd.). La Comisión apreció que la empresa en participación adquirente era un mero vehículo para unificar la actuación de las cinco administraciones de correos que la integraban, con el fin de impedir que TNT ejerciera un control exclusivo de hecho.

¹¹ Ejemplo, Asunto IV/M.023 ICT/Tioxide, de 28 de noviembre de 1990.

¹² Asunto IV/M.452 Avesta II, de 20 de septiembre de 1994. En este caso, la reducción del número de accionistas de cuatro a tres comportó que uno de los accionistas adquiriera derechos de veto de los que carecía anteriormente, en virtud de un pacto de accionistas. Tal adquisición de derechos de veto plenos constituye un cambio de control a los ojos de la Comisión.

— La segregación de empresas. En este caso se está ante un cambio en la estructura de control —y, por tanto, ante la posibilidad de una concentración— cuando dos empresas se fusionan o forman una tercera en participación y, acto seguido, se escinden o disuelven ésta para repartirse los activos. En estos supuestos, son partes afectadas ambas empresas y los activos o unidades de producción que les son adjudicados y que tengan forma societaria.

— La permuta de activos: aunque se suele articular en un solo negocio jurídico, constituye dos operaciones de concentración que deben ser analizadas separadamente.

— La adquisición de control por particulares: el artículo 3.1 del Reglamento comunitario de concentraciones exige, para que exista concentración, que las persona/s que adquiera/n el control «... controlen una empresa». Por tanto, el particular que adquiere una participación en una empresa sólo afecta al control de ésta si tiene una actividad económica propia¹³. Lo mismo sucede cuando son los directivos los que adquieren su propia empresa; tal operación no tendrá transcendencia concentrativa salvo que utilizaran para ello una empresa instrumental, o estuvieran financiados por una compañía a cambio de, por ejemplo, una participación significativa en el nuevo accionariado o un puesto directivo.

B. CÁLCULO DEL VOLUMEN DE NEGOCIOS

Otra serie de problemas interpretativos que se plantean a nivel tanto comunitario como español hacen referencia al cálculo de la cifra de negocios. Recordemos que si efectivamente se está realizando una concentración —conforme al art. 14.2 de la Ley de Defensa de la Competencia o el art. 3 del Reglamento 4064/1989— y concurren unos determinados volúmenes de negocio de las empresas concurrentes —arts. 14.1 español y 1.2 y 1.3 del Reglamento—, será necesario notificar, al SDC o la Comisión, dependiendo de que el ámbito sea España o la Comunidad Europea.

La determinación del volumen de negocios es, por tanto, en primer lugar esencial para delimitar el órgano competente a efectos de conocer sobre la concentración. La Ley española excluye expresamente la notificación en nuestro país cuando la operación caiga dentro del ámbito de aplicación del Reglamento 4064/1989 (art. 14.1 *in fine* LDC). Por otra parte, ya vimos anteriormente que el Reglamento excluye el control comunitario cuando las partes en la operación facturan más de dos tercios en un solo Estado miembro, con el fin de identificar operaciones puramente nacionales.

¹³ Asunto IV/M.082 Asko-Jacobs-Adia, de 16 de mayo de 1991, en el que se consideró al Sr. Jacobs como empresa afectada y no particular, pues tenía intereses en el sector industrial de chocolates, dulces y café.

Tal y como afirman los primeros puntos de la Comunicación de la Comisión sobre esta materia¹⁴, el cálculo de los umbrales es relevante sólo para delimitar los ámbitos de competencia —y, por ende, la necesidad de notificar—, pero no para evaluar la posición en el mercado de las partes que intervienen en la operación, ni las repercusiones de la misma. Efectivamente, es el grado de concentración del mercado de referencia, y, por tanto, la cuota de las empresas en el mismo, el que da indicios del poder de mercado de los operadores, y no un elevado volumen de negocios en sí, que no implica necesariamente una gran cuota de mercado.

El artículo 5 del Reglamento 4064/1989 establece las normas para calcular el volumen de negocios según el artículo 1.2. Paralelamente, el artículo 2 del Real Decreto-ley 1080/1992, incorpora de manera casi literal el texto de la norma comunitaria, para las concentraciones sometidas a jurisdicción española.

Desde un punto de vista general, el volumen de negocios total incluye los importes resultantes de la venta de productos y la prestación de servicios realizados por las empresas afectadas durante el último ejercicio que correspondan a sus actividades ordinarias, previa deducción de los descuentos sobre ventas, así como el IVA y otros impuestos directamente relacionados con el volumen de negocios —esto es, el volumen neto—, y vendidos o prestados a empresas o consumidores en la Comunidad o el Estado miembro¹⁵.

Si la concentración consiste en la adquisición de partes de una o más empresas, sólo se tendrá en cuenta el volumen de negocios relativo a las partes que son objeto de la transacción. En caso de que las adquisiciones se dilaten en el tiempo¹⁶ hasta un máximo de dos años, se considerarán como una sola operación con fecha de la última adquisición. La consideración por el Reglamento CE de estas operaciones *fragmentadas* —las que se realizan en un período de hasta dos años— tiene como finalidad evitar que las partes se sustraigan a la aplicación del Reglamento. Esta mención no se efectúa en la normativa española, lo que viene a suponer una laguna importante. En este sentido, en el año 1999 se ha aprobado la fusión en dos fases de la *Caja de Ahorros Municipal de Vigo*, *Caja de Ahorros Municipal de Ourense* y *Caja de Ahorros Municipal de Pontevedra*, fusión que, sin embargo, se ha notificado en su primera fase, y no en la segunda.

El artículo 2.2 del Real Decreto 1080/1992 y los apartados 4 y 5 del artículo 5 del Reglamento CE contemplan el cálculo del volumen cuando

¹⁴ Comunicación de la Comisión relativa al cálculo del volumen de negocios con arreglo a lo dispuesto en el Reglamento CEE 4064/1989 del Consejo, sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas (DOCE, núm. C 66, de 2 de marzo de 1998).

¹⁵ Se excluyen las concentraciones que afectan a entidades de crédito o de seguros que tienen sus propias reglas para calcular el volumen de ventas, como excepción a lo anterior [arts. 2.2.b) y c) del Real Decreto y 1.3.a) y b) del Reglamento CE].

¹⁶ Por tratarse de sucesivas operaciones, o de un solo contrato de compraventa, pero sometido al cumplimiento de ciertas condiciones suspensivas para la adquisición de determinados activos, o de un cumplimiento sucesivo en el tiempo (art. 5.2 del Reglamento CE).

alguna de las empresas involucradas pertenece a un Grupo. En este supuesto, al volumen de ventas de la empresa afectada se une el de las empresas de su Grupo —matrices, filiales, participadas— para la misma actividad, sin tener en cuenta las transacciones «intragrupo» y, en el caso español, tampoco las realizadas fuera de España (art. 2.2. *in fine* del citado Real Decreto).

Sin embargo, el Reglamento comunitario precisa la delimitación de las empresas a considerar respecto al volumen de negocios, al incluir, además de la empresa en cuestión, las empresas en las que ésta disponga de: i) más de la mitad del capital o el capital circulante; ii) más de la mitad de los derechos de voto; iii) el poder de designar más de la mitad de los miembros del Consejo de administración u órganos análogos, o iv) el derecho a determinar las actividades de la empresa, y, por extensión, todas las empresas que dispongan en la empresa afectada, o entre sí, siendo de las controladas por la afectada, de los derechos enunciados. Como vemos, el Reglamento no hace sino definir de forma prolija todas las empresas que se pueden considerar incluidas en un Grupo conforme al artículo 42 del Código de Comercio español, generando una red de empresas que, sin ser *afectadas* a efectos de notificar, deben aportar su volumen de negocios en lo que se refiere a la determinación del ámbito de control. El concepto de «Grupo» del Reglamento es omnicompreensivo y más exhaustivo que el español, que viene definido en términos muy generales. Pero nada impide seguir la directriz que marca el Reglamento en este sentido, incluyendo en el Grupo, de forma sistemática a:

- i) la empresa afectada;
- ii) las filiales de la afectada y las filiales de éstas;
- iii) las sociedades matrices de la empresa afectada y las matrices de éstas;
- iv) otras filiales de las sociedades matrices de la empresa afectada, y
- v) empresas controladas conjuntamente por dos o más empresas del grupo.

En este caso de las empresas en participación controladas conjuntamente, su volumen de negocios se imputará a prorrata entre las que la controlan, con el fin de reflejar contablemente el control conjunto¹⁷.

C. DELIMITACIÓN DEL MERCADO RELEVANTE

En cuanto a la definición del mercado relevante, y teniendo en cuenta que no hay mención expresa alguna a la materia en el ordenamiento

¹⁷ Aquí la Comunicación recuerda, como ya se hiciera al hablar de las empresas afectadas, que no hay distinción entre el sector público y privado. El mero hecho de que dos empresas sean de propiedad estatal no debe, sin embargo, llevarnos a la consideración apriorística de que pertenezcan al mismo grupo. El criterio decisivo es considerar su autonomía de decisión y su carácter de unidad económica independiente, sin tener en cuenta a quién pertenezca su capital o las normas de tutela administrativa que le sean aplicables.

español, tanto el SDC como el TDC adoptan regularmente los criterios de la Comunicación de la Comisión relativa a la definición del mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia¹⁸.

La Comunicación, basándose en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia, así como en las Decisiones de la Comisión, define el mercado de referencia de producto como «aquel que comprende la totalidad de productos y servicios que los consumidores consideren intercambiables o sustituibles en razón de sus características, su precio o el uso que se prevea hacer de ellos».

A su vez, el mercado geográfico de referencia se define como «la zona en la que las empresas afectadas desarrollan actividades de suministro de los productos y de prestación de los servicios de referencia, en la que las condiciones de competencia son suficientemente homogéneas y que puede distinguirse de otras zonas geográficas próximas debido, en particular, a que las condiciones de competencia en ella prevalecientes son sensiblemente distintas a aquéllas».

La combinación de ambas definiciones delimita el marco en que se analiza los efectos de la concentración en un mercado determinado.

En este sentido, la empresa o empresas notificante(s) deben justificar ante la autoridad de la competencia de que se trate en qué medida la operación puede incidir sobre tres elementos de la estructura del mercado: i) la sustituibilidad de la demanda; ii) la sustituibilidad de la oferta; y iii) la competencia potencial.

La sustituibilidad de la demanda está relacionada con la posibilidad de fijar los precios por la empresa que goza de poder de mercado suficiente para ello o que va a adquirirlo en virtud de la concentración. Si se puede demostrar que la demanda es muy elástica —es decir, que ante un incremento del precio de mercado de entorno al 5-10 por 100, los clientes cambiarían a otro producto análogo dentro del mismo mercado geográfico—, la empresa no tiene en principio un poder de mercado elevado.

Similarmente, la sustituibilidad de la oferta supone que los proveedores de productos análogos podrían fabricar el producto del mercado relevante sin necesidad de grandes inversiones o incursión en riesgos, en caso de que el producto o productos relevantes incrementaran su precio. Tal capacidad de producción, o, lo que es lo mismo, la inexistencia de barreras de entrada de carácter técnico o financiero para nuevos competidores, constituye otro ingrediente que diluye el supuesto poder de mercado de la empresa que desea realizar una operación de concentración. Estos elementos compensadores de los posibles efectos restrictivos de la competencia son usualmente argumentados por las partes en la notificación. Así, por ejemplo, en la concentración *Hoesch Industria Espa-*

¹⁸ Comunicación 97/C 372/03.

ñola de Suspensiones, S. A. (INDUSA) - Freid Krupp AG - Hoesch AG, las partes exponían al TDC las consideraciones en torno a la inexistencia de barreras de entrada, progreso tecnológico, facilidad de transporte, posibilidad de cambio de suministrador por parte de los clientes, con el fin de diluir los efectos anticompetitivos de la concentración. En otros casos se han alegado razones productivas (*Caso Cervecera de Canarias*) o de calidad técnica y diversificación de riesgos (*Voith-Scapa*).

En cuanto a la competencia potencial está íntimamente relacionada con la idea anterior de las barreras de entrada, pero con una visión más periférica, en el sentido de que se refiere a potenciales competidores actualmente ajenos al mercado definido pero que en su caso podrían responder a una situación de aumento de precios en el mismo¹⁹. Éste es también el caso en que los competidores puedan adquirir con relativa facilidad la tecnología necesaria para fabricar el producto cuyo mercado relevante se ve afectado por la operación.

Por lo que hace referencia a la delimitación concreta de los mercados, la Comisión suele seguir criterios restrictivos y empíricos, en aras de evitar que la excesiva amplitud de los mercados estudiados permita diluir las cuotas y eventualmente maquillar el carácter anticompetitivo de una concentración.

Por lo que se refiere al mercado del producto, la Comisión evalúa en qué medida hay elementos que permiten la sustitución. Así, a la luz de los datos suministrados por las partes, la Comisión selecciona una serie de productos alternativos y trata de analizar su sustituibilidad. Aunque es más habitual que sean las partes las que propongan un mercado de producto, y la Comisión o la autoridad española las que deban comprobar si todos los productos que se alegan como intercambiables efectivamente lo son, o si el mercado propuesto no puede desglosarse en una serie de sub-mercados de producto²⁰.

En lo que respecta al mercado geográfico, la Comisión lleva a cabo una investigación similar a la anterior, pues comprueba las cuotas de mercado de las empresas afectadas y sus competidores, y los precios existentes en el mercado relevante y limítrofes.

Si es necesario, además del precio, la Comisión estudia la existencia de barreras de entrada tales como requisitos de calidad —normas técnicas—, acceso a redes de distribución, control por la Administración, etc., a efectos de reducir o ampliar el mercado geográfico. Cuantas menos

¹⁹ Sería el caso, por ejemplo, de empresas que pudieran importar a bajo coste al mercado geográfico en cuestión productos análogos de terceros países —u otros países comunitarios, en el caso de España.

²⁰ Por ejemplo, en una notificación referida a la concentración de empresas en el sector de los refrescos, las empresas afectadas tenderían a definir el mercado como el «mercado español de refrescos», para diluir su cuota en el mismo. Sin embargo, la autoridad en materia de competencia entraría en disquisiciones del tipo «mercado de refrescos de cola» en el que se encuentran los siguientes sub-mercados: «refrescos de cola embotellados», «refrescos de cola en lata», «refrescos de cola en barril para su uso en bares», etc.

barreras de entrada y mayor igualdad de precios existan, mayor «intercambiabilidad de territorios» apreciará la Comisión, y, por tanto, mayor será el ámbito geográfico del mercado.

En definitiva, la Comisión sigue un criterio de cadenas de sustituibilidad, en el que el mercado relevante se expande o contrae en función de los mercados geográficos limítrofes o los productos de los mismos que sean sensibles a los cambios de precio o a las condiciones de suministro de dicho mercado relevante.

Para todo lo anterior, la Comisión utiliza una serie de elementos de prueba que han sido seguidos en general por las autoridades españolas en el análisis de las operaciones de concentración. Estos elementos son, entre otros: *a)* los movimientos empresariales u operaciones similares llevadas a cabo en el mercado concreto en el pasado y sus efectos; *b)* el cálculo de elementos cuantitativos, como la elasticidad cruzada de la demanda, o el índice Herfindal-Hirschman; *c)* las opiniones motivadas de clientes y competidores; *d)* las encuestas sobre preferencias de los consumidores; *e)* los costes del desplazamiento de la demanda hacia productos sustitutivos, y *f)* la posibilidad de discriminación de precios entre distintos grupos de clientes.

D. PROBLEMAS PRÁCTICOS DE LA NOTIFICACIÓN

Una cuestión práctica de cierta importancia atañe al problema de las notificaciones incompletas.

El artículo 4.2 del Reglamento CE 447/1998 afirma que «si la información contenida en la notificación, incluidos los documentos, está incompleta en un punto esencial, la Comisión informará sin demora y por escrito a las partes notificantes o a sus representantes y fijará un plazo adecuado para que pueda completarse. En este supuesto, la notificación surtirá efecto en la fecha en que la información completa sea recibida por la Comisión».

Por su parte, el tenor del artículo 5 del Real Decreto 1080/1992 es análogo en su primera mitad, pero en la norma española la solicitud de información adicional por el SDC no supone iniciar un nuevo plazo, sino que se deberá subsanar la falta en un plazo de diez días, quedando suspendido el plazo de un mes para la autorización tácita, hasta que se cumplimente el requerimiento. Tal requerimiento incluirá el apercibimiento de que si no se cumplimentase, la notificación no surtirá efecto alguno como supuesto de autorización tácita de la operación por el SDC.

Desde un punto de vista estadístico, no son excesivas las notificaciones que se declaran incompletas en el ámbito comunitario, pues hubo 17 (de un total de 172 notificaciones) en 1997, y 17 (de un total de 196 notificaciones) en 1998. En España, sin embargo, se puede deducir que

han sido al menos 8 durante el año 1999, lo cual da un porcentaje mucho mayor (en torno a un 20 por 100)²¹.

Ante el aumento de notificaciones incompletas en los últimos años, la Comisión ha emitido unos «Criterios prácticos»²², con el fin de ayudar a solventar las dificultades que puedan plantearse a las empresas. La Merger Task Force de la Dirección General IV de la Comisión ha explicado las principales razones por las que las notificaciones se declaran incompletas: a) en algunos casos no era técnicamente posible aceptar la notificación, como cuando faltaban en la misma empresas afectadas, o no existían acuerdos legalmente vinculantes que debían producir la concentración; b) la información suministrada era pobre; c) la Merger Task Force encontró en algún momento en el estadio de negociaciones o en la propia notificación que faltaban en la misma mercados potencialmente afectados que deberían haberse incluido en la información suministrada.

A la vista de estas causas, la Comisión ha propuesto unas líneas de actuación que, si son observadas por las partes afectadas, disminuyen las posibilidades de remitir una notificación incompleta y favorecen la flexibilidad y claridad del procedimiento:

i) En primer lugar, siempre es conveniente, incluso para casos supuestamente claros, tener contactos con carácter previo a la notificación con el correspondiente equipo de la Merger Task Force. Las partes notificantes deberían remitir un breve informe con al menos tres días de antelación a la primera reunión, y ésta debería tener lugar al menos una semana antes de la notificación. Tal período pre-notificación podría prolongarse si lo requiriesen las circunstancias.

ii) De las reuniones previas podría salir un borrador de notificación (formulario CO), a la luz de lo que se decidiera que debe o no incluirse en la notificación. En cualquier caso, las propuestas de las partes de omitir información o sobre la necesidad de datos concretos debería discutirse con la Merger Task Force con antelación.

iii) Todos los mercados afectados deberían discutirse, en el marco de la claridad y la buena fe, con el equipo encargado del caso, incluso si las empresas afectadas difieren en cuanto al enfoque del mercado. En todo caso, lo más prudente es elaborar las cuotas de mercado sobre diferentes bases, como, por ejemplo, los diferentes mercados nacionales y el comunitario, o varios mercados de producto.

iv) Las empresas y sus representantes deben cerciorarse de que la documentación aportada es veraz, y que los datos obtenidos de clientes o competidores son ciertos o de que se trata de estimaciones de buena

²¹ Se sabe si ha sido aplicado el artículo 5 del Real Decreto por la dilación del período de autorización tácita más allá de un mes de duración. Así, tardaron más de un mes en aprobarse tácitamente, y, por tanto, puede inferirse que el SDC solicitó más información a las partes, las notificaciones que involucraron a las siguientes partes afectadas: *Gestamp-Metalbagés*; *EG&G Peninsular-Perkin-Helmer Hispania*; *Luxottica-Bausch&Lomb*; *Feraz Shawmut-Gould Electric*; *Havas-Media-Medicom, S. A.*; *Synetix-Celanesa*.

²² «Merger: Best Practice Guidelines», en página web <http://europa.eu.int/dg04/merger>.

fe que no dilatarán el trabajo de la Comisión. En general, es conveniente que los asesores comerciales y jurídicos de las empresas afectadas acudan a las reuniones citadas, pues son ellos los que conocen los mercados relevantes y los criterios de delimitación de los mismos.

v) Si se cumplen estos criterios, el equipo a cargo del asunto estará en condiciones de confirmar informalmente la idoneidad del borrador de notificación antes de efectuar ésta, o indicar los aspectos aún no cerrados.

En España, el SDC no ha emitido sugerencias similares. Sin embargo, no es desdeñable el hecho de que alrededor de un 20 por 100 de las notificaciones del año 1999 requirieron de información adicional, lo que puede inferirse del retraso operado en la autorización tácita de numerosos expedientes, indicativo de que el SDC requirió más información a las partes, interrumpiendo el transcurso del plazo de un mes necesario sin manifestación alguna por parte del SDC para entender concedida dicha autorización tácita (Casos, *PPG Industries-Imperial Chemical Industries*; *Gestamp-Metalbagés*; *EG&G Peninsular-Perkin Elmer Hispania*; *Deutsche Post-Guipuzcoana*; *Luxoticca-Bausch&Lomb*; *Feraz Shawmut-Gould Electric*, entre otros). Por tanto, es razonable pensar que, dada la mayor autonomía que la reforma concede al SDC, la flexibilidad del procedimiento, y el carácter bastante sumario del mismo una vez efectuada la notificación, estos contactos previos a la misma para discutir aspectos sustanciales serían muy convenientes, permitiendo a las partes incluso evaluar la conveniencia de no seguir adelante en caso de clara contravención de la situación competitiva de un sector, o conocer qué tipo de condiciones podrían ser impuestas a la operación si se llegara a su aprobación por el Consejo de Ministros.

Por otra parte, aunque sea de forma residual, no deja de ser interesante clarificar si se debe notificar y con qué contenido, antes de desembolsar el canon por estudio de operación notificada que ha instaurado la reforma de la LDC por la citada Ley 52/1999: la notificación comporta el pago de una tasa por el análisis y estudio de las operaciones de concentración (nuevo art. 57 de la Ley 16/1989), que por otra parte constituye un hecho imponible. Así, las empresas notificantes deberán abonar: a) 500.000 pesetas si el volumen de ventas en España del conjunto de los partícipes en la operación no supera o es igual a 40.000 millones de pesetas; b) 1.000.000 pesetas si el citado volumen está entre los 40.000 y los 80.000 millones; c) 2.000.000 pesetas si superan los 80.000 millones.

5. SOBRE LAS FORMAS DE TERMINACIÓN DEL PROCEDIMIENTO

De acuerdo con el Real Decreto-ley 6/1999, analizado más arriba, la terminación del procedimiento puede adoptar las siguientes formas:

i) *Expresa*: Por resolución adoptada por el Gobierno en Consejo de Ministros, a la vista del expediente remitido por el Tribunal de Defensa

de la Competencia. Puede consistir en una aprobación simple o condicionada de la operación, o en la no aprobación.

ii) *Tácita*: Se produce cuando transcurre un mes desde la notificación al SDC sin que éste remita el expediente al TDC; o siete meses desde la notificación sin decisión del Gobierno. Hasta la fecha de este comentario (febrero de 2000), las aprobaciones tácitas en aquel primer estadio son mayoría abrumadora, y así lo demuestran los datos del ejercicio 1999: de 42 concentraciones notificadas, 27 se han aprobado tácitamente en su fase de tramitación ante el SDC, seis se han remitido al TDC y solventado en Consejo de Ministros, 1 se entendió que no necesitaba ser notificada, y 8 están pendientes de decisión. Algunas de las operaciones aprobadas tácitamente son incluso de cierta entidad. Se pueden citar las protagonizadas por las empresas *Decaux-Vivendi*; *Deutsche Post-Guipuzcoana*; *Luxottica-Bausch&Lomb*; *AT&T* y *Editorial Aranzadi*; *Novartis Seeds* y *Koipesol*; *Tubacex* y *Schoeller-Bleckmann*; *Obrascon Huarte-Lain*, *Menzolit Fibron GmbH* y *DSM Compounds Vitroplast*.

iii) *Convencional*: Supone una terminación previa a la remisión del expediente al TDC. Se produce una negociación entre el Ministro de Economía y Hacienda y las partes, que acuerdan unos compromisos. El Ministro puede dar su aprobación a la concentración o remitir al TDC el asunto en el plazo de un mes. Esta modalidad es una novedad introducida por el RDL 6/1999, por lo que no es posible conocer su operatividad y eficacia, pero sin duda puede convertirse en un elemento valioso tanto para las autoridades como para las empresas, que, gracias a ella, pueden ver disminuido sustancialmente el tiempo del procedimiento y con ello los riesgos de tener que dar marcha atrás en operaciones que suelen conllevar elevados costes de negociación y gestión²³.

Cabe reseñar que cuando los expedientes llegan al Gobierno generalmente no se finaliza el procedimiento con una autorización tácita, sino expresa. Dentro del conjunto de las decisiones adoptadas en los últimos años por el Consejo de Ministros, es relativamente habitual la aceptación incondicionada de la operación notificada, y menos frecuente, la autorización condicionada. A la autorización condicionada se recurre cuando la transacción entraña efectos anticompetitivos que pueden ser compensados mediante la adopción de ciertas medidas o cuando la operación comporta una posición de dominio en el mercado, pero por producirse en un sector estratégico para la economía nacional, su viabilidad interesa al Gobierno.

Hasta ahora, y a diferencia de las autoridades comunitarias, el Gobierno español raramente se ha manifestado contrario a una operación de

²³ La terminación convencional se ha importado de la normativa comunitaria. En la experiencia comunitaria, la formalización de compromisos en la primera fase ha demostrado ser útil para las partes y la Comisión, dado que reduce los retrasos y el grado de incertidumbre en torno al resultado. En estos casos, las partes incluso reconocían abiertamente la existencia de problemas de competencia, y su voluntad de ofrecer reparaciones específicas y cooperar con la Comisión. Por otra parte, la propia Comisión ha manifestado que no puede permitir que este procedimiento se convierta en una vía para eludir un control más riguroso posterior (*Informe de Política de la Competencia*, 1998).

concentración, prohibiéndola, aunque pueden encontrarse algunos casos: recientemente se ha producido la prohibición de la operación de toma de control conjunto de «*Gas Aragón, S. A.*», por «*Endesa, S. A.*», y «*Gas Natural SDC, S. A.*», y la toma de una participación del 20 por 100 en «*Gas Andalucía, S. A.*», por *Endesa*, mediante la transferencia de los activos de *Megasa*, filial de *ENDESA*, a *Gas Andalucía*. El TDC se manifestó negativamente sobre la cuestión, y el Gobierno ratificó el dictamen del TDC²⁴.

En España todavía se observa que cuando las empresas saben que la concentración afecta a una cuota del mercado relevante o un alto volumen de negocios, o bien desisten directamente de la operación, por ser la misma claramente anticompetitiva, o bien notifican con la confianza de obtener el visto bueno sometido a condiciones.

A. TERMINACIÓN POR APROBACIÓN INCONDICIONAL EN CONSEJO DE MINISTROS

En los casos analizados en que el TDC ha remitido un informe positivo sobre la operación de concentración, el Gobierno la ha autorizado sin someterla a condiciones. A continuación exponemos algunos de los supuestos más relevantes de los últimos años, y en especial en relación al último bienio, con los argumentos esgrimidos por el TDC a favor y en contra de la autorización:

i) Concentración 12/1993, *Cerveceras Canarias*: El TDC dictaminó no oponerse a la concentración a pesar del alto grado de concentración del mercado cervecero en Canarias, teniendo en cuenta la fuerte competencia extranjera y peninsular, instando al SDC a hacer estudios sobre el sector, y previniendo a las partes de que no se asociaran con otros grupos cerveceros en el futuro.

ii) Concentración C 14/1993, *Techpack*: En este caso se trataba de la constitución de una empresa común por dos empresas antes competidoras, que fabricaban envases para cosméticos. El Tribunal consideró que los posibles efectos de la operación sobre la competencia, traducidos en un refuerzo de la posición de dominio sobre el mercado español, resultaban contrarrestados por la ausencia de obstáculos al comercio exterior, costes de transporte reducidos y la ausencia de barreras de entrada.

Por otra parte, el Tribunal estimó que la concentración mejoraría la competitividad individual y conjunta de las empresas y ampliaría su número de clientes internacionales.

iii) Concentración 16/1995, *Baterías*: Por esta operación *Exide Corporation* adquiriría el 99,7 por 100 del capital de *CEAC*, perteneciente al grupo *FIAT*. *Exide* era propietaria de *Tudor España*. Esta operación tenía

²⁴ Acuerdo de Consejo de Ministros de 31 de julio de 1999, publicado por Orden de 6 de septiembre de 1999, por el que se decide declarar improcedentes, y, en consecuencia, ordenar que no se lleven a efecto, las operaciones de concentración económica citadas.

la peculiaridad de haber sido notificada en diez países europeos, pues no reunía las condiciones para alcanzar la dimensión comunitaria definida en el artículo 1 del Reglamento CE 4064/1989.

El TDC apreció posibles efectos anticompetitivos de la operación para los consumidores de baterías de coches e industriales, pero valoró no obstante efectos favorables compensatorios, como la unificación de la marca TUDOR que permitiría importaciones paralelas y, por tanto, la rebaja de precios y las transferencias tecnológicas.

iv) Concentración 20/1995, *Elf-Atochem*: El Tribunal consideró en este caso que el mercado relevante era el de los compuestos de PVC plastificados y rígidos, y que, aunque desde el punto de vista de la producción el mercado geográfico relevante era el europeo, desde el punto de vista de la comercialización era el español.

Esta operación reforzaba el poder de mercado de la empresa adquirente, ELF. Pero de la estructura y características del mercado se derivaban factores que contrarrestaban el dominio real que el operador podía ejercer en el mercado: competencia internacional muy activa, inexistencia de barreras de entrada, presencia de operadores competitivos y la existencia de productos sustitutivos.

v) Concentración C 24/1997, *Entrecanales-Cubiertas*: Se trató de una operación de fusión por absorción que suponía la extinción de *Entrecanales* y *Távora, S. A.*, y *Eursa, S. A.*, a favor de *Cubiertas* y *MZOV, S. A.* El grupo resultante actuaría bajo el nombre de *Acciona*. Las empresas notificantes, ya fuera a título individual o conjuntamente, estaban presentes en multitud de mercados, y pasaban a ser en virtud de la operación el primer operador en el mercado de la construcción de obra civil, especialmente grandes proyectos.

Con la fusión en cuestión se reforzaba una posición de mercado y se aumentaba la concentración en el mismo, con unas fuertes barreras de entrada debidas sobre todo a los rigurosos requisitos de las licitaciones oficiales. Sin embargo, el Tribunal entendió que el gran poder de la demanda, la internacionalización de este mercado y la presencia de fuertes competidores en el mismo, eran elementos suficientes para no oponerse a la operación, posición que ratificó el Gobierno en Consejo de Ministros de 27 de junio de 1997.

En esta línea, hay numerosos acuerdos recientes del Consejo de Ministros aprobando sin condiciones la operación notificada de acuerdo con el expediente favorable del TDC, así el caso *Luzenac-Set/Ibetasa*, aprobado el 11 de marzo de 1998; o, ya en el año 1999: a) la toma de control del *Grupo Anaya* por la francesa «*Havas, S. A.*», mediante OPA, aceptada el 19 de febrero; b) la adquisición por «*Parmalat, SpA*», del control mayoritario de «*Clesa, S. A.*», aprobada en Consejo de 5 de marzo; c) la aprobación de la adquisición de una rama de actividad de «*TH Goldschmidt AG*» por «*Elf Atochem Vlissingen BV*», aprobada el 21 de mayo; d) la adquisi-

sición por «Puleva, S. A.», de «Agroinves Lacteas, S. L.», matriz de *Leyma-Ram*, aprobada el 24 de septiembre.

B. AUTORIZACIÓN CONDICIONADA EN CONSEJO DE MINISTROS

La aprobación condicional, que es la más habitual cuando la operación reviste ciertos efectos anticompetitivos que no son suficientes para declararla incompatible con el ordenamiento vigente, no siempre conlleva las mismas limitaciones a los operadores, dependiendo del mercado y la concentración de que se trate. Las condiciones impuestas más habituales son las siguientes:

a) *Obligación de vender una rama de actividad o filial*

Esta condición se impuso en el Caso 10/1992 *Ausonia Higiene*, en el que estaban involucradas *Procter&Gamble* y *Arbora Holding*. Se acordó ordenar la enajenación a un tercero de la parte de negocio relativa a los pañales infantiles, incluyendo activos y cesión de marcas por un plazo de tres años.

b) *Obligación de modificar cláusulas contractuales de no competencia o sistemas de distribución*

En el caso citado en el punto anterior, la concentración se condicionó también a la supresión del contrato de exclusiva que existía entre *Arbora* y *Tambrands*. Ésta fue autorizada a contratar con terceras partes, estableciéndose que *Arbora* en todo caso dejaría de gozar de la distribución exclusiva de la marca «Tampax». El TDC impuso a *Procter Gamble Co.*, la otra empresa afectada, la designación de, al menos, un distribuidor de «Tampax» totalmente independiente de *Arbora Holding* y sus filiales, sus participadas y sus socios. Asimismo, *Procter Gamble Co.* debía asegurar que los distribuidores independientes obtendrían el producto en las mismas condiciones que *Arbora* y sus filiales.

Una condición similar se impuso en el Caso 21/1995, *Cablevisión*. En este asunto *Telefónica*, *Canal Plus* y *Sogecable* crearon la empresa conjunta *Cablevisión*. Ésta debía permitir a los Operadores Locales de Telefonía contratar con programadores diferentes de *Canal Plus*.

En el Caso 25/1997, *Johnson-Schmalbach*, la compañía alemana *Schmalbach-Lubeca* adquirió todas las acciones de *Johnson Controls España, S. A.*, una filial de *Johnson Control Plastics, S. A.* El TDC limitó el alcance de la cláusula de no competencia existente a los productos objeto del acuerdo (envases de PET) y a un período de tres años.

Por su parte, la aprobación en Consejo de Ministros de 27 de marzo de 1998 de la operación de adquisición por parte del Grupo *Unilever*,

a través de «Unilever España, S. A.» y su filial «Agra, S. A.», de los derechos del Grupo *Koipe* en el negocio de las margarinas, también se subordinó a que se modificara la cláusula de no competencia prevista, limitando su plazo de vigencia a un máximo de tres años desde el contrato de compraventa.

En el mismo sentido se resolvía la operación de adquisición por *Sara Lee/DE España, S. A.*, al grupo «*Reckitt&Colman*» de las marcas de éste, «*Nugget*» y «*Kanfort*», y otros activos: la cláusula de competencia se limitó a tres años, y, transcurrido un cierto plazo, se autorizaba a *Reckitt&Colman* a suministrar sus productos para cuero a terceros bajo marcas distintas de las citadas²⁵. Asimismo, *Sara Lee* deberá abstenerse de aplicar en sus relaciones con clientes cualesquiera condiciones de exclusividad en los productos a distribuir y comercializar en el territorio nacional.

Igualmente, en el Acuerdo de Consejo de Ministros que aprobó la adquisición por el *Grupo Heineken* del 21 por 100 del *Grupo Cruzcampo*²⁶, ya en 1999, se exigía al nuevo Grupo que en el plazo de tres meses desde la notificación del acuerdo, eliminara toda condición de exclusividad de los contratos o acuerdos que mantuviera con los concesionarios o distribuidores del mercado de la comercialización de cerveza a través del canal «horeca», y que no realizara ningún nuevo contrato con concesionarios o distribuidores de sus productos que contenga cláusulas de exclusividad, durante un período de cinco años.

c) *Limitaciones en la cuota de mercado o en la presencia comercial en general*

Éste fue el caso en el asunto 10/1993, *RADIOS*: el TDC sugirió al Gobierno que impusiera condiciones que garantizaran la presencia de competidores en el mercado, y un límite a la presencia de las empresas que se asociaban, que eran dos emisoras de radio de amplio seguimiento, sugerencias que fueron aceptadas.

En el caso *Cablevisión*, se impusieron limitaciones cuantitativas a *Telefónica* en cuanto al número de abonados que podía contratar para este servicio.

En el caso *Ebro-Azucarera*, se tomaron diversas medidas orientadas a atenuar los efectos anticompetitivos que conllevaba la alta cuota de mercado que suponía la fusión notificada, y permitir a los competidores el ejercicio de una competencia efectiva²⁷.

²⁵ Acuerdo de Consejo de Ministros de 12 junio 1998, publicado por Orden de 29 de junio del mismo año.

²⁶ Caso IV/M. 1555 remitido por la Comisión.

²⁷ Acuerdo de Consejo de Ministros de 25 de septiembre de 1998, publicado por Orden de 5 de octubre. Entre las condiciones impuestas podemos citar: a) La elaboración de un plan de reconversión industrial por *Azucarera Ebro Agrícolas*. b) Reasignación por la Administración de

En el expediente de concentración sobre la fusión por absorción entre el *Banco Central Hispano* y el *Banco Santander* para formar el *BSCH*, la autorización del Consejo de Ministros de 16 de julio de 1999 se subordinó al cumplimiento de varias condiciones, entre ellas el que, durante un plazo de cinco años, cuando el *BSCH* participe, directa o indirectamente (definido con gran amplitud), en dos o más operadores competidores en los mercados de generación y distribución de energía eléctrica, en el de hidrocarburos, en telefonía portátil o en telefonía fija: i) su participación accionarial directa o indirecta no puede superar un 3 por 100 en más de uno de los principales operadores en cada mercado; ii) sólo podrá designar miembros del Consejo de Administración de uno de los principales operadores del mercado. A estos efectos, se considerará «gran operador» cualquiera que represente uno de los cinco con mayor cuota del mercado²⁸.

d) *Condiciones sobre los términos de suministro*

Como en el Caso 22/1996, *Hexcel-Hércules*, algunas veces el TDC propone medidas que aseguren el suministro a los distribuidores en las mismas condiciones que antes de la concentración (relaciones verticales), durante un período de tiempo y en unas condiciones mínimas.

e) *Remisión periódica de información al SDC*

Esta condición es muy usual, y se puede encontrar en numerosas autorizaciones condicionadas, entre las más recientes, las citadas *Arbora Higiene*, *Unilever*, *Sara Lee-Reckitt&Colman*, *Azucarera-Ebro Agrícolas*, *BSCH*, etc.

Suele consistir en el envío de información, bien cada cierto período de tiempo, para documentar el cumplimiento de las condiciones impuestas a la concentración y la marcha del mercado —precios, importaciones, ventas, etc.

A veces la información requerida por el TDC es muy exhaustiva, como en el caso *Azucarera*, en que se exigió a *Azucarera Ebro Agrícolas* que informara semestralmente y durante tres años de «*las condiciones de adquisición de la remolacha, con especial referencia a las cantidades, los proveedores y precios, así como sobre las condiciones de comercialización*

30.000 toneladas métricas de la cuota correspondiente a *Azucarera* por medio de pública subasta.
c) Para permitir la entrada de nuevos operadores en el mercado, *Azucarera* deberá renunciar a realizar durante un plazo de tres años desde la publicación de este Acuerdo, directa o indirectamente, compras de azúcar en los mercados comunitarios de manera habitual y generalizada, sometiendo las compras puntuales al SDC.

²⁸ Esta condición obligó al *BSCH* a vender su participación en *Retevisión*, y la remodelación subsiguiente del accionariado de *Airtel*.

del azúcar que venga aplicando a la industria, almacenistas, grandes superficies y consumo directo...».

En otras ocasiones, la información será sólo puntual y no periódica, como en la concentración *BSCH*, en la que sólo se requiere la oportuna comunicación en caso de modificación de la participación del *BSCH* en cualquier empresa.

f) *Otras condiciones específicas*

El Consejo de Ministros ha impuesto ocasionalmente otras condiciones específicas según el tipo de operación, como:

i) *Obligaciones de reestructuración*: El *BSCH*, por ejemplo, se vio obligado a presentar al SDC en un plazo de dos meses desde la aprobación del acuerdo de concentración un programa de desinversiones y actuaciones que aseguraran el cumplimiento de las condiciones sobre participación de la nueva empresa en ciertas compañías.

ii) *Cuestiones de propiedad intelectual*: En la concentración *Heineken-Cruzcampo* (cit. sup.), se exigió al Grupo Heineken vender todas las marcas distintas de El Aguila, Heineken y Cruzcampo, exceptuando las referentes a cervezas sin alcohol y las que eran propiedad de este Grupo ya antes de la operación.

Tampoco es inhabitual establecer medidas tendentes a evitar el control de los precios o las ventas a pérdida, mediante el reforzamiento de la competencia (Caso *Azucarera*), y, en general, cualquier medida específica demandada por el mercado concreto y la estructura de las empresas que son partes en la operación, y que asegure el correcto funcionamiento del mercado conforme a criterios de competencia efectiva tras dicha operación.

REGOLE STATICHE, REGOLE DINAMICHE E QUESTIONI APERTE IN TEMA DI APPLICAZIONE DELLA DISCIPLINA ANTITRUST AL SETTORE ASSICURATIVO

Prov. Avv. Aldo FRIGNANI

Ordinario de Diritto privato della Comunità Europea
Università degli studi di Torino

Avv. Giuseppe Rossi

Dottorando di ricerca in diritto comparato
Università degli studi di Palermo

1. LE «REGOLE STATICHE» DEL REGOLAMENTO COMUNITARIO DI ESENZIONE PER CATEGORIA 3932/1992: UN MODELLO DEFINITIVO? (OVVERO: LEGGENDO IL REGOLAMENTO COME UN «CODICE»)

Con il regolamento 21-12-1992, n. 3932/1992¹ la Commissione, su apposita delega ottenuta dal Consiglio², ha concesso l'esenzione decennale (cfr. art. 21: il regolamento rimarrà in vigore fino al 31-3-2003) dall'applicazione del divieto di intese restrittive della concorrenza, di cui all'art. 85, comma 2 del Trattato, a «talune categorie di accordi, decisioni e pratiche concordate nel settore delle assicurazioni».

Ciò che *ictu oculi* colpisce, del reg. 3932/1992, è la sua «settorialità»³. Nella maggior parte dei casi, l'ambito di applicazione dei regolamenti comunitari di esenzione per categoria è determinato attraverso un criterio tipologico: vale a dire, vengono resi beneficiari dell'esenzione determinati «tipi» di intese restrittive, riconducibili ad una data fattispecie dal punto di vista del contenuto giuridico. È questo il caso della nutrita categoria dei regolamenti di esenzione per categoria in materia di accordi di distribuzione, il cui ambito di applicazione è determinato tramite il riferimento, sancito generalmente da apposita norma definitoria, ad un deter-

¹ In *GUCE*, L398, del 31-12-1992, 7.

² Regolamento del Consiglio 31-5-1991, n. 1534/1991, in *GUCE*, L143, del 7-6-1991, 1.

³ Come rileva anche G. VERNIMMEN, «Le règlement d'exemption du 21 décembre 1992. Historique, contexte, analyse et procédure», in LEVIE, COUSY (eds.), *La politique européenne de concurrence en matière d'assurances*, Bruxelles, 1995, 29 e ss., 32.

minato «tipo» contrattuale (distribuzione esclusiva, acquisto esclusivo, *franchising*, e così via).

Approccio questo che si trova oggi, proprio nella materia delle restrizioni verticali, in fase di profonda revisione, visto che il Green Paper del 1997 e i suoi *follow-ups* ne propongono il superamento, a favore di una più ampia ed unitaria regolamentazione di tutti i *verticals*, la quale dovrebbe trovare i suoi fondamenti non nella ricostruzione tipologica di ciascuna figura contrattuale, ma nell'analisi economica degli effetti «comuni» a tutte le intese verticali. Nondimeno, approccio che gode ancora di una posizione quasi monopolistica, con poche eccezioni, tra cui, appunto, il reg. 3932/1992, in materia di assicurazioni.

Scorrendo le norme che compongono il regolamento, balza agli occhi come il riferimento al settore di attività economica sia davvero il più forte catalizzatore di norme altrimenti difficilmente riconducibili a sistema, in quanto relative a fattispecie tra loro piuttosto eterogenee. Il regolamento è suddiviso in sei titoli: il primo contiene «*disposizioni generali*», il secondo regola il «*calcolo del premio*», il terzo le «*condizioni tipo di assicurazione diretta*», il quarto la «*copertura in comune di certi tipi di rischi*», il quinto le «*apparecchiature di sicurezza*», il sesto è dedicato a «*disposizioni varie*».

Oltre all'inerenza al mercato assicurativo, tra le questioni oggetto delle varie norme non esiste ulteriore connessione, se non il fatto di riguardare tutte intese orizzontali tra compagnie di assicurazione: programmaticamente, la Commissione ha escluso dall'esonero gli accordi di distribuzione assicurativa, lasciati alle norme «ordinarie» e, soprattutto, agli orientamenti generali in tema di accordi di agenzia⁴.

La *policy* sottesa al regolamento 3932/1992 era di «isolare» il mercato assicurativo, concedendogli una disciplina antitrust *ad hoc*, ma soltanto in parte (quasi come se la distribuzione assicurativa non presentasse peculiarità rilevanti). Una volta identificato l'oggetto dell'intervento negli accordi orizzontali tra compagnie di assicurazione, l'intervento normativo avrebbe però dovuto avere, nei propositi della Commissione, carattere esauriente e onnicomprensivo, come un «codice del diritto antitrust in materia assicurativa»⁵, fornendo così una risposta efficace e definitiva alle problematiche che le vistose peculiarità economiche del settore presentano nell'applicazione delle norme di concorrenza.

Progetto ambizioso, di cui si trova traccia eloquente nell'ampiezza della delega che la Commissione era riuscita a farsi concedere dal Con-

⁴ In proposito, ci si permetta di rinviare sin d'ora a A. FRIGNANI, G. ROSSI, «Le proposte di riforma dell'agenzia assicurativa: *policies* dirigitiche a confronto con la tutela comunitaria della concorrenza», in corso di pubblicazione in *Dir. ec. assicurazione*, 1998.

⁵ Sulle caratteristiche del «codice» come atto normativo, e sul peso dell'esperienza delle grandi codificazioni nel dar luogo a distinzioni nell'ambito della *western legal tradition*, cfr. per tutti, A. GAMBARO, R. SACCO, «Sistemi giuridici comparati», in *Tratt. dir. comparato* diretto da R. SACCO, Torino, 1997.

siglio, la quale si estendeva a ricomprendere, oltre alle materie poi incluse nel regolamento 3932/1992, anche «*il regolamento dei sinistri*» e «*i registri e le informazioni per i rischi aggravati*». Materie queste ultime che furono escluse dal regolamento per «mancanza di sufficiente esperienza» (cfr. *a contrario* il considerando 2 del regolamento), ovvero, fuor di metafora, per mancanza di esatta percezione dei loro (eventuali) riflessi sul piano della concorrenza tra compagnie di assicurazione⁶. Esulerebbe dal presente lavoro chiedersi se, nel 1992, i tempi fossero maturi per una «codificazione»: il giudizio negativo sarebbe del resto, inevitabilmente, viziato dall'essere formulato *ex post*. Senza dubbio, esisteva un certo numero di decisioni della Commissione, almeno su alcuni dei problemi toccati, e qualche sentenza della Corte, che sembravano aver generato orientamenti piuttosto costanti, se non consolidati.

L'ottimismo non era quindi del tutto ingiustificato. Leggendo il reg. 3932/1992 come un «codice» ne balza tuttavia oggi agli occhi una caratteristica tanto evidente, quanto comune allo stesso «genere normativo» costituito dal «codice»⁷: la «staticità», frutto dell'intima convinzione del «codificatore» della possibilità di fissare, una volta per tutte, in una «descrizione» le modalità economiche di funzionamento del mercato assicurativo (si leggano a riprova i «considerando»), di individuare gli scopi particolari dell'intervento antitrust su tale mercato, e infine di formulare norme generali ed astratte, conseguenza (in ipotesi) diretta e coerente della sintesi tra peculiarità del mercato assicurativo e finalità del controllo antitrust, in grado di essere applicate *sic et simpliciter* a tutti i casi futuri.

Una contestazione della nostra ricostruzione che si fondasse sulla natura puramente «attuativa» del regolamento di esenzione per categoria, come atto normativo, rispetto alle norme generali del Trattato, e quindi negasse al regolamento 3932/1992 il carattere creativo ed innovatore, se non addirittura «rivoluzionario», proprio del «codice» non coglierebbe, a nostro avviso, nel vero. Senza dubbio, a monte dell'intera operazione si poneva la convinzione dell'idoneità del meccanismo di produzione normativa rappresentato dall'esenzione per categoria⁸ a creare regole atte a disciplinare la materia (convinzione agevolata, come sempre accade, dall'auspicio della Commissione di ridurre il carico di notificazioni indi-

⁶ Una posizione fortemente dubitativa quanto alla rilevanza antitrust delle intese in materia di liquidazione di sinistri (già accaduti), nonché in materia di tenuta di registri di rischi aggravati (ad esempio: dati sui tipi di autovetture più di frequente soggette ad incidenti) è stata di recente assunta da L. GYSELEN, «EU Antitrust Law in the Area of Financial Services-Capita Selecta for a Cautious Shaping of a Policy», in B. HAWK (ed.), *1996 Fordham Corporate Law Institute International Antitrust Law & Policy*, Yonkers NY, 1997, 329 e ss., par. 133 e ss.

⁷ Ci sia consentito ricordare la definizione di «codici» offerta da G. TARELLO, voce «Codificazione», in *Digesto civ.*, II, Torino, 1988, 465 e ss., 466: «documenti i quali: a) contengono serie di norme...; b) vengono considerati, da chi li produce e da chi li adopera, come documenti unitari talché le norme in essi contenute sono a lor volta considerate come in qualche senso coerenti e sistematizzate; c) vengono ritenuti, da chi li produce e da chi li usa, realizzare una disciplina giuridica esauriente... di tutti i rapporti appartenenti ad un genere individuato dall'unità di materia».

⁸ Sulla quale cfr., volendo, A. FRIGNANI, M. WAELBROECK, *Disciplina della concorrenza nella CE*, 4.^a ed., Torino, 1996, 192 e ss.

viduali da sottoporre ad esame), salvo comunque il «paracadute» rappresentato dal potere di revoca dell'applicazione del regolamento (v. l'art. 17, reg. 3932/1992).

All'esito del processo, tuttavia, le regole emanate evidenziano caratteristiche che ne denunciano il carattere non meramente «attuativo», ma «innovatore» rispetto alle prescrizioni generali del Trattato, ed insieme l'ambizione di esaustività nell'approntare una disciplina della concorrenza tra compagnie di assicurazione: ci riferiamo alla già evidenziata adozione del criterio settoriale per delimitare l'ambito di applicazione dell'esenzione (di cui non si trova traccia nell'art. 85, comma 3, del Trattato), ma non soltanto ad essa. Ulteriori elementi nel senso della natura e delle aspirazioni «codicistiche» del reg. 3932/1992 si ritrovano nel testo delle sue norme, a partire dagli artt. 2-4, che esentano, apparentemente, *intese orizzontali di fissazione dei prezzi* (premi), sia pure soltanto «indicativi», e non vincolanti (cfr. art. 3, lett. a) tra compagnie, e scambi di informazioni tra le stesse comunque finalizzati a comportamenti concertati sui premi.

L'«originalità» di simili disposizioni non necessita sicuramente una lunga dimostrazione; tuttavia, la descrizione delle norme citate come esenzione di un'intesa orizzontale sui prezzi, che ha il pregio di ricondurre la fattispecie oggetto di esenzione alla figura tipica di intesa prevista all'art. 85, comma 1, lett. a) del Trattato, non è del tutto fedele. In effetti, la Commissione non ha disposto l'esenzione di un'intesa sui «prezzi», ma ha elaborato una nuova nozione di «prezzo» (premio), propria del mercato assicurativo, costruita sulla distinzione tra «premio puro» e «premio commerciale», che rappresenta il perno dell'esenzione *in parte qua*. Dunque, nuove regole, basate su nuove categorie (almeno per quanto riguarda l'antitrust comunitario), fornite dei crismi della completezza e della sistematicità: un «codice», appunto.

Un «codice», aggiungiamo, composto in massima parte di regole statiche, ovvero modellate su una data interpretazione del funzionamento economico del mercato assicurativo, ad esse sottesa, considerata come valida in assoluto, o quanto meno in grado di garantire una razionale politica antitrust nel settore assicurativo per il periodo decennale di vigenza del regolamento.

Consideriamo ancora gli artt. 2-4: le relative norme si fondano su un'analisi economica descrittiva della prestazione assicurativa che scompone il premio finale nelle due componenti del premio «puro» e dei c.d. «caricamenti commerciali». Il primo viene definito, dall'art. 1, come «*costo medio della copertura dei rischi*»; il premio «commerciale» trova invece definizione nel considerando n. 6, ove si afferma che per «premi commerciali» si intendono «*i premi effettivamente applicati ai contraenti e comprensivi del caricamento per la copertura di spese amministrative, commerciali ed altri costi, del caricamento di sicurezza e degli utili previsti*». In sostanza, l'esenzione copre soltanto le concertazioni che hanno ad oggetto quella componente del premio che direttamente consente la copertura dei rischi, ovvero la base economica dell'attività

assicurativa, con esclusione di tutte le altre, sulle quali la concorrenza non deve essere in alcun modo ristretta.

L'impostazione della Commissione è probabilmente, nelle sue linee generali, corretta: tuttavia, la regola che ne deriva è «statica», poiché non contempla l'ipotesi che nell'ambito del premio assicurativo, o di determinati premi assicurativi relativi a dati rami particolari di rischi, siano presenti componenti non riconducibili con certezza né al premio puro, né al premio commerciale, o che simili componenti vengano a crearsi per effetto dell'evoluzione della tecnica assicurativa.

Identico discorso vale, a maggior ragione, per gli artt. 10-13, relativi ai consorzi di coassicurazione e coriassicurazione (i c.d. *pools*), che fondano l'esenzione in primo luogo su un criterio di quota di mercato: ai sensi dell'art. 11, comma 1, l'esenzione si applica purché le imprese partecipanti al consorzio non detengano quote di mercato superiori al 10 % «*dell'insieme dei prodotti assicurativi identici, o considerati analoghi sotto il profilo dei rischi coperti o delle garanzie offerte*», nel caso di consorzi di coassicurazione, ed al 15 % di tale «insieme», per i consorzi di coriassicurazione. Il comma 2 contempla una parziale deroga al comma 1, a favore dei consorzi per la copertura dei rischi «catastrofici» o «aggravati», consentendo in tali casi che le percentuali del 10 % e del 15 % siano «*applicate sui soli prodotti assicurativi conferiti al consorzio, con esclusione dei prodotti identici o analoghi sottoscritti dalle imprese partecipanti o per loro conto non conferiti al consorzio*».

Anche in questo caso, la regola «codificata» si basa su un presupposto di analisi economica, secondo cui la presenza di un consorzio di coassicurazione o coriassicurazione che raggruppi imprese con consistente potere di mercato può vanificare i possibili effetti procompetitivi del *pooling* dei rischi. Tale premessa si traduce in una regola «statica» che fissa precise soglie di mercato, al di sopra delle quali la natura anticompetitiva del *pool* è presunta.

A chiusura del sistema, poi, l'art. 17, che disciplina le ipotesi della revoca dell'applicazione dell'esenzione, alle lett. a) e b), «codifica» alcuni casi tipici di deviazione patologica del *pooling*, che potrebbero condurre alla disapplicazione dell'esenzione anche a consorzi i cui partecipanti non raggiungano le soglie di mercato.

La «staticità» delle norme deriva dal fatto che esse non considerano (o meglio, relegano all'area di applicazione della facoltà di notifica individuale), l'eventualità che la copertura di determinati rischi, per la loro novità, o per le loro dimensioni o caratteristiche, renda necessario il *pooling* anche tra imprese in possesso di quote di mercato elevate, o addirittura renda necessaria la costituzione di un unico *pool*, monopolista del mercato. In simili ipotesi, potrebbe addirittura dubitarsi della incompatibilità del *pool* con l'art. 85, comma 1, Trattato, e dunque della necessità o meno dell'esenzione⁹: dubbio che la Commissione, ragionando sulla

⁹ V. in proposito le osservazioni di L. GYSELEN, «EU Antitrust Law in the Area of Financial Services», cit., par. 118 e ss.

base di un'analisi modellata sul paradigma della disciplina delle *joint-ventures* cooperative, non ci risulta essersi sino ad ora posta.

Un sistema basato su quote di mercato, del resto, è strutturalmente rigido, posto che esso assoggetta a differenti trattamenti situazioni omogenee, in cui l'unica differenza può essere rappresentata da diversità di quote di mercato (si pensi a due *pools* di coassicurazione, i partecipanti all'uno dei quali detengono il 9 % del mercato, beneficiando dell'esenzione, mentre i partecipanti all'altro detengono il 10,5 %, così collocandosi al di fuori dell'esenzione).

Nei paragrafi che seguono, il «regolamento-codice» n. 3932/1992 verrà seguito nelle sue fortune quale modello per le autorità antitrust nazionali (in particolare, per l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato italiana), e posto a confronto con il diverso approccio «dinamico» nei confronti dell'applicazione del diritto antitrust al mercato assicurativo adottato negli Stati Uniti, sul piano dell'efficienza nell'adattare la teoria antitrust alle innegabili peculiarità di tale mercato.

Alcune «questioni aperte», portate alla ribalta da recenti evoluzioni del mercato assicurativo, verranno infine analizzate attraverso i due prismi delle regole «statiche» e delle regole «dinamiche».

2. LA FORTUNA DEL REGOLAMENTO 3932/1992 NELLA GIURISPRUDENZA DELL'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

I «codici», per la loro forza innovativa, spesso danno vita a modelli giuridici circolanti: vale a dire, le norme che contengono, se non la loro struttura formale, vengono assunti a paradigma per la produzione di regole ad opera di ordinamenti diversi da quello in cui sono stati emanati.

Così è stato anche per il «regolamento-codice» 3932/1992, le cui norme sono state assunte a modello per numerose decisioni delle Autorità antitrust nazionali, e soprattutto, per quanto qui interessa, dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato italiana.

La relazione tra diritti della concorrenza nazionali e disciplina comunitaria, così come quella tra Commissione e Autorità nazionali, assume spesso contorni non chiarissimi, tesa com'è tra i due principi opposti della sussidiarietà e del decentramento¹⁰.

Il legislatore italiano ha tentato di disciplinare tale relazione, sul piano sostanziale, tramite la norma dell'art. 1, comma 4, l. 287/1990, che eleva

¹⁰ Cfr., per tutti, i contributi raccolti nel volume collettaneo *La tutela della concorrenza: regole, istituzioni e rapporti internazionali*, collana *Tem e problemi* dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, Roma, 1996, ed ivi in particolare i contributi di C. D. EHLERMANN, *Il dibattito sulla sussidiarietà nel diritto della concorrenza*, 17 e ss., e V. KORAH, *Sussidiarietà e decentramento nell'applicazione del diritto della concorrenza europeo*, 51 e ss.

i «principi dell'ordinamento delle comunità europee in materia di concorrenza» a canone interpretativo delle disposizioni nazionali¹¹. Se si considera che lo stesso legislatore italiano ha espressamente conferito (ove necessario) all'Autorità Garante il potere di dare diretta applicazione alle norme comunitarie di concorrenza¹², ne deriva che i principi sottesi a tali norme costituiscono ormai, in via diretta o indiretta, un punto di riferimento costante per l'azione dell'Autorità stessa.

Tuttavia, tra il caso dell'applicazione diretta delle norme comunitarie, e quello della loro applicazione indiretta tramite l'interpretazione conforme delle norme nazionali, deve essere tracciata una distinzione: mentre nel primo caso la fattispecie ha rilevanza comunitaria, nel secondo essa ha rilevanza puramente nazionale. Ancora, mentre nel primo caso debbono essere applicate dall'Autorità tutte le «norme» comunitarie, nel secondo l'interpretazione dei precetti nazionali deve aver luogo alla luce dei «principi» comunitari. Tra «norme» e «principi» può essere ricostruita una relazione da genere a specie: non tutti i precetti comunitari, che senza dubbio rappresentano altrettante «norme», contengono dei «principi». Ne consegue che l'Autorità Garante, nel decidere i casi di rilevanza puramente nazionale in materia di assicurazioni, non è vincolata ad adottare quale criterio interpretativo delle disposizioni nazionali ogni e qualsiasi *norma* comunitaria, ma soltanto quelle *norme* che, secondo la sua valutazione, assurgono al rango di *principi*¹³.

Le disposizioni del regolamento 3932/1992, al fine in esame, possono essere considerate *principi*? Alla domanda, la giurisprudenza dell'Autorità Garante ha dato risposta nettamente positiva.

Così è stato per la distinzione «premio puro»-«caricamenti commerciali», utilizzata ad esempio dall'Autorità nella decisione *Ricostituzione CIAG*, relativo alle assicurazioni contro i danni provocati dalla grandine¹⁴. Il procedimento aveva evidenziato come nel ramo in questione fosse computato nel premio puro un «elemento estraneo al rischio propriamente attuariale», ovvero un «margine di sicurezza» il cui ammontare, determinato dalle compagnie in sede consortile, era pari al 10 % del premio (n. 58). L'ISVAP, nel suo parere reso ai sensi dell'art. 20, l. 287/1990, in data 7-3-1997, aveva rilevato che «il margine di sicurezza» è «una componente del premio di rischio tipica di questo ramo, non assimilabile ad un caricamento commerciale». Tale incerta natura era dovuta alle peculiarità del ramo grandine, caratterizzato, aggiungeva l'ISVAP da «un andamento del risultato tecnico fortemente variabile nel tempo che giustifica,

¹¹ Sul punto, più diffusamente, A. FRIGNANI, in A. FRIGNANI, R. PARDOLESI, A. PATRONI GRIFFI, L. C. UBERTAZZI (a cura di), *Diritto antitrust italiano*, Bologna, 1993, I, sub art. 1, 109.

¹² Art. 54, u.c., l. 6-2-1996, n. 52 (legge comunitaria per il 1994); per un commento v. P. AUTERI, «I rapporti tra la normativa antitrust nazionale e quella comunitaria dopo la legge comunitaria per il 1994», in *Contr. Impresa/Europa*, 1996, 535. Il primo caso di applicazione diretta delle norme comunitarie ad opera dell'Autorità è costituita dal provvedimento di apertura dell'istruttoria 26-3-1999, *Stream/Telepiù*, in *Bollettino*, 12/1999.

¹³ Così ancora A. FRIGNANI, *op. e loc. ult. cit.*

¹⁴ Dec. 27-3-1997, in *Bollettino*, 13/1997.

tra l'altro, la partecipazione dello Stato alla tutela degli interessi agricoli ad esso correlati, tutela che si sostanzia nella possibilità di concludere forme di assicurazione agevolata».

Il «margine di sicurezza» in discorso sfugge dunque alle «regole statiche» degli artt. 2-4, reg. 3932/1992. Ciononostante, l'Autorità ha ritenuto di poter invece applicare tale regola: «in assenza di ulteriori precisazioni circa la effettiva natura economica del margine di sicurezza ... si deve desumere che detta voce del premio assicurativo, anche se non finalizzata alla copertura delle spese (come è proprio di un caricamento commerciale) costituisce un elemento di «caricamento di sicurezza» la cui determinazione in sede accentrata si pone in contrasto con le regole della libera concorrenza, così come affermato dal Regolamento comunitario» (n. 58).

Riservando al prosieguo ulteriori commenti, rileviamo per ora come l'Autorità abbia forzato la componente di premio dall'incerta natura nello schema dualistico premio puro/caricamenti commerciali: ovvero abbia posposto l'analisi economica della fattispecie rispetto all'applicazione di un precetto del reg. 3932/1992.

Tra le norme del reg. 3932/1992, tuttavia, quelle che più di frequente hanno avuto applicazione «analogica» nella giurisprudenza dell'Autorità sono le disposizioni in tema di *pools* di coassicurazione, e in particolare il sistema di quote di mercato previsto dall'art. 11.

Risultato sorprendente, per una ragione chiara. La determinazione di tali soglie non può che essere stata il frutto di una valutazione politica, cioè, in altre parole, di una scelta discrezionale compiuta dalla Commissione CE. E le soglie del 15 % (per i *pools* di coriassicurazione) e del 10 % (per i *pools* di riassicurazione) indicate dall'art. 11, comma 1, lett. b) sono appunto il frutto di una tale scelta discrezionale, compiuta dalla Commissione CE sulla base dell'esperienza maturata nell'analisi dei vari mercati assicurativi *comunitari* e del grado di concorrenza che in essi è reputato insopprimibile¹⁵.

Non è certo agevole, allora, comprendere come le soglie di mercato in discorso possano considerarsi «principio dell'ordinamento delle Comunità europee in materia di disciplina della concorrenza», ai sensi dell'art. 1, u.c., l. 287/1990¹⁶: una soglia basata su parametri quantitativi non potrà mai, infatti, elevarsi a «principio»¹⁷.

¹⁵ In senso non difforme, in dottrina, R. A. CAPOTOSTI, «Diritto della concorrenza e assicurazioni», in *Assicurazioni*, 1993, II, 39, 42, a parere del quale il ricorso a parametri quantitativi (dei quali peraltro mette in dubbio la legittimità, alla luce delle «fonti gerarchicamente superiori»), sarebbe stato consigliato alla Commissione dall'esigenza di «dare contenuto oggettivo... ai criteri di applicazione della normativa di esonero alle varie fattispecie concrete», a fronte della «sfuggevolezza dei confini del mercato assicurativo». Lo stesso Autore aggiunge tuttavia che in questo modo «l'arbitrarietà si sposta sulle misure fissate».

¹⁶ Per una rassegna delle decisioni dell'Autorità sul punto, condotta alla luce dell'osservazione critica di cui al testo, ci sia consentito il rinvio a A. FRIGNANI, «I *pools* di coriassicurazione nei rischi da inquinamento e la normativa antitrust», in *Danno e resp.*, 1998, 105, parzialmente ripreso

Non intendiamo certo dire che all'Autorità deve ritenersi precluso il ricorso a parametri quantitativi, ma che la sua valutazione sul punto non può esaurirsi in un mero richiamo ai parametri comunitari, indicati come più o meno latamente precettivi ai sensi dell'appena ricordata disposizione interpretativa, dovendosi invece estendere all'accertamento dell'adeguatezza di quei parametri in relazione alla specifica situazione del mercato assicurativo italiano, nel ramo in considerazione (posto che sino ad ora l'Autorità non ha dato applicazione nel settore alle norme comunitarie, ma ha sempre proceduto sulla base di un'individuazione del mercato rilevante in senso geografico a livello nazionale)¹⁸.

La ricostruzione del regolamento 3932/1992 e la sua lettura come un «codice del diritto antitrust comunitario in materia assicurativa», sopra proposte, ci inducono a ritenere che la forza espansiva di tale regolamento sia dovuta proprio alle aspirazioni «codificatrici» dei suoi estensori. L'aspirazione sistematica che informa la ricostruzione del meccanismo economico alla base del mercato assicurativo, fatta propria dal regolamento, ha posto rimedio alla evidente asistematicità, se non vera e propria discrezionalità, dimostrata dalle singole prescrizioni comunitarie (pensiamo soprattutto, ancora una volta, all'art. 11), facendo di loro un modello «circolante», nonostante gli evidenziati vizi originari.

La «staticità», in quest'ottica, anziché costituire un freno alla circolazione come modello delle norme comunitarie ne è stata un propulsore. Staticità come conseguenza di un'aspirazione sistematica che traspare nell'ambizione di ricostruzione unitaria e valida in assoluto degli aspetti economici della prestazione assicurativa: dunque staticità che non evidenzia la reale carenza di fondamenti economici della maggior parte delle singole norme del regolamento, incorporanti, come detto, scelte puramente discrezionali, ma, all'esatto contrario, conferisce loro una parvenza di solidità, di coerenza e razionalità, rendendole attraenti agli occhi degli interpreti nazionali.

3. «REGOLE DINAMICHE»: IL McCARRAN-FERGUSON ACT E L'APPLICAZIONE «FLESSIBILE» DELL'ANTITRUST AL BUSINESS OF INSURANCE NEGLI STATI UNITI

Il problema dell'applicazione del diritto antitrust al mercato assicurativo si è posto, naturalmente, anche negli Stati Uniti. I caratteri del sistema antitrust statunitense, articolato tramite una doppia ripartizione

in «Les pools de coassurance et le droit antitrust européen et italien», in corso di pubblicazione in *Mélanges en l'honneur de Michel Waelbroeck*.

¹⁷ In questo senso, ancora, A. FRIGNANI, in *Diritto antitrust italiano*, cit., 111.

¹⁸ Il rischio di una indebita estensione dell'ambito di applicazione del regolamento (in grado di dar luogo a esiti eccessivamente restrittivi) è stato individuato da L. GYSELEN, «Antitrust Law in the Area of Financial Services. The Cause of Subsidiarity Diagnosed», in AAVV, *Antitrust fra diritto nazionale e comunitario*, Atti del Convegno tenutosi a Treviso —maggio 1997, Milano—, Bruxelles, 1998.

di competenze, tra la Federazione e i singoli Stati, a livello generale, e, nell'ambito dell'ordinamento federale, tra il Department of Justice e la Federal Trade Commission¹⁹, hanno fatto sì che le soluzioni elaborate oltreoceano si dimostrino notevolmente diverse rispetto a quelle comunitarie. Disomogeneità riconducibili, più in generale, alle stesse differenze identificabili sul piano sistemologico tra ordinamento statunitense e ordinamenti dell'Europa continentale, quanto ai meccanismi di produzione delle regole giuridiche, ed ai fattori che ne determinano la circolazione transfrontaliera. In altre parole, anche la problematica in esame è analizzabile e comprensibile alla luce delle descrizioni e delle analisi che il diritto comparato ha elaborato dei sistemi di *common law* (e degli Stati Uniti in particolare) e di *civil law*.

Diamo subito conto di un'obiezione ovvia: poiché il Regno Unito appartiene all'Unione Europea, e la stessa ha «importato» nel proprio ordinamento istituti caratteristici del *common law*, è arbitrario analizzare i meccanismi di *rule making* comunitari nel presupposto della loro assimilabilità a quelli dei Paesi di pura *civil law*.

La risposta, che purtroppo non è possibile fornire esaurientemente nei limiti del presente lavoro²⁰, potrebbe articolarsi su due piani.

In primo luogo, le regole comunitarie sono il frutto di un processo non spontaneo, ma «regolamentato», di *mixing* tra norme, o modelli giuridici, di origine nazionale²¹: nell'ambito di tale processo, il ruolo della norma autoritativa (emanata dal legislatore) è esaltato dalla necessità di conferire sanzione formale al risultato terminale del processo, rendendo così la «nuova» norma comunitaria «opponibile» a tutte le «vecchie» norme nazionali. Il formante normativo acquista quindi un rilievo preponderante, salvi possibili «riequilibri» nella fase applicativa a favore dei formanti giurisprudenziali (per tali intendendo tanto la Commissione quanto le Corti comunitarie).

In secondo luogo, ci sembra comunque chiaro, per le ragioni già esposte, che nel caso del regolamento 3932/1992 il legislatore comunitario ha tentato di emulare la figura più caratteristica del legislatore *civilian*, vale a dire il codificatore, e vi è in parte riuscito, creando la parvenza di un «sistema» e così originando regole circolanti negli Stati membri (o almeno, senza dubbio, in Italia). Per completezza, dobbiamo comunque prendere atto del fatto che nell'ordinamento comunitario un unico organo,

¹⁹ Per una descrizione del sistema applicativo delle norme antitrust negli Stati Uniti, in comparazione con quello comunitario, cfr. B. E. HAWK, L. LAUDATI, «Federalismo antitrust negli Stati Uniti e decentramento nell'applicazione del diritto della concorrenza nell'Unione Europea: un esame comparativo», in *La tutela della concorrenza: regole, istituzioni e rapporti internazionali*, cit., 25 e ss.

²⁰ Svolgiamo quindi le brevi considerazioni che seguono *incidenter tantum*.

²¹ Nella materia che ci occupa, talvolta il modello nazionale può presentare una disciplina ad hoc profondamente divaricata rispetto a quella generale: si consideri il caso della Germania, ove il § 102 della *GWB* sottrae in certa misura il settore assicurativo ai divieti antitrust, sottoponendolo alla vigilanza dell'organo di controllo delle assicurazioni private (cfr. IMMENGA, MESTMÄCKER, *GWB Kommentar*, 2.^a ed., München, 1992, *sub* § 102).

la Commissione, tende ad assumere al tempo stesso le vesti del legislatore e dell'interprete, e che il regolamento 3932/1992 è stato emanato sulla base di un precedente *case law* della stessa Commissione: ma si tratta di un'osservazione che non invalida la nostra tesi. Rispetto al *case law*, il «regolamento-codice» ha portato, oltre a varie innovazioni evidenti (pensiamo ancora, ad esempio, al sistema di soglie di cui all'art. 11), un *quid pluris* fondamentale, ovvero l'aspirazione sistematica. A riprova: non è realistico supporre che l'Autorità Garante italiana avrebbe applicato *sic et simpliciter* soglie comunitarie nel valutare della compatibilità con la l. 287/1990 di un *pool* di coassicurazione o coriassicurazione, se queste, anziché beneficiare dei crismi del regolamento, fossero state identificate soltanto in una decisione della Commissione.

Veniamo dunque agli Stati Uniti. Fino al 1944, non era dubbio che l'attività assicurativa fosse sottratta alle competenze normative federali; in quell'anno, la decisione della Corte Suprema nel caso *United States v. South-Eastern Underwriters Association*²², innovando rispetto alla precedente giurisprudenza, stabilì che una compagnia di assicurazioni contro l'incendio operante in diversi Stati doveva considerarsi svolgere attività di *interstate commerce*. Quindi, la sua attività era regolata, ai sensi della «commerce clause» costituzionale²³, dalle norme federali, incluso lo Sherman Act, il quale non conteneva alcuna esenzione, o disposizione particolare, in materia di attività assicurativa. Il *revirement* della Corte Suprema suscitò ovvia preoccupazione nel mondo assicurativo, ma anche in quello politico, in cui si diffuse il timore che un intervento eccessivo dell'antitrust federale sulle pratiche del mercato assicurativo potesse mettere a rischio gli sforzi comuni delle compagnie per nella valutazione dei rischi e dei costi della loro copertura, sino ad allora condotti sotto la sola vigilanza delle norme e delle autorità statali.

Appunto per ovviare a simili timori fu emanato, nel 1945, il McCarran—Ferguson Act²⁴, ai sensi del quale le imprese di assicurazione sono esenti da responsabilità per violazione delle leggi antitrust federali qualora la specifica condotta in questione sia parte del «business of insurance», non sia «regulated by State law» e non rappresenti un atto di «boycott, coercion or intimidation».

Sarebbe decisamente riduttivo leggere la norma descritta in sintesi come una pura e semplice esenzione dell'intera attività assicurativa

²² *United States v. South-Eastern Underwriters Ass.*, (1944) 322 US 533; la decisione sovvertì una giurisprudenza consolidata sin da *Paul v. Virginia*, (1869) 75 US 168, secondo il quale l'emissione di una polizza di assicurazione a favore di un cittadino di uno Stato diverso da quello della compagnia non costituiva atto di *interstate commerce*. Da tale decisione si ricavò il corollario dell'immunità dell'attività assicurativa rispetto alle norme federali, incluso lo Sherman Act.

²³ Art. 1, sez. 8 comma 3 della Costituzione degli Stati Uniti (che può leggersi in traduzione italiana in G. AJANI, P. G. MONATERI, *Casi e materiali di sistemi giuridici comparati*, Torino, 1998, 149).

²⁴ 15 USCS §§ 1011-1013); sulla genesi storica dell'Act, v. ampiamente R. CORDERO, *Exemption or Immunity from Federal Antitrust Liability under McCarran—Ferguson Act and State Action and Noerr-Pennington Doctrines for Business of Insurance and Persons Engaged in It*, in 116 ALR Fed., 163 e ss. spec. 183 e ss.

dall'applicazione delle norme antitrust. L'inammissibilità di una simile interpretazione è stata infatti sancita dalla Corte Suprema praticamente all'indomani dell'approvazione dello *statute*²⁵. Secondo la Corte, la norma non avrebbe inteso riconoscere l'assoluta ed esclusiva sovranità statale nella disciplina dell'attività assicurativa in ogni suo aspetto, con piena immunità dall'intervento antitrust federale. All'esatto contrario, precisa la Corte, le compagnie di assicurazione potrebbero compiere molti atti soggetti alla preordinata legislazione federale, in tutti i casi in cui la loro condotta non rientri nell'ambito del «*business of insurance*», il riferimento al quale delimita, insieme agli altri elencati requisiti, positivi e negativi, l'ambito di applicazione del McCarran-Ferguson Act. L'elemento qualificante dell'attività assicurativa è stato quindi identificato, dalla stessa Corte Suprema, nella relazione tra assicuratore ed assicurato, in tutti i suoi aspetti, e nella traslazione del rischio che la stessa mira a realizzare.

Coerentemente con tali premesse, una decisione recente della Corte d'Appello federale per l'undicesimo circuito ha recisamente rifiutato di interpretare il McCarran-Ferguson Act nel senso di conferire agli assicuratori una forma di «*immunity*» dalla legge antitrust federale, qualificandolo invece come uno «*statute of state-law preemption*»²⁶: vale a dire una norma che indica i casi in cui le norme statali emanate al fine di disciplinare l'attività assicurativa prevarranno sulla disciplina antitrust federale. La qualificazione della norma speciale federale come avente funzione di regolare un conflitto di leggi, a favore della disciplina statale, fornisce all'interprete un ulteriore strumento discrezionale, consistente nella facoltà di accertare la sussistenza o meno del conflitto. In assenza di questo, la pratica sotto indagine, anche se rientrante nel «*business of insurance*», non sarà «*regulated by State law*», e dunque le norme antitrust federali potranno essere applicate: in altre parole, per paralizzare l'applicazione dell'antitrust federale i requisiti previsti dal McCarran Ferguson Act devono sussistere cumulativamente.

Vedremo in un prossimo paragrafo come i due requisiti in discussione siano stati interpretati ed applicati dal *case law*: sin da ora rileviamo tuttavia come la disciplina del McCarran-Ferguson Act possa qualificarsi una «regola dinamica». La ragione è che essa non adotta una definizione ed una descrizione «fisse» del «*business of insurance*», esentando l'attività assicurativa così «cristallizzata» dal vincolo antitrust, ma sancisce due requisiti di ordine generale, delegando quindi all'interprete (giudiziale ed amministrativo) il compito di accertare in primo luogo se *ciascuna singola pratica* sottoposta al suo esame presenti connotati tali da renderla funzionale allo svolgimento dell'attività assicurativa, definita e delimitata anch'essa ad opera del medesimo interprete, che meglio rispetto al legis-

²⁵ V. *Prudential Insurance Co. v. Benjamin*, (1946) 328 US 408, e successivamente *SEC v. National Securities Inc.*, (1969) 393 US 453; *Hartford Fire Insurance Company v. California*, (1993) 125 L. Ed. 2d 612.

²⁶ *Jordan v. AVCO Financial Services*, 117 F. 3rd 1254 (11th Cir. 1997); un resoconto in *Annual Review of Antitrust Law Developments*, 1997, 413.

latore può analizzare il mercato nel suo divenire, e in secondo luogo se tale pratica sia soggetta al controllo del diritto statale (*antitrust* e non), o se essa non richieda invece l'intervento antitrust federale. Valutazione anche questa largamente discrezionale, e perciò «dinamica».

Infine, si deve rilevare come la disciplina del controllo antitrust dell'attività assicurativa negli Stati Uniti emerga dall'interazione di atti normativi e di *case law*: si ricordi come la Corte Suprema ha immediatamente «ridimensionato» la portata del McCarran-Ferguson Act rispetto alle ambizioni dei suoi autori. Un simile «dialogo» tra legislatore e Corti, che secondo una dottrina autorevole costituisce il compito più qualificante del *common law* nell'era degli *statutes*²⁷, è sino ad ora mancato nell'applicazione (decentrata) del regolamento 3932/1992, almeno a giudicare sulla base dell'esperienza italiana. L'Autorità Garante, come abbiamo accennato, ha svolto il ruolo che le descrizioni generalmente assegnano al giudice di *civil law*: «un operatore di una macchina disegnata e costruita dal legislatore»²⁸.

4. LA CRISI DEL REGOLAMENTO 3932/1992: FALLACY DI REGOLE STATICHE AL TEST DELL'APPLICAZIONE

Entro il 1999, ai sensi del regolamento delegante del Consiglio, la Commissione dovrà presentare al Consiglio stesso ed al Parlamento Europeo una *mid-term review* del regolamento 3932/1992. Sulla base delle circostanze riferite, il regolamento, dopo sei anni di applicazione, parrebbe presentarsi all'appuntamento in buono stato di salute. Indizi a favore della sostanziale efficienza della regolamentazione comunitaria parrebbero potersi trarre anche dalla diminuzione delle decisioni della Commissione in materia, rispetto agli anni anteriori al 1992, oltre che dal *favor* incontrato dal regolamento presso le Autorità nazionali.

Eppure, agli osservatori attenti non sfugge un singolare fenomeno: uno dei problemi fondamentali che la prossima *review* dovrà affrontare è costituito dal fatto che il regolamento ha avuto *troppo* successo. Vale a dire, è acriticamente applicato «per analogia», soprattutto dalle Autorità nazionali (ancora una volta, è emblematica l'esperienza italiana) a fattispecie difficilmente inquadrabili nelle sue prescrizioni, perché refrattarie ad essere collocate nell'ambito della descrizione economica del mercato assicurativo che ne rappresenta la filosofia ispiratrice, e che insieme fondava, come abbiamo visto, le sue ambizioni sistematiche. La maggior virtù del regolamento, vale a dire la sua «staticità» sistematica di «codice»,

²⁷ G. CALABRESI, *A Common Law for the Age of Statutes*, Cambridge Mass., 1982, 164.

²⁸ Con le parole ormai classiche di J. H. MERRYMAN, «The Civil Law Tradition. An Introduction to the Legal System of Western Europe and Latin America», Stanford Ca., 1969, trad. it., *La tradizione di civil law nell'analisi di un giurista di common law*, Milano, 1973, 57.

che ne ha favorito la circolazione come modello²⁹, tende così a trasformarsi in un «vizio».

Di un simile fenomeno possono darsi due generiche spiegazioni: il regolamento poggiava su basi economiche-sistematiche erranee, o parziali, oppure il regolamento poggiava su basi economiche in sé corrette, ma non sull'*unica* interpretazione economica possibile del fenomeno assicurativo. Vale a dire, il mercato assicurativo, come e forse più di altri, si presta a diverse analisi economiche, e quindi a diverse applicazioni delle norme antitrust, ed è in divenire, quindi nelle varie fasi temporali un'interpretazione potrebbe sembrare *giusta*, mentre in realtà essa è soltanto *migliore* di altre, che potrebbero recuperare efficacia alla luce di successivi sviluppi. Dunque, l'analisi antitrust del mercato assicurativo, e vorremmo dire l'analisi antitrust in generale, ma abbiamo per ora scelto questo limitato e peculiare angolo visuale, mal sopporta l'imposizione di regole statiche, basate su schemi economici statici.

5. LA *SUMMA DIVISO* PREMIO PURO-PREMIO COMMERCIALE E GLI SCAMBI DI INFORMAZIONI

Partiamo, in una breve ricognizione, da uno dei cardini sistematici del regolamento: la distinzione «premio puro»-«caricamenti commerciali». Secondo la Commissione, tale distinzione dovrebbe segnare la soglia di liceità degli scambi di informazioni tra compagnie diretti al reperimento di premi uniformi per la copertura di determinati rischi. In particolare, non è consentita (art. 3, lett. b) l'inclusione nelle «tariffe o tavole» statistiche comuni, la cui redazione è esentata dall'art. 2, di «caricamenti di sicurezza, redditi derivanti dalle riserve, spese amministrative o commerciali, ivi comprese le commissioni spettanti agli intermediari, i tributi fiscali o parafiscali e l'utile previsto».

Con le disposizioni in commento, la Commissione prende atto di una caratteristica indiscutibile del mercato assicurativo, che non sarà mai sufficientemente ribadita: «per realizzare un corretto procedimento mutualistico occorre ... procedere alla formazione di una comunione di rischi che abbiano i requisiti qualitativi e quantitativi atti a ridurre quanto più possibile gli scarti fra la probabilità teorica e la frequenza pratica del

²⁹ Secondo le analisi dei comparatisti, un modello circola grazie al suo «prestigio»: senza dubbio, la Commissione è una fonte di regole antitrust «prestigiosa». In Italia, lo stesso legislatore, con l'art. 1, comma 4, l. 287/1990 ha imposto all'Autorità di conformarsi ai «principi» comunitari, tra i quali possono rientrare, secondo un'interpretazione ormai pacifica, i *dicta* della Commissione, benché tale imposizione, beninteso nei casi in cui l'Autorità applichi il diritto nazionale, non fosse strettamente indispensabile per virtù dell'appartenenza dell'Italia all'Unione. Secondo un'accreditata tesi alternativa (elaborata da U. MATTEI, «Efficiency in Legal Transplants. An Essay in Comparative Law and Economics», in *Int. Rev. of Law and Economics*, 1994, 14, sintetizzata in lingua italiana in U. MATTEI, P. G. MONATERI, *Introduzione breve al diritto comparato*, Padova, 1997, 116 e ss.), circolerebbe il modello più efficiente. A nostro modo di vedere, nel caso del regolamento 3932/1992 l'unico fattore di «efficienza» immaginabile è la considerevole «comodità del decidere» che la sua applicazione ai «casi dubbi» ha consentito all'Autorità.

fenomeno che si considera. ... È difficile che un simile equilibrio possa essere raggiunto nell'ambito di una medesima impresa»³⁰. Lo scambio di informazioni tra compagnie è quindi indispensabile per garantire l'equilibrio dell'intero sistema assicurativo, ovvero per evitare che vengano utilizzati premi che non consentono l'effettiva copertura di tutti i rischi assicurati, alla luce della probabilità dell'avveramento del sinistro, come calcolabile sulla base dell'esperienza passata (c.d. calcolo attuariale).

Di ciò consapevole, la Commissione non poteva tuttavia ignorare il dato di comune esperienza, nei confronti del quale l'antitrust comunitario è da lungo tempo allertato, per cui gli scambi di informazioni tra imprese possono costituire o dissimulare strumenti di concertazione sui prezzi³¹: da qui l'esigenza, coerente con il disposto dell'art. 85, comma 3, del Trattato, di limitare l'ambito dell'esenzione ai soli scambi di informazione indispensabili per realizzare il risultato procompetitivo, escludendo dalle informazioni lecitamente trasmissibili ai concorrenti tutti i dati estranei agli scopi del calcolo attuariale. Tale *estraneità* è determinata applicando appunto il criterio fornito dalla distinzione «premio puro»-«caricamenti commerciali»: mutuato dalla prassi assicurativa, tale criterio si dimostra allo scopo perfettamente funzionale, perché permette di tracciare una linea netta tra le informazioni necessarie per «il calcolo e la comunicazione del costo medio della copertura dei rischi (premio puro)» (art. 2, comma 1, reg. 3932/1992), il cui scambio è lecito, e le altre, elencate (verosimilmente) in via esemplificativa dall'art. 3, il cui scambio è viceversa illecito³².

Tuttavia, il criterio funziona purché si postuli che non esistano, nel mondo assicurativo, componenti del premio che sfuggano al dualismo, ovvero che, pur non inerendo al costo della copertura del rischio in quanto tale, neppure siano «caricamenti commerciali.» È questo il caso, ad esempio, del «margine di sicurezza» praticato dagli assicuratori del ramo grandine, e sul quale l'Autorità Garante si è pronunciata nel già menzionato caso *Ricostituzione CIAG*, assimilandolo, non senza una evidente forzatura, che emerge confrontando le valutazioni dell'Autorità con quelle dell'ISVAP, ad un «caricamento di sicurezza», vietando di conseguenza gli scambi di informazioni (tra imprese, si noti, partecipanti ad un *pool* di coassicurazione) su tale «margine».

³⁰ Così G. FANELLI, «Le assicurazioni», in *Tratt. Cicu-Messineo*, XXXVI, 1, Milano, 1973, 22; v. anche A. DONATI, «Trattato del diritto delle assicurazioni private», Milano, 1952, I, 461, e più di recente M. MINIELLO, «La concorrenza nel mercato assicurativo», in *Dir. ec. ass.*, 1995, 473 e ss.; M. RICOLFI, *La coassicurazione*, Milano, 1997, 30 e ss.; G. VOLPE PUTZOLU, «La disciplina della concorrenza nel settore assicurativo», in V. RIZZO (a cura di), *Diritto privato comunitario. Lavoro, impresa e società*, Atti del Convegno di Camerino del 25-29-9-1995, Napoli, 1997, II, 422 e ss. Nello stesso senso A. DONATI, G. VOLPE PUTZOLU, *Trattato del diritto delle assicurazioni private*, 2.^a ed., Milano 1998.

³¹ Cfr. in proposito, anche per la citazione dei rilevanti precedenti: BELLAMY, CHILD, *Common Market Law of Competition*, 4.^a ed., London, ..., sub § 4-032; RITTER, BRAUN, RAWLINSON, *EEC Competition Law. A Practitioner's Guide*, ..., 1991, 159.

³² V. anche l'art. 7, lett. d) del regolamento che, coerentemente, esclude dall'esenzione l'elaborazione di condizioni tipo di assicurazione diretta che indichino importi di garanzia o franchigia.

Una fattispecie ancor più emblematica è tuttavia rappresentata dal procedimento per presunta violazione dell'art. 85 nei confronti dell'ANIA, per un'asserita concertazione sui premi commerciali nel settore dell'assicurazione marittima «corpi», svoltasi tra le compagnie di assicurazione in sede associativa. Il caso ha preso avvio da una segnalazione dell'Union of Greek Shipowners, con la quale gli armatori greci lamentavano applicazioni discriminatorie a loro danno, da parte delle compagnie italiane, di una tabella di fonte ANIA recante indicazioni di sovrapremi per navi di età superiore a determinati limiti. La Commissione, qualificati tali «soprapremi» come estranei al «premio puro», ha proceduto a contestazione degli addebiti³³, prendendo le mosse dal regolamento 3932/1992, e da precedenti casi di aumenti concordati di premi, uno dei quali proprio nel settore dell'assicurazione marittima «corpi», ritenuti costituire intese orizzontali sui premi vietate dall'art. 85, comma 1, lett. a), Trattato³⁴.

La «tabella» in discorso, elaborata dall'Institute of London Underwriters sulla base delle proprie statistiche, e da questo diffusa presso tutte le associazioni del mondo, tuttavia, lungi dal rappresentare una pura e semplice intesa sui premi commerciali, deve analizzarsi alla luce della prassi, propria del settore marittimo «corpi», delle c.d. «polizze in abbonamento», o *open policies*. In altri termini l'assicurato (importatore/esportatore o spedizioniere), anziché stipulare una polizza per ciascun viaggio, stipula un'unica «polizza quadro» che copre tutti i viaggi che effettuerà in un determinato periodo: i premi dovuti saranno quindi calcolati a periodi di tempo determinati, alle condizioni stabilite ed in ragione del numero dei viaggi e delle caratteristiche di ciascuno di essi (nave impiegata, rotta, tipo di merce). Nella fase di negoziazione di tali polizze, non sono note le navi che effettueranno i viaggi, ma soltanto i tipi di merci. La tabella in discorso viene utilizzata appunto in tale fase, per determinare un parametro di incidenza sul rapporto contrattuale, e quindi sui premi che verranno via via calcolati, dell'uso di navi vecchie, tendenzialmente a più alto rischio di sinistri³⁵.

Dunque, i soprapremi di cui alla tabella non possono considerarsi inerenti al «premio puro» strettamente inteso, in quanto al momento della stipula della polizza quadro non sono ancora noti tutti gli elementi del rischio; ma neppure possono assimilarsi a «caricamenti», posto che essi svolgono comunque una funzione di adeguamento del premio al possibile atteggiarsi del rischio, garantendo alle parti della polizza quadro affidabili

³³ Contestazione degli addebiti del 24-7-1998, pratica IV/37049, ANIA.

³⁴ Si tratta dei casi *Lloyd's Underwriters Association* (Commissione, 4-12-1992, Lloyd's Underwriters Ass. e Institute of London Underwriters, in *GUCE*, L4, del 8-1-1993,26) e *Verband der Sachversicherer* (Commissione, 5-12-1984, in *GUCE*, L35 del 7-2-1985, 21; C. Giust., 27-1-1987, causa 45/1985, «Verband der Sachversicherer», in *Raccolta*, 1987, 405).

³⁵ Coerentemente con tale funzione, la tabella determina i soprapremi in ragione del tipo e del peso della merce trasportata: ovvero del più significativo elemento noto al momento della stipula della polizza in abbonamento.

parametri di riferimento per quantificare l'incidenza sul rapporto assicurativo dell'uso di navi vecchie.

A nostro modo di vedere, la fattispecie descritta sfugge al dualismo premio puro-caricamenti commerciali (e quindi all'assimilabilità a quelle oggetto dei casi *Lloyd's* e *Verband der Sachversicherer*, effettivamente relativi ad intese sui caricamenti commerciali), e la Commissione non potrà non tenere conto di questo dato nell'emettere la propria decisione: una simile constatazione equivarrebbe ad una presa d'atto che il dualismo in discorso non è onnicomprensivo, e che il mercato assicurativo può presentare fattispecie non spiegabili in base ad esso. L'agevole risposta per cui tali fattispecie «anomale» possono restare estranee all'ambito dell'esenzione per categorie, ed essere esaminate dalla Commissione in scrutinio individuale, a seguito di comunicazione, non è appagante: in effetti, essa trascura il rischio che le fattispecie anomale siano in realtà più di quanto la tranquillizzante sistematica del regolamento-«codice» faccia pensare.

6. I CONSORZI DI COASSICURAZIONE E CORIASSICURAZIONE E L'ART. 11 DEL REGOLAMENTO 3932: *THE HARD PART OF THE REGULATION*

Ma il vero *punctum dolens* viene quando si giunge ad occuparsi dei consorzi di coassicurazione e coriassicurazione, e del sistema di quote di mercato previsto dall'art. 11 del regolamento. Non a caso, tale norma è stata definita «the hard part of the regulation»³⁶.

La Commissione, dettando la norma in discorso, è partita dal presupposto, espresso al considerando 11, che il *pooling* di rischi tra imprese che possiedano elevate quote di mercato può portare distorsioni della concorrenza superiori rispetto ai benefici che dovrebbero fondare l'esenzione³⁷. Anche in questo caso, un modello economico «statico» è stato assunto a chiave di volta per l'elaborazione di regole generali.

Tali quote sono state individuate, discrezionalmente³⁸, nel 10 % (per i consorzi di coassicurazione) e nel 15 % (per i consorzi di coriassicurazione), con una disposizione *ad hoc* per il caso di rischi «catastrofici» o «aggravati» (art. 11, comma 2).

In effetti, tale individuazione è del tutto discrezionale, e si basa su un paradigma di *pooling* dei rischi assolutamente teorico: a tacer d'altro,

³⁶ Da L. GYSELEN, «Antitrust Law in the Area of Financial Services. The Cause of Subsidiarity Diagnosed», cit. (relazione presentata all'edizione del 1997 di questo Convegno trevigiano).

³⁷ Secondo il considerando 10: «la costituzione di consorzi di coassicurazione o di coriassicurazione, destinati a garantire un numero indeterminato di rischi, deve essere considerata favorevolmente in quanto permette ad un elevato numero di imprese di entrare nel mercato, col risultato di accrescere la capacità di garantire, in particolare, rischi difficilmente garantibili per la loro dimensione, rarità o novità».

³⁸ Rileva l'arbitrarietà nella fissazione delle quote anche R. CAPOTOSTI, «Diritto della concorrenza e assicurazioni», in *Assicurazioni*, 1993, II, 39 e ss., 42.

il sistema comunitario, che distingue tra rischi «ordinari», «aggravati» e «catastrofici», trascura di analizzare le relazioni intercorrenti tra i vari mercati corrispondenti a ciascun «ramo» di rischi assicurati³⁹, e quindi di prendere in considerazione gli effetti che tali relazioni comportano con riferimento alla costituzione ed al funzionamento di un *pool*. Non è difficile comprendere che esistono rischi la cui copertura può essere garantita soltanto da un *pool* di compagnie: pensiamo ai rischi da inquinamento, a determinati rischi da attività aerospaziale o marittima, alle polizze dei c.d. «grandi enti» che accorpano categorie eterogenee di rischi. In questi casi, potrà rendersi necessaria la costituzione di un *pool* monopolista, o potrà rendersi necessario il conferimento al *pool* di una quota considerevole di rischi assicurabili anche dalle singole compagnie, in modo da consentire, se non la vera e propria «omogeneizzazione» di tali rischi con quelli aggravati, forme di *cross-subsidizing* tra i vari rischi. Comunque, le soglie di cui al regolamento comunitario dovranno essere superate: in difetto, il *pool* non potrebbe operare a condizioni di economicità: a nostro modo di vedere, in simili casi, vi è davvero di che dubitare addirittura della stessa contrarietà del *pooling* all'art. 85, comma 1⁴⁰.

Già abbiamo accennato alla tendenza dell'Autorità Garante ad applicare meccanicamente il *market share test* di cui all'art. 11 del regolamento. Ci sia consentito soffermarci su tre esempi.

Nel caso *Consorzio italiano assicurazioni aeronautiche*⁴¹, l'Autorità ha escluso *a priori* l'applicabilità dell'esenzione a favore di un consorzio, in ragione della quota di mercato delle compagnie, ben più elevata rispetto alle soglie indicate dal regolamento (n. 33). La decisione, rilevato che il *pooling* riguardava sia «grandi» sia «piccoli» rischi, scinde il mercato in due sottomercati, corrispondenti a tali due categorie: mentre al mercato dei «grandi rischi» aeronautici è stato riconosciuto carattere sovranazionale, il mercato dei «piccoli rischi» è stato considerato avere dimensione nazionale, in considerazione del fatto che la quotazione dei rischi e la loro coriassicurazione avevano luogo su base nazionale (ad opera del CIAA, le cui partecipanti controllavano il 93 % del mercato). Conseguentemente, l'Autorità ha riconosciuto la necessità del consorzio per i soli «grandi rischi».

Si noti che i *pool* di coriassicurazione dei rischi aeronautici sono stati portati anche all'attenzione della Commissione. Lo stesso CIAA aveva pro-

³⁹ L'orientamento per cui ciascun «ramo» di rischi assicurati costituisce un autonomo mercato è consolidato nella giurisprudenza comunitaria a partire dalla decisione *Codan/Hafnia* (...), e trattatizamente ripetuto può dirsi in ogni decisione in materia dell'Autorità Garante. A nostro modo di vedere, tale orientamento ha talvolta condotto a scissioni artificiose di mercati che avrebbero dovuto essere considerati unitariamente (o, quanto meno, nella loro interrelazione): ci si permetta il rinvio a A. FRIGNANI, *I pools di coriassicurazione...*, cit., 108 e ss.

⁴⁰ In questo senso cfr. soprattutto la posizione di L. GYSELEN, «EU Antitrust Law in the Area of Financial Services-Capita Selecta for a Cautious Shaping of a Policy», cit., par. 118, sulla base della condivisibile osservazione per cui: «The fact that the parties deprive themselves of the freedom to offer insurance individually for these risks is immaterial from a competition policy point of view if anyway none of them would even think about making use of such freedom».

⁴¹ Dec. 21-2-1996, in *Bollettino*, 8/1996.

ceduto infatti ad una comunicazione, nell'ottica di un'eventuale esenzione individuale: successivamente, sono pervenute alla Commissione altre sei notifiche da parte di consorzi nazionali. Dopo l'entrata in vigore, due notifiche sono state ritirate (*pools* britannico e tedesco): i procedimenti relativi alle altre, a quanto consta, sono a tutt'oggi aperti⁴². La Commissione, quindi, in questo caso, ha dimostrato minore fiducia nelle regole da lei stessa emanate rispetto all'Autorità Garante italiana: come accennavamo, il «troppo successo» del regolamento 3932/1992, alla vigilia della sua *mid-term review*, sta alimentando qualche scetticismo.

Perplessità non dissimili sollevano alcuni orientamenti dell'Autorità nell'ambito della complessa vicenda dell'assicurazione contro i danni provocati dalla grandine. Nel caso *Assicurazioni rischi agricoli*⁴³, l'Autorità aveva manifestato la propria posizione contraria alla coassicurazione da parte di consorzi già obbligatori *ex lege* (in virtù di norme di recente abrogazione, ad opera di riforme liberalizzatrici) i cui partecipanti occupassero quote di mercato elevate (v. i nn. 14 e 26): chiaramente, la decisione è frutto del timore che il *pooling* dei rischi vanificasse di fatto gli obiettivi di liberalizzazione fatti propri dalla più recente disciplina settoriale. Nonostante ciò, aveva concesso un'esenzione, in considerazione del fatto che l'immediato scioglimento del *pool* avrebbe potuto creare difficoltà agli agricoltori nel reperire una copertura assicurativa.

Nel successivo caso *Ricostituzione CIAG*⁴⁴, relativo al medesimo consorzio, l'Autorità ha negato il rinnovo dell'esenzione, sanzionando anzi il tentativo del consorzio di proporsi come controparte unitaria dell'organizzazione degli agricoltori (Associazione Nazionale Consorzi di Difesa-ASNACODI): e ciò nonostante le quote di mercato delle partecipanti fossero notevolmente scese, e fosse prevedibile una loro ulteriore contrazione. Nella decisione appena citata, l'Autorità non ha forse attribuito la necessaria rilevanza all'esistenza, accertata da lei stessa nella successiva decisione *ASNACODI*⁴⁵, di una posizione dominante dal lato della domanda in capo appunto all'ASNACODI che, rifiutando di erogare il contributo statale agli agricoltori che avessero provveduto ad assicurarsi direttamente (ovvero, con una compagnia diversa da quella prescelta dal consorzio di difesa), mirava ad ottenere condizioni assicurative uniche, e un'unica compagnia come controparte, per gli agricoltori di (almeno) ciascuna provincia.

Anche a prescindere da tale condotta, che l'Autorità ha ritenuto costituire abuso di posizione dominante, il fatto che l'ASNACODI fosse nor-

⁴² Cfr. quanto riferito da L. GYSELEN, «Antitrust Law in the Area of Financial Services. The Cause of Subsidiarity Diagnosed», cit.

⁴³ Dec. 26-10-1994, in *Bollettino*, 43/1994.

⁴⁴ Dec. 23-3-1997, in *Bollettino*, 13/1997.

⁴⁵ Dec. 30-4-1997, in *Bollettino*, 18/1997, e in *Riv. dir. comm.*, 1997, II, 420, con nota critica di M. AMBROSIO, *I contratti di assicurazione grandine e la disciplina antitrust: il caso dei consorzi di difesa*. La ricostruzione dell'Autrice ci sembra sottovalutare la circostanza per cui l'ASNACODI subordinava la concessione del contributo statale per l'assicurazione grandine al fatto che l'agricoltore stipulasse il contratto con la compagnia individuata dalla stessa ASNACODI.

mativamente incaricata della gestione del contributo statale da erogare agli agricoltori avrebbe potuto fondare una più attenta considerazione dell'opportunità di concedere al consorzio tra assicuratori CIAG il ricorso alla coassicurazione. In difetto, l'eventualità che la concorrenza nel ramo, appena liberalizzato, si concentrasse sugli aspetti tariffari, anche inducendo le imprese ad adottare, al fine di poter sostenere i livelli di premio di fatto imposti dall'ASNACODI, premi non adeguati al tasso di sinistrosità, con evidente pericolo per l'equilibrio economico delle imprese, avrebbe dovuto considerarsi tutt'altro che ridotta ⁴⁶.

La forza espansiva del regolamento 3932/1992 si è tuttavia manifestata al massimo grado, nella giurisprudenza dell'Autorità, nella decisione *Assicurazione rischi Comune di Milano* ⁴⁷. Secondo tale decisione, violerebbe l'art. 2, l. 287/1990 l'accordo di coassicurazione stipulato tra più compagnie per la partecipazione in raggruppamento alla gara pubblica indetta dal Comune di Milano per l'affidamento della sua copertura assicurativa: a tale risultato l'Autorità giunge, ancora una volta, attraverso l'applicazione «analogica» del regolamento 3932/1992, e in particolare dell'art. 11, osservando che le quote di mercato delle imprese parti dell'accordo di coassicurazione erano nettamente superiori alle soglie comunitarie, e che comunque ciascuna delle compagnie partecipanti all'accordo avrebbe potuto, in linea teorica, aggiudicarsi singolarmente l'appalto.

Del tutto evidente è, in realtà, che mentre il regolamento comunitario riguarda i consorzi (o *pools*) di coassicurazione, ovvero strutture costituite per la sistematica coassicurazione di rischi inerenti ad un determinato ramo tra le compagnie partecipanti, la fattispecie oggetto della decisione presentava un singolo accordo di coassicurazione, relativo alla sola copertura dei rischi del Comune di Milano. La differenza tra le due fattispecie è abissale, e non necessita di essere a lungo dimostrata: gli accordi di coassicurazione rappresentano un ordinario strumento di omogeneizzazione dei rischi, coessenziale allo stesso svolgimento dell'attività assicurativa ⁴⁸, proprio per questo elevati dal legislatore alla dignità di contratto tipico (cfr. art. 1911, cod. civ.). Attraverso la coassicurazione l'impresa, limitando *pro quota* la propria responsabilità nei confronti dell'assicurato, può dar luogo ad un primo frazionamento dei rischi assicurati, che vengono ripartiti con altre imprese (ovviamente, la ripartizione e la omogeneizzazione dei rischi assicurati

⁴⁶ Una dottrina recente (M. SIRI, «Il mercato assicurativo nella politica italiana della concorrenza durante il 1997», in *Dir. ec. ass.*, 1998, 449 e ss., 454) osserva come le due decisioni *Ricostituzione CIAG* e *ASNACODI* appaiano caratterizzate da una volontà dell'Autorità di «destrutturare» le contrapposte organizzazioni, delle compagnie di assicurazione e degli agricoltori, istituite durante la previgente disciplina pubblicistica di controllo del mercato, per assicurare «una più accentuata contendibilità» dello stesso. Lo stesso Autore nota come le decisioni abbiano il pregio di evitare di «correggere errore con errore», concedendo un *countervailing power* al CIAG per consentirgli di reagire agli abusi dell'ASNACODI.

⁴⁷ Dec. 22-5-1996, in *Bollettino*, 19/1996.

⁴⁸ V. per tutti G. FANELLI, «Pluralità di assicurazioni e pluralità di assicuratori», in *Saggi di diritto delle assicurazioni*, Milano, 1971, 480 e ss.; M. RICOLFI, *La coassicurazione*, cit., 30 e ss.

in un'unica «comunione dei rischi» costituiscono l'elemento fondamentale del meccanismo assicurativo). Lo stesso legislatore comunitario, con la direttiva 4-5-1978, n. 78/473, ha riconosciuto l'importanza della coassicurazione per il funzionamento del mercato assicurativo, emanando norme dirette a consentire la partecipazione di imprese di differenti Stati membri ad accordi di coassicurazione.

Pools di coassicurazione e «accordi» di coassicurazione debbono quindi essere valutati in maniera differente dal punto di vista dell'economia della prestazione assicurativa: l'estensione meccanica («analogica») agli accordi delle norme previste dal regolamento comunitario per i *pools* sembra francamente incomprensibile, se non, ancora una volta, per il fascino «sistematico» del regolamento 3932/1992, e per la pretesa di assolutezza dell'analisi economica ad essa sottostante, che ha indotto l'Autorità a non scorgerne i limiti di applicabilità.

In secondo luogo, la decisione non tiene conto del fatto che il mercato delle coperture assicurative dei rischi degli enti pubblici è segnato da gravi rigidità e barriere all'accesso, dovute ad una lunga tradizione di quasi monopolio delle compagnie (già) pubbliche: basti pensare che per la prima volta il Comune di Milano bandiva una gara per affidare la propria copertura assicurativa, fino ad allora sempre attribuita ad una sola compagnia (Assitalia). In simili condizioni, esiste un ovvio problema di accesso delle compagnie *new comers* al *know-how* specifico del ramo, appannaggio della compagnia poi risultata delegataria nell'accordo di coassicurazione. Naturalmente, tale *know-how* non sarebbe stato gratuitamente divulgato a favore delle compagnie concorrenti: dunque, l'accordo di coassicurazione, lungi dall'ostacolare il comunque impossibile accesso al mercato di altre compagnie, ha favorito appunto la diffusione di tale *know-how*⁴⁹.

La decisione in discorso ha suscitato notevole preoccupazione nel mondo assicurativo, visto il chiaro timore che essa potesse inaugurare una tendenza dell'Autorità a considerare vietati tutti gli accordi di coassicurazione, ciò che avrebbe potuto avere gravissime conseguenze sul mercato assicurativo, e considerata inoltre la situazione di incertezza che essa generava per le compagnie, in occasione della stipula dei futuri accordi di coassicurazione. Con ordinanza del 17-12-1997⁵⁰, il TAR Lazio ha respinto l'istanza di sospensione provvisoria avverso tale decisione, sulla base dell'osservazione per cui: «il dispositivo del provvedimento impugnato

⁴⁹ Sotto questo punto di vista, il provvedimento presenta una certa contraddittorietà nel rilevare le distorsioni strutturali di concorrenza presenti sul mercato, senza poi tenerne conto nel valutare la condotta delle compagnie. Analoga contraddittorietà vizia, a nostro parere, la successiva segnalazione generale trasmessa dall'Autorità alle pubbliche amministrazioni (prov. 13-11-1997, «Affidamento dei servizi assicurativi da parte degli enti pubblici», in *Bollettino*, 47/1997), in cui vengono censurati sia la persistente riluttanza degli enti ad affidare i servizi assicurativi tramite gare d'appalto, e quindi il fatto che la grande maggioranza dei contratti sia affidata ad una sola impresa, sia la tendenza delle compagnie a ricorrere alla coassicurazione.

⁵⁰ TAR Lazio, 17-12-1997, n. 3257, ord., Pres. Schinaia, est. Romano, *RAS e a. c. Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, inedita.

ha efficacia limitata al caso concreto cui è riferito e ... pertanto, non ha alcun generale effetto né preclusivo né ostativo alla stipulazione di futuri contratti di coassicurazione purché questi ultimi risultino non in contrasto con gli scopi tutelati dalla norma dell'art. 2 della citata l. 287/1990».

Il TAR, in sostanza, motiva rilevando che l'Autorità non è tenuta al principio *stare decisis*, e che ciascuna fattispecie deve essere valutata autonomamente. Potremmo anche concordare con questa interpretazione, se non fosse che la condanna dell'accordo di coassicurazione per la copertura dei rischi del Comune di Milano è stata la conseguenza, più che di un'analisi della specifica fattispecie, dell'applicazione meccanica di norme rinvenute *aliunde*, vale a dire del regolamento comunitario 3932/1992. Dunque, esisteva (ed esiste) il fondato pericolo che l'art. 11, e i suoi criteri di quota di mercato, potessero essere applicati altrettanto meccanicamente a futuri accordi di coassicurazione.

In effetti, tali timori non sono stati fugati dalla successiva decisione del caso *Assitalia-Unipol/Azienda USL Città di Bologna*⁵¹, resa all'esito di un'istruttoria aperta in base ad elementi acquisiti nel corso delle indagini sul caso milanese.

In questo caso, si trattava di un accordo spartitorio concluso tra le due compagnie assicuratrici per ripartirsi, eventualmente anche tramite accordi di coassicurazione con compagnie terze, tutte le coperture dei rischi degli enti pubblici situati nel territorio di riferimento. Nella maggior parte dei casi, i contratti venivano stipulati in coassicurazione. Il caso si differenzia da quello relativo all'assicurazione del Comune di Milano per l'esistenza di un accordo spartitorio generale, rispetto al quale i singoli contratti di coassicurazione rivestivano natura puramente attuativa, ciò che ha consentito all'Autorità di giungere comunque a dichiararne l'illiceità, prescindendo «da una valutazione sotto il profilo della concorrenza degli accordi di coassicurazione» (n. 44). Tuttavia, obiter, la decisione, nel rispondere alle osservazioni formulate dall'ISVAP, rileva comunque come la quota di mercato occupata dalle imprese parti dell'accordo fosse superiore alle soglie fissate dal regolamento comunitario (nn. 40-43), ciò che avrebbe potuto di per sé fondarne l'illiceità. L'orientamento secondo cui anche un singolo accordo di coassicurazione, qualora le quote di mercato occupate dalle parti superino le soglie di cui all'art. 11, reg. 3932/1992, si sta dunque radiciando.

7. I MUTEVOLI CONFINI DEL *BUSINESS OF INSURANCE*: IL McCARRAN-FERGUSON ACT NEL *CASE LAW*

Come accennato, il McCarran-Ferguson Act dispone l'immunità dall'applicazione delle leggi antitrust federali per le pratiche inerenti al

⁵¹ Dec. 26-11-1998, in *Bollettino*, 48/1998.

«business of insurance» che siano oggetto di disciplina ad opera delle leggi statali (fermo comunque il divieto federale di «boycott, coercion or intimidation»). Chiaramente, l'ambito di applicazione della norma è determinato in primo luogo da un concetto «aperto», quello di «business of insurance», che deve essere riempito di contenuto dall'interpretazione. Abbiamo accennato al fatto che proprio questo carattere «aperto» della disciplina statunitense ne assicura la «dinamicità», ovvero la flessibilità necessaria per «adattare» l'analisi antitrust alle peculiarità del mercato assicurativo, nel suo divenire.

Nell'applicazione del McCarran-Ferguson Act ciascun Corte, o organo amministrativo, deve accertare se la pratica ad esso sottoposta sia o meno parte del «business of insurance»: a tal fine, la Corte Suprema, in una giurisprudenza piuttosto nutrita⁵², ha elaborato una serie di criteri guida, che «indirizzano» l'interprete verso una data ricostruzione del «business of insurance», pur lasciandogli una discrezionalità considerevole.

Tra le decisioni più recenti si segnalano due *leading cases*. Il caso *Group Life & Health Insurance Co. v. Royal Drug*, del 1979⁵³, riguardava l'accordo tra una compagnia di assicurazione ed un distributore di farmaci, diretto a garantire prezzi di favore agli assicurati. La Corte rileva che dal punto di vista storico il primo scopo del McCarran-Ferguson Act fu di far salvo il potere degli stati di regolare, anche sotto il profilo fiscale, l'attività assicurativa, evitando intrusioni del legislatore federale. Il secondo scopo era garantire alle compagnie di assicurazione una limitata immunità dalle leggi antitrust federali, allo scopo di consentire la cooperazione tra compagnie nella sottoscrizione dei rischi. Quindi, precisa la Corte, il legislatore federale non ha inteso garantire alle compagnie di assicurazione in quanto tali una piena esenzione dall'antitrust, ma ha inteso escludere dal controllo antitrust le sole pratiche direttamente funzionali al «business of insurance», il cui tratto distintivo si identifica appunto nella «sottoscrizione dei rischi», ovvero nel *transfer of risk* tra l'assicuratore e l'assicurato. L'accordo in questione quindi era estraneo al «business of insurance», in quanto relativo a rapporti di fornitura che, pur ripercuotendosi nell'ambito di una relazione assicurato-assicuratore, non sono direttamente funzionali al trasferimento del rischio che di tale rapporto rappresenta l'elemento peculiare.

Nel caso *Union Labor Life Insurance Co. v. Pireno*⁵⁴, del 1982 la Corte ha affrontato il caso di un accordo tra una compagnia di assicurazione ed un terzo diretto allo svolgimento di attività di *peer review* (revisione

⁵² Il fatto che la Corte Suprema sia intervenuta in materia per un numero nutrito di volte è di per sé indicativo del carattere «aperto» della norma di *statute law*; basti ricordare che la Corte Suprema, attraverso il meccanismo del *writ of certiorari*, decide discrezionalmente di quali casi occuparsi, anche in relazione alla necessità o meno del suo intervento quale *rule maker* (per una descrizione dei compiti e del funzionamento della Corte Suprema v. U. MATTEI, «Common Law. Il diritto anglo-americano», in *Tratt. di dir. comparato*, diretto da R. Sacco, Torino, 1992, 193 e ss.).

⁵³ 440 us 205 (1979). Cfr. anche *Hartford Fire Insurance Co. v. California*, 125 L.Ed. 2nd 612 (1993).

⁵⁴ 458 us 119 (1982).

congiunta tra assicuratori ed esperti terzi) delle spese mediche delle quali gli assicurati chiedevano il rimborso alla compagnia. In primo luogo, la Corte constata che l'accordo non interviene tra soggetti che siano ambedue parte del «business of insurance»: ciò che, sulla base dell'eccezionalità della deroga concessa dal McCarran-Ferguson Act, e sulla conseguente necessità di interpretare tale deroga in senso restrittivo, già evidenziata nel caso *Royal Drug*, sarebbe di per sé sufficiente a far rientrare l'accordo nell'ambito di applicazione dello Sherman Act. In secondo luogo, la Corte ribadisce che il tratto caratteristico del «business of insurance» deve identificarsi nel trasferimento del rischio dall'assicurato all'assicuratore, sulla base di un'argomentazione che prende le mosse dal dato storico per cui scopo del McCarran-Ferguson Act era quello di consentire alle imprese di assicurazione di cooperare tra di loro nella copertura del rischio, da cui l'esclusione dall'ambito di applicazione della deroga di tutte le pratiche non direttamente funzionali al *transfer of risks* e, nella più ampia ottica del mercato assicurativo nel suo insieme, al *risk spreading* tra compagnie. Caratteristicamente riconducibili al «business of insurance» sono quindi la fissazione dei premi, la vendita e la pubblicità delle polizze.

La relazione tra condotta sotto accusa e *transfer of risk*, precisa la Corte, deve essere diretta. Ne consegue che pratiche come la *peer review*, benché idonee a generare economie di costi per l'assicuratore, e quindi abbassamenti dei premi, non rientrano, in linea generale, nel «business of insurance»⁵⁵.

Anche una volta identificato il tratto caratterizzante il «business of insurance» nel *transfer of risk*, e quindi limitato il campo di applicazione dell'esenzione alle sole pratiche immediatamente funzionali ad assicurare lo stesso *transfer of risk* a condizioni di economicità, la norma non perde i suoi connotati di elasticità, visto che l'inerenza di ciascuna pratica al rapporto assicuratore-assicurato, e la sua direzione o meno a consentire il *transfer of risk*, non debbono essere valutate applicando schemi astratti, ma in base ad una valutazione caso per caso di ogni singola fattispecie. Tutt'altro che impossibile è allora che pratiche apparentemente analoghe vengano valutate in maniera differente, alla luce di particolari caratteristiche di ciascun caso, o del mercato specifico (ramo di attività assicurativa) sottoposto ad esame.

Così, ad esempio, un accordo orizzontale di fissazione dei premi nell'assicurazione vita può rientrare nel «business of insurance», godendo dell'immunità, qualora le parti dimostrino che esso è direttamente funzionale a garantire un più efficiente *risk spreading*⁵⁶. Viceversa, può giungersi a conclusione opposta nel caso di un accordo di fissazione dei prezzi

⁵⁵ In senso opposto, in precedenza, *Bartholomew v. Virginia Chiropractors Association*, 612 F2nd 812 (1979), che aveva ritenuto l'attività di *peer review* rientrante nel «business of insurance» a causa del fatto che i rimborsi venivano corrisposti direttamente all'assicurato che aveva anticipato i costi della prestazione medica. Il caso è stato ritenuto *overruled* dalla giurisprudenza *Pireno* [cfr. *Ratino v. Medical Service of District of Columbia*, 718 F2nd 1260 (1983)].

⁵⁶ *Steingart v. Equitable Life Insurance Co.*, 366 F. Supp. 790 (1973).

e spartizione territoriale del mercato nel ramo dell'assicurazione medica, qualora non sia dimostrato dalle compagnie che il criterio di ripartizione è collegato alla migliore identificazione del rischio ed al più efficiente calcolo del premio (in ipotesi per particolari configurazioni del territorio che espongono soltanto una parte della popolazione a determinati rischi), e che esso quindi contribuisce al *transfer of risk* tra assicurato ed assicuratore, anziché risolversi in una pura e semplice spartizione di portafoglio tra compagnie⁵⁷.

L'osservatore europeo potrebbe ricavare, da una rassegna circostanziata delle multiformi definizioni del «business of insurance» e dalle variabili conclusioni che la giurisprudenza statunitense ne trae⁵⁸, l'impressione di un quadro segnato da assai scarsa certezza del diritto. Simmetricamente, l'esame anche sommario dell'esperienza statunitense potrebbe rafforzare l'impressione di solidità e coerenza sistematica della disciplina comunitaria, che dovrebbe presentare il pregio di offrire soluzioni note e prevedibili. In realtà, simili impressioni sono forse semplicistiche. Il problema dell'applicazione del diritto antitrust al settore assicurativo è delicato proprio perché mal si presta, almeno a nostro parere, a soluzioni rigide e predefinite.

L'attività assicurativa presenta peculiarità che la rendono sfuggente ad analisi che abbiano pretese di esaustività, ed a regole «statiche» (codificate) modellate su tali analisi: meglio dunque fissare, in sede regolamentare, pochi capisaldi, tra cui soprattutto quello per cui condizione prima del funzionamento del mercato assicurativo è la creazione della «comunione dei rischi», con la conseguente esenzione delle pratiche che, nel rispetto dei limiti dell'art. 85, comma 3, sono dirette a realizzarla, e adeguare l'applicazione delle regole antitrust generali (munite dei crismi della certezza sia nell'Unione Europea, sia negli Stati Uniti) attraverso l'analisi caso per caso, secondo un modello «dinamico».

8. QUESTIONI APERTE: I NUOVI CANALI DELLA DISTRIBUZIONE ASSICURATIVA

Nel presente paragrafo, e nel successivo, analizzeremo in sintesi alcune «questioni aperte», che l'evoluzione del mercato assicurativo ha portato più di recente all'attenzione dell'*antitrust*. Tali questioni verranno esaminate dai due angoli visuali dell'applicazione possibile di regole «statiche» secondo il modello comunitario, e di regole «dinamiche», secondo il modello statunitense, alla ricerca della soluzione che meglio consenta la realizzazione degli scopi procompetitivi che a ciascuna pratica potreb-

⁵⁷ *Maryland v. Blue Cross & Blue Shield Asso.*, 620 F. Supp. 907 (1985). La Corte ha respinto l'argomentazione formalistica delle compagnie per cui l'immunità era concessa al «business of insurance», e non al «business of underwriting», e dunque avrebbe dovuto estendersi a pratiche comunque inerenti all'attività assicurativa, e non soltanto al trasferimento del rischio.

⁵⁸ Per una dettagliatissima rassegna v. R. CORDERO, *Exemption or Immunity from Federal Antitrust Liability under McCarran-Ferguson Act ...*, cit.

bero essere propri, senza al tempo stesso dar luogo a restrizioni di concorrenza superflue.

Una delle «rivoluzioni» che negli anni più recenti hanno attraversato il mondo assicurativo riguarda l'attività di distribuzione delle polizze. In particolare, il dualismo tradizionale agenti/*brokers* è stato incrinato dal forte ricorso, da parte delle compagnie, al canale distributivo bancario, tramite la stipula di appositi accordi di distribuzione. Oltre a sollevare problemi di non agevole soluzione in relazione alla compatibilità del nuovo canale distributivo con la disciplina speciale degli agenti e dei *brokers*⁵⁹, che qualcuno legge come istitutiva di esclusive legali nella distribuzione assicurativa⁶⁰, gli accordi di distribuzione tra banche ed assicurazioni danno vita a delicate questioni antitrust, in relazione alle quali si è formata una giurisprudenza dell'Autorità ormai piuttosto corposa⁶¹.

L'ottica in cui tale giurisprudenza esamina il problema è quella del c.d. «effetto cumulativo»: in altre parole, le decisioni dell'Autorità affrontano il rischio che il moltiplicarsi degli accordi di distribuzione muniti di esclusive (espresse o di fatto) porti ad una progressiva «saturazione» del canale bancario, restringendo l'accesso al canale distributivo bancario per le compagnie di assicurazione nuove entranti. Le decisioni, secondo uno schema ormai consolidato, determinano il mercato rilevante su base tendenzialmente locale (provinciale), accertano il numero di sportelli bancari già «vincolati» da accordi di esclusiva con compagnie assicurative, e dispongono la non apertura dell'istruttoria, qualora nel mercato di riferimento il canale bancario non sia «congestionato» dalle esclusive⁶².

⁵⁹ V. l. 7-2-1979, n. 48, *Istituzione e funzionamento dell'albo nazionale degli agenti di assicurazione*; l. 28-11-1984, n. 792, *Istituzione e funzionamento dell'albo nazionale dei mediatori di assicurazione* (ambidue emanate in attuazione di norme comunitarie). L'art. 1, comma 4, l. 48/79 e l'art. 2, comma 1, l. 792/1984 sanciscono il divieto di svolgere attività rispettivamente di agente e broker di assicurazione per i non iscritti ai relativi albi.

⁶⁰ Lo sviluppo dei nuovi canali distributivi, soprattutto bancari, ha sollevato comprensibili timori tra gli operatori «tradizionali», e soprattutto tra gli agenti. In conseguenza, sono stati recentemente proposti due disegni di legge di riforma dell'agenzia assicurativa (nn. 2817-Senato, del 10-10-1997, Gambini e a., e 3130-Senato, del 11-3-1998, Demasi e a.), dal contenuto fortemente restrittivo, se non impeditivo, del futuro sviluppo dei «canali alternativi», sui quali, in chiave critica, si v. G. PATESOTTI, «Note su due disegni di legge di riforma dell'agenzia assicurativa», in *Contr. impr.*, 1998, 1088, nonché, volendo, A. FRIGNANI, G. ROSSI, «Le proposte di riforma dell'agenzia assicurativa: policies dirigistiche a confronto con la tutela comunitaria della concorrenza», cit.

⁶¹ Sull'integrazione tra banca e assicurazione v. i contributi raccolti in A. PATRONI GRIFFI, M. RICOLFI (a cura di), *Banche ed assicurazioni fra cooperazione e concorrenza*, Milano, 1997, ed ivi in particolare, per quanto qui interessa a V. DONATIVI, *La distribuzione bancaria di prodotti assicurativi*, 55 e ss. Per una sintesi degli orientamenti dell'Autorità Garante v. anche le rassegne annuali sull'applicazione dell'art. 2, l. 287/1990 ai «settori speciali», a cura di F. GHEZZI, P. MAGNANI, M. SIRI apparse su *Concorrenza e mercato*.

⁶² Nella decisione 28-5-1997, «Assicurazioni Generali/Unicredito», in *Bollettino*, 22/1997, l'Autorità ha ritenuto illecito l'accordo di distribuzione esclusiva di polizze tramite una filiale comune, a causa dell'effetto di blocco che esso avrebbe generato sul mercato rilevante (provinciale). Il TAR Lazio, nel disporre la sospensione d'urgenza del provvedimento (ord. 30-7-1997, n. 2041, inedita ma cit. da M. SIRI, «Il mercato assicurativo...», cit., 461, n. 33) si è orientato in senso opposto, contestando sia la definizione del mercato rilevante (non sufficientemente motivata dal provvedimento), sia la scarsa considerazione attribuita dall'Autorità alla concorrenza potenziale nella dis-

Ulteriore criterio rilevante è rappresentato dalla «standardizzazione» o meno delle polizze nel settore di riferimento: mentre nel ramo vita l'elevata standardizzazione delle polizze ne facilita la circolazione tramite il canale bancario, così non è per il ramo danni, in cui la coesistenza di una pluralità di schemi di polizza, e quindi di una maggiore difficoltà nell'orientare le scelte del cliente, costituisce un fattore di rallentamento per la diffusione attraverso il canale bancario.

In ambedue i casi, si tratta di criteri «a tempo»: è chiaro infatti che progressivamente tutti i mercati locali raggiungeranno la saturazione del canale bancario, e la standardizzazione delle polizze tenderà a crescere in tutti i rami, proprio per agevolarne la «vendibilità» nei canali distributivi «alternativi». Di ciò consapevole, l'Autorità basa la sua valutazione anche sulla durata delle eventuali esclusive, consentendo l'esecuzione dell'accordo nei soli casi in cui questa non oltrepassi limiti temporali piuttosto ristretti (circa cinque anni), salvo riservarsene il riesame alla scadenza⁶³.

L'analisi di tale orientamento, secondo le linee sin qui tracciate, non può che partire dalla constatazione per cui il problema *de quo* non è in alcun modo toccato dal regolamento-«codice» 3932/1992, né regole ad esso applicabili possono ricavarsi attraverso attività interpretativa, per quanto lata, del regolamento stesso. Quindi, l'Autorità ha dovuto ricavare le regole da applicare *aliunde*: e più in particolare, nella giurisprudenza comunitaria in materia di «effetto cumulativo», notoriamente elaborata con riferimento a fattispecie affatto diverse rispetto alla distribuzione assicurativa. L'inesistenza di «regole statiche» ha consentito quindi all'Autorità l'adozione di un atteggiamento maggiormente creativo: vale a dire, maggiormente attento alle caratteristiche economiche del problema, ed alle effettive possibili ricadute della prevedibile evoluzione del mercato sulla concorrenza.

Quale avrebbe potuto essere la soluzione del problema applicando le «regole dinamiche» statunitensi? In materia di distribuzione assicurativa, l'orientamento delle Corti è di escluderne la rilevanza antitrust, in quanto parte del «business of insurance» nel senso specificato dal *case law*, per quanto riguarda i rapporti tra distributore o intermediario assicurativo e cliente finale. Non così per quanto riguarda i rapporti tra compagnie e distributori, o tra distributori, che non divergendo significativamente rispetto a qualsiasi altra attività di distribuzione di prodotti o prestazione di servizi possono essere assoggettati al controllo antitrust

tribuzione assicurativa, che avrebbe condotto ad una sopravvalutazione della rilevanza dell'accessibilità del canale bancario per consentire l'accessibilità al mercato *tuot court*.

⁶³ V. da ultimo, nel senso del testo, le decc. 19-3-1998, «Assicurazioni Generali/Cassa di risparmio di Ravenna», in *Bollettino*, 12/1998; 7-5-1998, *Banca Agricola Mantovana/Compagnia Assicuratrice Unipol*, *ivi*, 19/1998; 11-6-1998, *Istituto Bancario S. Paolo di Torino/Reale Mutua di Assicurazione*, *ivi*, 24/1998; 29-10-1998, *Italiana Assicurazioni/Deutsche Bank*, *ivi*, 44/1998; 3-12-1998, *Cattolica di assicurazione/Banca Popolare di Verona*, *ivi*, 49/1998.

federale⁶⁴. Dunque, gli accordi di esclusiva per la distribuzione di prodotti assicurativi, in linea di tendenza, sono sottoposti al controllo antitrust: spetterà alle Corti e alle agenzie amministrative determinare i contenuti di tale controllo.

9. ANCORA QUESTIONI APERTE: I «NUOVI RAMI» DI ASSICURAZIONE (CALAMITÀ NATURALI, INFORTUNI SUL LAVORO, PREVIDENZA SOCIALE)

Un'altra, evidente tendenza evolutiva in atto nel settore assicurativo è la sua espansione alla copertura di «nuovi» rischi, o più correttamente di rischi contro i quali le prestazioni previdenziali erano tradizionalmente riservate all'intervento pubblico. Così è, ad esempio, per le calamità naturali, che un recente dibattito normativo, per ora, a quanto riferiscono le più recenti notizie, prossimo all'accantonamento⁶⁵, intendeva sottrarre alla quasi esclusiva di fatto dello Stato (i casi di assicurazioni private contro le calamità naturali sono rarissimi), per affidarlo ad un sistema misto, basato sulla copertura del rischio ad opera delle assicurazioni private, con un residuo margine di intervento statale per il caso di superamento di determinate entità di danni, o a favore dei soggetti non in grado, perché al di sotto di date fasce di reddito, di provvedersi autonomamente di una copertura assicurativa.

Il meccanismo previsto contemplava l'estensione automatica delle polizze contro l'incendio ai rischi da calamità naturali, con conseguente aumento del premio nella misura stabilita tramite una procedura «amministrata», e l'istituzione di un *pool* di coriassicurazione di tutti i rischi da calamità naturali, il quale avrebbe dovuto in sostanza fungere da assicuratore di ultima istanza (salvo l'eventuale residuo intervento statale), ed al quale avrebbero dovuto aderire, apportandovi tutti i rischi da loro assicurati, tutte le compagnie attive nel ramo. Progressivamente, sarebbe quindi stato escluso l'accesso ai risarcimenti statali per tutti i soggetti che non si fossero provveduti di copertura assicurativa.

La tesi sottesa al progetto era che l'affidamento alle assicurazioni private di una parte considerevole dei rischi da calamità naturali avrebbe consentito un alleggerimento del bilancio dello Stato, ed al tempo stesso una più rapida ed efficiente liquidazione dei danni, grazie all'impiego delle reti di periti utilizzate dalle compagnie di assicurazione, e dei loro uffici di liquidazione dei sinistri. In senso favorevole deponeva tra l'altro l'esperienza francese, che vede la partecipazione delle assicurazioni private alla copertura dei rischi da calamità naturali sin dal 1982, appunto

⁶⁴ Tra le decisioni recenti v. *Bogan v. Northwestern Mutual Life Insurance Co.*, 953 F. Supp. 532 (SDNY 1997), secondo cui non rientrano nel «business of insurance» i divieti imposti ai sub-agenti di una compagnia di trasferirsi da un'agenzia generale all'altra (allo scopo di disincentivare la concorrenza tra agenti nel garantirsi le prestazioni dei sub-agenti).

⁶⁵ O quanto meno ad un considerevole rallentamento dei tempi, visto che è stata abbandonata l'ipotesi di una delega *ad hoc* al Governo (cfr. notizia apparsa su *Il Sole-24 Ore* del 29-4-1999).

tramite l'estensione a tali rischi dell'ambito di copertura delle polizze incendio, affiancato da un meccanismo «amministrato» di fissazione dei premi⁶⁶.

Con parere del 12-4-1999, l'Autorità Garante ha preso posizione sul progetto, ai sensi dell'art. 22, l. 287/1990. Dopo aver rilevato il rischio che l'«agganciamento» tra la nuova polizza contro le calamità naturali e le polizze incendio potesse condurre a distorsioni di concorrenza nel ramo incendio, il parere prende in considerazione il problema del pooling dei rischi, osservando che: «al fine di evitare che la scelta consortile comporti alterazioni della concorrenza non strettamente necessarie al raggiungimento dell'interesse pubblico, le funzioni ed il ruolo di coordinamento del consorzio dovrebbero essere ispirati ai principi contenuti nel Regolamento CE di esenzione n. 3932/1992 in materia di accordi tra imprese di assicurazione. Ciò non di meno, tenuto conto della peculiarità dei rischi e della novità dell'assicurazione contro le calamità naturali, è possibile giustificare, per un periodo transitorio, l'esistenza di un consorzio con quote di mercato anche significativamente superiori a quelle previste dal regolamento citato».

Prestato l'indispensabile ossequio al regolamento — «codice», l'Autorità arriva, diremmo quasi sorprendentemente, a giustificare un «eccezionale» allontanamento, e proprio sul piano a lei più caro del controllo delle quote di mercato occupate dalle partecipanti al *pool*. Tuttavia, per ottenere questo risultato, rimarrebbe comunque necessario un intervento del legislatore nazionale, oltre tutto strutturato in modo da risultare compatibile con il test comunitario dell'«effetto utile» (vale a dire, che non risulti tale da compromettere l'«effetto utile» delle regole di concorrenza comunitarie applicate al settore assicurativo). La «staticità» del regolamento 3932/1992, anche in questo caso, esige i suoi tributi.

Tentiamo in breve, allora, di analizzare il caso sottoponendolo alle «regole dinamiche» statunitensi: se vi è prova che i rischi da calamità naturali, per novità, rarità e dimensioni possono essere meglio coperti attraverso l'istituzione di un consorzio, questa diviene condizione *sine qua non* per rendere possibile quello stesso risultato di *risk spreading* che rappresenta il tratto distintivo del «business of insurance». Conseguentemente, il consorzio sfuggirebbe al controllo antitrust federale, e ciò tanto più se istituito e regolato per effetto di una disposizione normativa statale.

Analogamente a quanto accade per le calamità naturali, emergono tendenze ad affidare al mercato assicurativo la copertura dei rischi di infortuni sul lavoro, o genericamente, attraverso lo sviluppo della previdenza c.d. «integrativa», contro i rischi dell'invecchiamento.

⁶⁶ Cfr. loi n. 82-600, 13-7-1982, relative à l'indemnisation des victimes de catastrophes naturelles, JO, n. 162, del 14-7-1982; Décret du Ministère de l'économie et des finances n. 82-705, 10-8-1982, fixant les conditions de constitution et les règles de fonctionnement du Bureau central de tarification des risques de catastrophes naturelles, JO, 11-8-1982.

Per quanto riguarda gli infortuni sul lavoro, un impulso decisivo in questo senso proviene dalla stessa Autorità Garante, che con una propria segnalazione ha rilevato l'opportunità di restringere, o addirittura eliminare il monopolio INAIL⁶⁷, sulla base dell'osservazione per cui la copertura di tale rischio non presenta significative divergenze rispetto all'ordinaria attività assicurativa, e quindi ben può aver luogo ad opera delle compagnie private.

Per quanto riguarda la previdenza alternativa, i difetti del sistema pubblico ne fanno un mercato attraente, che le compagnie di assicurazione, non diversamente dalle banche e da altri intermediari finanziari, stanno tentando di conquistare: i compiti degli enti di previdenza alternativa sono tuttavia, in maniera più o meno pervasiva, regolati dal legislatore, ciò che rende la relativa attività non priva di caratteristiche particolari dal punto di vista antitrust⁶⁸.

In ambedue i casi, esiste il fondato rischio che il sistema assicurativo venga gravato di obiettivi di natura pubblicistica, imposti dall'attuazione del principio di solidarietà sociale, soltanto in parte compatibili con la natura economica della prestazione assicurativa. Da cui il pericolo che la libertà di concorrenza venga ostacolata, anziché incentivata, dall'applicazione di regole «statiche», e quindi l'auspicio che i precetti antitrust siano applicati tramite uno schema «dinamico», che tenga conto delle caratteristiche dei «nuovi rami», e dell'esigenza che l'attività assicurativa vi si sviluppi in modo finanziariamente sano, a tutela, in primo luogo, degli stessi assicurati.

⁶⁷ Prov. AS164, del 9-2-1999, «Assicurazione contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali», in *Bollettino*, n. 4/1999, 57.

⁶⁸ Per una rassegna dei primi orientamenti comunitari in materia, cfr. l'assai informato L. GYSELEN, «Applicabilité des règles de concurrence communautaires a des régimes de protection sociale», in corso di pubblicazione in *Mélanges en l'honneur de Michel Waelbroeck*, che abbiamo potuto leggere in bozze grazie alla cortesia dell'Autore.

GESTIÓN DE LA COMPETENCIA EN EL SECTOR PÚBLICO

Benito ARRUÑADA ¹

Catedrático de Organización de Empresas
Universidad Pompeu Fabra. Barcelona

INTRODUCCIÓN

Gran parte de las reformas económicas emprendidas en las últimas décadas comparten el deseo de aumentar la competencia a la que están sujetos los productores de bienes y servicios. Sucede así con la desregulación de sectores privados, como, por ejemplo, la de los servicios financieros, o con la privatización de antiguas empresas públicas, como las que producen diversos tipos de energía o prestan servicios de telecomunicaciones. Simultáneamente, se han formulado, e incluso se han aplicado en algunos casos, propuestas de reforma dirigidas a introducir competencia ya no en el ámbito de la producción privada o privatizada, sino en el de los servicios cuya producción permanece dentro de la Administración Pública. Estas propuestas afectan a sectores dotados de una organización mixta, como la educación o la sanidad, y a otros sectores donde toda la producción ha estado tradicionalmente en manos públicas (por ejemplo, las prisiones) o bien se ha organizado bajo fórmulas híbridas que cabe catalogar como de «administración franquiciada» (estructura organizativa que se emplea hoy día con éxito desigual para farmacias, notarías, corredurías de comercio y registros, y que también se utilizaba, no hace mucho tiempo, para las secretarías judiciales).

Ya se trate de desregulación, de privatización o de reformas organizativas del tercer tipo, el éxito de todas estas políticas depende de cuál sea el grado de competencia efectiva que se consiga al aplicarlas. La privatización de la electricidad, el gas o las telecomunicaciones propor-

¹ Este trabajo ha contado con el apoyo de la DGESIC a través del proyecto PB95-0989 y se beneficia de investigaciones previas financiadas por el Banco de España, la Junta de Castilla y León y la Escola d'Administració Pública de la Generalitat de Catalunya. Su autor desea agradecer los comentarios recibidos de numerosos colegas y participantes en diversas discusiones y presentaciones públicas de éste y anteriores trabajos en este campo, en especial de Jürgen Backhaus, José Manuel Freire, Fernando Méndez, Cándido Paz-Ares, Celestino Pardo y Carlos Rodríguez Braun. Obviamente, ello no conlleva ninguna responsabilidad por los errores y juicios de valor que aún puedan permanecer en el trabajo, de muchos de cuyos puntos de vista discrepan.

cionaría menos beneficios sociales si se hubieran mantenido o se restableciesen las condiciones monopolísticas que regían en sus respectivos mercados. Con mayor precisión, el éxito de tales reformas depende de que la competencia se canalice o restrinja eficientemente. Incluso en el terreno de la actividad económica puramente privada la competencia no restringida sería improductiva, como pone de manifiesto aquella que se ejerce por medios violentos o predatorios. Es más, el atributo esencial del capitalismo consiste, al menos idealmente, en haber limitado el ejercicio de la competencia a formas que, por su carácter no violento, cabe suponer socialmente productivas. En el fondo, cuanto más desarrollado se encuentra el mercado, mayor es la seguridad de los derechos de propiedad, la cual requiere descartar de raíz la posibilidad de toda apropiación de tales derechos que no haya sido voluntariamente consentida por su titular.

Al igual que en el sector privado, también en el ámbito público y en sus cercanías la competencia ha de estar restringida para ser productiva. Es más, con frecuencia ha de estar sujeta a mayores limitaciones que en el ámbito privado porque no sólo es preciso proteger los derechos de propiedad, sino también constreñir el tipo y la calidad de los servicios prestados. Esta restricción del producto es, a su vez, consecuencia de dos factores. En unos casos, se deriva de una opción política por un cierto objetivo formal de igualdad en el acceso a un nivel mínimo de consumo, ya se refiera este consumo a educación, sanidad o algún otro tipo de asistencia. En otros casos, se trata de una consecuencia casi mecánica del propio proceso organizativo de la Administración Pública. Sucede aquí que, cuando las unidades en competencia producen servicios que son, a su vez, insumos de otras unidades de la Administración, es lógico que se restrinjan las características de dichos insumos intermedios, con el fin de reducir los costes de su procesamiento ulterior. Un ejemplo de ello es el funcionamiento del sistema de fe pública: La intervención notarial estandariza uno de los insumos que son fundamentales, junto con la propia información producida por los registros, en el proceso registral. A su vez, la estandarización de los servicios registrales (tanto en cuanto a la información como en lo referente a la ejecución de las sentencias) permite un funcionamiento mucho más ágil del tráfico económico (al abaratar las posteriores transacciones que tienen como objeto los derechos registrados) y del sistema judicial.

Sea cual sea su causa, esta restricción de la competencia exige una política o gestión muy atenta a las características específicas de la actividad correspondiente. Se precisa, en otros términos, una gestión pública que sepa manejar la competencia como instrumento gerencial, encauzando sabiamente los potentes incentivos que genera y combinando dos herramientas que son, en principio, diferentes en cuanto a su propósito y metodología: la política de la competencia y la gestión pública.

No se trata, además, de una competencia «interorganizativa», entre organizaciones, sino «intraorganizativa», dentro de divisiones o depar-

tamentos de una misma organización. Esta competencia intraorganizativa en el seno de la Administración es similar a la que se desarrolla a menudo dentro de empresas multidivisionales. Por ello, los problemas que plantea no son completamente nuevos aunque sí más complejos². Las grandes empresas multidivisionales tienen una larga experiencia en su tratamiento y han desarrollado múltiples fórmulas para manejarlos. Al igual que la Administración Pública, estas grandes empresas sufren de modo constante la proclividad de sus unidades burocráticas a crecer en exceso y prestar servicios ineficientemente a las demás divisiones de la empresa. Estos fallos no se corrigen de raíz más que cambiando los incentivos de ambas partes. Por un lado, los de los «clientes» o usuarios internos, haciéndoles pagar por los servicios que adquieren de sus centros de gasto. Por otro lado, los de los «proveedores» internos, privándoles del monopolio que venían disfrutando respecto a la prestación de tales servicios. En el límite e incurriendo en costes importantes, se intenta recrear un sucedáneo de mercado dentro de la empresa (por ello se habla en ocasiones de «mercados internos» para estas reformas). La dirección general de la organización correspondiente pasa entonces a ejercer como regulador de la competencia que empiezan a protagonizar sus divisiones internas.

Este trabajo examina las dificultades que surgen cuando se introducen elementos de este tipo de competencia interna en el seno de la Administración Pública. Previamente, conviene precisar cuál es la situación de partida que se intenta remediar con tales reformas, tarea que se aborda en la sección 1 desde el punto de vista de los problemas típicos que padece la organización burocrática basada en «centros de gasto». Seguidamente, en las secciones 2 y 0 se examinan, respectivamente, las posibilidades y las dificultades que plantea la transformación de estos centros de gasto en unidades sujetas en alguna medida a una lógica de competencia interna. La segunda parte del trabajo analiza las soluciones competitivas que han sido empleadas o propuestas para la organización de doce subsectores ubicados en tres áreas diferentes del sector público español: la sanidad, la educación y la justicia, áreas que se tratan en las secciones 3, 4 y 5, respectivamente.

Finaliza el trabajo con una reflexión de carácter normativo sobre las restricciones que ha de tener en cuenta el gestor público para hacer un buen uso de las posibilidades que le brinda la competencia. En esencia, no sólo ha de regular el mercado para contener los efectos perversos de los monopolios y las asimetrías informativas que suelen presentar los servicios públicos. Ha de considerar, también, que las limitaciones inherentes a la propia actividad reguladora favorecen la adopción de aquellas soluciones que emplean incentivos de baja potencia o restringen la libertad de los participantes, gracias a lo cual no requieren una regulación que, por ser muy activa o políticamente costosa, causaría elevados costes

² «El diseño de sistemas de control en las grandes empresas es ya una tarea ingente, pero en varios órdenes de magnitud más sencilla que el sistema de control de una administración pública» (ARROW, 1970, p. 229).

de búsqueda de rentas, bastándoles, en cambio, con fórmulas de regulación o gestión relativamente automática, más tradicionales y baratas.

Primera parte

LOS REQUISITOS DE LA COMPETENCIA INTRAORGANIZATIVA

1. LA ORGANIZACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS MEDIANTE CENTROS DE GASTO

1.1. *La organización de los servicios públicos*

La organización de los servicios públicos es muy variada, como veremos con algún detalle en la segunda parte de este trabajo. No obstante, como referencia y punto de partida, conviene considerar una solución relativamente simple que, además, es seguramente la más común y representativa. Muchos servicios públicos y algunos de los departamentos en que se suelen dividir todas las organizaciones de cierto tamaño suelen organizarse bajo fórmulas que, en la jerga propia del control de gestión, se suelen denominar «centros de gasto discrecional» o, más simplemente, «centros de gasto»³. Este tipo de centro funciona sobre bases presupuestarias. Simplemente, a cada centro o unidad se le asigna un presupuesto de gastos con el que ha de prestar servicios a otros departamentos o usuarios, en general sin cobrarles por ellos. Si es que se lleva a cabo, la evaluación del rendimiento de los centros se basa en indicios y juicios subjetivos aproximados. Gran parte de las decisiones sobre qué producir, para quién e incluso el cómo suelen estar centralizadas o sujetas a procedimientos reglados de decisión⁴.

En las empresas, el uso de estas pautas organizativas suele circunscribirse a aquellas áreas que presentan unas características tales que dificultan la medida de sus actividades, no sólo en términos de eficiencia sino incluso de eficacia: allí donde no sólo es difícil relacionar los recursos consumidos y los servicios prestados por los centros, sino incluso definir y evaluar el grado en que consiguen los objetivos. Suelen presentar estas características, sobre todo, los departamentos centrales y la propia dirección general de las empresas. Todos ellos producen servicios que tienen algunas de las características de los «bienes públicos» para el resto de la organización: o no existe rivalidad en el consumo o no es fácil excluir

³ Véase, por ejemplo, KAPLAN y ATKINSON (1989, pp. 531-533).

⁴ En el plano formal, muchos centros de gasto (sobre todo en el ámbito público) disponen así de escasa discrecionalidad. No obstante, veremos que su ventaja informativa les proporciona informalmente un margen de discrecionalidad real considerable para asignar recursos internamente y manipular las decisiones centrales de asignación de recursos y elección de procedimientos. En particular, cuando se trata de servicios profesionales, como sucede en muchos ámbitos del sector público, la reglamentación formal de los procesos productivos suele ser muy detallada, pero eso no impide que el funcionario disfrute de considerable discrecionalidad sobre la calidad y productividad de su trabajo.

de su consumo a los usuarios. La dificultad de medida suele obedecer a la naturaleza de los recursos y tecnología que utilizan y de los servicios que prestan. Por un lado, emplean recursos de difícil imputación, por su alto contenido en capital humano y por tratarse de costes comunes o imputables a muy diversos usuarios y productos. Adicionalmente, muchos de sus procesos productivos están poco estandarizados. Suelen prestar, además, una gran variedad de servicios, ya sea a otros departamentos de la misma organización o bien a clientes externos. Por último, la naturaleza de muchos servicios es intangible. Su calidad es tan importante como difícil de evaluar, al incorporar elementos subjetivos. A menudo, sólo los usuarios conocen la calidad y ese conocimiento es difícil de trasladar a quien tiene la autoridad necesaria para tomar decisiones correctoras. En el peor de los casos, ni siquiera los usuarios conocen la calidad real. Sucede así, en particular, cuando las actividades son intensivas en capital humano y, por ello, su calidad sólo es evaluable por personal cualificado.

En la Administración Pública, también la tecnología restringe las posibilidades de medida, pues muchas de sus actividades presentan esos mismos condicionantes. Sucede así, en especial, en la producción de bienes públicos, en los cuales no es posible excluir a ningún ciudadano de su consumo (por ejemplo, la defensa, la policía o el desarrollo del ordenamiento jurídico). Las dificultades de medida son mucho menores en los servicios que constituyen el núcleo del «Estado del Bienestar», como la sanidad y la educación o las pensiones y demás seguros. Se trata de servicios privados, en el sentido de que es posible excluir a los beneficiarios de su consumo (con la excepción de efectos externos que, de todos modos, constituyen la menor parte de la utilidad que proporcionan). Sin embargo, pese a su carácter privado, se optó en su día por proporcionarlos gratuitamente. Además, junto con la gratuidad, se adoptó en muchos casos la organización propia de los centros de gasto discrecional, consistente en asignar un presupuesto al funcionario o departamento proveedor y no retribuirles con base en su rendimiento. Excede las pretensiones de este trabajo discutir las posibles causas y consecuencias de esta elección. Baste señalar tres apuntes. Ambas pautas contrastan con las que se solían adoptar hasta entonces para los servicios públicos con utilidad privada. Sobre todo en aquellos servicios reorganizados durante el siglo XIX (desde la justicia a los registros, la farmacia y, en alguna medida, incluso la educación) se introduce una fuerte regulación de la actividad para servir fines públicos, pero se mantiene el cobro de precios explícitos al usuario y se dota de fuertes incentivos a los proveedores. Esta gran potencia de los incentivos proviene de que, adaptando el modelo de enajenación de oficios del Antiguo Régimen, se sitúa a los proveedores en la posición de un franquiciado público, retribuido residualmente tras pagar a los demás recursos bajo su responsabilidad.

Excede las pretensiones de este trabajo discutir las posibles causas de que en el Estado de Bienestar se optase por una solución diferente

y de que en la actualidad muchas de sus reformas utilicen los principios de la organización adoptada en el XIX para los servicios con utilidad privada. Baste con señalar algunos apuntes. Desde un punto de vista positivo, la propia asunción de esos servicios por el Estado puede responder a objetivos de redistribución de riqueza a favor de usuarios o productores, objetivos que son incompatibles con, respectivamente, el cobro de precios explícitos y la adopción de determinadas formas de organización. Alternativamente, desde un punto de vista normativo, que presupone un decisor desinteresado, cabe también pensar en la presencia de diversos factores que desaconsejan o alivian las malas consecuencias de una solución consistente en precios nulos e incentivos débiles. Por un lado, si bien los sueldos fijos reducen los incentivos a la productividad, también contienen la inclinación que muestran los profesionales pagados por rendimiento a inducir una mayor demanda, sobre todo cuando el usuario paga un precio nulo. Por otro lado, el bajo rendimiento se corresponde con salarios también reducidos, lo que reduce las dificultades presupuestarias. Por último, al no retribuir por rendimiento, es lógico que se considerara menos necesario medir dicho rendimiento⁵.

1.2. *La patología de la burocracia*

Tanto si se ubican en el sector público como en el privado, los centros de gasto padecen una proclividad crónica a alcanzar una dimensión y un nivel de gasto excesivos⁶. Contribuyen a este resultado dos circuns-

⁵ En nuestro país se ha extendido el uso de sueldos fijos incluso en fechas muy recientes, en detrimento de formas intermedias adoptadas con anterioridad. Por ejemplo, una reforma emprendida en los años ochenta sustituyó la anterior retribución capitativa de los médicos de asistencia primaria por un sueldo fijo, fórmula insólita en países desarrollados. (Merece destacarse el hecho de que la retribución capitativa es una solución intermedia que, unida a la libertad de elección por los usuarios, favorece la productividad sin motivar inducción de demanda.)

⁶ Véanse los trabajos clásicos de NISKANEN (1968, 1971). Aunque es suficiente para los fines del presente trabajo, esta caracterización de la conducta de los centros de gasto es una simplificación, en especial cuando se aplica en el ámbito del sector público. La literatura examina toda una variedad de complicaciones, de desigual importancia. Por ejemplo, se observa que la conducta de muchos miembros de organizaciones burocráticas está más dirigida al ocio que al crecimiento (PEACOCK, 1983); pero esta conducta se observa sobre todo en escalones jerárquicos inferiores. Asimismo, se considera que el responsable de un departamento burocrático buscará aumentar no el presupuesto total a su disposición, sino aquellas categorías de gasto que le proporcionan más utilidad personal (DUNLEAVY, 1985, 1991). Por ejemplo, preferirá aumentar los recursos empleados en la unidad antes que los recursos transferidos a terceros a través de la misma. Se ha señalado también que estos modelos burocráticos presuponen una autonomía que sólo existe en ciertas administraciones, sobre todo, la estadounidense (por ejemplo, PETERS, 1996, pp. 26-27). Sin embargo, esta crítica presta más atención a la autonomía *formal* y a sus efectos a corto plazo que a la autonomía *de hecho* que proporciona la asimetría informativa, y sobre todo, la colusión implícita entre proveedores y usuarios, y los efectos a largo plazo, que son parecidos con relativa independencia del grado de autonomía formal. La limitación más importante se refiere a nuestro juicio a que esta caracterización del modelo de conducta burocrática es más representativa de aquellos departamentos que proporcionan servicios de carácter privado, pues pueden emplear a los usuarios como excusa e «infantería de choque» en la batalla presupuestaria. Cuentan entonces con una ventaja notable respecto a los centros proveedores de servicios públicos, cuyos servicios son con frecuencia poco visibles. La teoría

tancias, asociadas, por una parte, a los incentivos de los productores y de los usuarios, y, por otra, a la desventaja informativa del encargado de controlar la actividad. En cuanto a los incentivos, suele suceder, por un lado, que la retribución, el poder y las expectativas de ascenso de los responsables del centro de gasto —y, en general, de todos los que trabajan en su seno— aumentan al hacerlo el presupuesto asignado al centro, por lo cual todos ellos tienen un interés común en agrandarlo. Por otro lado, cuando los usuarios no pagan por los bienes y servicios que adquieren o cuando lo que pagan no varía con su nivel de consumo, la mayoría de ellos tiende a demandarlos más allá del nivel óptimo, aquel en el que se igualarían el coste y el valor marginal para la organización o la colectividad. Obviamente, esta posibilidad es más probable cuando se trata de bienes o servicios de utilidad positiva.

Por su parte, el responsable de asignar el presupuesto y controlar el uso de los recursos se encuentra con graves dificultades para determinar el presupuesto óptimo de los centros de gasto, pues carece de información para distinguir qué hay o no de valioso en el consumo de los servicios que prestan tales centros. Adicionalmente, incluso si consiguiera establecer el presupuesto de cada centro de gasto en su nivel óptimo, tendrá dificultades para evaluar la ejecución de dichos presupuestos óptimos. Por ejemplo, ni el déficit ni el superávit de un centro de gasto indican por sí mismos ni derroche ni eficiencia, ya que no se miden los productos de dicho centro. Además, los gerentes de los centros de gasto tienen interés en mantener la desventaja informativa que padece el responsable presupuestario. Se resistirán, por ello, a toda política dirigida a medir la cantidad o calidad de los servicios. Por el mismo motivo, tenderán a ocultar la disponibilidad de recursos ociosos y rara vez presentarán superávit presupuestarios, los cuales pudieran interpretarse como señal de que les sobran los recursos. Preferirán, en cambio, gastar todos los recursos disponibles, aunque sea mediante compras de escasa utilidad. De modo similar, los usuarios tenderán a exagerar su valoración del consumo.

Debido a estas asimetrías informativas, a lo más que cabe aspirar es a contener el problema dentro de límites sostenibles, mediante paliativos de incierta eficacia, como la vigilancia y la revisión de los presupuestos. A menudo, se adopta un procedimiento incrementalista, de modo que no se cuestiona el volumen de recursos y se evalúan tan sólo las nuevas asignaciones y los ocasionales recortes de recursos. Los intentos de elaborar nuevos presupuestos con «base cero», revisando todos los conceptos de gasto son, en la práctica, tan costosos como ineficaces. Dada la proclividad de los centros de gasto a engordar en exceso, es frecuente que sufran recortes presupuestarios cuando la organización de la que

coincide en este punto con el argumento según el cual las burocracias tienden a proporcionar bienes *privados* en exceso pero, por el contrario, escatiman en la producción de bienes públicos [por ejemplo, BRETON (1974)].

forman parte atraviesa épocas de vacas flacas⁷, ya se trate de una empresa que entra en pérdidas, un Ayuntamiento al que le cortan el suministro eléctrico o un Gobierno que desea cumplir las condiciones establecidas para una unificación monetaria. Estos recortes presentan varios problemas, sin embargo. Por un lado, suele ignorarse en qué áreas es más rentable reducir gastos o, aun sabiéndolo, puede ser imposible aplicar recortes diferenciados. Con frecuencia, las crisis originan recortes generalizados, quizá para contener los costes que genera la propia batalla presupuestaria. Por otro lado, sus efectos son, como mucho, transitorios. El mal tiende a reproducirse al poco tiempo, ya que tales recortes no atacan el origen del problema, enraizado en los intereses de los centros y de sus clientes, y agravado por las dificultades informativas que padece el responsable de la asignación presupuestaria. En el peor de los casos, los recortes ni siquiera consiguen reducir el gasto, al enfrentarse con todo tipo de rigideces y estratagemas defensivas por parte de los damnificados. (La amenaza de llenar de cadáveres el despacho del gerente ha sido suficientemente socorrida como para constituir una categoría en algunos tratados de sociología hospitalaria, como ilustra la polémica suscitada en mayo de 2000 acerca de las listas de espera de los hospitales públicos para intervenciones de cirugía cardíaca).

2. LA COMPETENCIA INTERNA COMO SOLUCIÓN A LOS PROBLEMAS DE LA BUROCRACIA

Alternativamente a estos tratamientos paliativos, cabe aplicar una cura más radical a los centros de gasto, cura que consiste en modificar los incentivos de los participantes de un modo tal que se eviten de raíz las limitaciones informativas que impiden solucionar correctamente el problema presupuestario. Sirve como referencia a este tipo de reforma el mercado libre, ya que éste se caracteriza precisamente porque en su seno la conducta de los decisores está controlada de forma automática sin necesidad de procesar información centralmente. La manera más simple y radical de recrear un efecto de este tipo consiste en cobrar por los servicios que prestan los centros de gasto, de modo que los usuarios controlen de forma automática su cantidad y calidad. De este modo, se corrige la tendencia al exceso de demanda que sufren de forma endémica y se explota la información del usuario sobre la calidad. Si, simultáneamente, se liga la retribución de los responsables del centro a un indicador de su rendimiento, dichos responsables tendrán interés en rentabilizar el uso de los recursos. Veremos que esta recreación del mercado puede efectuarse en grados muy diversos, incorporando un número variable de los elementos que la caracterizan.

⁷ Véanse, por ejemplo, las propuestas de NEUMAN (1975) para racionalizar estos procesos.

2.1. *La naturaleza del control: Libertad y responsabilidad como determinantes de la conducta*

En teoría, existe un gran número de posibilidades para este tipo de transformación de los centros de gasto; sin embargo, las características distintivas y fundamentales de toda esta variedad de soluciones quedan definidas por dos variables: la libertad y la responsabilidad. La libertad se refiere al grado de discreción con que deciden los participantes. La responsabilidad a los mecanismos que ajustan sus intereses y motivan un uso eficiente de su libertad para tomar decisiones ⁸.

La libertad viene dada por la distribución de derechos de decisión. En los centros de gasto típicos del sector público, muchas decisiones suelen estar centralizadas, mientras que, con las reformas competitivas, se delega un mayor conjunto de decisiones en usuarios y proveedores. Asimismo, en los centros de gasto la responsabilidad depende esencialmente de un control jerárquico o vertical, dirigido a evaluar el cumplimiento (más que el rendimiento) y, en el mejor de los casos, retribuirlo a largo plazo. Con la competencia intraorganizativa, este control vertical pasa a ser complementario del control horizontal y mutuo que ejercen, según los casos, o bien los departamentos clientes o los usuarios finales sobre los departamentos proveedores, a través de sus decisiones de compra, así como los proveedores sobre sus clientes mediante su política de precios.

La existencia de este control horizontal no hace menos necesario, sin embargo, el control vertical por parte del superior jerárquico responsable tanto de los usuarios como de los centros proveedores ⁹, aunque sí transforma su naturaleza. El control vertical ha de asegurar que el control mutuo entre usuarios y proveedores funcione correctamente, de modo que ambos tipos de departamentos se comporten de la manera que interesa a la organización y no aprovechen su libertad en beneficio propio y en contra del interés colectivo. Para que, por ejemplo, las decisiones de los usuarios contribuyan al control de sus proveedores es preciso que el rendimiento de éstos sea evaluado y retribuido, y que las decisiones de los usuarios influyan debidamente en esa evaluación. En la medida en que, por el contrario, la evaluación del rendimiento de los proveedores sea incorrecta o incompleta, será más difícil que las decisiones de los usuarios puedan constituir un control eficaz de dichos proveedores.

⁸ Sobre los elementos del control organizativo, véanse, en especial, ARROW (1964) y JENSEN y MECKLING (1995). ARROW formula el control organizativo como la interacción de reglas operativas y de *enforcement*. JENSEN y MECKLING expresan estas reglas operativas como asignación de derechos de decisión (libertad) y distinguen dos fases en el *enforcement* (responsabilidad): la evaluación y la compensación del rendimiento.

⁹ Si acaso, el control vertical será más intenso, pues los centros usuarios y proveedores toman ahora por sí mismos un mayor número de decisiones que antes se tomaban centralmente. Ocurrirá así, sobre todo, si a la mayor libertad se asocian incentivos más intensos, en aplicación de un conocido principio de la teoría de incentivos que afirma que al aumentar la intensidad de los incentivos corresponde utilizar un control más eficaz. [Véase, para una introducción a este «principio de intensidad de la supervisión», MILGROM y ROBERTS (1992, pp. 226-228)].

2.2. *Diseño y gestión de la competencia intraorganizativa*

La tarea del responsable de una reforma dirigida a introducir más competencia en una organización basada en centros de gasto comprende un cambio inicial en el diseño organizativo y su posterior gestión continuada. En cuanto al diseño, ha de elegir una determinada estructura organizativa, entendiendo como tal, esencialmente, la concreción operativa del binomio que forman la libertad y la responsabilidad de los gerentes divisionales. En otras palabras, ha de decidir, por un lado, qué derechos de decisión delega a los usuarios y proveedores y qué derechos se reserva, y, por otro lado y en paralelo, deberá poner en funcionamiento los mecanismos necesarios para controlar el uso que se hace de esas decisiones delegadas, de esa mayor libertad.

Si los incentivos de los participantes son suficientemente intensos, es de esperar que utilicen su libertad para alcanzar óptimos locales que les satisfagan personalmente. Como ilustra la Figura 1, el diseño y la gestión del sistema han de asegurar que esos óptimos locales a escala de división o departamento apunten hacia un óptimo colectivo a escala de toda la organización (o de todo el país, en el caso de un servicio público). Para ello, el diseño ha de adaptarse a la naturaleza del producto y la tecnología. Según los casos, será conveniente reasignar derechos de decisión, restringir la libertad de actuación, alterar la evaluación del rendimiento o modificar la intensidad de los incentivos. Asimismo, puede ser necesario gestionar la competencia, regulando día a día las relaciones que se establezcan en el mercado interno. Una regulación muy activa suele entrar en conflicto, no obstante, con la delegación de decisiones. En general, todo el diseño y la gestión del sistema han de buscar un equilibrio entre dos objetivos contrapuestos: la motivación de los responsables divisionales, que aumenta al hacerlo la amplitud de la delegación y la intensidad de los incentivos, y su coordinación, que mejora, en cambio, con la centralización de decisiones y el uso de incentivos menos intensos ¹⁰.

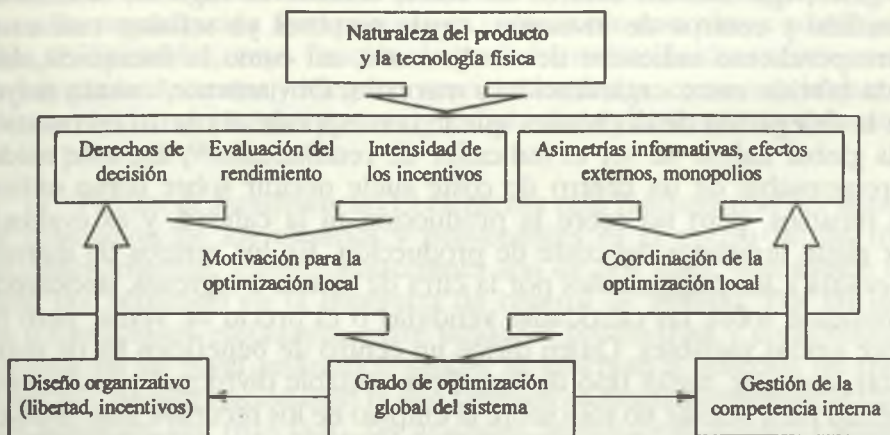
a) *El coste de oportunidad de los usuarios.* En cuanto a los usuarios ¹¹, hemos visto que el problema típico de los centros de gasto consiste en que, enfrentados con un coste de oportunidad nulo, los usuarios tienden

¹⁰ La búsqueda de este tipo de equilibrio es una tarea más general, pues todos los sistemas de contabilidad interna persiguen dos fines contrapuestos. Por un lado, sirven como ayuda en la toma de decisiones, para planificar o coordinar actividades; por otro, se emplean para controlar el rendimiento de los participantes. Se tiende a interpretar sus soluciones (por ejemplo, el uso de costes históricos en lugar de estimaciones de costes de oportunidad, la dualidad de usos de los presupuestos para planificar y controlar) como fruto de un compromiso entre ambos objetivos. Véase, en especial, ZIMMERMAN (1997).

¹¹ En muchos servicios del sector público, los usuarios no son departamentos sino consumidores finales, pero este hecho no resta validez al análisis. Si acaso, al tratarse de usuarios finales, no es preciso articular mecanismos artificiales de evaluación y compensación del rendimiento, excepto, acaso, cuando sufren graves asimetrías informativas respecto a los proveedores. Este hecho facilita el diseño de sistemas de competencia interna para muchos servicios públicos.

FIGURA 1

DISEÑO Y GESTIÓN DE LA COMPETENCIA INTRAORGANIZATIVA



a demandar cantidades excesivas (exageran su valoración del consumo) y, a menudo, son demasiado benevolentes con el proveedor, sobre todo cuando éste también se encarga de racionar la inevitable escasez que origina todo precio inferior a su nivel de equilibrio. Los usuarios tienden, incluso, a aliarse con el proveedor en solicitud de mayores dotaciones de recursos. Por ello, el requisito más elemental para que estén motivados y sus decisiones contribuyan a una mejor asignación de los recursos es que el consumo del servicio correspondiente les acarree un coste de oportunidad positivo. De este modo, revelarán su valoración del servicio y el proveedor podrá recibir, si se cumplen otras condiciones, el estímulo de la competencia¹². La manera más obvia de generar un coste de oportunidad es cobrar un precio real por las transacciones internas. Además, el pago de un precio real suele proporcionar un incentivo intenso. Sin embargo, por diversos motivos (entre ellos, el que no sea conveniente un incentivo tan fuerte), en lugar de precios reales se emplean a menudo precios nominales que dan lugar a meros apuntes contables en las cuentas de los departamentos usuarios y proveedores. En el sector público, estos pagos ficticios suelen tomar la forma de cupones (*vouchers*) con los que los usuarios pueden adquirir ciertos servicios a determinados proveedores públicos o privados. El empleo de precios nominales reduce la motivación de los usuarios, pero no tiene por qué destruirla totalmente, siempre que estos precios ficticios reflejen un coste real de oportunidad, como sucede cuando los usuarios pueden adquirir otros bienes o servicios distintos con esos recursos o, al menos, los mismos bienes y servicios, pero de proveedores diferentes.

¹² Conviene no olvidar, sin embargo, que incluso el pago de precios internos sin libertad de elección en cuanto a la cantidad de servicios ni a su precio también genera incentivos para controlar, como argumenta la teoría que interpreta en este sentido la función de la imputación de costes comunes entre departamentos y productos (ZIMMERMAN, 1979).

b) *La organización de los centros proveedores.* En cuanto a los proveedores, las opciones genéricas más importantes son las representadas por las posibilidades de organización divisional distintas de los centros de gasto, que son los centros de coste, centros de ingreso, centros de beneficio y centros de inversión, cuyos nombres ya señalan cuál es el correspondiente indicador de rendimiento, así como la franquicia, fórmula híbrida entre organización y mercado. Obviamente, cuanto mayor sea la delegación de decisiones que le corresponde al centro en cuestión más global habría de ser el indicador de rendimiento¹³. De este modo, el responsable de un centro de coste suele decidir sobre cómo utilizar los recursos, pero no sobre la producción ni la calidad, y es evaluado por algún indicador del coste de producción. En los centros de ingreso, se evalúa a los responsables por la cifra de ventas o ingresos, decidiendo libremente sobre las cantidades vendidas o el precio de venta, pero no sobre ambas variables. Quien dirige un centro de beneficios ha de maximizar, a su vez, algún tipo de beneficio contable divisional y suele tener libertad para decidir no sólo sobre el empleo de los recursos, sino también sobre la producción, la calidad y los precios de los productos. En los centros de inversión, se añade a los atributos que son propios de los centros de beneficios libertad y responsabilidad sobre el uso de un mayor número de recursos, al incluir entre éstos el capital utilizado por el departamento. Por último, puede entenderse que la franquicia constituye la forma más compleja de divisionalización organizativa, pues proporciona una solución contractual híbrida, en la que el directivo pasa a ser un empresario franquiciado, dueño de buena parte de los activos (se suelen excluir la marca y la reputación) y, como tal, es retribuido con el beneficio de la explotación local, si bien está sujeto, generalmente, a un gran número de restricciones, incluso superiores a las que restringen la discrecionalidad de un responsable divisional en muchas empresas¹⁴.

Conviene aclarar que se trata de posibilidades organizativas reales, como revela el que en la Administración Pública española se hayan utilizado tradicionalmente fórmulas de «administración franquiciada» para prestar servicios de utilidad individual positiva. Estas fórmulas subsisten, en la actualidad, para farmacias, notarías y registros, y se emplean, en alguna medida, para configurar los nuevos órganos reguladores, del tipo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, el Tribunal de Defensa

¹³ Véanse, por ejemplo, KAPLAN y ATKINSON (1989, pp. 529-533) o ARRUÑADA (1990, pp. 211-243). El sistema de evaluación de estos centros puede ser más o menos completo, al basarse en indicadores cuantitativos o monetarios e incluir o no los costes de personal o de capital. En principio, es tentador medir el rendimiento respecto a las decisiones delegadas, de modo que no se haga responsable a una división de aquellas decisiones que se toman centralmente. (En aplicación, así, del principio de «controlabilidad», inspirador de la contabilidad por responsabilidades.) Sin embargo, es deseable, a menudo, estimular a las divisiones para que influyan en las decisiones centrales, argumento que resulta útil para explicar la práctica generalizada de imputar gastos generales (ZIMMERMAN, 1979; 1997, pp. 315-328).

¹⁴ Véase, para una introducción a la franquicia, ARRUÑADA (1990, pp. 175-181) y, para un análisis más profundo de cómo funciona una de estas estructuras contractuales, ARRUÑADA, GARICANO y VÁZQUEZ (2001).

de la Competencia e, incluso, el Banco de España. Resulta cuando menos llamativo que, pese a esta evidencia, se afirme a menudo que el Derecho público es inadecuado para organizar la prestación de servicios de utilidad, como son la educación o la sanidad¹⁵. Conviene subrayar, además, que esta organización franquiciada es compatible con piezas administrativas tradicionales, cuya función es probablemente la de reducir costes de búsqueda de rentas y asegurar servicios estándar, como son la entrada por oposición, el ascenso por antigüedad o la reglamentación exhaustiva de los procesos productivos.

c) *Precios de transferencia*. El elemento más fundamental del sistema de evaluación de los usuarios y proveedores es el precio de las transacciones internas. Estas transacciones son de dos tipos, que suelen tratarse por separado en la literatura de control de gestión. Por un lado, las transacciones efectuadas entre unidades productivas y consumidores situados en un nivel jerárquico similar se efectúan a «precios de transferencia», denominación bajo la que también se conoce el problema típico que plantean. Por otro lado, las unidades productoras pueden consumir algunos recursos en común y suelen beneficiarse de los numerosos servicios que les prestan a todas ellas los departamentos centrales de la organización, encargados, cuando menos, de coordinar y controlar sus actividades. Se plantea por este motivo el problema de «imputación o asignación de costes» que, en el fondo, consiste también en establecer precios de transferencia¹⁶.

d) *La intensidad de los incentivos*. Lógicamente, los incentivos de los participantes varían también con su función retributiva, entendiéndose como tal la relación entre, por un lado, sus decisiones y rendimiento y, por otro, la compensación que reciben. Entran aquí en juego elementos explícitos y formales, como son los precios y sistemas de incentivos en sentido estricto (pagos por servicio, consumo de cupones, primas de productividad, participación en beneficios o en ahorros de costes, ascensos, etc.), pero también implícitos e informales (tiempo en cola y lista de espera, la compatibilidad laboral, y los ya comentados beneficios que obtiene el responsable de un centro de gasto cuando logra aumentar su presupuesto y consigue de este modo un mejor entorno laboral, contratar más personal o mejorar sus expectativas profesionales). Operan, además, las dificultades del sector público para comprometerse de forma creíble a una determinada política, lo que reduce el conjunto de compensaciones

¹⁵ Mantenía esta posición, por ejemplo, el Informe Abril respecto a la sanidad (Comisión de Análisis y Evaluación del Sistema Nacional de Salud, 1991).

¹⁶ Esta naturaleza de precio o, si se prefiere, de *impuesto* suele quedar oscurecida por la multiplicidad de servicios, por el hecho de que no se mida la cantidad de la mayoría de éstos y por la práctica común, consistente en formular las imputaciones en términos de tasas ligadas al uso de algún otro recurso (por ejemplo, se imputan gastos generales en función del gasto de personal, o bien los alquileres como un cierto estándar por metro cuadrado utilizado). Sin embargo, su naturaleza de precio queda claramente de relieve cuando se tiene en cuenta que, como todo precio, ejerce un importante efecto motivador: el de encarecer el uso de los recursos empleados para imputarlos.

viables. Dos ejemplos de ello son la desconfianza que puede suscitar la retribución diferida y la escasa credibilidad de las amenazas de quiebra de los centros que fracasan en la competencia interna.

3. LA NECESIDAD DE RESTRINGIR LA LIBERTAD Y MODERAR LOS INCENTIVOS

Para que los usuarios puedan ejercer su libertad de elección y ésta genere consecuencias positivas es preciso que estén bien informados y que no existan efectos externos ni monopolios importantes. Para lograrlo, la naturaleza del servicio ha de tenerse en cuenta al delegar derechos de decisión y establecer la intensidad de los incentivos. De no hacerlo así, los participantes dispondrían de discreción y estarían motivados para tomar decisiones erróneas o explotarse mutuamente. Según los casos, la mala información les llevaría a consumir en cantidad subóptima (como se critica con frecuencia de los esquemas de copago en sanidad¹⁷); a fomentar consumos superfluos (intervenciones quirúrgicas innecesarias); a elegir proveedores complacientes y hasta corruptos en detrimento de terceros (como ocurriría si los usuarios pudieran elegir a los centros que ejercen tareas de control sobre ellos, como es el caso de los juzgados, registros e, incluso de forma más obvia, la inspección fiscal); o bien a establecer precios y condiciones monopolísticas.

En situaciones como éstas, la solución consiste en o bien reasignar derechos de decisión o bien moderar incentivos, como ilustran las medidas adoptadas en los ejemplos anteriores. Vemos así que, en el mercado interno del *National Health Service* británico se asignaron muchos derechos de decisión al médico de cabecera y no al paciente (para adquirir servicios hospitalarios, por ejemplo). También en el ámbito sanitario, se reduce la intensidad de los incentivos mediante copagos bajos o nulos, que no desanimen consumos socialmente rentables (como el de asistencia primaria o ciertas medicinas y, en mayor medida, vacunas). En otras ocasiones, la solución pasa por no delegar derechos de decisión y emplear reglas fijas. Es el caso de los turnos reglados y las demarcaciones y reserva de mercados locales que asignan el trabajo entre jueces o registros, respectivamente. Cuando el problema es el monopolio, se suele restringir la libertad de los proveedores para decidir, de modo que se les imponen los precios y se les obliga a prestar los servicios, sin posibilidad de rechazar o elegir clientes, característica que suele estar presente en todo tipo de organización pública y se hace más necesaria al hacer más intensos los incentivos de los proveedores.

3.1. *Asimetrías informativas*

Los mercados internos del sector público suelen presentar asimetrías informativas importantes. Muchos de sus servicios son de carácter pro-

¹⁷ Véase, por ejemplo, FREIRE CAMPO (1999).

fesional, con lo que esto conlleva de conocimiento especializado; como tales, presentan atributos de «bienes de confianza», cuya calidad no es observable ni siquiera tras su consumo o bien sólo es observable parcialmente o en el largo plazo; en contraste, los usuarios son generalmente consumidores finales, que unen a su falta de conocimiento especializado el que no les compense gastar muchos recursos en información; por último, la asimetría es especialmente grave en las fases de transición, durante las cuales los clientes han de aprender a elegir y los proveedores han de aprender a informarles sobre la calidad de los servicios.

La tarea de la reforma a este respecto es doble. Por un lado, es necesario aprovechar eficientemente las posibilidades informativas, fomentando la información de los participantes y eliminando asimetrías, con el objetivo de alcanzar un cierto óptimo que nunca estará exento de carencias y desigualdades (a). Por otro lado, ha de restringirse el diseño organizativo de acuerdo con esa situación informativa óptima (b).

a) *La producción de información.* Para que la libertad de elección entrañe consecuencias positivas, los decisores han de estar bien informados sobre la calidad de lo que adquieren. Esta afirmación es tan válida en la competencia intraorganizativa como en el mercado. Sin embargo, los remedios disponibles en ambos ámbitos suelen ser diferentes. En el mercado, el remedio más importante es la producción descentralizada de información, llevada a cabo tanto por los compradores (actividades de búsqueda) como por los proveedores (publicidad, inversiones en reputación) y los intermediarios especializados (expertos independientes, sobre todo). En los mercados internos del sector público, es el propio regulador quien suele representar, en cambio, el papel protagonista en la producción de información. Esta necesidad de *planificar* la información se deriva de diversos factores, asociados a las características de los participantes. Primero, los usuarios son consumidores finales y no suele ser eficiente que éstos produzcan mucha de la información necesaria por sí mismos (piense, por ejemplo, en que hubiesen de elaborar cada uno su propia clasificación de universidades). Segundo, incluso los proveedores tienen al principio un conocimiento limitado de cuál es la situación real en cuanto a su calidad relativa (como ejemplifica de nuevo la situación universitaria, así como la sanitaria). Tercero, los posibles intermediarios independientes podrían representar, como mucho, un papel secundario consistente en depurar la información básica, pues respecto a la obtención de ésta operan en clara desventaja respecto al planificador central. En cambio, éste último disfruta de una posición privilegiada, pues ha de procesar un gran volumen de datos para controlar a los proveedores y buena parte de esos datos son utilizables para informar a los usuarios.

b) *La restricción del diseño.* Rara vez será óptimo producir suficiente información para eliminar totalmente las asimetrías informativas. Por el contrario, en muchas situaciones la solución óptima pasa por permitir una asimetría sustancial y moderar los incentivos, o bien por eliminar de raíz la causa de la asimetría, ya sea sustituyendo al decisor o supri-

miendo la libre elección. Como se comentó más arriba, el uso de precios nullos proporciona un incentivo menos potente y evita que se cometan eventuales errores fruto de una valoración incorrecta de la asistencia sanitaria. En otras situaciones se emplean incentivos de baja intensidad, pero no para los usuarios sino para los proveedores. Cabe entender de este modo, por ejemplo, el uso de una compensación fija en el corto plazo para muchos funcionarios públicos, como ejemplifica el caso de los jueces. En el ámbito sanitario, una de las pocas ventajas de retribuir a los médicos con salarios fijos es que se reducen sus incentivos para prescribir intervenciones innecesarias respecto a un régimen retributivo más ligado a su productividad aparente, aunque ello se consiga a costa de sacrificar otras dimensiones de la calidad, como es, notablemente, la reducción del dolor. Por último, pueden asignarse los derechos de decisión de manera que se reduzcan las asimetrías informativas. Para ello, en lugar de que decidan directamente los usuarios, lo hacen profesionales que los representan. Es el caso de los médicos de asistencia primaria británicos para la adquisición de servicios hospitalarios o, en parte, de los abogados y notarios españoles en su relación con los registros.

3.2. *Efectos externos*

La libertad de elección también es, cuando menos, especialmente problemática y, a menudo, inviable para aquellos servicios que generan efectos externos. El caso más importante es el de los servicios de control, por no coincidir en ellos las figuras de cliente y beneficiario. Por el contrario, el control se establece en beneficio de terceros, o bien de la comunidad en general, con el fin de aplicar normas imperativas cuyo incumplimiento por algunos participantes en el mercado situaría a los demás en desventaja y distorsionaría la competencia¹⁸. Un ejemplo notable en este sentido es el de los registros de la propiedad. Cuando, como es el caso del registro español, están organizados como «registros de derechos», la calificación e inscripción registral define el contenido y la titularidad de los derechos inscritos, y la negociación eficiente de estos derechos en transacciones futuras requiere que el control y la calidad del registro sean muy uniformes. Además, el legislador aprovecha la demanda de servicios registrales de utilidad privada para encargar al registro que vigile el cumplimiento de un amplio conjunto de normas imperativas de carácter público, que incluyen desde el pago de impuestos a la obtención de licencias de obra.

¹⁸ La libertad de elección sólo es viable cuando se opta por tolerar niveles diferentes de control. Ocurre así, sin grave riesgo e incluso con consecuencias positivas, en el sector de la auditoría de cuentas. Sin grave riesgo porque su producto, la opinión del auditor, es un mero insumo informativo para los inversores y demás participantes en la empresa, pero carece de efectos jurídicos sustantivos directos. La libertad es incluso beneficiosa en este contexto porque los operadores económicos, los usuarios de los estados de cuentas, demandan servicios con niveles diferentes de calidad, como pone de manifiesto el que exista una pauta típica de transición entre tipos de firmas auditoras a medida que crece la empresa cliente y, sobre todo, cuando empieza a cotizar en Bolsa. Véase ARRUÑADA (1997a y 1999a).

En los servicios de control, la solución más común consiste, como vemos, en reducir la variabilidad en la remuneración del proveedor, ya sea indirectamente, manteniendo una retribución variable, que anima la celeridad, pero limitando la libertad de elección del usuario; o bien directamente, retribuyéndole de forma fija con el nivel de actividad, lo que puede incentivar la calidad en detrimento de la cantidad. Este privilegio de la calidad sobre la cantidad tiene sentido en aquellos servicios en los que se desea una calidad elevada, como sucede con las sentencias judiciales, debido a la importancia de los precedentes y la jurisprudencia. En otros casos, los efectos externos están asociados a la prestación de servicios concretos de calidad fácilmente controlable y es factible motivar directamente su prestación. Un ejemplo de ello son las primas por acto que perciben los médicos de cabecera del Reino Unido con carácter complementario a su remuneración general: para evitar demanda inducida, esta última es función del número de asegurados al cargo de cada uno de ellos, pero, sin embargo, se les paga adicionalmente por aquellos actos, como la vacunación, que generan efectos externos positivos.

3.3. *Monopolios*

El funcionamiento de los mercados internos depende de la competencia, y ésta difícilmente puede desarrollarse si los proveedores se encuentran en situación de monopolio. Por desgracia, es bastante común que la tecnología utilizada en los centros de gasto genere monopolios naturales, por ser éste precisamente uno de los motivos que lleva a crear este tipo de centro. En tales casos, será inevitable establecer una regulación más intensa, pese al coste que ello conlleva en términos de interferencia en un proceso que convendría que se desarrollara en libertad. Adicionalmente, es necesaria una regulación activa de los monopolios artificiales, cuyo origen es muy diverso.

a) *Monopolio natural*. El monopolio es inevitable cuando los costes son decrecientes con la escala. Se genera entonces una situación en la que el centro de gasto o su sucesor es un proveedor único difícilmente sustituible, al menos internamente (por ejemplo, el Ministerio de Defensa, la policía o los registros públicos)¹⁹. Con todo, suele ser posible —aunque con menos frecuencia deseable— introducir alguna dosis de competencia mediante la adquisición externa de servicios, incluso en los casos más complicados (piénsese, por ejemplo, en la contratación de ejércitos mercenarios, tan frecuente a lo largo de la historia).

¹⁹ Adicionalmente, suele darse el caso de que la existencia de un solo proveedor no se deriva de que existan costes decrecientes, sino que es una manifestación más del problema básico que aqueja a los centros de gasto, la tendencia al crecimiento. Pone de relieve este punto la tendencia, observable en muchos ámbitos del sector público español (por ejemplo, el hospitalario), a fusionar bajo un mismo techo organizativo entidades diferenciadas, sólo para constatar la inexistencia de las prometidas sinergias y la importancia de los costes de fusión, a menudo sin que se hubiese considerado como posibilidad alternativa la de alcanzar economías de escala mediante contratación externa de algunos servicios.

El análisis del monopolio ha de ponerse en relación con el análisis del mercado relevante en cada caso. A menudo, existen dentro de la organización muchos posibles proveedores, pero cada uno de ellos dispone de considerable poder sobre su mercado local. Por ejemplo, muchas escuelas y hospitales disfrutaban de una posición de este tipo. Este poder de mercado no siempre constituye un impedimento absoluto, sin embargo. Por un lado, se reduce e incluso desaparece mucho en las grandes áreas urbanas, más pobladas y dotadas de un mayor número de proveedores, así como al reducirse los costes de transporte y desarrollarse tecnologías de servicio a distancia. Por otro lado, si bien no todos los usuarios pueden esquivar a un proveedor monopolista, el hecho de que lo hagan aquellos que están dispuestos a incurrir en el correspondiente coste adicional proporciona una señal de gran utilidad para quien controla el sistema.

En todo caso, sin embargo, el diseñador del sistema está condenado a introducir un regulador activo, cuya tarea es compleja, como pone de relieve su actuación en sectores desregulados que también conservan elementos de monopolio natural (las redes locales de distribución eléctrica, por ejemplo). Estas limitaciones suelen ser menos restrictivas en el largo que en el corto plazo (piénsese en como las nuevas tecnologías han ido reduciendo el monopolio natural en telecomunicaciones), lo cual aconseja introducir cierta flexibilidad evolutiva en el diseño, flexibilidad que suele casar mal, sin embargo, con la necesidad de proporcionar un conjunto de incentivos creíbles.

b) *Monopolio artificial*. En otros casos, se dispone, en cambio, de un conjunto de proveedores fácilmente sustituibles entre sí (farmacias, notarías urbanas, escuelas, universidades y hospitales públicos en grandes ciudades) así como mediante otros posibles proveedores externos y no deberían, por ello, plantearse dificultades monopolísticas. El regulador ha de estar atento a dos riesgos, no obstante. Por un lado, la posibilidad de colusión entre proveedores, que debe ser tratada con las armas propias de la defensa de la competencia. Tiene mayor interés, por otro lado, la proclividad del propio regulador a crear o sostener monopolios y oligopolios que aseguren la supervivencia de proveedores ineficientes y su dificultad para adaptar estos sistemas al cambio técnico. Un sistema de competencia intraorganizativa se instala, en principio, para detectar ineficiencias y movilizar los recursos productivos. Sin embargo, no es raro que, cuando se detectan ineficiencias, la presión de los distintos grupos de intereses privados lleve al decisor político a limitar la competencia con el fin de esconder tales ineficiencias, en lugar de castigarlas o suprimirlas. Esta posibilidad aconseja extremar la prudencia al adoptar soluciones de competencia interna: Si el sistema político ha sido reacio a tomar medidas de sanción o de compensación diferenciada, es poco probable que las permita en el futuro y tiene, por ello, menos sentido incurrir en los costes notables que ocasionan los sistemas de competencia interna, sistemas que se utilizarían entonces tan sólo para evaluar con mayor precisión rendimientos que luego no se podrían recompensar de forma dife-

renciada. Sirve aquí de ejemplo el funcionamiento de la enseñanza primaria concertada: al desplazamiento de la demanda hacia centros privados concertados se tiende a responder introduciendo limitaciones a su crecimiento, de modo que se asegura así, indirectamente, la demanda de los centros públicos, que son menos eficientes (a juzgar por los actos de los usuarios y quizá con la excepción de algunas zonas urbanas céntricas y de alto nivel adquisitivo). Conviene reiterar, por último, que el regulador ha de tener en cuenta las peculiaridades que presenta la regulación de aquellos proveedores que prestan sus servicios en régimen de monopolio con el fin de limitar la libertad de elección del usuario y asegurar la calidad o evitar efectos externos negativos. El mayor problema en este sentido proviene de las dificultades que padece el regulador para distinguir entre los monopolios necesarios (sobre todo, aquellos que prestan servicios de control, como la inspección tributaria, los juzgados o los registros) y aquellas situaciones en las que el cambio técnico ya permitiría introducir competencia sin riesgo grave para la calidad de los servicios. Puede ser éste el caso de algunos de los servicios suministrados por las farmacias, cuya labor de salvaguardia de la calidad se ha reducido o, al menos, ha cambiado notablemente, al haber pasado a vender en su mayor parte productos cuya calidad está asegurada por el laboratorio que los fabrica, por el regulador que autoriza dicha fabricación y por la prescripción médica que adapta el producto a cada paciente. Ocurre tal vez un fenómeno similar con la preparación (que no con la firma y atestiguamiento) de los documentos notariales estandarizados, redactados crecientemente según modelos ya preparados por las grandes entidades de crédito y las empresas inmobiliarias²⁰.

Segunda parte

LA COMPETENCIA EN EL SECTOR PÚBLICO ESPAÑOL

Para proporcionar un contraste empírico de los argumentos expuestos en las secciones precedentes, se analizan a continuación diversos casos reales situados en tres áreas diferentes del sector público español: la sanidad, la educación y el sistema judicial, entendido este último en sentido amplio, para incluir las instituciones de seguridad jurídica preventiva. Las Tablas 1 y 2 resumen doce casos sobre organizaciones proveedoras de servicios a los ciudadanos. Algunas de ellas están estructuradas como los centros de gasto discrecional descritos en la sección 1, pero en la mayoría se han adoptado con desigual fortuna soluciones correctoras, más o menos evolucionadas. Se centrará la atención y se estructurará el análisis siguiendo cuatro elementos esenciales que se derivan de la teoría, y que, en resumen, vienen a ser los siguientes: 1) los precios cobrados a los usuarios, como parte fundamental de sus incentivos; 2) el grado

²⁰ Véanse, para el caso español, sendos comentarios de este fenómeno en PAZ-ARES (1995, 48-49) y LÓPEZ-BURNIOL (1994, con observaciones especialmente críticas en las pp. 116 y 129-130).

de libertad en la elección de proveedor por parte de los usuarios; 3) los incentivos de los proveedores, y 4) las restricciones a la competencia entre proveedores.

4. SANIDAD

La mayor parte de los servicios sanitarios son financiados por el Estado y producidos por agencias administrativas organizadas como estructuras jerárquicas de centros de gasto (con excepción del régimen de franquicia empleado en las farmacias y de la compra externa de medicamentos que son suministrados de forma gratuita o a cambio de un copago a los usuarios). Existen también diversas variantes y numerosas iniciativas experimentales y propuestas de cambio, las cuales son muy reveladoras de los problemas que padece la situación de partida y de las posibilidades y dificultades de toda reforma que pretenda mejorar los incentivos de los participantes e introducir fórmulas de control horizontal.

4.1. *Precios cobrados a los usuarios*

La pauta general en la sanidad pública española consiste en no cobrar precios explícitos por los servicios, lo que genera precios implícitos que toman formas diversas: sobre todo, tiempos de espera, en asistencia primaria, lentitud en el registro de nuevas medicinas para, de ese modo, contener el gasto farmacéutico, y listas de espera y pautas regladas que racionan la asistencia hospitalaria. Esta estructura de precios da lugar a un considerable consumo trivial, con expulsión de consumos no triviales hacia la sanidad privada y a estancias excesivamente largas y cierta dosis de favoritismo en los servicios especializados.

El funcionamiento del único precio explícito relevante, el copago de las medicinas, se encuentra viciado por la exención que disfrutaban los pensionistas y el consiguiente traslado ficticio de buena parte de la demanda desde el resto de asegurados hacia los pensionistas. La generalización del copago a todos los asegurados, vigente hasta los años ochenta, ha sido estudiada a menudo pero rechazada por impopular y por temor a sus posibles efectos negativos, al desanimar consumos necesarios y aumentar la demanda de servicios ulteriores que seguirían siendo gratuitos para el usuario. Han corrido igual suerte las propuestas acerca de la conveniencia de introducir fórmulas de copago en los servicios complementarios no sanitarios así como «*tickets moderadores*» del consumo sanitario trivial, formuladas ya en el Informe Abril²¹. Se han ensayado también las «*facturas-sombra*», en las que se presenta al usuario una estimación del coste de la asistencia recibida. Sus consecuencias de cara a la información de que disponen los usuarios y, por tanto, a la capacidad de éstos para controlar a los proveedores, son ambiguas: tales facturas les informan del coste pero no del precio que (vía impuestos) han pagado por los servicios.

²¹ Comisión de Análisis y Evaluación del Sistema Nacional de Salud (1991).

TABLA I
PRECIOS, LIBERTAD DE ELECCIÓN E INCENTIVOS EN DIVERSAS ÁREAS DEL SECTOR PÚBLICO ESPAÑOL

<i>Servicios</i>	<i>Unidades proveedoras</i>	<i>Usuarios y clientes, tanto actuales como potenciales</i>
1. Asistencia sanitaria primaria.	Médicos y centros de salud.	Usuarios de la asistencia sanitaria pública.
2. Asistencia sanitaria hospitalaria.	Hospitales, departamentos y servicios hospitalarios.	Usuarios de la asistencia sanitaria pública; potencialmente, médicos de asistencia primaria.
3. Producción farmacéutica.	Empresas farmacéuticas.	Médicos, hospitales y usuarios de la asistencia sanitaria pública.
4. Distribución farmacéutica.	Farmacias.	Médicos, hospitales y usuarios de la asistencia sanitaria pública.
5. Asistencia sanitaria tipo MUFACE.	Sanidad pública. Entidades proveedoras de asistencia sanitaria.	En la actualidad, funcionarios de la Administración Civil del Estado y afines; potencialmente, todos los ciudadanos.
6. Educación primaria.	Colegios públicos. Colegios privados concertados.	Familias.
7. Educación universitaria.	Universidades públicas; potencialmente, también las privadas.	Estudiantes universitarios.
8. Notarías.	Notarías. Aseguradoras privadas de títulos.	Contratantes.
9. Inspección fiscal.	Servicios de Inspección.	Contribuyentes.
10. Registros de la Propiedad y Mercantiles.	Registros de la Propiedad y Mercantiles. Aseguradoras privadas de títulos.	Titulares presentes y futuros de derechos registrales.
11. Juzgados (antes de 1947 y 1986).	Secretarías de los juzgados.	Litigantes, reales y potenciales; implícitamente, contratantes como usuarios de jurisprudencia.
12. Juzgados en la actualidad.	Juzgados.	Litigantes, reales y potenciales; implícitamente, contratantes como usuarios de jurisprudencia.

TABLA 2
LA REFORMA COMPETITIVA DEL SECTOR PÚBLICO: PRECIOS, LIBERTAD DE ELECCIÓN E INCENTIVOS

	Cobro a clientes o usuarios			Libertad para elegir proveedor			Incentivos del proveedor	Moralidad
	Situación	Consecuencias	Propuestas manipuladas	Situación	Consecuencias	Propuestas manipuladas		
1. Sanidad primaria	Precio explícito nulo. Precio implícito en forma de tiempo de espera.	Consumo trivial, con expulsión de consumos no triviales.	Copago o <i>ticket</i> moderador.	Libertad formal para elegir médico.	Cambios de médicos infrecuentes y distorsionados (para obtener bajas laborales o prescripciones).	Facilitar libertad de elección. Ligar remuneración a libre elección. Equipos autónomos en Cataluña.	Posibilidad de primas por rendimiento (por acto o paciente, por ahorro en prescripciones, etc.).	La libre elección requiere que los proveedores se beneficien de las decisiones favorables.
2. Sanidad hospitalaria.	Precio explícito nulo. Precio implícito: listas de espera. Racionamiento.	Estancias excesivas. Favoritismos y racionamiento en listas de espera.	Pago de servicios no sanitarios. Copago de servicios sanitarios. Facturas-sombra.	No libertad para elegir.		Posibilidad de acudir a sanidad privada tras una cierta duración de la espera.	Desaparecen antigüedad y ascensos. Fracaso de primas subjetivas y ensayo de las obtelivas. Fundaciones y concesiones.	Necesario desarrollar a la vez evaluación y compensación del rendimiento.
3. Producción farmacéutica.	Copago con exención de pensionistas.	Prescripción y consumo excesivos. Traslado de demanda a pensionistas.	Generalización del copago a todos los asegurados.	Prescripción médica. Autorización previa de medicinas. Listas de medicamentos excluidos.	Competencia entre laboratorios para condicionar la prescripción médica (distribución de cuasirentas).	Retrasos en autorizar novedades, exclusiones, presentaciones colectiva, acuerdos de precios, genéricos.	Beneficios de los laboratorios.	Riesgos inherentes a las fórmulas híbridas, con incentivos fuertes y débiles en fases sucesivas.
4. Distribución farmacéutica.	Copago con exención de pensionistas.	Prescripción y consumo excesivos. Traslado de demanda a pensionistas.	Generalización del copago a todos los asegurados.	Libre elección de farmacia. Barreras a la entrada en la provisión de servicios.	Competencia en calidad (horarios) y por cuasirentas (traspasos).	Libertad de entrada.	Beneficios de las oficinas de farmacia, dependientes de márgenes uniformes negociados.	Escasa adaptación al cambio técnico en la salvaguarda de la calidad.

TABLA 2 (continuación)

	Cobro a clientes o usuarios			Libertad para elegir proveedor			Incentivos del proveedor	Monedas
	Situación	Consecuencias	Propuestas manuscritas	Situación	Consecuencias	Propuestas manuscritas		
5. Sanidad tipo MUFACE.	Precio explícito nulo.	Consumo trivial sin colas, listas de espera o expulsión de consumos no triviales.	Copago de servicios no sanitarios. Facturas-sombra.	Libre elección de proveedor cada año. Libre elección de médico en listas cerradas.	Posibilidad de selección adversa.	Suprimir libre elección por funcionarios o extenderla a todos los asegurados.	Beneficio de las mutuas y demás proveedores.	La libre elección puede generar efectos perversos que exigen introducir restricciones.
6. Educación no universitaria.	Precio explícito nulo.	Racionamiento local en función de residencia familiar, asistencia de hermanos a la escuela, etc.		Limitada, tanto entre centros públicos como concertados.	Tras migración de demanda hacia centros concertados, se restringen su funcionamiento y crecimiento.		Beneficio de los centros concertados.	Libre elección sin reconversión puede dañar a los más eficientes, con contagio de pautas del sector público.
7. Educación universitaria.	Precio explícito bajo. Precio implícito en forma de excedentes calificativos selectividad y sacrificio vocacional.	Consumo excesivo (masificación). Racionamiento vía selectividad. Estudiantes sin vocación en carreras de alta selectividad.	Elevación de tasas académicas. Eliminación de criterios de mérito en la concesión de becas.	Libre elección de centro en todas las regiones y de la universidad en las grandes áreas urbanas.	Establecimiento de <i>numerus clausus</i> . Uso de la nota de corte de selección como indicador de la calidad de centros y carreras.	Distrito único para reducir los costes de la movilidad, mejorando así las posibilidades reales de elección.	Nulos o perversos cuando se asignan los recursos por el número de alumnos, al no ponderarse la calidad de los servicios.	La libertad de elección requiere proveedores alternativos y cuya calidad sea conocida por los decisores.
8. Notarías.	Precio explícito pagado por una de las partes, según arancel fijado por el regulador.	Revisión infructuosa y azarosa de los aranceles de precios, lo que genera distorsiones.	Liberalización de precios, manteniendo aranceles «de máximos».	Libre elección de notario con entrada restringida en la provisión de servicios.	Competencia en calidad, con diferencias notables de productividad e ingresos.	Reforma arancelaria intensificaría competencia en precios.	Remuneración residual y sus empleados.	Importancia de regular bien los precios, en consonancia con el cambio técnico.

TABLA 2 (final)

	Cobro a clientes o usuarios			Libertad para elegir proveedor			Incentivos del proveedor	Monilejos
	Situación	Consecuencias	Propuestas manejadas	Situación	Consecuencias	Propuestas manejadas		
9. Inspección fiscal.	Precio explícito nulo.	Consumo no excesivo por tener el servicio utilidad individual negativa.		Ausencia de libertad de elección por ambas partes.	Libertad de elección inviable por motivar corrupción.		Primas por rendimiento a corto (actas) sin controlar efectos a largo plazo (recaudación).	La libre elección perjudica la calidad en los servicios que controlan a sus usuarios.
10. Registros de la Propiedad y Mercantiles.	Precio explícito pagado por una de las partes pre-arancel según arancel fijado por el regulador.	Revisión infructuosa y azarosa de los aranceles de precios, lo que genera distorsiones.	Liberalización de precios.	Provisión restringida de servicios registrales, pero libre de seguros de títulos.	Protección de terceros y control de legalidad.	Libre elección de registrador para calificar escrituras imponer identidad de afectados.	Remuneración residual del registrador y sus empleados. Responsabilidad personal.	La residualidad incentiva la productividad laboral, con mínimo de explotación y sueldos más altos.
11. Juzgados (antes de 1947).	Precio explícito parcial (tasas) fijado por el regulador con la distribución del Secretario Judicial por arancel hasta 1947.	Productividad más elevada, observada durante el período transitorio en el que convive con el nuevo sistema (11).	Retribución por arancel suprimida en 1947. Tasas suprimidas en 1986.				Remuneración variable complementaria del secretario (hasta 1947, y residualmente con posterioridad).	Posibilidad de control mutuo entre unidades administrativas con incentivos opuestos.
12. Juzgados en la actualidad.	Precio explícito nulo. Precio implícito en forma de tiempo de espera y abstención de litigar.	Litigación fríola. Racionamiento por asuntos (se retrasan los civiles). Desarrollo de justicia privada (arbitraje unilateral).	Aumentos recurrentes de las dotaciones de recursos materiales y humanos.	Libertad de elección favorecería corrupción sólo alcanzable conociendo turnos de asignación de casos entre jueces.	Perversas: corrupción. Benigna: los jueces más productivos reciben más trabajo.	Fomento del arbitraje privado.	Propuestas para introducir primas por el rendimiento cuantitativo de los jueces, de viabilidad discutible.	Exceso de demanda justifica crecimiento. Función de control se comparte mal con libertad de elección.

Notas: Como proveedores «internos» se hace referencia a los que son parte del sector público, incluyendo los franquiciados, como farmacias o notarias. Se hace constar como libres aquellas decisiones en que existe alguna posibilidad legal de elección, aunque ésta se encuentre restringida. a) Se consideran sólo las decisiones de proveedores externos en condiciones de competencia con los internos. b) Libertad para contratar fuera del marco de la fe pública registral mediante, por ejemplo, seguro privado de títulos.

4.2. *Libre elección de proveedor*

Los usuarios disponen de escasa libertad para elegir proveedor; además la escasa libertad disponible genera considerables distorsiones, por faltar un desarrollo correspondiente de los mecanismos de responsabilidad. En asistencia primaria, existe libertad formal para elegir médico, pero los cambios de médico son infrecuentes y la conexión entre los cambios de médico y la retribución de éstos es muy pequeña. En asistencia hospitalaria, el usuario no tiene libertad para elegir, con la excepción del sistema sanitario del País Vasco. También se ha planteado, aunque sin acabar de hacerla operativa, de momento, la posibilidad de elegir hospitalización privada tras una cierta duración de la espera. En asistencia farmacéutica existe mayor libertad. Por un lado, los médicos pueden prescribir con considerable laxitud, eligiendo productos y marcas, lo que anima a los laboratorios fabricantes a derrochar gran cantidad de recursos para influir en dichas prescripciones. La respuesta de los reguladores se ha orientado a restringir la libertad de los médicos, para lo cual retrasan la autorización de nuevas medicinas, excluyen de cobertura aquellas consideradas inútiles o intentan limitar el gasto total de cada médico. En algunos centros también se obstaculizan las actividades promocionales de los laboratorios. Por otro lado, los usuarios pueden elegir farmacia libremente, si bien la apertura de nuevas farmacias y la competencia en precio se encuentran muy restringidas. Por último, se produce la circunstancia curiosa de que la mayoría de los funcionarios del Estado (los asegurados por la Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado, MUFACE) pueden optar una vez al año por recibir la prestación asistencial o bien de la red pública o de una de las diversas entidades privadas concertadas a tal efecto. Además, si optan por una entidad privada, pueden también elegir médicos y hospitales dentro de las listas cerradas de cada una de ellas.

4.3. *Incentivos de los proveedores*

En las últimas dos décadas se ha desarrollado toda una superestructura gerencial en la sanidad pública que ha reforzado el control vertical de la actividad pero con escaso uso de fórmulas de control horizontal por parte de los usuarios. Se han ensayado así numerosos esquemas para ligar más estrechamente la compensación y el rendimiento, tanto individual (pago por paciente, por acto, por ahorro en prescripciones, etc.) como de grupo (mediante, por ejemplo, el «acuerdo cooperativo» que pretendía organizar la prestación de servicios mediante un híbrido entre la cooperativa de profesionales y la franquicia²²). Casi de forma simultánea, sin embargo, se eliminaban las pocas fórmulas preexistentes de pago por rendimiento, como era la retribución de los médicos de primaria

²² Véase Ministerio de Sanidad y Consumo (1992).

en función del número de cartillas de asegurados que atendían. No procede analizar aquí estos procesos con detalle. Basta con recoger el diagnóstico de que estas inversiones en control vertical padecen un sesgo crónico: Se han desarrollado instrumentos que evalúan el rendimiento (hoy por hoy, ésta sigue siendo la función primordial de la superestructura gerencial), pero apenas se utiliza la información así obtenida para tomar decisiones de compensación o reasignación de los recursos²³.

A la vez que estas políticas se centraban en medidas dirigidas a reforzar el control vertical de la actividad, gran parte de los esfuerzos de las unidades de planificación y estrategia, así como la discusión pública sobre la sanidad pública giró durante los años noventa sobre la conveniencia de desarrollar diversas fórmulas que se sitúan en la órbita de la competencia intraorganizativa. La reflexión se inicia tras el ejemplo que proporciona la creación en 1991 del mercado interno en el seno del National Health Service británico, basado éste en separar unidades administrativas compradoras y proveedoras²⁴. Quizá como consecuencia de que el NHS no contrata servicios sanitarios con centros privados, el análisis del asunto en España ha marginado la práctica, tradicional en nuestra sanidad pública, de adquirir un volumen notable de servicios a hospitales concertados, tanto privados como públicos y organizados mediante fórmulas contractuales de todo tipo. Las políticas adoptadas con un horizonte de competencia a largo plazo no han ido dirigidas, por ello, a intensificar la competencia en aquellas áreas en que ya existe, como consecuencia de los conciertos y de la separación entre compradores y proveedores, sino a la configuración de nuevos tipos de proveedores.

En teoría, los ensayos de mayor enjundia y actualidad son, por un lado, el desarrollo de las «nuevas formas de gestión», en especial las «fundaciones públicas sanitarias», ya empleadas para organizar algunos centros y unidades productivas, sobre todo de nueva creación, así como la contratación de algún hospital en régimen de concesión. Es pronto para valorar estas experiencias, ya que los datos disponibles son fragmentarios y contradictorios, y apenas se acaba de clarificar su estatuto jurídico²⁵. Además, en los centros creados *ex novo* con esta estructura es difícil aislar el «efecto inauguración», por lo que su experiencia informa poco acerca de las posibilidades que brindan estas fórmulas en el largo plazo, sobre todo cuando se apliquen a centros antiguos. Cabe, con todo, apuntar algunas observaciones, si bien de carácter muy preliminar.

Por un lado, para estimar la importancia de estas estructuras en el contexto de todo el sistema sanitario, ha de tenerse en cuenta que, como mucho, vendrían a extender un régimen similar al ya mencionado de los «conciertos», aplicados por el Insalud y sus equivalentes autonómicos durante décadas para contratar la provisión de servicios asistenciales con

²³ El lector interesado en explorar esta cuestión puede consultar ARRUÑADA (1997b y 1999b).

²⁴ Sobre las posibilidades de los mercados internos, véase ARRUÑADA (1991a y 1995).

²⁵ Véase el Real Decreto 29/2000, de 14 de enero, sobre nuevas formas de gestión del Instituto Nacional de la Salud, *Boletín Oficial del Estado*, núm. 21, 25 de enero, 2000.

centros privados y públicos. La diferencia es que, bajo las nuevas modalidades y con excepción de la concesión, la entidad asistencial con la que el Insalud «contrata» es promovida y gestionada de forma total (los dos tipos de fundaciones y las sociedades estatales) o parcial (los consorcios) por el propio Insalud, en lugar de por una entidad independiente. Por este motivo, cabe incluso pensar que, hoy por hoy, estas nuevas formas de gestión conllevan una *menor* separación entre comprador y proveedor que la propia de los conciertos, con lo que su capacidad para generar competencia es aun menor y, por ello, sus efectos habrán de ser reducidos. Esta falta de separación dificulta incluso la evaluación de estas nuevas experiencias: Si quien evalúa es el promotor, tenderá a ser benévolo, para así presentar la experiencia como un éxito. Apunta también a una relevancia más bien limitada el hecho de que se introduzcan estas nuevas formas de manera parcial, con el fin de organizar centros de nueva creación y aquellos que voluntariamente y por consenso opten por cambiar su forma organizativa.

En la misma línea, conviene señalar que, contrariamente a su apariencia, estas normas pueden tener como efecto centralizar las decisiones, tanto dentro de los centros como a escala del Insalud. Por una parte, la nueva norma fortalece la autoridad de la dirección de los centros respecto a la jerarquía profesional y los departamentos clínicos o productivos que dependen de ella. No sólo las competencias de los órganos colegiados de representación profesional siguen siendo meramente consultivas y su composición parece pensada para garantizar su fidelidad a la dirección. Más importante aun es que la dirección de los centros cuente ahora con cobertura legal para superponer una nueva estructura de mandos intermedios removibles (directores de áreas clínicas) con presencia nata en los órganos de representación ²⁶.

En cuanto a la relación entre los centros y la dirección del Insalud, conviene no exagerar la importancia de cambios jurídicos, como el que se dote de personalidad jurídica diferenciada del Insalud a los centros organizados bajo estas nuevas formas de gestión. En cuanto a las posibilidades de descentralización, se trata de una característica más formal que real. Las divisiones de muchas grandes empresas disfrutaban de una autonomía sustancial sin tener personalidad jurídica. Por el contrario, de la lectura de la propia norma se desprende que las decisiones de los órganos de gobierno y dirección de las nuevas formas de gestión han de sujetarse a un cúmulo tal de planes y directrices centrales que no resulta fácil comprender para qué puedan necesitar los centros personalidad jurídica diferenciada. Esta reflexión lleva a pensar que la personalización de los centros periféricos ha de entenderse quizá en función de las necesidades de la propia dirección central del Insalud. La consecuencia real podría ser así, más bien, la de aumentar la discrecionalidad, no tanto del decisor periférico como del decisor central: aunque parece

²⁶ Véanse, sobre competencias y representación, los artículos 28 y 29, y sobre áreas clínicas la primera disposición adicional del Real Decreto 29/2000.

dar autonomía a los centros, la norma vendría de hecho a aumentar la discrecionalidad de los decisores centrales del Insalud, que dispondrían ahora de instrumentos menos reglamentados para ejecutar sus políticas. En los términos de este trabajo, se trataría por ello de un aumento del control vertical y no del control horizontal que podrían ejercer los usuarios o los «compradores» internos. Esto en el mejor de los casos, pues cabría temer que aumentase el control vertical en uno de los eslabones (el situado entre el Insalud y sus «sucursales» operativas), en detrimento de otros eslabones de esa cadena de control (en especial, el que se sitúa entre Hacienda, como agente que es de los contribuyentes, y el Insalud, si bien el casi simultáneo refuerzo del control presupuestario en la Ley de acompañamiento de los presupuestos para el año 2000 parece descartar esta posibilidad, al menos en el futuro próximo).

Conviene mencionar por último, aunque sea brevemente, otros dos sistemas de control horizontal ya en uso en nuestra sanidad pública, que, si bien representan papeles relativamente marginales, ilustran sobre los riesgos y posibilidades que presenta este tipo de solución. Es el caso de la competencia entre farmacias y entre proveedores de servicios no sanitarios.

La asistencia farmacéutica está organizada con una fórmula próxima a la franquicia. Como tal, proporciona incentivos muy fuertes, basados en los beneficios de cada oficina de farmacia, lo que las motiva a reducir costes y atender bien a sus clientes. No obstante, esta dependencia de los clientes se ve atenuada por una regulación que limita la entrada y ha impedido, al menos hasta ahora, competir en precio, pues se negocian y aplican márgenes uniformes a escala nacional en todo el sector. Las restricciones a la entrada son de dos tipos: se exige una determinada cualificación y se permite sólo la apertura de un cierto número de farmacias. La competencia queda así restringida a los horarios de apertura y, sobre todo, a las actividades dirigidas a conseguir licencias de apertura²⁷. Por un lado, la apertura de nuevas farmacias da origen a batallas regulatorias y judiciales muy costosas, en las que probablemente se derrocha una gran cantidad de recursos. Por otro lado, las licencias de las farmacias ya abiertas se negocian libremente en el mercado, pagándose un precio que, en promedio, casi duplica las ventas anuales de los establecimientos.

Esta regulación ha sido muy discutida en los últimos años, pero quizá sin atender suficientemente a los cambios que se han producido en la naturaleza de los servicios que prestan las farmacias y a los costes que entrañaría una liberalización de la entrada sin garantizar que compitan en precio. Se ha argumentado así que se debe mantener la exigencia de titulación y permitir la libertad de apertura (por ejemplo, TDC, 1995). Ambas recomendaciones suscitan dudas notables, sin embargo.

²⁷ Véase una descripción de ambos fenómenos en TDC (1995, Capítulo V).

Por un lado, exigir licenciatura en farmacia para dispensar medicinas es menos necesario cuando la calidad de las medicinas está ya asegurada mediante la reputación de los laboratorios, el control regulatorio de las nuevas medicinas y la prescripción médica²⁸. Adicionalmente, no acaban de plasmarse las bases de una nueva asistencia farmacéutica, que incluiría aspectos como el seguimiento de los pacientes y el control del uso individualizado del medicamento. Surgen, además, dudas respecto a la posible duplicación de funciones con la medicina. Lo que se sigue necesitando es garantizar la dispensación, pero no tanto en su vertiente sanitaria como en su vertiente de control o *gatekeeping* (tanto sanitario como económico)²⁹. Sin embargo, esta dimensión de la calidad tal vez la asegura menos el disponer de una titulación universitaria ya poco selectiva que el ser titular de una valiosa licencia de apertura con su correspondiente derecho de traspaso. Sobre todo, si existe el riesgo de perder dicha licencia en caso de mala práctica (nótese que el rango de conductas sujetas a este riesgo es una variable de gestión en manos de las autoridades sanitarias).

Por otro lado, liberalizar la apertura de nuevas farmacias sin liberalizar efectivamente los precios (lo cual parece hoy por hoy difícil de realizar y, más aun, de mantener en un contexto competitivo) podría acarrear graves consecuencias negativas: con la actual estructura de precios, la proliferación de nuevas farmacias provocaría aumentos de costes reales (como reconoce el propio TDC [1995, p. 265]), con la consiguiente presión a las autoridades para elevar sus márgenes. En un caso límite, la entrada de nuevas farmacias podría provocar tan sólo la disipación inútil de la renta de monopolio, renta que ahora constituye en gran parte (la asociada a los traspasos, que no la gastada en abrir nuevas oficinas) una mera transferencia de riqueza. No procede entrar aquí a discutir la racionalidad de esa renta de monopolio, ya sea como justificación para generar unos ciertos incentivos o para asegurar una rentabilidad mínima a todas las farmacias. Sea cual sea su origen y cuantía, basta por ahora con señalar el riesgo bastante probable de que una medida simplista, consistente en liberalizar la apertura sin alterar el sistema de precios, incrementara la cuantía de dicha renta y, sobre todo, los costes reales que genera³⁰.

Otro sistema de control horizontal que, en este caso, se ha extendido en los últimos años —tanto en sanidad como en el resto del sector públi-

²⁸ Una vez más se observa que las restricciones profesionales han perdido sentido desde el punto de vista de la asimetría informativa, pero tal vez no desde el de la prestación de servicios públicos o producción de efectos externos. Se trata este asunto con carácter más general en ARRUÑADA (2000).

²⁹ Sobre la figura del *gatekeeper*, véase KRAAKMAN (1986).

³⁰ Cuando esto se escribe se acaban de dar los primeros pasos para un cambio estructural en la política de márgenes comerciales fijos mantenida en las últimas décadas. Por el Real Decreto-Ley 5/2000 se introduce un tope superior al margen de los medicamentos de mayor precio, se permiten descuentos de hasta el 10 por ciento en el precio de venta de los medicamentos publicitarios y se establecen deducciones progresivas de entre el 7 y el 13 por ciento de la facturación a la Seguridad Social que exceda de 4,6 millones de pesetas por farmacia y mes.

co—, es la práctica de la concesión o *outsourcing*, consistente en contratar en el mercado la producción de servicios (generalmente complementarios de la actividad asistencial, con la excepción del hospital de Alcira, que ha sido construido y operado en régimen de concesión). Esta práctica modifica de raíz los incentivos respecto a los de un proveedor integrado verticalmente y organizado como centro de gasto, pues el proveedor externo es retribuido con el beneficio. Sin embargo, la contratación externa no cambia por sí misma los incentivos de los usuarios internos si no se les imputa el coste de tales servicios, por lo que, sobre todo si el proveedor externo es más eficiente y reduce los precios implícitos (por ejemplo, los tiempos de espera), puede incluso aumentar el consumo de baja utilidad. Adicionalmente, la contratación externa padece, a su vez, sus propios problemas; entre ellos, el riesgo de captura de los decisores por parte de los proveedores, las restricciones derivadas de la regulación laboral de las transferencias de empresas y el monopolio bilateral que surge al finalizar el contrato cuando existen activos importantes³¹.

4.4. Restricciones a la competencia

Pese a ser escasa, la libre elección en el ámbito sanitario no está exenta de dificultades. Por un lado, algunos de los cambios de médico que se producen en asistencia primaria ya están, al parecer, motivados por razones espurias, como son el obtener bajas laborales o prescripciones farmacéuticas con más facilidad. De modo similar, una mayor competencia entre farmacias podría alterar sus incentivos, de modo que relajaran su control del acceso a productos que plantean graves asimetrías informativas y problemas de autocontrol, como narcóticos y estimulantes. Ilustra esta consecuencia la dificultad de conjugar libre elección y servicios de control. Por otro lado, la libertad de elección que disfrutaban los funcionarios asegurados por MUFACE proporciona un ejemplo interesante de posible selección adversa y eventual aumento de gasto, aunque los estudios empíricos han sido incapaces de detectar estos efectos (PELLISÉ, 1997). Esta posibilidad ha llevado a algunos a proponer que se suprima la libre elección de la que gozan los funcionarios asegurados de este modo. Desde otras posiciones se considera esta fórmula, en cambio, como precursora de lo que podría ser un sistema generalizado de libre elección, extensible a todos los asegurados, beneficiándose de que las redes proveedoras están remuneradas con un residuo, por lo que es de esperar que estén interesadas en reducir los costes. Sin entrar a valorar el caso particular, interesa subrayar, desde nuestro punto de vista, que la libre elección *puede* generar efectos perversos por lo incompleto del mercado, lo cual no le descalifica pero exige introducir restricciones. Por último, es aleccionador observar cómo el régimen de libertad en la prescripción

³¹ Es, relevante en este terreno la literatura sobre «*franchise bidding*» que arranca con la vieja discusión entre DEMSETZ (1968) y POSNER (1972), y WILLIAMSON (1976), y que ha adquirido un gran desarrollo en épocas más recientes (LAFFONT y TIROLE, 1993).

de medicinas entra en conflicto con la ausencia de responsabilidad: gracias a la casi gratuidad de las medicinas, no existe un control horizontal por parte de los usuarios y los reguladores se ven en la necesidad de reforzar los controles verticales con el fin de contener el gasto. El éxito de este intento de control vertical es incierto y quizá su efecto final consista en aumentar el gasto promocional de los laboratorios, con consecuencias perniciosas no sólo para el gasto sino, incluso, para la deontología médica.

5. EDUCACIÓN

Las diversas soluciones organizativas empleadas en España para organizar los niveles de enseñanza básica y universitaria encierran lecciones valiosas sobre los efectos, posibilidades y restricciones de la competencia intraorganizativa en el entorno institucional y político de nuestro sector público³².

5.1. *Precios cobrados a los usuarios*

Los precios explícitos de la educación pública son cero excepto el copago (tasas académicas) empleado en las enseñanzas universitarias, lo que da pie a diversas fórmulas de racionamiento. En la educación no universitaria, el racionamiento se efectúa a escala local en función de la proximidad de la residencia familiar, el tener matriculados hermanos mayores en el mismo centro y otros criterios similares. Se genera por ello cierto coste implícito, en términos de congestión urbana e inflación inmobiliaria, motivadas por el deseo de residir en las áreas donde se ubican los mejores colegios.

En la educación universitaria, en la que el precio explícito es bajo, pues las tasas cubren sólo parte del coste y una elevada proporción de los usuarios disfruta exenciones y rebajas, el racionamiento se efectúa mediante los demás costes de oportunidad, menores para los estudiantes urbanos, y las calificaciones de las pruebas de selectividad. Una consecuencia de esta última forma de restricción a la entrada es que los estudiantes incurren en un coste implícito añadido, en forma de excesivas calificaciones de selectividad y sacrificio vocacional. Se produce así cierta concentración de estudiantes sin vocación en carreras de selectividad alta, como han sido durante muchos años las de medicina y enfermería. Las distorsiones distributivas de esta política de precios se han agravado adicionalmente por el cambio que se ha registrado en las últimas décadas en los criterios para la concesión de becas, consistente en dar menos importancia al mérito, en beneficio de indicadores notoriamente imperfectos de necesidad económica.

³² Se han analizado más a fondo los problemas de la educación básica y universitaria españolas en ARRUDA (1994 y 1991b, respectivamente).

Además del racionamiento, los precios nulos o bajos originan un consumo quizá excesivamente generalizado que se manifiesta en la masificación de los centros universitarios, aunque cabe la posibilidad de que existan efectos externos compensadores de signo positivo. Una ineficiencia que parece menos dudosa es la propia dimensión del sistema universitario, seguramente excesiva tras haberse creado en las últimas décadas del siglo xx numerosas carreras, centros y universidades con escala y demanda insuficientes. Esta creación hunde sus raíces en el carácter de centro de gasto discrecional, con precios casi nulos, de todo el sistema y sus diversos componentes. Dado lo reducido del precio explícito, es lógico que los usuarios tiendan a reclamar extensiones del sistema universitario con el fin de reducir sus precios implícitos, sobre todo los asociados a la residencia, y que los proveedores se aprovechen de esa circunstancia para asegurarse mayores presupuestos y ascensos más rápidos, sesgo que padecen incluso aquellas propuestas reformadoras endógenas, como el informe BRICALL (2000), que enfatizan la necesidad de un mayor gasto público sin asegurar primero la eficacia de los cambios institucionales que proponen.

5.2. Libre elección de proveedor

En el terreno educativo existe, relativamente, un grado notable de libertad de elección. En educación básica, se puede elegir incluso entre centros públicos y centros privados concertados. Esta libertad proporciona una situación de sumo interés para evaluar las consecuencias previsibles de soluciones similares, como las que se proponen a menudo para la sanidad. En principio, la fórmula concertada debería mejorar la eficiencia, gracias a la mayor motivación de los centros concertados y a que una eventual pérdida de demanda que experimentasen los centros públicos debería suscitar su reconversión. Por desgracia, algunos indicios apuntan a que, en lugar de emulación, tal vez se esté produciendo más bien un contagio, por el cual los vicios característicos de muchos centros públicos se extienden por diversas vías a los centros privados. Un dato revelador en este sentido es que, tras producirse una migración de la demanda de los centros públicos a los concertados, se ha restringido el crecimiento de los concertados. El caso apunta al riesgo de que la mera libertad de elección, sin cerrar o, al menos, reestructurar a los proveedores ineficientes, pueda dañar a todos los demás, produciéndose el contagio de un sector —en este caso, el privado, a juzgar por las decisiones de los usuarios— con las pautas ineficientes que caracterizaban el funcionamiento del otro sector —en este caso, el público—.

Por su parte, la situación universitaria se caracteriza por la libre elección de centro (en todas las regiones) y la libre elección de universidad en las grandes áreas urbanas en las que existen diversas universidades. El establecimiento de *numerus clausus* ha generado un racionamiento especial, implícito, que usa como criterio la calidad de los estudiantes.

Como consecuencia y ante la falta de mejores señales informativas, se ha dado en emplear de hecho la «nota de corte» de las pruebas de selectividad como criterio informativo de la calidad de centros y carreras³³. (De forma simultánea, la existencia de un *numerus clausus* bajo ha constituido por sí misma una dimensión de calidad, por asegurar una probabilidad relativamente elevada de encontrar empleo). En la actualidad, se intenta facilitar el funcionamiento de un distrito único y reducir los costes de la movilidad, mejorando así las posibilidades reales de elección.

5.3. *Incentivos de los proveedores*

Los incentivos de los proveedores privados se han visto notablemente afectados como consecuencia de la concertación. Es probable que la introducción de restricciones al crecimiento y a la organización de los centros concertados esté impidiendo alcanzar los eventuales beneficios de la competencia. Por un lado, la limitación del crecimiento dificulta que aquellos centros que son más eficientes a juicio de los usuarios sean compensados por su buen hacer. Al mismo tiempo, impide que los centros menos eficientes se vean penalizados e, incluso, que su ineficiencia se haga visible. La limitación del crecimiento estimula, además, un mayor racionamiento en la entrada a los centros concertados de mayor demanda, aumentando sus incentivos para rechazar a los estudiantes más problemáticos y marginales, lo cual está exigiendo regulaciones adicionales. (Ciertamente, si, como parece probable, algunos colegios están más interesados en la calidad de la educación que en su tamaño, mantendrían fórmulas de racionamiento aunque no se restringiera su crecimiento, para así asegurar una alta calidad de sus alumnos y graduados. Ello no es óbice, sin embargo, para que, en ausencia de restricciones a la apertura y concertación, hubiera incentivos para crear nuevos colegios de calidad inferior hasta el punto en que los concertados acapararan todo el mercado o dejaran de tener ventaja comparativa). Por otro lado, en cuanto a la organización, las consecuencias pueden ser también negativas, si se tiene en cuenta que no existe certeza sobre cuáles son las pautas organizativas óptimas del proceso educativo y, mucho menos, sobre si conviene o no que la elección de tales pautas se realice de forma centralizada, por diversas instancias políticas —como viene a suceder en nuestro país—, o de forma descentralizada, por clientes y proveedores, familias y colegios. El régimen de concertación podría facilitar que se emplease la libertad como herramien-

³³ En los últimos años se han iniciado procesos de evaluación de la calidad en el ámbito universitario, quizá de una forma un tanto endogámica y más atenta a los procesos que a los resultados. Asimismo, en fechas recientes, y en este caso como parte de proyectos de investigación y no de iniciativas reguladoras, se han empezado a elaborar clasificaciones de las universidades según su producción científica (véanse, por ejemplo, en el ámbito de la economía, las notas publicadas en el número 20 de la *Revista de Economía Aplicada*. Estas clasificaciones son lo suficientemente polémicas para que la citada revista tomase la iniciativa de efectuar una encuesta sobre el particular así como de aclarar explícitamente que no es responsable de las conclusiones de los citados estudios (p. 111).

ta para resolver este dilema cognoscitivo, ensayando diversas fórmulas de organización. Sin embargo, se ha optado por utilizar la concertación como instrumento para extender el ámbito de aplicación de unas pautas determinadas centralmente y de cuya optimidad no existe garantía alguna.

El funcionamiento de las universidades desde la Ley de Reforma Universitaria de 1983 también ilustra uno de los riesgos más graves de la competencia intraorganizativa: el de la libertad sin responsabilidad. Al ser más fácil o políticamente más rentable descentralizar y delegar derechos de decisión que poner en pie los correspondientes sistemas de control, estas iniciativas pueden caer en un diseño desequilibrado, en el que los centros proveedores disfrutan de autonomía pero carecen de incentivos para emplear esa autonomía de forma socialmente productiva. El caso de las universidades es de sobra conocido: la autonomía ha servido para satisfacer todo tipo de intereses privados locales —grupos de profesores, representantes de estudiantes, autoridades académicas— a un coste muy elevado. Son notorias, además, las dificultades que existen para dar marcha atrás y o bien recuperar algún grado de control político de carácter vertical, reduciendo la autonomía de las universidades, o bien introducir mecanismos de control horizontal por los usuarios, introduciendo mayor competencia entre universidades y entre centros. El informe BRICALL identifica este problema, pero propone como solución incorporar más representantes al órgano máximo de gobierno (2000, pp. 439-40), aparentemente sin entender que quien no financia suele carecer de incentivos adecuados para controlar el gasto y la asignación de recursos, como bien ha demostrado el fracaso de los «consejos sociales» creados por la Ley de reforma universitaria de 1983, sobre los cuales dicho informe sólo propone vaguedades (pp. 440-41).

5.4. *Restricciones a la competencia*

El funcionamiento de la educación básica y universitaria sirve como ejemplo de que el ejercicio de la libertad de elección por los usuarios puede generar efectos sustanciales incluso en un régimen de precios explícitos nulos e indica cómo su buen funcionamiento requiere proveedores alternativos cuya calidad sea conocida por los decisores.

Por otro lado, las restricciones impuestas a la competencia entre centros públicos y concertados ponen también de relieve la importancia de la tarea del regulador en los sistemas de competencia intraorganizativa. En ausencia de restricciones, peligrarían los fines perseguidos, pero una elección inadecuada de restricciones puede, incluso, invertir las consecuencias del sistema que, en lugar de favorecer la excelencia, acaba estimulando la mediocridad.

6. JUSTICIA

Bajo este epígrafe englobamos las diversas soluciones organizativas que se han empleado en el área de los servicios jurídicos y judiciales, incluyendo entre ellos los de inspección fiscal con el fin de disponer de mayor variedad tipológica.

6.1. *Precios cobrados a los usuarios*

Tradicionalmente, la fórmula dominante en el sector judicial era la de cobrar una tasa o precio explícito al usuario, precio con el que se financiaba una parte sustancial de los gastos. La supresión de las tasas judiciales en 1986 supuso una ruptura con esta pauta. La consecuencia no se hizo esperar, al agravar la ya considerable congestión judicial. Se tiende a producir también un racionamiento por tipo de asuntos, pues se retrasan en mayor medida los civiles que los penales (PASTOR, 1993); así como un creciente desarrollo de fórmulas de justicia privada (arbitraje y, sobre todo, contratación unilateral). Aunque en el fenómeno intervienen otras causas, la supresión de tasas parece haber animado especialmente la litigación frívola, mucha de ella de valor social negativo: Una vez más se observa que, cuando la escasez se asigna mediante colas, resultan beneficiados aquellos usuarios que disfrutaban esperando. Quizá no sea casualidad que se observe desde entonces una demanda permanentemente insatisfecha de servicios judiciales, pese a haberse producido un aumento muy notable de las dotaciones de recursos. Existen razones para sospechar que, en alguna medida, el precio implícito que está «vacando» el mercado es el propio tiempo de espera derivado del atasco, de modo que los aumentos de capacidad están condenados a generar aumentos de demanda que al menos atenúan, si es que no anulan, su efecto reductor de la congestión.

En contraste, tanto notarías como registros perciben precios explícitos pagados por una de las partes según arancel fijado por el regulador. Por motivos que serán tratados en detalle más abajo (en esencia, por ser inviable la libertad de elección de quienes proveen servicios de control, como los registros) conviene que, al menos en el caso de los registros, estos precios sean fijados administrativamente, tarea que exige una regulación activa y competente. Sin embargo, la revisión de estos aranceles ha sido infrecuente y está sujeta a avatares de todo tipo³⁴. Esta alea-

³⁴ Proporciona un ejemplo la reducción del 25 por 100 de los precios de notarios y registradores por préstamos y créditos hipotecarios y compraventa de viviendas, y registro mercantil, adoptada en abril de 1999 por el Gobierno como parte de las medidas para luchar contra la inflación (art. 2 del Real Decreto-Ley 6/1999, de 16 de abril, de Medidas Urgentes de Liberalización e Incremento de la Competencia, *Boletín Oficial del Estado*, núm. 92, 17 de abril de 1999). Racionalizar los precios del sistema de fe pública era y sigue siendo necesario, para ajustar los precios de las transacciones estándar y limitar los crecientes con la cuantía de las operaciones. Pero también habrían de elevarse

toriedad en la política de precios genera distorsiones graves, por tratarse de un sistema de franquicia, en el que es esencial la confianza en que no sean expropiadas las inversiones de los funcionarios «franquiciados». Se echa de menos un marco más estable y equilibrado, similar al de la electricidad o las telecomunicaciones, por ser semejantes los problemas que se plantean.

6.2. *Libre elección de proveedor*

En este sector, sólo existe libre elección de proveedor cuando se prestan servicios de índole esencialmente privada, con escaso contenido de control, como son los notariales, por contraposición a los registrales, judiciales y fiscales. Por un lado, la figura del notario español está pensada como la de un abogado imparcial³⁵. Esta imparcialidad protege a cada parte contra la otra sin necesidad de que cada una de ellas contrate un abogado diferente. Como todo abogado en el ejercicio de sus funciones, el notario ha de respetar la legalidad, vigilando que los contratos que redacta o en los que interviene se ajusten a la ley. No obstante, como sólo protege a las partes del contrato, tiene sentido que éstas elijan notario libremente. Es comprensible también que los notarios tiendan a ser flexibles respecto a la voluntad de las partes, interpretando las restricciones legales de la forma más conveniente para ellas.

En el caso de los registros, en cambio, la libertad de elección impediría su función básica, consistente en controlar la legalidad de las transacciones privadas, tanto con fines privados como públicos. El efecto de la libre elección sería, por un lado, desproteger a terceros desconocidos en ese momento (los compradores futuros, por ejemplo) y, por otro, facilitar que las transacciones privadas incumpliesen las numerosas normas imperativas cuya aplicación se ha encargado al registro. En Alemania, España y demás países con «registros de derechos» o de tipo germánico, la figura del registrador de la propiedad viene a ser la de un juez cautelar especializado en asuntos inmobiliarios (o societarios en el caso del Registro Mercantil, aunque con las diferencias propias de las que existen entre sus funciones respectivas). Como tal juez especializado, el registrador no sólo protege los intereses de las partes que intervienen directamente en el contrato sino también los de terceros actuales y futuros que no son ni pueden ser parte en dicho contrato, además de vigilar el cumplimiento de un conjunto creciente de normas imperativas. Tras examinar los contratos y demás documentos con el fin de determinar su validez a efectos registrales, el registrador inscribe en el registro los nuevos derechos de propiedad. Este acto de inscripción crea, al menos a efectos de terceros,

otros precios cuyo bajo importe incentiva consumos triviales, como son certificaciones, notas simples, actas y testamentos, así como poner precio a los servicios que, de forma un tanto frívola, demandan de los registros algunos organismos públicos.

³⁵ Véase ARRUNADA (1996).

un derecho nuevo y extingue o modifica el rango de los derechos preexistentes. En general, los titulares de estos derechos antiguos no son parte, ni están presentes ni conocen lo que está sucediendo. Tras producirse la inscripción registral, la seguridad de los derechos de propiedad es completa y las transacciones son muy económicas porque se sabe perfectamente quién es titular de qué derechos y éstos han sido estandarizados en gran parte de sus atributos. En contrapartida, los derechos extinguidos han desaparecido y el único recurso de sus titulares es demostrar en juicio la validez de su derecho y obtener en su caso una indemnización económica. El buen funcionamiento de un sistema de efectos tan drásticos requiere extremar las condiciones de imparcialidad del decisor, especialmente en los sistemas con mayor especialización productiva, como es el español, en los que el registrador ha de decidir sin antes notificar y oír a los posibles afectados. La posibilidad de privación de derechos exige que las decisiones registrales estén totalmente a prueba de error y, con más motivo, del más mínimo asomo de dependencia, ya no de una de las partes sino también de todas ellas, pues el titular de derechos potencialmente extinguidos no suele ser parte. En este contexto, es lógico que las partes no puedan elegir registrador libremente, para así evitar la posibilidad de fraudes contra terceros que no son parte en el contrato. De haber libertad, sería lógico que el tercero pudiera intervenir en la elección, pero esta solución, que es costosa cuando los afectados son conocidos (en un sistema de notificaciones), es imposible cuando el tercero es desconocido, cuando sólo deviene conocido en el futuro, con posterioridad a la transacción o acto que se registra, o cuando se trata de la colectividad, como ocurre con el ejercicio de funciones registrales dirigidas no tanto a proteger derechos individuales como a controlar que los contratos respetan la legalidad.

De manera similar al caso registral, una hipotética libertad de elección en los juzgados favorecería la corrupción y la selección interesada de jueces. De todos modos, algunos usuarios avisados alcanzan ocasionalmente efectos similares conociendo y adaptando la presentación de sus demandas a los turnos de asignación de casos entre jueces. Se produce también por la misma vía una consecuencia negativa en forma de selección adversa: algunos de los jueces más productivos suelen recibir más trabajo, ya que los usuarios mejor enterados tienden a presentar sus casos de modo que los resuelva un juez que actúe con rapidez. En la misma línea, la inspección de tributos suele privar a sus funcionarios de discreción a la hora de elegir qué contribuyentes deben inspeccionar, de modo que han de someter sus actuaciones a planes preestablecidos, con objeto de dificultar tanto posibles sesgos como eventuales colusiones con los inspeccionados.

6.3. *Incentivos de los proveedores*

En este terreno de los servicios jurídicos y judiciales, se han utilizado tres sistemas de incentivos diferentes, con consecuencias muy dispares

e ilustrativas: la carrera profesional con sueldo fijo, las primas de productividad ligadas a indicadores cuantitativos de rendimiento y la retribución residual dentro de un régimen franquiciado:

a) En los juzgados, predomina en la actualidad la ausencia de incentivos, como consecuencia no del carácter fijo de las remuneraciones [característica típica de la función judicial en otros países (POSNER, 1995)], sino de que la carrera profesional se ha gestionado de forma deficiente y de que los incentivos a largo plazo (probablemente, los únicos viables) han sufrido un deterioro considerable³⁶. Las propuestas para introducir primas ligadas al rendimiento cuantitativo de los jueces presentan una viabilidad discutible, por su inadecuación con la función y sus previsibles consecuencias negativas sobre la calidad. Proporciona, en cambio, una referencia de gran interés el sistema empleado en la retribución de los secretarios judiciales, que estuvo plenamente vigente hasta 1947 y siguió funcionando de forma residual con posterioridad. Consistía en una remuneración variable, complementaria pero sustancial, que estimulaba la productividad de la oficina e, indirectamente, la del juez, todo ello sin perjudicar la calidad de las sentencias, al no incentivarse a corto plazo al juez sino tan sólo al responsable del papeleo. La evolución reciente parece ir más bien en la dirección opuesta, al crear «servicios comunes» a varios juzgados, los cuales vienen a desligar la secretaría judicial del juzgado al que corresponde³⁷. Probablemente, sería preciso identificar con cuidado en qué áreas existen y si son o no alcanzables economías de escala que puedan compensar la ventajas que ofrece el diseño convencional en términos tanto de coordinación como de incentivos.

b) En la inspección tributaria, los incentivos han sido tradicionalmente intensos, ligando las primas de productividad al volumen de fraude descubierto. Aunque la información disponible sobre su importancia es escasa, varios problemas que se presentan de forma recurrente en la inspección pueden estar motivados por deficiencias en la política de retribuciones. Por un lado, no se mide correctamente el rendimiento real sino que, con frecuencia, se premia el rendimiento aparente (por ejemplo, la detección del fraude y su reconocimiento por el contribuyente, más que la recaudación efectiva como consecuencia de esa detección y reconocimiento). Por otro lado, con el énfasis en los incentivos a corto plazo parece que (como en el resto de la Administración) se han desatendido los incentivos a largo plazo (carrera profesional y, en definitiva, «cuasi-rentas»; esto es, remuneración superior a la de oportunidad). Por último, se ha reducido de forma notable el nivel retributivo respecto al de décadas atrás. Estas conjeturas pueden explicar la elevada rotación de funcionarios competentes y la incipiente epidemia de corrupción que parecen haber contraído algunas dependencias de la Agencia Tributaria.

³⁶ Se comenta este fenómeno en ARRUIÑADA (1999c, pp. 25-26). El deterioro de la carrera profesional es también considerable en otros ámbitos de la función pública, como el sanitario (ARRUIÑADA, 1997b y 1999b).

³⁷ Véase, para una descripción crítica, el *Libro Blanco sobre el papel del Estado en la economía española* (1996, pp. 295-97).

c) Notarías y registros funcionan, por último, con un régimen próximo a la franquicia, régimen que proporciona una motivación muy intensa pero que exige una gran eficacia en el control de la calidad. La intensidad del incentivo proviene de que los funcionarios (junto con los empleados más cualificados, al igual que sucede en las firmas profesionales) perciben el beneficio o residuo que resulta tras pagar al resto del personal (cuyos incentivos también son más intensos, al no ser empleados públicos, sino de la propia oficina), los demás insumos materiales y, sobre todo, amortizar la inversión necesaria para la entrada. El control de la calidad se basa en el carácter diferido de la retribución (negativa durante la preparación y los primeros años de ejercicio) y en la responsabilidad personal del profesional por sus decisiones, aspecto este último que adquiere la máxima importancia en el caso de los registros debido a la gran trascendencia jurídica de sus decisiones, sobre todo en los Registros de la Propiedad.

6.4. *Restricciones a la competencia*

Las aberraciones que han generado las primas de productividad en la Agencia Tributaria (se motiva un alto volumen de «actas de conformidad» que pueden no generar recaudación) o en sanidad (cuando algunos hospitales empezaron a pagar primas a algunos médicos por operar por las tardes, empezaron a disminuir las intervenciones matutinas, remuneradas con el sueldo fijo) ilustran la necesidad de complementar el uso de incentivos intensos con un adecuado control de la calidad. Frecuentemente, esto se consigue de modo eficaz no mediante nuevas superestructuras jerárquicas de carácter vertical (como se ha intentado sin éxito en sanidad), sino mediante la contraposición y el control mutuo de otros funcionarios con incentivos diferentes. El antiguo sistema de los juzgados y la interacción de notarías y registros ilustran este punto. Antes de 1947, los secretarios de juzgado controlaban la productividad del juez, ya que si éste no despachaba con rapidez, aquéllos no cobraban tanta retribución variable. Viceversa, los jueces (que, a menudo estaban peor retribuidos que los secretarios, lo que generaba cierta animadversión, no del todo negativa) controlaban la calidad del trabajo administrativo de la oficina, que, dado el interés de su responsable en despachar con rapidez, podría tender, en ausencia de control, a deteriorarse. Una fórmula similar se empleaba en la regulación e inspección de notarías y registros por parte del antiguo y selectivo cuerpo de letrados de la Dirección General de los Registros y del Notariado. Estos funcionarios eran remunerados con un *sueldo fijo* que, al ser inferior al de sus inspeccionados, les estimulaba a tratar con dureza las conductas laxas en que estos últimos pudieran incurrir. Adicionalmente, la cualificación y el cumplimiento de los letrados estaban asegurados por la opción de ocupar una notaría o registro tras haber sido letrados un cierto número de años, opción que solían ejercitar en la fase final de su carrera y que recuerda a las *pantoufles* del alto funcionariado francés.

La combinación de incentivos de notaría y registros es también de este tipo, generando un control del trabajo notarial por el registro, dado que ambos profesionales operan con incentivos opuestos, y un control mutuo mediante la frecuente litigación y recurso ante instancias judiciales y administrativas. Este equilibrio de fuerzas se logra gracias a que, por un lado, la actividad notarial se presta en régimen de libertad de elección (y mayor competencia), lo cual favorece que los servicios notariales se adapten a la demanda de los usuarios. Por otro lado, esta adaptación a intereses privados, legítimos pero parciales, está controlada por el registro, encargado éste de controlar la legalidad y velar por los intereses de terceros que no son parte en los contratos ni con frecuencia son conocidos en el momento en que dichos contratos se celebran. El diseño de los incentivos de ambas oficinas es coherente con esta separación de funciones. Por un lado, es lógico que en la actividad más privada, la notarial, las partes tengan libertad para elegir notario y que ello lleve al notario a ser más complaciente. Sin embargo, por otro lado, el legislador no concede a las partes representadas en el contrato libertad para elegir registro a su antojo para, de este modo, proteger los intereses de los terceros que no están representados en el contrato y de la colectividad en general. Además, notaría y registro se controlan mutuamente: el registro frena la eventual tendencia de la notaría a ser en exceso complaciente y la notaría limita la proclividad del registro a ser en exceso riguroso. Un subproducto muy valioso de este mutuo control y los litigios consiguientes a los que da lugar es el desarrollo de la jurisprudencia en materias de derecho inmobiliario y societario. Este conflicto, constante, proporciona una idea muy gráfica y tangible de que notaría y registro son actividades complementarias, no sustitutivas: no existe duplicidad en el control, como podría pensar un observador superficial del sector. Un aspecto no desdeñable de este control es, por último, el que se produce entre los respectivos colegios de cara a la regulación de la actividad. El regulador (tradicionalmente, el Ministerio de Justicia; crecientemente, sobre todo para asuntos de precios y servicios, el de Economía) puede utilizar la tensión entre ambos cuerpos para informarse de cuál es la situación real y cuáles son las medidas más pertinentes.

7. REFLEXIÓN FINAL

Este trabajo ha explorado en su primera parte las dificultades que surgen cuando se pretende reformar la prestación de servicios públicos de carácter profesional mediante la introducción de competencia entre las diversas unidades que los prestan. A continuación, ha examinado en la segunda parte cuál es la situación de diversos sectores de las Administraciones Públicas españolas desde este punto de vista. Las principales conclusiones del análisis teórico se refieren, en el lado positivo, a que la competencia intraorganizativa genera un control automático, de tipo horizontal, entre usuarios y proveedores. Proporciona así una solución

potencialmente idónea para resolver los problemas típicos de los «centros de gasto discrecional» y, por ende, de la parte de la Administración Pública que ha seguido tradicionalmente este patrón organizativo, problemas que suelen concretarse en una dimensión excesiva y un escaso control de las unidades proveedores.

La presencia de variantes diversas de monopolio y asimetría informativa conduce, sin embargo, a que la competencia interna requiera no sólo dosis sustanciales de diseño organizativo en su creación, sino también una gestión intensa en su funcionamiento ulterior. Es más, a menudo habría de reforzarse el control vertical de la actividad para gestionar correctamente la competencia interna y evitar los efectos perniciosos a que conducirían, en otro caso, los citados monopolios y asimetrías informativas. Esta necesidad de regulación hace que estos sistemas requieran una costosa administración central y sean proclives a padecer actividades de influencia o búsqueda de rentas que se manifiestan tanto como captura del regulador por parte de los regulados como por problemas de horizonte temporal que generan conductas oportunistas en sentido opuesto.

La dificultad del sector público para controlar estos fenómenos de búsqueda de rentas lleva, por ello, a que, alternativamente, hayan de emplearse diseños organizativos menos ambiciosos en cuanto a reproducir condiciones de mercado. En tales diseños parciales, se utilizan plenamente algunos elementos del mercado pero o bien se limita la libertad de elección de los usuarios o se asignan los derechos de decisión a expertos o bien se emplean incentivos de baja intensidad. Estas fórmulas intermedias no requieren una regulación o gestión tan constante, intervencionista y discrecional, sino que les es suficiente con las fórmulas de «gestión automática» típicas de la Administración Pública tradicional, basada sobre todo en la reglamentación de decisiones recurrentes y la colegiación y supervisión jerárquica de las escasas decisiones no regladas.

El análisis de los doce sectores estudiados en la segunda parte del trabajo ilustra la presencia de los distintos factores destacados en el análisis teórico. Todos los casos analizados muestran con mayor o menor claridad la necesidad de un equilibrio entre la libertad y la responsabilidad de los participantes. En varios de los sectores analizados se han detectado asimetrías informativas o monopolios de diverso origen que harían necesaria una regulación intensa de un eventual mercado interno que incluyera incentivos de máxima intensidad. Asimismo, aparecen situaciones en que existe riesgo de captura regulatoria (podría ser éste el caso de los sectores farmacéutico y de enseñanza pública, tanto básica como universitaria) y de oportunismo o mala gestión regulatoria (pueden interpretarse como manifestaciones de este tipo las reducciones generalizadas de precios administrados, en casos en que procedería efectuar reestructuraciones selectivas, y la degradación que padecen desde hace décadas la mayoría de carreras profesionales, desde la inspección tributaria a la judicatura o la medicina).

Los casos analizados en la segunda parte contienen también indicios abundantes sobre la influencia que las imperfecciones del sistema político ejercen en la gestión pública y, por tanto, en las posibilidades de crear y, con posterioridad, gestionar o regular sistemas de competencia interna.

En este sentido, llama poderosamente la atención la paradoja de que el gestor público, a la vez que piensa y desarrolla elementos propios de una mayor competencia interna (por ejemplo, las nuevas formas de gestión sanitaria y sistemas de incentivos para médicos y jueces), muestra menor interés y discutible eficacia en gestionar y ampliar aquellos sistemas de competencia interna para los que ya funcionan elementos reales importantes (como son, no sólo los conciertos sanitarios y educativos y las redes de administración franquiciada de farmacias, notarías y registros, sino también la propia carrera profesional de los funcionarios). Parece como si la restricción política dejase tan escaso margen para gestionar la Administración que se prefiere diseñar una nueva, quizá con la esperanza de generalizarla en el futuro. Sin embargo, ese nuevo modelo va a contar con similares recursos y a operar en el mismo entorno político, por lo cual el mejor indicio acerca de sus posibilidades lo proporcionan, precisamente, las fórmulas más o menos similares que ya existen en la actualidad, las cuales también constituyen un buen laboratorio de ensayos organizativos.

Ciertamente, siempre cabe discutir la similitud entre modelos reales y propuestos, pero no es menos cierto que al comparar un sistema imperfecto, pero real, con una propuesta ideal apenas concretada, el sistema real parte con notable desventaja. Además, los propios fallos de ese modelo real pueden obedecer no a un defecto en su diseño sino a restricciones ajenas o superiores al propio diseño, las cuales podrían estar siendo olvidadas en la propuesta de reforma. Por ello, el análisis comparativo proporciona dos métodos útiles para evaluar y desarrollar reformas en este campo:

a) Por un lado, la capacidad exhibida al gestionar los sistemas existentes puede emplearse como indicio empírico para enjuiciar si conviene o no incurrir en los costes notables que comporta un sistema concreto de competencia interna. Por ejemplo, la evolución de los conciertos educativos o las farmacias indica que la posibilidad de introducir competencia no garantiza que ésta se vaya a permitir. Es más fácil crear un sistema donde los usuarios *puedan* elegir y los proveedores *puedan* competir que tolerar las consecuencias de que esa competencia se produzca realmente (sobre todo, la aceptación del juicio de los usuarios y el consiguiente cierre o reconversión de los proveedores ineficientes). Existe siempre, por ello, un riesgo considerable de que, tras construir el costoso andamiaje de un mercado artificial, que permite evaluar los rendimientos, estos rendimientos no se recompensen de forma suficientemente diferenciada ni se movilicen los recursos productivos en consonancia con dicha evaluación. Atestigua la gravedad de este riesgo el desequilibrio en el desarrollo de las funciones directivas en el ámbito sanitario, que se ha volcado en

la evaluación de rendimientos y ha tenido, por el contrario, escasas consecuencias reales en términos de retribución y movilidad de recursos según esos indicadores de rendimiento.

b) Por otro lado, antes de acometer un proyecto de competencia interna, parece sensato tener en cuenta las experiencias similares para evitar errores de diseño. Cuando, por ejemplo, se pretende aumentar la autonomía de los hospitales convendría examinar los fallos de, por ejemplo, el actual régimen de autonomía universitaria. En la misma línea y sobre todo tratándose del mismo sector, cabría incluso condicionar la introducción de un nuevo marco organizativo a que con anterioridad se hayan logrado utilizar correctamente aquellos instrumentos que le sean similares. Un candidato en este sentido sería los conciertos de centros sanitarios.

En resumen, la competencia interna en el ámbito de la Administración Pública encuentra un freno fundamental en los costes de búsqueda de rentas asociados tanto a la necesidad de intervención correctora como a la dificultad política para asumir las consecuencias de la competencia. Por este motivo, conviene, a menudo, por un lado introducir versiones limitadas de competencia interna, que presentan la ventaja de ser regulables casi de forma automática. Por otro lado, la rentabilidad de las inversiones en sistemas dirigidos a evaluar el rendimiento de los individuos, centros y recursos (sistemas de los cuales el mercado interno es sólo su versión más compleja) depende de que el decisor político pueda y quiera emplear esa información para recompensar el rendimiento y reasignar los recursos. Las dificultades para valorar y diseñar un sistema de competencia interna aumentan aún más si se pretende que su propio funcionamiento mejore la información de los votantes y, como consecuencia, se modifiquen los incentivos del decisor político, haciéndole más propenso a tolerar la competencia y asumir sus consecuencias compensadoras y asignativas. Sin embargo, a falta de otro tipo de cambios más generales en dicha información, es posible que esta complejidad adicional en el diseño de la competencia interna constituya una condición necesaria para su éxito.

REFERENCIAS

- ARROW, K. J. (1964), «Control in Large Organizations», *Management Science*, vol. 10, abril, pp. 397-408.
- ARRUÑADA, B. (1990), *Economía de la Empresa: Un enfoque contractual*, Barcelona, Ariel.
- (1991a), «Sanidad pública: la reforma imposible», *Revista de Economía*, núm. 11, 4.º trimestre, pp. 73-79.
- (1991b), «Universidad: La reforma que nunca funcionó», *Expansión*, 28 de marzo, pp. 16-17.
- (1994), «Competencia y privatización en el mercado educativo», *Boletín del Círculo de Empresarios*, núm. 59, 2.º semestre, pp. 265-275.

- (1995), «The Search for Efficiency in the Spanish Healthcare System», en Varios Autores, *A Mixed Market in Healthcare; A New European Convergence*, Londres, European Policy Forum, noviembre, pp. 52-64.
 - (1996), «The Economics of Notaries», *European Journal of Law and Economics*, vol. 3, núm. 1, octubre, pp. 5-37.
 - (1997a), *La calidad de la auditoría: Incentivos privados y regulación*, Madrid, Marcial Pons.
 - (1997b), «Bases para profesionalizar la sanidad pública», en *La regulación de los servicios sanitarios en España*, Madrid, Civitas, pp. 153-208.
 - (1997c), «Internal Markets in the Reform of the Spanish NHS: A Comment on the Planners' Latest Fantasy», en J. G. BACKHAUS (ed.), *Essays in Social Security and Taxation*, Marburg, Metropolis Verlag, pp. 429-44
 - (1999a), *The Economics of Auditing: Quality, Private Incentives and Regulation*, Dordrecht y Boston, Kluwer.
 - (1999b), «La política de personal en la sanidad pública: ¿flexibilidad sin control ni medicina?», *Revista de Administración Sanitaria*, vol. 3, núm. 12, octubre-diciembre, pp. 95-119.
 - (1999c), «Limitaciones institucionales al desarrollo de la empresa», *Papeles de Economía Española*, núms. 78-79, pp. 17-32.
 - (2000), «La regulación de los servicios profesionales: Una guía para las decisiones públicas en tiempos de cambio», *Documento de Trabajo 2000-6*, Universidad Complutense de Madrid, Instituto Universitario de Economía de Mercado.
- ARRUÑADA, B., GARICANO, L. y VÁZQUEZ, L. (2001), «Contractual Allocation of Decision Rights and Incentives: The Case of Automobile Distribution», *Journal of Law, Economics, and Organization*, vol. 17, núm. 1 (en prensa).
- BRETON, A. (1974), *An Economic Theory of Representative Government*, Chicago, Aldine.
- BRICALL, J. M., coordinador (2000), *Universidad 2000*, (informe encargado por la Conferencia de rectores de las universidades españolas), Barcelona, 15 de marzo.
- COMISIÓN DE ANÁLISIS Y EVALUACIÓN DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD (1991), *Informe y recomendaciones*, Madrid, Ministerio de Sanidad, julio.
- DEMSETZ, H. (1968), «Why Regulate Utilities?», *The Journal of Law Economics*, vol. 11, núm. 55, pp. 55-65.
- DUNLEAVY, P. (1985), «Bureaucrats, Budgets and the Growth of the State», *British Journal of Political Science*, vol. 15, pp. 299-328.
- (1991), *Democracy, Bureaucracy and Public Choice*, Brighton, Harvester Wheatsheaf.
- FREIRE CAMPO, J. M. (1999), «Política basada en la evidencia y copago», en A. BERRA DE UNAMUNO, J. J. ARTELLS HERRERO y J. RUIZ FERRÁN, *Control Sanitario: participación de usuarios y profesionales*, Madrid, Fundación SB, pp. 113-119.
- JENSEN, M. C., y MECKLING, W. H. (1995), «Specific and General Knowledge, and Organizational Structure», *Journal of Applied Corporate Finance*, vol. 8, núm. 2, verano, pp. 4-18.
- KAPLAN, R. S., y ATKINSON, A. A. (1989), *Advanced Management Accounting* (2.^a ed.), Prentice-Hall, Englewood Cliffs, NJ.
- KRAAKMAN, R. H. (1986), «Gatekeepers: The Anatomy of a Third-Party Enforcement Strategy», *Journal of Law, Economics and Organization*, vol. 2, pp. 53-105.

- LAFFONT, J. J., y TIROLE, J. (1993), *A Theory of Incentives in Procurement and Regulation*, Cambridge, The MIT Press, MA.
- LIBRO BLANCO sobre el papel del Estado en la economía española (1996), Director: R. Termes Carreró, Mundiprensa, Madrid.
- LÓPEZ BURNIOL, J. J. (1994), «Entre el servicio y el control: Contribución de la fe pública a la ordenación del mercado», *Iuris. Cuaderns de Política Jurídica*, núm. 1, pp. 113-149.
- MILGROM, P., y ROBERTS, J. (1992), *Economics, Organization and Management*, Prentice-Hall, Englewood Cliffs, NJ.
- MINISTERIO DE SANIDAD Y CONSUMO (1992), «Contrato cooperativo», Madrid, octubre.
- NEUMAN, J. L. (1975), «Make Overhead Cuts that Last», *Harvard Business Review*, mayo-junio, pp. 116-126.
- NISKANEN, W. A. (1971), *Bureaucracy and Representative Government*, Chicago, Aldine Atherton.
- (1968), «Nonmarket Decision Making: The Peculiar Economics of Bureaucracy», *American Economic Review*, vol. 58, mayo, pp. 293-305.
- PASTOR PRIETO, S. (1993), *¡Ah de la justicia! Política judicial y economía*, Madrid, Civitas.
- PAZ-ARES, C. (1995), *El sistema notarial: Una aproximación económica*, Madrid, Consejo General del Notariado.
- PEACOCK, A. T. (1983), «Public X-Inefficiency: Informational and Institutional Constraints», en HANUSCH, H. (ed.), *Anatomy of Government Deficiencies*, Berlín, Springer, pp. 125-137.
- PELLISÉ, L. (1997), «La financiación de servicios sanitarios en un contexto de competencia pública», en *La regulación de los servicios sanitarios en España*, Madrid, FEDEA-AES-Civitas, pp. 291-321.
- PETERS, B. G. (1996), *The Future of Governing: Four Emerging Models*, University Press of Kansas, Lawrence.
- POSNER, R. A. (1972), «The Appropriate Scope of Regulation in the Cable Television Industry», *The Bell Journal of Economics*, vol. 3, pp. 98-129.
- (1995), «What Do Judges Maximize», in *Overcoming Law*, Cambridge, MA, Harvard University Press, pp. 109-44.
- REAL DECRETO 29/2000, de 14 de enero, sobre nuevas formas de gestión del Instituto Nacional de la Salud, *Boletín Oficial del Estado*, núm. 21, 25 de enero de 2000.
- TDC (1995), *La competencia en España: Balance y nuevas propuestas*, Tribunal de Defensa de la Competencia, Madrid. (Se cita siguiendo la versión disponible en <http://www.meh.es/TDC/Informes/informa.pdf>).
- WILLIAMSON, O. E. (1976), «Franchise Bidding for Natural Monopoly-In General and with Respect to CATV», *The Bell Journal of Economics*, vol. 7, primavera, pp. 73-107.
- ZIMMERMAN, J. L. (1979), «The Costs and Benefits of Cost Allocations», *Accounting Review*, vol. 54, julio, pp. 504-21.
- (1997), *Accounting for Decision Making and Control*, Chicago, Irwin.

LA POLITICA DELLA CONCORRENZA IN ITALIA NEL 1999: INTESE ANTICONCORRENZIALI ED ABUSI DI POSIZIONE DOMINANTE

Alberto PERA

Secretario Generale dell'Autorità Garante
della Concorrenza e del Mercato

Paolo CASSINIS *

Autorità Garante della Concorrenza
e del Mercato

1. PREMESSA

Tra i tratti maggiormente significativi della politica della concorrenza in Italia nel 1999, oltre a quelli evidenziati nell'articolo pubblicato nella scorsa edizione dell'Anuario de la Competencia 1998¹, si segnala una serie di decisioni relative ad intese anticoncorrenziali ed abusi di posizione dominante di particolare rilievo, sia perché adottate al termine di complesse indagini istruttorie, sia per i tipi di condotte anticoncorrenziali accertate ed i settori economici coinvolti.

Queste decisioni saranno quindi passate in rassegna cercando di porre in luce i tratti essenziali delle fattispecie esaminate e delle valutazioni svolte dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (di seguito, l'Autorità).

2. INTESE ED ABUSI DI POSIZIONE DOMINANTE: DATI DI SINTESI

Nel corso del 1999, l'attività di *enforcement* da parte dell'Autorità delle norme a tutela della concorrenza ha dato luogo all'accertamento di numerose condotte restrittive della concorrenza. In particolare, sono stati conclusi ben 13 procedimenti istruttori di cui 11 in materia di *intese* (tra

* Le opinioni espresse dagli Autori non rappresentano necessariamente quelle dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

¹ Cfr. A. PERA e P. CASSINIS, *Evoluzione della politica della concorrenza in Italia nel 1998 e nei primi mesi del 1999: gli aspetti maggiormente innovativi*.

essi 3 procedimenti sono stati avviati a seguito di comunicazioni volontarie di intese da parte delle imprese interessate) e 2 in materia di *abuso di posizione dominante*. Nello stesso periodo sono stati avviati un totale di 16 istruttorie per presunte intese e abusi di posizione dominante, in base alla norme nazionali antitrust.

Per le infrazioni riscontrate all'esito di queste procedure, l'Autorità ha comminato sanzioni pecuniarie alle imprese per un totale di oltre 200 miliardi di lire (pari a circa 100 milioni di Euro), con un incremento rispetto agli anni precedenti in termini di valori assoluti.

Da notare che nel periodo considerato, l'Autorità ha concluso il primo procedimento istruttorio applicando direttamente le norme del Trattato CE, in particolare l'art. 82²; sono state inoltre avviate due istruttorie sulla base delle norme del Trattato CE, la prima relativa a possibili violazioni degli articoli 81 e 82 CE nei mercati dei diritti sportivi e cinematografici criptati e nel mercato italiano della *pay-TV* da parte dei due operatori in quest'ultimo mercato³, la seconda relativa ad una possibile abuso di posizione dominante (ex art. 82 CE) da parte dell'operatore aeroportuale di Roma, per i servizi di *grounhandling* alle compagnie aeree⁴.

3. INTESE RESTRITTIVE DELLA CONCORRENZA

Le intese restrittive della concorrenza accertate in 1999, hanno avuto tutte natura orizzontale ed hanno riguardato numerosi settori economici, tra cui quelli —su cui ci si soffermerà— delle telecomunicazioni mobili, dei diritti televisivi sul calcio, dell'industria farmaceutica, dei prodotti bituminosi e delle caldaie a gas.

Qui di seguito saranno passate in rassegna le decisioni di maggior interesse, raggruppandole per settore economico coinvolto.

² Trattasi del caso A263 *Unapace/ENEL*, vedi oltre nel testo.

³ Cfr. provvedimento di avvio di istruttoria A274, *Stream/Telepiù*, in *bollettino AGCM*, n. 12/1999.

⁴ L'oggetto dell'indagine riguarda taluni comportamenti tenuti dalla società Aeroporti di Roma (AdR) nel mercato dei servizi di assistenza a terra (*handling*), in via di liberalizzazione con l'attuazione della Direttiva CE n. 67/1996 e del Decreto Legislativo di recepimento n. 18/1999, nonché in quello della gestione delle infrastrutture dell'aeroporto di Fiumicino. Le contestazioni riguardano le caratteristiche di una nuova struttura tariffaria adottata da AdR per i servizi di *handling* (con sconti progressivi calcolati sia in base alla quantità di servizi richiesti dai vettori sia in base alla durata pluriennale del rapporto di fornitura di tali servizi) e presunti ostacoli posto allo svolgimento di alcuni servizi di assistenza a terra, limitando sia la possibilità di autoproduzione che l'offerta di tali servizi a soggetti terzi.

In particolare, l'applicazione del nuovo sistema di sconti, tendendo a fidelizzare la domanda dei servizi di assistenza a terra, potrebbe essere idonea a costituire barriere all'entrata nel mercato dei servizi di assistenza a terra dell'aeroporto di Roma-Fiumicino, proprio nel momento dell'avvio della liberalizzazione. Cfr. provvedimento di avvio di istruttoria A247, *Aeroporti di Roma-Tariffe di Grounhandling*, in *bollettino AGCM*, n. 44/1999.

Per quanto riguarda la tipologia di condotte collusive riscontrate⁵, occorre osservare che particolarmente numerose sono state le *pratiche concordate*, che, come noto, rappresentano forme di «coordinamento consapevole» tra imprese indipendenti, aventi *oggetto* o *effetti* restrittivi della concorrenza⁶. Nel caso *TIM/Omnitel*, oltre a delle pratiche concordate, è stata accertata l'esistenza di un *accordo* tra le stesse imprese avente anch'esso carattere restrittivo della concorrenza.

Inoltre, tre delle intese anticoncorrenziali accertate nel 1999 erano costituite, in tutto o in parte, da delibere di associazioni di imprese (*Farmindustria-Codice di Autoregolamentazione, Vendita Diritti Sportivi, Consorzio Qualità Veneta Asfalti*)⁷. In due casi l'Autorità, dopo aver accertato un'intesa restrittiva della concorrenza, su richiesta delle imprese, ha concesso un'autorizzazione in deroga (casi *Alitalia/Minerva*⁸ e *Vendita Diritti*

⁵ Come indicato nell'articolo pubblicato nell'*Anuario de la Competencia* del 1998, le nozioni di intesa restrittiva della concorrenza e di abuso di posizione dominante accolte dalla legge antitrust italiana (legge n. 287/1990) sono molto simili a quelle contenute negli articoli 81 e 82 del Trattato CE; inoltre, l'interpretazione delle norme italiane su intese ed abusi deve essere fatta secondo i principi antitrust del diritto comunitario, desumibili in particolare dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia e dal Tribunale di Primo Grado.

⁶ Si noti che nel corso del 1999 la Corte di Giustizia ed il Tribunale di Primo grado hanno ulteriormente chiarito alcuni aspetti delle pratiche concordate vietate ex art. 81 CE, tra cui quello della prova della loro esistenza, nonché della loro rilevanza, per il diritto della concorrenza, anche in assenza di *effetti* concreti sul mercato. A tal riguardo, la Corte di Giustizia ha statuito che «bisogna presumere, fatta salva la prova contraria il cui onere incombe agli operatori interessati, che le imprese partecipanti alla concertazione e che rimangano presenti sul mercato tengano conto degli scambi di informazioni con i loro concorrenti per decidere il proprio comportamento sul mercato stesso. Ciò varrà tanto più quando la concertazione abbia luogo regolarmente per un lungo periodo. ... Una pratica concordata come *testé* definita rientra nell'art. 81, n. 1, CE anche in mancanza di effetti anticoncorrenziali sul mercato». La Corte ha ulteriormente precisato che «le pratiche concordate sono vietate, indipendentemente dai loro effetti, qualora abbiano un oggetto anticoncorrenziale. Inoltre, se la nozione stessa di pratica concordata presuppone un comportamento delle imprese partecipanti sul mercato, essa non implica necessariamente che tale comportamento abbia l'effetto concreto di restringere, impedire o falsare la concorrenza» (cfr. Corte di Giustizia, sentenza del 8 luglio 1999, C-49/92P, *Anic*, punti 121-126, non ancora pubblicata; Corte di Giustizia, sentenza del 8 luglio 1999, C-235/92P, *Montecatini*, punti 121-125, non ancora pubblicata; si veda anche il Tribunale di Primo Grado, sentenza del 11 marzo 1999, T-141-94, *Thyssen Stahl*, punti 266-273, non ancora pubblicata).

⁷ In un'istruttoria conclusa nel gennaio 2000 una delibera di associazioni di impresa è stata considerata restrittiva della concorrenza. Si tratta come si vedrà, del caso *Assirevi*, in cui le delibere dell'associazione erano precedute e seguite da condotte delle imprese associate di per sé rilevanti come intese.

⁸ Si trattava di un accordo di *franchising* notificato da Alitalia tra quest'ultima ed una compagnia aerea Minerva che prevedeva il coordinamento tra i due vettori dei servizi aerei di linea su tutte le rotte operate da Minerva, cui viene conferito il marchio di Alitalia, nonché il suo supporto in termini di struttura di distribuzione, secondo le caratteristiche tipiche del *franchising* tra vettori aerei. L'accordo riguardava tutte le rotte operate da Minerva (27 rotte, in buona parte con volumi di traffico ridotto). L'Autorità ha ritenuto che, poiché Alitalia e Minerva sono concorrenti potenziali, l'intesa notificata, determinando il pieno coordinamento delle operazioni di Minerva con quelle di Alitalia, assumeva natura restrittiva. Tuttavia, l'intesa consentendo ad entrambi i vettori risparmi di costo (per Alitalia i costi relativi all'utilizzo di velivoli di minore dimensione, per Minerva i costi di commercializzazione), ha dato luogo ad un aumento dell'offerta (nuovi collegamenti e aumento di frequenze), il cui beneficio è stato, almeno in parte, trasferito ai consumatori. Pertanto, l'Autorità ha concesso un'esenzione per tre anni a partire dall'inizio dell'operatività dell'accordo di *franchising*

Sportivi), in entrambi i casi della durata di tre anni. In un caso (*Consorzio Prosciutto di San Daniele-Consorzio Prosciutto di Parma*⁹), infine, l'Autorità non ha concesso un'autorizzazione in deroga relativamente a piani di programmazione produttiva di prodotti di qualità che già in precedenza, ma in assenza di adeguati meccanismi di controllo qualitativo, avevano beneficiato transitoriamente di una simile autorizzazione.

Nel gennaio 2000 è stata inoltre conclusa un'istruttoria relativa ad un'intesa riguardante il settore dei servizi di revisione contabile (caso *Assirevi*¹⁰). Nello stesso periodo l'Autorità ha reso un parere alla Banca

(fino al 31 gennaio 2001). Cfr. provvedimento I266, *Alitalia/Minerva Airlines* del 13 gennaio 1999, pubblicato in *bollettino AGCM*, n. 2/1999.

Da notare che l'Autorità aveva invece vietato alcuni accordi tra Alitalia e la compagnia Meridiana, i) di *code-sharing* con voli comuni e condivisione di codice di volo sul alcune tratte nazionali e ii) di *block space*, con la ripartizione tra i due vettori dei posti disponibili sull'aereo, su altre tratte nazionali, ritenendo tali accordi come idonei a coordinare il comportamento delle parti sulle quattro rotte interessate, restringendo la concorrenza effettiva e potenziale tra i due vettori; la decisione è stata però annullata dal giudice amministrativo di prima istanza.

⁹ Cf. provvedimento I238B, *Consorzio Prosciutto di San Daniele-Consorzio Prosciutto di Parma* del 21 gennaio 1999, pubblicato in *bollettino AGCM*, n. 3/1999.

¹⁰ In questa decisione, l'Autorità ha accertato che l'Associazione italiana revisori contabili (Assirevi) e le società di revisione Arthur Andersen, Coopers & Lybrand, Deloitte & Touche, KPMG, Price Waterhouse, Reconta Ernst & Young (le cosiddette *Big Six*), ad essa aderenti, hanno posto in essere intese restrittive della concorrenza nei mercati dei servizi di revisione contabile in Italia, volte in particolare all'omogeneizzazione dei prezzi e al coordinamento nell'acquisizione della clientela. Le intese hanno riguardato i mercati dei servizi di revisione contabile richiesti dalla legge e quello della revisione volontaria, entrambi di dimensione nazionale, nei quali le *Big Six* detengono una quota di mercato rispettivamente del 86% e del 74%. Le intese accertate hanno riguardato vari aspetti dell'attività imprenditoriale delle società di revisione. In particolare, esse erano volte alla determinazione dei corrispettivi degli incarichi di revisione attraverso la predisposizione, almeno fino al 1995, di un tariffario annuale di riferimento distinte per le quattro tipologie di tecnici-revisori (*partner, manager, senior e assistant*) e la diffusione di tabelle contenenti il numero di ore di revisione (ed il relativo mix professionale) consigliato in funzione della dimensione e del settore di attività della società cliente, nonostante l'Autorità nel 1991 avesse già ritenuto contrario alle norme a tutela della concorrenza della legge n. 287/1990 un'analoga regolamentazione dei corrispettivi adottata da Assirevi. Le intese, inoltre, hanno riguardato la fissazione di regole comuni da seguire nell'acquisizione dei clienti, allo scopo di proteggere le posizioni di mercato di ciascuna impresa. Queste regole, di fatto, vietavano qualunque forma di concorrenza nei confronti del «*portafoglio clienti*» di ciascuna società di revisione partecipante all'accordo. In particolare, l'applicazione delle suddette regole ha permesso alle società di revisione di accordarsi, ad esempio, su eventuali richieste di sconto da parte delle società conferenti, o di stabilire a priori l'impresa che si sarebbe aggiudicata l'incarico, rendendo in molti casi le gare solo formali. Altri comportamenti collusivi tra le società di revisione sono stati riscontrati in occasione della partecipazione a procedure pubbliche di gara e della predisposizione di convenzioni. L'effetto delle intese attuate dalle *Big Six*, ed in particolare il coordinamento delle società di revisione nell'acquisizione degli incarichi, è stato quello di determinare una certa stabilità nel tempo delle posizioni di mercato detenute da ciascuna di esse. In conformità con un consolidato orientamento comunitario (cfr. decisioni della Commissione CE 30 novembre 1994, caso *Cemento*, in *GUCE* L 309, del 2 dicembre 1994; 30 luglio 1991, caso *IATA*, in *GUCE* L 258, del 16 settembre 1991; 20 luglio 1978, *Fedetab*, in *GUCE* L 244, del 15 agosto 1978, confermata sul punto dalla Corte di Giustizia, sentenza 29 ottobre 1980, cause riunite da 209 a 215 e 218/78, *Racc.*, 3125) predetti comportamenti restrittivi della concorrenza, ancorché formalizzati in decisioni di un organismo associativo, Assirevi, sono stati imputati oltre ad esso anche alle principali imprese associate, le *Big Six*, in quanto è risultato che queste ultime hanno partecipato alla preparazione e definizione delle condotte qualificate come intese, all'effettiva applicazione dei rispettivi contenuti ed al controllo reciproco della loro osservanza. I comportamenti accertati sono stati valutati di particolare

d'Italia —competente in base alla legge n. 287/1990, art. 20, ad applicare le regole di concorrenza nel settore del credito, previo parere dell'Autorità— nell'ambito di un'istruttoria relativa ad una complessa intesa tra 13 banche realizzata tramite un sistematico scambio di informazioni e dati relativi all'attività di ciascuna banca ed un coordinamento nell'adozione di comportamenti commerciali comuni riguardanti, fra l'altro, la fissazione di commissioni e tassi d'interesse su una molteplicità di servizi bancari e finanziari (caso «Amici della Banca»¹¹).

SERVIZI DI TELEFONIA MOBILE

Nel settembre 1999 l'Autorità, a conclusione di una complessa istruttoria durata più di otto mesi¹², ha accertato una serie di pratiche collusive tra i due principali operatori di telefonia mobile in Italia, Telecom Italia Mobile S.p.A. (TIM) e Omnitel Pronto Italia S.p.A. (Omnitel)¹³, in relazione alla determinazione dei prezzi per la terminazione delle telefonate provenienti dalla rete fissa di Telecom Italia e destinate alle rispettive reti di telefonia mobile, nonché nella determinazione dei prezzi di interconnessione per i nuovi entranti.

In particolare, sono state tre le forme di intesa riscontrate.

La prima ha riguardato una pratica concordata posta in essere nel 1998 consistente nella fissazione di prezzi identici nella struttura e nel livello per i servizi di comunicazione fisso-mobile; questi ultimi erano particolarmente elevati rispetto ai corrispondenti prezzi europei, in particolare in orario *peak* (7,30-20,30 dei giorni feriali) per gli indicativi *family* ed hanno comportato elevati margini per le imprese interessate (circa il 40 % dei ricavi da traffico nel 1998).

gravità, in quanto integranti forme di coordinamento orizzontale sui prezzi e sulle altre condizioni contrattuali individualmente negoziabili dalle società di revisione con i clienti. Le intese, inoltre, sono state attuate dalle principali imprese operanti nei mercati dei servizi di revisione e certificazione di bilanci in Italia, in un arco di tempo assai lungo dal 1991 fino, almeno, al 1998. Nel corso dell'istruttoria le *Big Six* hanno ammesso gran parte dei fatti contestati e fornito nuovi elementi utili alla individuazione e alla valutazione delle condotte anticoncorrenziali loro imputate. Di ciò l'Autorità ha tenuto conto nel determinare la sanzione alle sei società di revisione, il cui importo totale è stato di circa 4,5 miliardi di lire, pari ad una percentuale compresa tra l'1,15 % e l'1,4 % del fatturato realizzato nei mercati rilevanti delle singole imprese. Cfr. provvedimento I266 *Assirevi/Società di revisione* del 28 gennaio 2000, pubblicato in *bollettino AGCM*, n. 4/2000.

¹¹ Cfr. provvedimento I402 del 14 gennaio 2000, pubblicato in *bollettino AGCM*, n. 1-2/2000. La Banca d'Italia ha concluso l'istruttoria accertando l'esistenza di una complessa intesa e comminando alle banche che vi hanno preso parte sanzioni pecuniarie per un totale di 33 miliardi di lire; provvedimento della Banca d'Italia n. 31 del 18 gennaio 2000, pubblicato in *bollettino AGCM*, n. 1-2/2000.

¹² Cfr. provvedimento I372 *TIM-Omnitel tariffe fisso mobile* del 28 settembre 1999, pubblicato in *bollettino AGCM*, n. 39/1999.

¹³ Da notare che, oltre a TIM, anche Omnitel è stata notificata alla Commissione Europea, nel settembre del 1999, come organismo avente notevole forza di mercato, ai fini della direttiva 97/33, nei mercati dei sistemi di comunicazioni mobili ad uso pubblico e nel mercato nazionale dell'interconnessione. Cfr. delibera n. 197/1999 dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni.

La seconda intesa si è concretata in un accordo tramite cui TIM e Omnitel, a fronte dell'imminente mutamento del quadro regolamentare che avrebbe assegnato la determinazione delle condizioni economiche per i servizi di comunicazione fisso-mobile al gestore di rete fissa Telecom Italia a partire dal 1999, hanno ridefinito in modo concordato nuovi identici prezzi per le comunicazioni fisso-mobile, applicandoli al pubblico contemporaneamente in data 6 gennaio 1999.

La terza restrizione ha riguardato il coordinamento tra TIM e Omnitel nei confronti degli altri operatori di telecomunicazione nuovi entranti di rete fissa e mobile. In particolare, è stata riscontrata una pratica concordata, consistente nella definizione di prezzi analoghi per i servizi di interconnessione alle proprie reti mobili, determinando così un innalzamento dei costi per i nuovi operatori di telecomunicazioni che si affacciavano sul mercato, attenuando la loro capacità di competere, specie nella fase iniziale della liberalizzazione del mercato.

Le suddette condotte rivestivano carattere di particolare gravità, trattandosi di intese orizzontali di fissazione del prezzo da parte delle due imprese che rappresentavano, nel 1998, l'intero mercato dei servizi di comunicazione mobile.

Tenuto conto di tali elementi, sono state applicate sanzioni pecuniarie alle due imprese in relazione a ciascuna delle condotte accertate. Complessivamente, per effetto del notevole ammontare dei fatturati realizzati dalle imprese nell'ambito dei servizi interessati, la sanzione — benché la percentuale applicata non sia stata superiore al 2 % del fatturato rilevante — è risultata essere la più elevata mai applicata dall'Autorità, pari a circa 147 miliardi di lire ¹⁴.

Da notare che successivamente all'adozione del predetto provvedimento, l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, che esercita competenze regolamentari nel settore delle telecomunicazioni e che nel corso dell'istruttoria aveva espresso un parere in gran parte favorevole alle conclusioni dell'Autorità, è intervenuta riscontrando l'eccessivo livello raggiunto dalle tariffe dei servizi di terminazione fisso-mobile ed il loro non orientamento ai costi, riducendo quindi dette tariffe (con una riduzione minima di circa il 30 %), fissando dei limiti massimi sia ai prezzi di terminazione delle comunicazioni sulle reti mobili, sia per la quota di *retention* spettante a Telecom Italia ¹⁵.

VENDITA CENTRALIZZATA DEI DIRITTI TELEVISIVI SPORTIVI

Nel luglio del 1999 l'Autorità — analogamente a quanto in precedenza fatto dalle autorità di concorrenza di altri Stati membri — ha adottato

¹⁴ Il provvedimento di chiusura istruttoria è stato impugnato dinanzi al Tribunale amministrativo del Lazio; il giudizio è tuttora pendente.

¹⁵ Cfr. Delibera n. 338/1999 dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni.

una decisione che ha vietato la vendita centralizzata dei diritti televisivi relativi alle principali manifestazioni calcistiche da parte della Lega Nazionale Professionisti (Lega Calcio), un'associazione a carattere privatistico a cui sono affiliate le società che prendono parte ai campionati italiani di calcio di serie A e B, con giocatori professionisti¹⁶. L'Autorità ha ritenuto che la vendita centralizzata dei diritti, per i periodi 1993-1996 e 1996-1999, è risultata idonea a restringere la concorrenza nel mercato dei diritti televisivi sportivi *premium*, in violazione dell'articolo 2 della legge n. 287/1990.

In base ad alcune disposizioni del suo regolamento organizzativo, la Lega era incaricata in via esclusiva della gestione e negoziazione dei diritti radiotelevisivi relativi al Campionato di calcio, della Coppa Italia, della SuperCoppa di Lega. La Lega provvedeva poi alla ripartizione fra i *club* associati dei proventi derivanti dalla vendita dei diritti televisivi e di quelli derivanti dagli incassi dei concorsi a pronostico e da altre attività commerciali (ad esempio, attività di sponsorizzazione) sulla base di criteri mutualistici.

Il mercato rilevante, a seguito di un'articolata analisi, è stato individuato dall'Autorità in quello italiano dei diritti sportivi *premium*, nel quale sono inclusi i diritti per la trasmissione nel territorio nazionale, in chiaro e in criptato, degli eventi calcistici nazionali costituiti dal Campionato di serie A, della Coppa Italia e della SuperCoppa di Lega, delle più importanti manifestazioni calcistiche internazionali, degli incontri disputati dalla nazionale italiana di calcio, nonché i diritti relativi al Campionato Mondiale di Formula Uno e al Giro ciclistico d'Italia.

L'applicabilità delle norme sulla concorrenza alle società calcistiche era condizionata al riconoscimento della loro *natura di imprese*, ciò che è stato fatto dall'Autorità applicando la nozione funzionale di impresa elaborata dalla giurisprudenza comunitaria ed accolta anche dai giudici nazionali¹⁷ in materia di concorrenza¹⁸. Anche la Lega che associa i club che partecipano ai campionati di serie A e B, è stata qualificata come *associazione* di imprese ai sensi della disciplina nazionale della concorrenza.

La possibilità di identificare un'intesa sulla negoziazione dei diritti televisivi sulle partite di calcio presupponeva il riconoscimento in capo alle singole squadre della *titolarità* dei diritti televisivi relativamente alle

¹⁶ Cfr. provvedimento I362 *Vendita di diritti televisivi*, in *bollettino AGCM*, n. 6/1999.

¹⁷ Da ultimo il Tribunale amministrativo del Lazio ha accolto la nozione funzionale di impresa, qualificando come tale i singoli professionisti (commercialista o ragioniere) ed i relativi ordini professionali (sent. n. 466/2000).

¹⁸ In vero, le società di calcio sopportano costi ed effettuano investimenti (i giocatori di calcio, la gestione dello stadio, il personale) al fine di organizzare ed offrire spettacoli, assumendo il relativo rischio di impresa. I loro ricavi, inoltre, discendono essenzialmente dallo sfruttamento economico dello spettacolo offerto, ossia dalla vendita dei biglietti di ammissione allo stadio, dalla vendita dei diritti televisivi e radiofonici, dalle sponsorizzazioni tecniche e commerciali, dal *merchandising*.

partite giocate «in casa». L'Autorità e la stessa Lega hanno riconosciuto detta titolarità¹⁹.

Pertanto, le disposizioni del regolamento della Lega che le attribuivano la gestione dei diritti televisivi relativi alle partite delle competizioni calcistiche da essa organizzate sono state ritenute delle deliberazioni di associazioni di imprese, e quindi intese ai sensi dell'art. 2, comma 1, della legge n. 287/1990. L'oggetto di tale intesa è stato individuato nella vendita collettiva dei diritti in chiaro relativi agli *highlights* delle partite di campionato di calcio di serie A e B, dei diritti delle partite del Campionato di serie A e B e dei diritti delle partite della Coppa Italia.

L'Autorità ha ritenuto che, attraverso la negoziazione centralizzata dei diritti televisivi relativi a tali eventi, le società calcistiche pervenivano alla fissazione concertata del prezzo di vendita, nonché alla determinazione della tipologia dei diritti commercializzati. Inoltre, considerata la specificità dei diritti calcistici, la vendita collettiva poteva favorire la loro allocazione in capo ad un'unica emittente, contribuendo alla chiusura del mercato della tv a pagamento²⁰.

L'Autorità ha peraltro distinto delle differenze tra le diverse tipologie di *prodotto* interessate dalla vendita collettiva, vale a dire, gli *highlights*, i diritti del campionato di serie A e B ed i diritti della Coppa Italia.

In particolare, l'Autorità ha ritenuto che la vendita collettiva dei diritti in chiaro sugli *highlights* non fosse un'intesa restrittiva della concorrenza, ritenendo essa l'*unica* forma possibile di commercializzazione dei quei diritti, anche in considerazione degli elevati costi di transazione derivanti dalla vendita individuale di quei diritti da parte di ciascuna squadra.

Viceversa, la negoziazione centralizzata dei diritti televisivi relativi alle singole partite del Campionato di serie A e B è stata ritenuta ingiustificata e da valutarsi in base alla disciplina in materia di intese, al fine di verificare la sua idoneità a restringere il gioco della concorrenza sul mercato dei diritti televisivi più popolari.

Infine, con riferimento ai diritti sulle partite della Coppa Italia, l'Autorità non ha escluso la possibilità di procedere ad una vendita individuale da parte delle singole squadre, ritenendo pertanto che fosse necessaria,

¹⁹ Peraltro, una recente legge (n. 78/1999) ha espressamente riconosciuto la titolarità da parte di ciascuna società di calcio di serie A e di serie B dei diritti di trasmissione televisiva in forma codificata.

²⁰ Pur riconoscendo le peculiarità economiche del settore sportivo in cui esiste una stretta relazione tra l'equilibrio competitivo delle squadre — e quindi l'incertezza dei risultati delle singole gare — e l'attrattività per gli utenti finali dei relativi diritti televisivi, quindi la rilevanza di meccanismi redistributivi che permettano il mantenimento di un generale equilibrio sportivo-agonistico nell'ambito delle manifestazioni calcistiche, l'Autorità ha ritenuto che la vendita centralizzata dei diritti televisivi calcistici non costituisca l'unico strumento adeguato per garantire la redistribuzione dei relativi proventi, stante la possibilità di pervenire ad analoghi risultati attraverso modalità meno restrittive rispetto ad una intesa suscettibile di eliminare la concorrenza tra le società di calcio per una parte significativa dell'offerta di diritti televisivi sportivi *premium*.

anche in questo caso, la verifica della idoneità dell'intesa a restringere il gioco della concorrenza sul mercato dei diritti televisivi più popolari.

Nel corso del procedimento, la Lega ha modificato il proprio regolamento per quanto attiene alla negoziazione centralizzata dei diritti calcistici televisivi, non prevedendo più alcuna modalità di vendita collettiva dei diritti televisivi per la trasmissione criptata delle partite di campionato di serie A e B.

Quanto agli altri diritti televisivi, le modifiche apportate al Regolamento prevedono che la Lega Calcio abbia mandato, su delega delle singole società, per procedere alla cessione «... dei diritti televisivi (...) degli *highlights* in chiaro e in differita dei campionati di serie A e B...» nonché dei «... diritti televisivi (...) sia in chiaro che in criptato, della Coppa Italia per le sole fasi ad eliminazione diretta», sulla base di contratti con durata non superiore rispettivamente a tre anni e ad un anno.

A seguito di tali modifiche, la portata restrittiva dell'intesa è stata circoscritta alle modalità di commercializzazione dei diritti per la trasmissione delle partite di Coppa Italia, limitata ai turni ad eliminazione diretta, in relazione alle quali l'Autorità ha ritenuto che le nuove disposizioni del regolamento non fossero tali da far venir meno il carattere restrittivo dell'intesa. Tuttavia, con riferimento a tale tipologia di diritti, l'Autorità ha concesso una autorizzazione in deroga, ai sensi dell'art. 4 della legge n. 287/1990 (corrispondente all'art. 81, paragrafo 3, del Trattato CE), per un periodo di tre anni (invece dei sei anni richiesti dalla Lega). In considerazione della novità e particolarità della fattispecie esaminata non sono state applicate sanzioni.

PRODOTTI FARMACEUTICI

Nel settore farmaceutico, nel corso del 1999, sono state concluse quattro procedure istruttorie relative ad intese orizzontali.

Di esse, tre istruttorie hanno riguardato intese aventi numerosi elementi in comune tra loro, consistenti nella fissazione concordata dei prezzi di rivendita di alcuni farmaci tra imprese operanti nell'ambito di un «rapporto di *comarketing*»²¹.

²¹ Trattasi di una pratica di commercializzazione assai diffusa nell'industria farmaceutica italiana. Il *comarketing* consiste nella commercializzazione di specialità medicinali identiche con nomi commerciali e marchi differenti da parte di imprese diverse, legate da un rapporto di fornitura con un'impresa titolare del brevetto relativo al principio attivo e produttore del medesimo, nonché titolare del *know how* per la produzione delle specialità medicinali contenenti il principio attivo. In sintesi, tale pratica consente di utilizzare le forze di vendita di due o più imprese per la commercializzazione, con marchi distinti, di un medesimo prodotto. In tal modo, il licenziante e produttore del principio attivo può aumentare le vendite ed i licenziatari, mediante la differenziazione dei nomi commerciali e dei marchi, hanno l'incentivo ad impegnarsi nella promozione del prodotto presso i medici. L'Autorità ha ritenuto che le imprese collegate da un rapporto di *comarketing*

In particolare, nel febbraio 1999 sono state concluse due delle suddette istruttorie²², nelle quali l'Autorità ha accertato che determinate imprese farmaceutiche —che operavano nella commercializzazione di farmaci tramite un rapporto di *comarketing*— si erano coordinate nella fissazione dei prezzi di alcuni farmaci, soggetti a prescrizione del medico, a totale carico del paziente e con regime di determinazione del prezzo libero, violando l'art. 2, comma 2, della legge n. 287/1990. Le istruttorie hanno consentito di accertare l'esistenza di pratiche concordate tra imprese concorrenti che si erano tradotte in variazioni parallele dei prezzi di vendita dei farmaci, aumentati fino al 47 % in dieci mesi.

In entrambe i casi, le imprese partecipanti all'intesa sono state sanzionate, in considerazione della gravità e della durata delle infrazioni, nella misura del 3 % del fatturato dei farmaci oggetto di istruttoria.

Da un punto di vista giuridico, si segnala la soluzione adottata, in uno dei predetti procedimenti, in relazione all'imputabilità dell'intesa, avendo una delle imprese coinvolte ceduto a terzi il ramo d'azienda relativo al farmaco oggetto della pratica concordata. L'Autorità ha infatti seguito l'orientamento della giurisprudenza comunitaria secondo il quale il soggetto imputabile è la persona fisica o giuridica «che era responsabile della gestione dell'impresa al momento in cui è stata commessa l'infrazione», mentre il criterio della c.d. «continuità economica», ai fini dell'imputabilità di una condotta anticoncorrenziale, rileva solo allorché la persona responsabile abbia cessato di esistere dopo aver commesso l'infrazione²³.

Nel luglio 1999, l'Autorità ha concluso un'ulteriore istruttoria avente anch'essa ad oggetto la fissazione orizzontale del prezzo di alcuni farmaci contenenti il medesimo principio attivo, commercializzati da due imprese con marchi differenti, nell'ambito di un «rapporto di *comarketing*»²⁴. Oltre alle variazioni parallele di prezzo oggetto di una pratica concordata, l'istruttoria ha consentito di accertare sia l'esistenza tra le due imprese di una concertazione volta a fissare prezzi di offerta uguali nelle gare per la fornitura dei suddetti farmaci agli ospedali e alle strutture sanitarie pubbliche, sia un'intesa volta al coordinamento delle rispettive attività promozionali, al fine di evitare di mettere in diretto confronto i rispettivi farmaci presso i medici prescrittori, rendendo più difficile e costoso l'acce-

dovrebbero essere concorrenti tra loro in relazione sia alle strategie di prezzo che a quelle relative all'attività promozionale, nonostante l'identità merceologica dei rispettivi prodotti.

²² Cfr. provvedimento I332 *Byk Gulden Italia-Istituto Gentili* del 25 febbraio 1999, pubblicato in *bollettino AGCM*, n. 8/1999; provvedimento I333 *Istituto Gentili-Merck Sharp & Dohme-Neopharm-Sigma Tau Industrie farmaceutiche riunite-Mediolanum Farmaceutici* del 25 febbraio 1999, pubblicato in *bollettino AGCM*, n. 8/1999. Entrambi i provvedimenti sono stati impugnati ed è attualmente pendente il giudizio di merito.

²³ Cfr. provvedimento I332 *Byk Gulden Italia-Istituto Gentili*, cit., punto 4; cfr. Tribunale di Primo Grado, sent. 17.12.1991, T-6/1989, *Enichem Anic/Commissione*, Racc., pag. II-1623, confermata dalla Corte di Giustizia, sent. 8.7.1999, C-49/92P, punto 145, non pubblicata.; cfr. anche Commissione CE, decisione 13 luglio 1994, IV/C/33.833, *Cartoncino*, punto 156, *GUCE* L 243, del 19-9-1994.

²⁴ Cfr. provvedimento I331, *Servier Italia-Istituto Farmaco Biologico Stroder*, del 1.º luglio 1999, pubblicato in *bollettino AGCM*, n. 26/1999.

sso al mercato rilevante di potenziali concorrenti. In ragione della gravità e della durata dell'infrazione relativa alla fissazione dei prezzi, l'Autorità ha applicato ammende pari al 4,5 % del fatturato dei farmaci oggetto di istruttoria.

Nel dicembre 1999 è stata conclusa un'istruttoria nei confronti di un'associazione di imprese farmaceutiche (Associazione Nazionale dell'Industria Farmaceutica, Farindustria)²⁵. Nell'ambito di tale procedimento è stata riscontrata una pluralità di condotte associative volte a coordinare il comportamento sul mercato delle imprese associate, valutate come intese restrittive della concorrenza.

In particolare, le varie condotte di Farindustria valutate come restrittive della concorrenza sono consistite: i) nell'attività di indirizzo delle imprese associate in relazione alle forniture di farmaci a strutture ospedaliere²⁶; ii) nell'aver indotto le imprese associate ad assumere, anche in seno ad altre associazioni di imprese, una posizione contraria all'introduzione in Italia dei farmaci generici; iii) nel promuovere la realizzazione di un'intesa interassociativa per la cessione di licenze dalle imprese multinazionali alle piccole e medie imprese del settore²⁷; iv) la predisposizione nel 1998 di un codice di autoregolamentazione dei prezzi dei farmaci in classe C, che individuava un prezzo di riferimento al quale tutte le imprese potevano adeguarsi, alterando le dinamiche di formazione del prezzo di tali farmaci; v) nell'attività volta a regolamentare l'attività informativo/promozionale che le imprese associate svolgono nei confronti dei medici prescrittori, con articolati meccanismi di controllo, includenti anche sanzioni disciplinari e pecuniarie. Nel corso dell'istruttoria Farindustria ha assunto dettagliati impegni volti a rimuovere le infrazioni riscontrate e ad adeguare la propria attività alle norme a tutela della concorrenza.

²⁵ Cfr. provvedimento I342, *Farindustria-Codice di Autoregolamentazione*, del 7 dicembre 1999, pubblicato in *bollettino AGCM*, n. 49/1999.

²⁶ A tal riguardo, Farindustria ha introdotto nel suo Codice Deontologico una disposizione secondo la quale lo sconto minimo previsto dalla legge per tali forniture, pari al 50 % del prezzo al pubblico di ciascun farmaco, rappresentava lo sconto massimo che le imprese associate dovevano applicare nelle gare. La mancata osservanza di questa disposizione era sanzionabile. E' stato accertato che in moltissime gare per forniture ospedaliere le imprese associate hanno effettivamente rispettato la predetta disposizione.

Nell'ambito delle gare per forniture a strutture ospedaliere, Farindustria risulta aver promosso l'utilizzo da parte delle associate dello strumento del Raggruppamento Temporaneo di Imprese, che ha comportato un coordinamento totale fra imprese concorrenti su tutti i possibili parametri concorrenziali, quali prezzo e quantità.

Infine, è stato accertato che Farindustria ha indicato alle imprese associate le condizioni di vendita da praticare per le forniture farmaceutiche alle strutture di cura pubbliche e private alle quali non si applica la norma di legge sullo sconto ospedaliero.

²⁷ In particolare, si trattava di attività commerciali che non sarebbero state realizzate autonomamente dalle imprese e che hanno trovato come principale motivazione economica quella di proteggere le specialità medicinali rispetto all'ingresso sul mercato di farmaci generici.

CALDAIE MURALI A GAS

Nel settore delle caldaie a gas l'Autorità, a conclusione di un'istruttoria²⁸ sul mercato della produzione e vendita di caldaie murali a gas e su quello della assistenza e manutenzione, ha deliberato che sette imprese (Ocean Idroclima, Vaillant, IABER, Ferroli, Robert Bosch Industriale e Commerciale, Riello Bruciatori Legnago e Saunier Duval Italia) hanno posto in essere una pratica concordata, avente un *oggetto* e degli *effetti* restrittivi della concorrenza.

L'istruttoria era stata avviata su segnalazione di singoli proprietari di caldaie murali e di alcune imprese di manutenzione che lamentavano difficoltà nel reperimento dei pezzi di ricambio, a causa del comportamento delle imprese produttrici. L'Autorità ha accertato che sette società (rappresentanti oltre il 50 % del mercato italiano delle caldaie murali a gas), nel periodo 1995-1997, hanno posto in essere una pratica concordata volta a ridurre la concorrenza nell'ambito dell'attività di sostituzione delle caldaie²⁹, al fine di mantenere invariate le rispettive quote di mercato³⁰, cercando di gestire il processo di sostituzione dello stock delle caldaie installate con caldaie della stessa marca³¹.

Dalla documentazione acquisita è risultato che il coordinamento tra le sette imprese si realizzava nel corso di riunioni informali tenute parallelamente a quelle del comitato esecutivo di un consorzio volontario denominato (Pool Aziende Servizio Sicurezza Gas, PASS GAS) finalizzato al miglioramento delle condizioni di sicurezza delle caldaie³².

In ragione della gravità e durata delle infrazioni, a tali imprese è stata applicata un'ammenda complessiva pari a circa 13,5 miliardi di lire, calcolata nella misura del 2,5 % del fatturato realizzato da ciascuna impresa per la vendita di caldaie murali a gas in Italia.

²⁸ Cfr. provvedimento A248 *Fornitura Pezzi di ricambio caldaie a gas* del 22 aprile 1999, pubblicato in *bollettino AGCM*, n. 16/1999. Il provvedimento è stato recentemente confermato dal Tribunale amministrativo del Lazio con sentenza n. 1541/2000.

²⁹ Il mercato italiano delle caldaie murali a gas è rappresentato per il 70-80 % dalla sostituzione di caldaie già installate.

³⁰ In effetti, nel triennio 1995-1997, le imprese interessate non risultano aver modificato, se non in misura trascurabile, la loro quota di mercato.

³¹ In particolare, è stato accertato che al fine di attenuare la capacità dei manutentori indipendenti, apparsi numerosi sul mercato a seguito dell'introduzione dell'obbligo di manutenzione periodica in attuazione di direttive comunitarie, questi nuovi operatori avrebbero potuto mettere in concorrenza tra loro i produttori di caldaie al momento della sostituzione delle caldaie già installate —le principali società produttrici di caldaie murali a gas hanno posto in essere un coordinamento delle rispettive politiche commerciali, volto sia a rafforzare la propria rete di assistenza tecnica autorizzata, sia a restringere l'offerta di ricambi originali ai manutentori indipendenti.

³² Nel corso dell'istruttoria dell'Autorità le imprese hanno deciso di sciogliere il consorzio PASS GAS.

CONGLOMERATO BITUMINOSO

Nel luglio 1999 l'Autorità ha concluso un procedimento istruttorio³³ nei confronti di sedici imprese e del Consorzio Qualità Veneta Asfalti, a cui esse partecipano in qualità di consorziate accertando un complesso cartello realizzato tramite il Consorzio in violazioni dell'articolo 2 della legge n. 287/1990.

Il Consorzio Qualità Veneta Asfalti (di seguito, Consorzio QU.VEA) è un consorzio di diritto privato, senza finalità di lucro, cui potevano partecipare tutte le imprese produttrici di conglomerato bituminoso aventi sede ed operanti in una regione del Nord Italia, il Veneto. L'atto costitutivo, lo statuto e il regolamento interno del Consorzio QU.VEA contenevano disposizioni finalizzate alla ripartizione della produzione sulla base delle quote storiche delle imprese consorziate, alla fissazione di particolari condizioni e modalità di approvvigionamento del conglomerato bituminoso da parte delle imprese consortili nel caso di superamento delle quote assegnate, alla determinazione di prezzi minimi di vendita, al divieto esplicito di vendite sottocosto da parte dei consorziati, ad un costante scambio di informazioni sui costi medi unitari di produzione e commercializzazione del conglomerato bituminoso, nonché a realizzare meccanismi di controllo del comportamento dei consorziati e di sanzione in caso di mancato rispetto delle disposizioni consortili.

L'istruttoria ha consentito di accertare che tutte le disposizioni anti-concorrenziali contenute nell'atto costitutivo, nello statuto e nel regolamento consortile hanno trovato effettiva applicazione e prodotto consistenti effetti restrittivi della concorrenza, nel primo mercato geografico rilevante sostanzialmente coincidente con le province di Vicenza, Padova e Rovigo, per il triennio dal 1996 al 1998, e nel secondo mercato geografico rilevante sostanzialmente coincidente con le province di Treviso e Venezia, a far data dal luglio 1998.

Con riferimento alla ripartizione della produzione, è stato accertato che il meccanismo di ripartizione della produzione è stato attuato sia mediante interventi preventivi con i quali si procedeva alla riequilibratura delle quote assegnate ripartendo le forniture tra le imprese consorziate, sia con interventi correttivi successivi quando, alla fine di ogni trimestre, si procedeva al conteggio della somma dovuta da ciascuna impresa al fondo consortile per il mancato rispetto delle quote. A fine anno, le imprese in sovrapproduzione versavano dei contributi alle imprese in sottoproduzione. La ripartizione della produzione veniva effettuata anche mediante una ripartizione dei principali clienti. A tal fine, le imprese hanno sottoscritto la quota di produzione assegnata dal Consorzio, osservato l'obbligo di comunicare i dati di produzione, di consegnare la lista

³³ Cfr. provvedimento I364 *Consorzio Qualità Veneta Asfalti* del 1.º luglio 1999, pubblicato in *bollettino AGCM*, n. 26/1999. Il provvedimento è stato impugnato ed il relativo giudizio è ancora pendente.

dei clienti e di segnalare preventivamente i lavori ottenuti, procedendo altresì ad effettuare conguagli in denaro. I rari casi di inadempimento a tali obblighi sono stati sanzionati dal Consorzio. Dai documenti raccolti è anche risultato che in ambito consortile venivano fissati i prezzi minimi di vendita del conglomerato bituminoso e che il cartello di prezzo così costituito veniva costantemente aggiornato, sulla base delle esigenze manifestate dalle imprese nelle assemblee consortili, attentamente monitorato, attraverso la comunicazione dei costi medi unitari di produzione e commercializzazione e il divieto di vendere sottocosto, rafforzato dalla previsione di un massimale di sconti da applicarsi unitariamente ai clienti e rispettato dalle imprese che ne hanno sostanzialmente riprodotto il contenuto nei listini da esse applicati ai clienti. Il sistema di fissazione dei prezzi di vendita del conglomerato bituminoso, unitamente al meccanismo delle quote di produzione, hanno entrambi determinato l'eliminazione della concorrenza di prezzo tra le imprese. Infatti, in mercati come quello in esame, dove la domanda appare sostanzialmente inelastica al prezzo, variazioni in diminuzione del prezzo di una singola impresa non determinano un aumento della domanda complessiva, ma soltanto una diversa ripartizione della stessa fra le imprese, ripartizione che in cartelli di questo tipo viene impedita dalla fissazione di quote di produzione.

L'Autorità ha ritenuto che, in ragione della quota di mercato detenuta complessivamente dall'insieme delle imprese partecipanti all'intesa sui mercati rilevanti della produzione e vendita di conglomerato bituminoso nelle province di Vicenza, Padova e Rovigo e nelle province di Treviso e Venezia, pari rispettivamente al 98 % e all'87 %, l'intesa in esame fosse idonea a produrre una notevole restrizione della concorrenza in violazione dell'articolo 2, lettere a), b) e c) della legge n. 287/1990. Pertanto, in considerazione del fatto che l'intesa risultava altresì stabile, per effetto del meccanismo di ripartizione del mercato, rafforzato dalla fissazione di prezzi minimi e dalla presenza di strumenti volti a aumentare la trasparenza del mercato, l'Autorità ha comminato alle imprese colluse sanzioni amministrative pecuniarie per un ammontare complessivo di oltre 4 miliardi di lire.

4. ABUSI DI POSIZIONE DOMINANTE

Nel 1999 l'Autorità ha portato a termine due procedimenti istruttori relativi ad abusi di posizione dominante ai sensi dell'art. 3, legge n. 287/1990 in settori totalmente diversi tra loro, segnatamente, il trasporto e la distribuzione primaria del gas naturale (caso *Snam/Tariffe di vettoriamento*³⁴), e la produzione e commercializzazione di bevande analcoliche gasate al gusto cola (caso *Pepsico Foods and Beverages Inter-*

³⁴ Cfr. provvedimento A221, *Snam/Tariffe di vettoriamento* del 25 febbraio 1999, in *bollettino AGCM*, n. 8/1999. Del caso può rinvenirsi una breve descrizione nella Relazione Annuale sull'attività svolta dall'Autorità alla data del 30 aprile 1999, pag. 91 e ss. Il provvedimento è stato sospeso,

national-IBG Sud/Coca Cola Italia). E' stata inoltre conclusa un'istruttoria in applicazione dell'art. 86 (ora 82) del Trattato CE (caso *Unapace/Enel*).

Seguirà una breve descrizione degli ultimi due casi citati.

ENERGIA ELETTRICA

Nell'aprile 1999³⁵, l'Autorità ha accertato la natura anticoncorrenziale (ex art. 86 del Trattato CE, ora art. 82) 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 comunitaria 96/92/CE³⁶, 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 nazionale³⁷. Le condotte accertate come abusive di siffatta posizione dominate 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 posizione dominante, in conformità al noto orientamento della Corte di Giustizia³⁸.

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

in via cautelare, dal Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio con ordinanza n. 1604/1999; il giudizio di merito è ancora pendente.

³⁵ Cfr. provvedimento A263 *Unapace/ENEL* del 9 aprile 1999, in *bollettino AGCM*, n. 13-14/1999.

³⁶ Decreto Legislativo 16 marzo 1999, n. 79.

³⁷ Erano escluse dalla riserva legale solo quelle attività rientranti nei c.d. «regimi di esonero» previsti dalla legge n. 1643/1962 in favore di i) aziende di produzione di enti locali, ii) autoproduttori e iii) imprese elettriche di piccole dimensioni.

³⁸ Sentenza del 13 febbraio 1979, causa 85/1979, caso *Hoffman-La Roche*, Raccolta 461.

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.

Nel corso 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 dell'Autorità per l'Energia Elettrica e il Gas³⁹. 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 ostacolare l'apertura del mercato italiano. A fronte di tali modifiche, non sono state comminate sanzioni.

BEVANDE ANALCOLICHE AL GUSTO COLA

Nel dicembre 1999, l'Autorità ha concluso una lunga e complessa istruttoria nei confronti delle società che costituiscono il sistema di produzione, imbottigliamento e distribuzione di prodotti Coca-Cola in Italia (segnatamente le società controllate da The Coca-Cola Company operanti in Italia, nonché di cinque imbottiglieri autorizzati dei prodotti Coca-Cola operanti nell'Italia Meridionale e nelle isole), accertando che taluni comportamenti e pratiche commerciali volti ad ostacolare l'accesso di altri produttori di bevande analcoliche ai canali della distribuzione all'in-

³⁹ Quest'ultima aveva infatti emanato un'apposita direttiva (n. 120/1998) che proprio al fine di evitare che si precostituissero 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.

grosso, della grande distribuzione e della distribuzione moderna, nonché al canale *horeca* (hotel, bar, ristoranti) costituiscono abusi di posizione dominante in base alle norme nazionali antitrust⁴⁰.

L'istruttoria era stata avviata nel giugno 1998 a seguito di una denuncia della concorrente Pepsico Foods and Beverages International Ltd. —filiale italiana— e di un suo imbottigliatore IBG Sud SpA, riguardante presunti comportamenti abusivi nel canale grossisti. Ad esse si era aggiunta una denuncia da parte di un operatore della distribuzione moderna al dettaglio, Esselunga, relativamente a comportamenti posti in essere da Coca-Cola Italia in tale canale distributivo.

L'istruttoria ha consentito di accertare che le società italiane di Coca-Cola e gli imbottigliatori «autorizzati» detengono, a livello locale nei rispettivi territori di distribuzione esclusiva di prodotti Coca-Cola (in base alle convenzioni di imbottigliamento), una posizione dominante sia sul mercato rilevante delle cole sia sul mercato più ampio delle bibite analcoliche gassate.

Nel corso dell'istruttoria sono emersi numerosi elementi indicanti l'esistenza, nell'ambito del settore delle bevande analcoliche gassate, di un mercato rilevante distinto per le bibite al gusto cola; questo ha costituito il mercato identificato dall'Autorità come rilevante ai fini dell'istruttoria. Su tale mercato, gli imbottigliatori di prodotti Coca-Cola detenevano, a livello locale nei rispettivi territori di operatività, quote pari all'80 % circa in volume. In particolare, la società Coca-Cola Bevande Italia deteneva una quota superiore al 90 % nel canale bar, ritenuto rappresentativo del canale *horeca*, e superiore all'80 % nel canale delle vendite dirette al consumo domestico (canale *home*), mentre gli altri imbottigliatori autorizzati detenevano in media quote di poco inferiori al 90 % per il canale bar e intorno al 68 % nel canale *home*. Le quote di mercato detenute dagli imbottigliatori di prodotti Coca-Cola risultavano consistenti anche con riferimento al più ampio mercato delle bevande analcoliche gassate, con valori di quattro volte superiori alla quota del loro primo concorrente.

All'esito dell'istruttoria sono state accertate varie forme di abuso di posizione dominante.

In particolare, con riferimento al segmento di mercato dei distributori alla spina, l'Autorità ha ritenuto che i comportamenti posti in essere dalle società Coca-Cola Italia e Coca-Cola Bevande Italia, in quanto rientranti in piani volti ad estromettere da tale segmento il principale concorrente, Pepsi-Cola, attraverso la concessione di sconti e altre forme di incentivazione dirette alla conversione e sostituzione degli impianti alla spina

⁴⁰ Cfr. provvedimento A224, *Pepsico Foods and Beverages International-IBG Sud/Coca Cola Italia* del 7 dicembre 1999, pubblicato in *bollettino AGCM*, n. 49/1999. Il provvedimento è stato impugnato dinanzi al Tribunale amministrativo del Lazio; il giudizio è tuttora pendente, ma è stata rigettata l'istanza cautelare promossa dai due Imbottigliatori autorizzati destinatari di sanzioni amministrative.

del concorrente in impianti eroganti prodotti Coca-Cola, costituiscono un grave abuso di posizione dominante.

Altre forme di abuso di posizione dominante sono risultati i comportamenti attuati nel canale dei grossisti dalle società Coca-Cola Italia e Coca-Cola Bevande Italia, consistenti nell'applicazione di un sistema di sconti discriminatori e fidelizzanti, tramite una classificazione selettiva e non trasparente dei grossisti stessi, nonché l'applicazione, anche da parte degli Imbottiglieri autorizzati, di un sistema di sconti fidelizzanti, rappresentati da sconti target, calcolati su obiettivi di aumento rispetto a fatturati o volumi di vendite realizzati in periodi precedenti ⁴¹.

Con riferimento a taluni dei distributori autorizzati di Coca-Cola, è stata riscontrata l'esistenza di clausole di esclusiva nei contratti stipulati fino al 1998 con i grossisti operanti nei rispettivi territori di attività. L'imposizione delle predette esclusive da parte di imprese in posizione dominante nei mercati locali è stata giudicata come gravemente abusiva, in quanto limitativa dell'accesso ai canali distributivi e, in definitiva, al mercato finale. Dette clausole di esclusiva sono state peraltro eliminate dalle imprese già nel corso del procedimento.

Ulteriore condotta ritenuta abusiva di dominanza è stata l'applicazione di sconti concessi da Coca-Cola Italia e dagli imbottiglieri alle catene della Grande Distribuzione e della Distribuzione Organizzata in cambio della riserva di particolari spazi espositivi a scaffale o extra-scaffale; tale condotta è stata ritenuta volta all'occupazione preventiva degli spazi espositivi a danno dei concorrenti.

Con riferimento all'applicazione di sconti fidelizzanti e alla strategia adottata nel mercato delle spine, l'Autorità, in considerazione della gravità di tali comportamenti, ha deliberato l'irrogazione a Coca-Cola di sanzioni pecuniarie amministrative nella misura del 3 % del fatturato dell'anno 1998 relativo alle vendite dei prodotti al gusto cola per un ammontare pari a oltre trenta miliardi di lire. Per quanto concerne l'applicazione di clausole di esclusiva da parte di due Imbottiglieri autorizzati di Coca-Cola, in ragione della circostanza che le suddette società avevano posto termine a tale infrazione nel corso del procedimento, l'ammontare della sanzione è stato stabilito nella misura dell'1 % del fatturato dell'anno 1998 derivante dalle vendite dei prodotti al gusto cola, pari rispettivamente a 410.993 e 398.353 milioni di lire.

Alle imprese è stato intimato di porre immediatamente fine ai comportamenti menzionati, con l'obbligo di presentare una relazione in merito entro un termine determinato (120 giorni).

⁴¹ La illiceità degli sconti a target da parte di imprese in posizione dominante trova riscontro in un consolidato orientamento della Commissione CE e delle Corti Comunitarie [inter alia, Sentenza della Corte di Giustizia del 9 novembre 1983, 322/1981, caso *Michelin*, Raccolta 3461; Sentenza del Tribunale di Primo Grado del 7 ottobre 1999, T-228/1997, caso *Irish Sugar*, che conferma la decisione della Commissione del 1997 (GUCE L 258, 1); decisione della Commissione *British Airways* del 14 luglio 1999]; a questo orientamento ha fatto riferimento il provvedimento dell'Autorità garante della Concorrenza e del mercato.

Infine, nel gennaio 2000, l'Autorità ha concluso un'ulteriore istruttoria accertando alcuni abusi di posizione dominante commessi dall'operatore ex monopolista legale dei servizi e delle infrastrutture di telecomunicazione a danno di Internet providers⁴².

SECONDA PARTE
COMENTARIO
DE RESOLUCIONES
Y SENTENCIAS

⁴² L'Autorità, a seguito di una denuncia della Associazione Italiana Internet Providers (AIIP), ha esaminato i comportamenti tenuti da Telecom Italia a partire dal 1996 nei diversi mercati dei servizi di accesso a Internet ed ha accertato una serie di infrazioni alle norme nazionali antitrust. Tra esse, in particolare, nella commercializzazione di servizi di accesso ad Internet, Telecom ha attuato una politica di espansione sul mercato non solo tramite ingenti investimenti in rete e pubblicitari, ma con l'utilizzazione del servizio ad addebito ripartito e l'applicazione generalizzata e prolungata di condizioni economiche di offerta degli abbonamenti particolarmente ridotte. A seguito di tale politica commerciale Telecom è cresciuta in maniera rilevantissima sul mercato, compensando le perduranti perdite economiche che ne sono derivate con i proventi percepiti in regime di monopolio legale o di fatto, derivanti dai collegamenti in *dial-up* o dall'offerta di circuiti diretti numerici (CDN). E' stata inoltre accertata l'applicazione di condizioni discriminatorie nel mercato a monte dell'offerta di connettività Internet, in relazione alla vendita di servizi Interbusiness ad Internet Provider concorrenti rispetto alla vendita degli stessi servizi alla clientela diretta di Telecom Italia. Questo comportamento discriminatorio è stato accompagnato dall'adozione di pratiche di fidelizzazione della clientela affari attraverso l'applicazione di particolari sconti. Nel corso del procedimento, al fine di ripristinare condizioni di effettiva concorrenza nel mercato dei servizi di accesso ad Internet, Telecom non solo ha cessato i comportamenti anticoncorrenziali nella commercializzazione dei servizi di accesso a Internet ma ha stipulato con l'associazione denunciante, AIIP, un accordo in base al quale si è impegnata a compensare economicamente i Providers concorrenti lesi da tali condotte. E' stata applicata una sanzione amministrativa nella misura percentuale minima, pari a circa un miliardo e duecentomilioni di lire. Cfr. provvedimento A255, *Associazione Italiana Internet Providers/Telecom Italia* del 28 gennaio 2000, in *bollettino AGCM*, n. 4/2000.

EL CASO ADE FOMERVA: UNA NUEVA DEFINICIÓN DE DOMINIO COLECTIVO

Osvaldo Martínez
"La Jirafilla"

SEGUNDA PARTE

I. INTRODUCCIÓN

COMENTARIO DE RESOLUCIONES Y SENTENCIAS

El presente es un comentario a las resoluciones de la Sala IV del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, emitidas el 27 de mayo de 1988, en el expediente N.º 10.000/88, que se refieren al caso ADE FOMERVA. Este comentario se divide en dos partes: la primera, que trata de las resoluciones de la Sala IV, y la segunda, que trata de las resoluciones de la Sala III, emitidas el 27 de mayo de 1988, en el expediente N.º 10.000/88, que se refieren al caso ADE FOMERVA. Este comentario se divide en dos partes: la primera, que trata de las resoluciones de la Sala IV, y la segunda, que trata de las resoluciones de la Sala III, emitidas el 27 de mayo de 1988, en el expediente N.º 10.000/88, que se refieren al caso ADE FOMERVA.

La Sala IV del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, en su resolución de 27 de mayo de 1988, en el expediente N.º 10.000/88, declaró que el caso ADE FOMERVA es un caso de dominio colectivo. Esta resolución fue confirmada por la Sala III del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, en su resolución de 27 de mayo de 1988, en el expediente N.º 10.000/88. Este comentario se divide en dos partes: la primera, que trata de las resoluciones de la Sala IV, y la segunda, que trata de las resoluciones de la Sala III, emitidas el 27 de mayo de 1988, en el expediente N.º 10.000/88, que se refieren al caso ADE FOMERVA.

1. Ver el expediente N.º 10.000/88, que se refiere al caso ADE FOMERVA. Este comentario se divide en dos partes: la primera, que trata de las resoluciones de la Sala IV, y la segunda, que trata de las resoluciones de la Sala III, emitidas el 27 de mayo de 1988, en el expediente N.º 10.000/88, que se refieren al caso ADE FOMERVA.

2. Ver el expediente N.º 10.000/88, que se refiere al caso ADE FOMERVA. Este comentario se divide en dos partes: la primera, que trata de las resoluciones de la Sala IV, y la segunda, que trata de las resoluciones de la Sala III, emitidas el 27 de mayo de 1988, en el expediente N.º 10.000/88, que se refieren al caso ADE FOMERVA.

3. Ver el expediente N.º 10.000/88, que se refiere al caso ADE FOMERVA. Este comentario se divide en dos partes: la primera, que trata de las resoluciones de la Sala IV, y la segunda, que trata de las resoluciones de la Sala III, emitidas el 27 de mayo de 1988, en el expediente N.º 10.000/88, que se refieren al caso ADE FOMERVA.

EL CASO AIRTOURS: ¿UNA NUEVA DEFINICIÓN DE DOMINIO COLECTIVO? ¹

Catalina MARTÍNEZ ²

Lexecon Ltd (Bruselas) ³

1. INTRODUCCIÓN

El análisis de situaciones de dominio colectivo ⁴ se ha impuesto de un tiempo a esta parte en la escena comunitaria. Sin embargo, al no existir una definición oficial del término, el control de concentraciones en mercados oligopolísticos en Europa parece con frecuencia un laboratorio de pruebas, donde por un lado la Comisión ensaya nuevas interpretaciones del término, mientras que por el otro los Tribunales las confirman o corrigen sucesivamente. Una definición oficial por parte de la Comisión hubiera evitado esta situación, dado que siendo un término exclusivo del Derecho de la competencia comunitario no es posible encontrar referencia alguna en otras jurisdicciones.

La Sentencia de 25 de marzo de 1999 del Tribunal de Primera Instancia Europeo sobre Gencor/Lonrho ⁵ parecía haber asentado los principios económicos subyacentes en el análisis del dominio colectivo, al equipararlo con el de la colusión tácita ⁶. Sin embargo, sólo seis meses más tarde, la Comisión se ha apartado de tal interpretación. En septiembre de 1999, con la decisión sobre el caso Airtours, la Comisión rechazó dos premisas aceptadas hasta ahora como fundamentales para mantener una situación de dominio colectivo en un mercado: primero, que

¹ Decisión de la Comisión del 22 de septiembre de 1999, Caso núm. IV/M.1524-Airtours/First Choice.

² Agradezco los comentarios de Diana JACKSON (Lexecon, London) que han sido muy útiles para la elaboración de este artículo. Las opiniones expresadas son únicamente responsabilidad del autor.

³ Lexecon, junto con el profesor Damien NEVEN de la Universidad de Lausanne y el profesor KEN BINMORE del University College en Londres, actuaron como consultores de Airtours en los aspectos económicos del caso.

⁴ Los términos «dominio conjunto», «dominio oligopolístico» y «dominio colectivo» se utilizan indistintamente.

⁵ Caso T-102/1996, Sentencia del Tribunal Europeo de Primera Instancia de 25 de marzo de 1999, Gencor Ltd v Comisión de las Comunidades Europeas.

⁶ Los términos «colusión tácita», «coordinación implícita» y «cooperación tácita» se utilizan indistintamente.

las empresas actúen como si hubieran llegado a un acuerdo, y segundo, que sean capaces de castigar a quien se desvíe del mismo. Según la Comisión, la única condición necesaria en este caso es que cada empresa tenga incentivos para actuar individualmente de forma que se vea reducido el nivel de competencia.

Sin embargo, esta clase de incentivos está presente en cualquier mercado, por muy competitivo que sea. Por tanto, la cuestión relevante para el control de concentraciones no debe ser si las empresas desean aumentar sus precios o no, sino si son realmente capaces de hacerlo.

Airtours está actualmente en el proceso de recurrir la prohibición de su adquisición de First Choice ante los tribunales europeos⁷, y si finalmente tal decisión es anulada, la posible reinterpretación del término de dominio colectivo por parte de la Comisión no habrá sido más que una falsa alarma. Mientras tanto, no nos queda más que esperar unos años hasta que se emita la sentencia, y observar de cerca próximas decisiones de la Comisión en mercados oligopolísticos.

A continuación describiré los dos tipos de efectos anticompetitivos que puede provocar una fusión, después comentaré cuál era la interpretación de dominio colectivo comúnmente aceptada en el ámbito comunitario antes de la decisión de la Comisión sobre el caso Airtours, y por último comentaré dicha decisión, haciendo especial hincapié en su novedosa interpretación del término.

2. EFECTOS ANTICOMPETITIVOS DE UNA FUSIÓN

Tal y como recogen las *Merger Guidelines* publicadas en Estados Unidos en 1992⁸, los efectos anticompetitivos de una fusión pueden ser de dos tipos: cooperativos y unilaterales. Una fusión tiene efectos cooperativos cuando facilita la coordinación entre rivales, y efectos unilaterales cuando da lugar a un aumento de precios unilateral por parte de la empresa resultante de la fusión, sin que haya mediado cooperación con las empresas ajenas a la misma.

Ambos efectos están ampliamente respaldados por la teoría económica y requieren diferentes tipos de análisis. En el contexto legal comunitario, es natural pensar que los efectos cooperativos se corresponden con el dominio colectivo, mientras que los efectos unilaterales son equivalentes al dominio por parte de una sola empresa. Sin embargo, ya no es tan fácil establecer dicha correspondencia, a la vista de la decisión de la Comisión sobre el caso Airtours.

⁷ «Airtours to challenge EU over bid veto», *Financial Times*, 3 de diciembre de 1999. Y citando dicho artículo: «The theory that the firms acting individually could restrict competition worries lawyers as they say: it is extending the bounds of the Commission's previous influence on mergers».

⁸ Sección 2, us Merger Guidelines (1992).

A. EFECTOS COOPERATIVOS

La teoría de los efectos cooperativos tiene su origen en el análisis de la competencia en mercados oligopolísticos, es decir, donde sólo hay un número reducido de competidores. En este contexto, las empresas reconocen que sus acciones tienen influencia sobre los resultados obtenidos por sus rivales, y maximizan beneficios teniendo en cuenta dicha interacción. Además, son conscientes de que, si coordinaran sus intereses para actuar conjuntamente como si de una sola empresa se tratara, obtendrían mayores beneficios que en un mercado competitivo⁹. Cuando dicha coordinación de intereses se alcanza implícitamente, sin necesidad de firmar un acuerdo explícito, se denomina colusión tácita.

Sin embargo, hay que tener en cuenta que no es fácil alcanzar tal acuerdo implícito. En primer lugar, requiere que las empresas tengan intereses similares, para que puedan coordinarse entre sí. Segundo, tienen que ser capaces de vigilar el comportamiento de sus competidores y observar rápidamente cualquier posible desviación respecto a lo acordado, para poder tomar represalias. Un acuerdo entre rivales tiene muchas posibilidades de fracaso, entre otras cosas por la tendencia inherente de las empresas a comportarse de forma oportunista, rompiendo las reglas del juego para aumentar beneficios rápidamente. Sólo si las empresas tienen en cuenta el castigo que podría corresponderles en el futuro si se desviarán hoy (por ejemplo, una guerra de precios), es posible que el acuerdo sobreviva. Por tanto, el tercer requisito es que las empresas sean capaces de castigar tales desviaciones, y que el castigo que infrinjan satisfaga sus propios intereses a largo plazo. Por último, éste debe ser lo suficientemente severo para que el resto de empresas prefieran no romper el acuerdo.

En ocasiones, la reducción en el número de empresas y la redistribución de activos, que se produce en un mercado como consecuencia de una fusión, pueden hacer más fácil la colusión tácita. En ese caso, una fusión tiene *efectos cooperativos*.

B. EFECTOS UNILATERALES

Los *efectos unilaterales* son una consecuencia de la explotación del poder de mercado por parte de una sola empresa, independientemente de sus rivales. Un aumento de precios unilateral por parte de una empresa sólo será beneficioso si la consiguiente reducción de la demanda es compensada por el aumento de ingresos, derivado de cobrar un precio mayor a los consumidores que sigan comprando el producto. Es decir, únicamente en el caso de que la empresa tenga suficiente poder de mercado.

⁹ Maximizar los beneficios conjuntos puede consistir en algo más que aumentar directamente los precios o restringir la capacidad de producción, también puede llevarse a cabo reduciendo la calidad del producto.

Es posible que dos empresas productoras de bienes sustitutivos puedan aumentar su poder de mercado por medio de una fusión, al permitirles internalizar parte de las pérdidas asociadas con un aumento de precios. En otras palabras, una empresa podría reducir la elasticidad de la demanda de sus propios productos fusionándose con la empresa productora de aquellos que una parte de sus clientes hubiera adquirido, para ahorrarse el aumento de precios sufrido por los primeros. En este caso, una fusión tiene *efectos unilaterales*.

A pesar de que dicho aumento de precios unilateral por parte de la empresa resultante de la fusión se produce sin que exista colaboración con el resto de empresas, éstas pueden reaccionar a su vez aumentando ligeramente sus precios de forma unilateral. Sin embargo, tales *efectos secundarios* no podrán ser de gran magnitud, ya que, en ausencia de colusión, la competencia entre rivales frenará cualquier aumento significativo de los precios.

3. LA DEFINICIÓN DE DOMINIO COLECTIVO ANTES DEL CASO AIRTOURS

Una importante contribución de la reciente sentencia sobre el caso *Gencor/Lonrho* ha sido llevar el análisis del dominio colectivo hacia un terreno más económico, en el que se juzga la habilidad de las empresas para coordinarse tácitamente, como prueba de que sean capaces de ejercer colectivamente su poder de mercado. Dicha sentencia considera que la simple relación de interdependencia entre los miembros de un oligopolio puede provocar un vínculo suficientemente fuerte entre los mismos como para permitirles dominar conjuntamente el mercado.

De la misma manera, Peder CHRISTENSEN y Philip OWEN, funcionarios de la Dirección General de Competencia de la Comisión, confirmaron explícitamente esta interpretación en la edición de junio de la *EU Competition Policy*:

*«en los casos de dominio colectivo se debe determinar la probabilidad de que exista coordinación tácita en el mercado»*¹⁰.

Y asimismo, la contribución de la Comisión Europea a la mesa redonda sobre oligopolio, organizada por la OCDE en mayo de 1999, identificaba ambos conceptos:

«el impacto de una fusión sobre la interacción estratégica entre las empresas pertenecientes a un oligopolio es el punto focal del análisis del dominio oligopolístico en el contexto del control de concentraciones. La cuestión es deter-

¹⁰ Traducción libre de «... the question to assess in cases concerned with collective dominance is the likelihood of tacit co-ordination in the market», Comment on the Judgement of the CFI, p. 23 de Competition Policy Newsletter, junio de 1999, por Peder CHRISTENSEN y Philip OWEN.

minar si la interacción estratégica entre los oligopolistas estará caracterizada por coordinación tácita o competencia»¹¹.

Por último, conviene también mencionar la siguiente declaración de la OCDE con motivo de esta mesa redonda:

«Los estatutos de competencia de muchos miembros de la OCDE hacen referencia en sus provisiones sobre abusos de posiciones dominantes y/o control de concentraciones al “dominio colectivo”. El comportamiento anticompetitivo por parte de empresas dominantes colectivamente es muy similar a la interacción coordinada»¹².

En definitiva, antes de la decisión sobre el caso Airtours era comúnmente aceptado en el ámbito comunitario que una situación de dominio colectivo en un mercado requería la coordinación (al menos tácita) entre competidores.

4. EL CASO AIRTOURS

El 29 de abril de 1999, Airtours notificó a la Comisión su propósito de adquirir First Choice. Airtours y First Choice son dos empresas británicas con intereses en varios segmentos del negocio de venta de vacaciones en el Reino Unido e Irlanda, de entre los cuales el único mercado de referencia afectado por la concentración sería, según la Comisión, el mercado británico de paquetes de vacaciones con viajes cortos al extranjero.

La Comisión consideró que los paquetes de vacaciones que incluían vuelos al extranjero de más de dos horas de duración no estaban en el mismo mercado que los paquetes de vacaciones con vuelos al extranjero de menor duración. Una conclusión que contrastaba con previas decisiones comunitarias en esta industria, y con el punto de vista adoptado por la británica *Mergers and Monopolies Commission* en su informe sobre el mercado de los paquetes turísticos de vacaciones¹³. En ambas ocasiones se consideró que existía un único mercado para todo tipo de vacaciones en el extranjero. Airtours discutió la definición del mercado adoptada por la Comisión en este caso, basándose tanto en la gran sustituibilidad existente entre ambos tipos de paquetes turísticos desde el punto de vista de la oferta, como en su creciente convergencia en precios para niveles de calidad similares. Sin embargo, la Comisión no modificó su punto de vista.

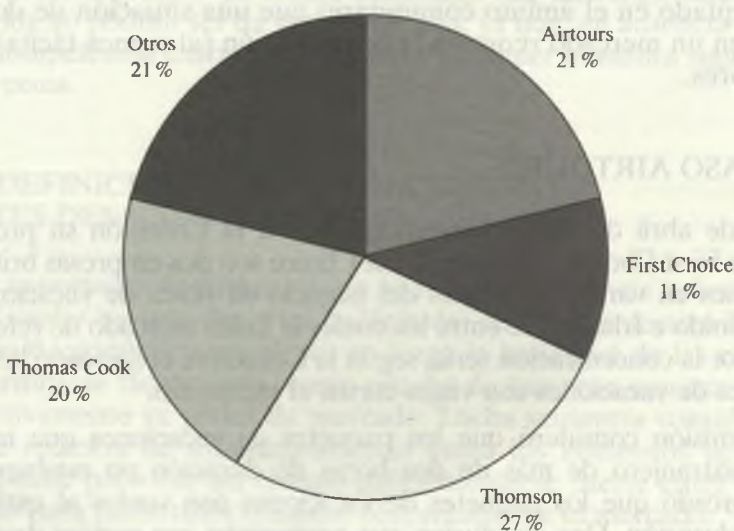
¹¹ Traducción libre de *«the merger impact on the strategic interaction between the firms belonging to the oligopoly is the focal point of the assessment of oligopolistic dominance in the context of merger control. The question is whether the post merger strategic interaction between the oligopolists will be characterised by tacit coordination or competition»*, Contribución de la Comisión Europea, OECD Roundtable on Oligopoly, 6-7 de mayo de 1999.

¹² Traducción libre de *«many OECD Members' competition statutes make reference in their abuse of dominance and/or merger review provisions to “collective dominance”. Anti-competitive behaviour by collectively dominant firms is very similar to co-ordinated interaction.»*, Background Paper, OECD Roundtable on Oligopoly, 6-7 de mayo de 1999.

¹³ *Report on Foreign Package Holidays* (1997), UK Merger and Monopolies Commission (MMC).

La definición del mercado de referencia consituye un paso muy importante dentro del análisis del dominio colectivo, porque determina la identidad de las empresas que deben ser incluidas en el mismo. En este caso reveló la existencia de dos tipos de competidores. Por un lado, los cuatro grandes tour operadores (Thomson, Airtours, Thomas Cook y First Choice), con una cuota de mercado conjunta alrededor del 80 por 100, y por otro lado, un número considerable de tour operadores independientes de menor tamaño, con el 20 por 100 restante del mercado.

Mercado Relevante en Volumen (verano de 1998) ¹⁴:



Los cuatro grandes tour operadores no sólo tenían cuotas de mercado mayores que el resto, sino que estaban verticalmente integrados con compañías de vuelos charter y agencias de viajes. El proceso de integración vertical de los tour operadores se ha acelerado especialmente en el Reino Unido durante los últimos años. Thomson y Airtours son casi autosuficientes en lo que a plazas en aviones se refiere y First Choice tiene una de las mayores compañías británicas de vuelos charter. Este último se ha convertido en uno de los mayores proveedores de vuelos charter para operadores independientes, por detrás de Monarch ¹⁵, empresa relacionada con el tour operador Cosmos, y el grupo Caledonian/Flying Colours, recientemente adquirido por Thomas Cook.

¹⁴ Decisión de la Comisión del 22 de septiembre de 1999. Caso núm. IV/M.1524-Airtours/First Choice.

¹⁵ Según información procedente de A. C. NIELSEN, citada por la Comisión en la decisión, Cosmos vendió el 2,9 por 100 de los paquetes turísticos con viajes cortos al extranjero adquiridos en el Reino Unido en el verano de 1998.

Tales diferencias inclinaron a la Comisión a considerar que los cuatro grandes operadores integrados podrían ser capaces de alcanzar el dominio colectivo del mercado, una posición que sería difícilmente combatida por los operadores independientes. En consecuencia, la Comisión procedió a analizar las características del mercado para determinar si tal posición era sostenible.

A. CARACTERÍSTICAS DEL MERCADO

Según la práctica habitual de la Comisión, se pueden distinguir dos etapas en el análisis del dominio colectivo en mercados oligopolísticos. Primero, la Comisión verifica si el mercado cumple una serie de condiciones que faciliten la coordinación entre competidores, ya que normalmente se identifica dominio colectivo con colusión, y, a continuación, determina si la fusión refuerza o crea tal situación en el mercado.

La literatura económica ha identificado una serie de factores propiciadores de situaciones colusivas que, con algunas variaciones, ha sido adoptada por la Comisión Europea y constituye la lista de criterios que aplica normalmente. Asimismo, el análisis de la autoridades de defensa de la competencia en Estados Unidos sobre los *efectos cooperativos* de las fusiones se basa en una serie de condiciones conocida como la *lista de Stigler*. Se pueden distinguir dos clases de condiciones entre las incluidas en dicha lista: primero, las que facilitan la cooperación entre rivales, y segundo, las que posibilitan detectar y castigar posibles desviaciones de lo implícitamente acordado. Entre las primeras se citan la homogeneidad de los productos o de las empresas; la existencia de reglas comunes para la fijación de precios u otras características del producto, y la facilidad para obtener información clave sobre los rivales y las condiciones del mercado. Entre las segundas, en cambio, se mencionan: la existencia de relaciones estrechas entre las empresas; ciertas características de las transacciones efectuadas en el mercado, como que éstas sean transparentes y frecuentes, y, por último, la estabilidad tanto de la demanda como de los costes.

En el caso Airtours en concreto, la Comisión consideró que el mercado relevante se caracterizaba por: i) homogeneidad del producto; ii) bajo crecimiento de la demanda, estabilidad de las cuotas de mercado; iii) grandes barreras a la entrada; iv) transparencia del mercado; v) baja elasticidad precio de la demanda; vi) insignificante poder de compra por parte de los clientes; vii) estructuras de costes similares, y viii) existencia de vínculos comerciales entre competidores. Sin embargo, dichas conclusiones no están libres de cierta controversia, ya que la evidencia empírica presentada por Airtours mostraba que los paquetes turísticos con viajes cortos al extranjero son en realidad productos altamente diferenciados, su demanda es bastante inestable y difícil de predecir, las cuotas de mercado son volátiles, no hay grandes barreras de entrada y no hay

transparencia sobre la capacidad de los rivales, entre otras cosas. A continuación analizaremos algunas de estas características con más detalle.

a) *Homogeneidad del producto*

Es comúnmente aceptado que la homogeneidad del producto aumenta los incentivos de las empresas para cooperar entre sí, con el objetivo de evitar competir despiadadamente en precios, y facilita los mecanismos de castigo que hacen sostenible tal comportamiento. Por otro lado, también es verdad que cuando los productos son homogéneos, las empresas tienen mayores incentivos para desviarse. Sin embargo, está claro que cuando el producto es homogéneo, es más fácil que las empresas cooperen entre sí, ya que los términos del acuerdo sólo dependerán de una cosa: el precio del producto.

De todas formas, estos argumentos no son relevantes en este contexto, puesto que estamos claramente ante un mercado de bienes diferenciados. En primer lugar, el mercado ofrece muchos tipos diferentes de paquetes turísticos, dependiendo de la calidad del hotel, la fecha de partida, el aeropuerto de salida, el país y centro turístico de destino, el tipo de consumidor y la clase de servicios contratados dentro de cada uno de los componentes del paquete turístico. Y, en segundo lugar, hay una gran variedad de precios.

A pesar de ello, la Comisión defendió la homogeneidad del producto, basándose en que la venta de un paquete turístico suponía la venta conjunta del vuelo y la estancia, e implicaba la compra a gran escala de ambos. Un argumento que, aplicado al pie de la letra en otros mercados, nos llevaría a considerar como bienes homogéneos, es decir, perfectamente sustitutivos, productos altamente dispares.

Paradójicamente, la Comisión aceptó la diferenciación del producto, afirmando que «*las diferencias entre los productos no impedirán la creación de una situación de dominio colectivo en este caso, debido al funcionamiento del mercado*»¹⁶. El funcionamiento del mercado fue explicado por la Comisión de la siguiente manera:

«*Los tour operadores maximizan beneficios optimizando el flujo de ingresos a partir del nivel de capacidad fijado de antemano. Dicha labor será obviamente más fácil si todos los tour operadores restringen sus niveles de capacidad. En efecto, en este contexto los oligopolistas no tendrán necesidad de coordinar sus precios... Lo verdaderamente importante es determinar la capacidad que se lanza al mercado*»¹⁷.

¹⁶ Traducción libre de «*product differences will not prevent the creation of collective dominance in this case, due to the way the market functions*», (párrafo 90, Decisión de la Comisión del 22 de septiembre de 1999, Caso núm. IV/M.1524-Airtours/First Choice).

¹⁷ Traducción libre de «*the tour operators maximise profits by maximising the revenue stream on this pre-fixed capacity. This task is obviously facilitated, if capacity is kept tight by all tour operators*».

En este contexto, se considera que la *capacidad de producción* de un tour operador es la cantidad de paquetes turísticos que decide poner a la venta. Hay que tener en cuenta que la coordinación en capacidades se considera, por lo general, una tarea mucho más difícil de llevar a cabo que la coordinación en precios. El mayor problema se deriva de los retardos temporales asociados con cualquier decisión de modificar el nivel de capacidad de una empresa. Los tour operadores deciden, con más de un año de antelación, la cantidad de paquetes turísticos que van a poner a la venta durante la temporada siguiente, y una vez comenzado el período de ventas sólo pueden aumentar en un 10 por 100 la capacidad prefijada. Por otro lado, la diferenciación del producto complica aún más las cosas, dado que requiere llegar a un acuerdo sobre cada una de las diferentes variedades de paquetes turísticos puestos a la venta.

b) *Bajo crecimiento de la demanda*

Es más fácil alcanzar un acuerdo colusivo cuando la demanda es estable ya que garantiza la obtención de beneficios en el futuro, y permite observar rápidamente posibles desviaciones del mismo.

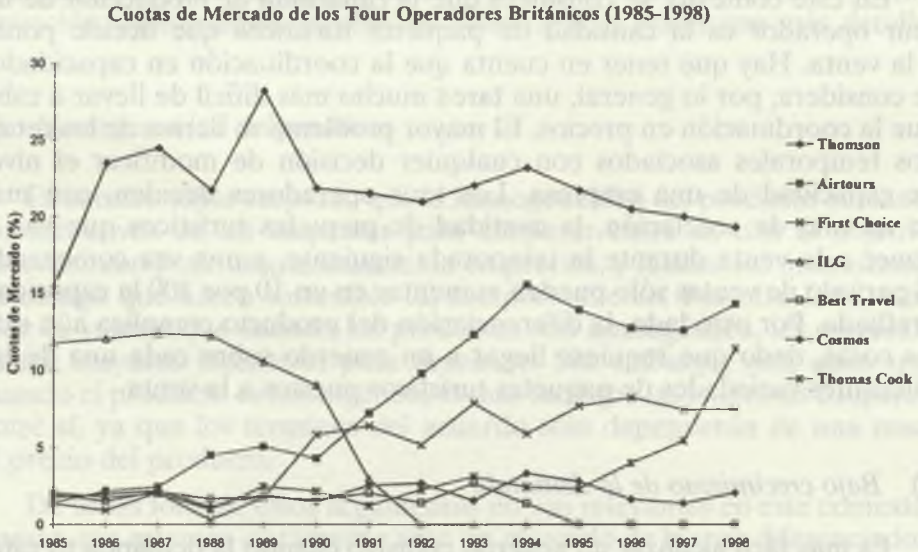
Sin embargo, la demanda de vacaciones depende en gran medida de la renta disponible, una variable muy difícil de predecir, y en particular la demanda de paquetes turísticos en el extranjero es bastante sensible a perturbaciones externas, como, por ejemplo, actos de terrorismo o catástrofes naturales. Así pues, cuando hay volatilidad de la demanda, como ocurre en este mercado, es más difícil distinguir claramente entre un descenso de la demanda causado por la desviación de un rival respecto a los términos de cooperación tácitamente acordados, y un descenso generalizado de la demanda. Por tanto, es más difícil alcanzar un acuerdo tácito entre competidores.

c) *Estabilidad de las cuotas de mercado*

La estabilidad de las cuotas de mercado ayuda a mantener un acuerdo colusivo, porque permite que la oferta se reparta más fácilmente entre los oligopolistas que participan en el acuerdo, basándose en las cuotas de mercado actuales.

Sin embargo, las cuotas de mercado en el mercado británico de los paquetes turísticos con viajes cortos al extranjero son bastante volátiles, como muestra el siguiente gráfico. Por un lado, Airtours y Thomas Cook han crecido considerablemente, y por otro, grandes empresas han abandonado el mercado en los últimos años.

Indeed, in this environment there is no need for the oligopolists, to co-ordinate on price... The crucial question is how much capacity is put onto the market», (párrafo 91, Decisión de la Comisión del 22 de septiembre de 1999, Caso núm. IV/M.1524-Airtours/First Choice).



Fuente: AC Nielsen

d) Barreras de entrada

Cuanto más elevadas son las barreras de entrada a un mercado, mayores son los beneficios derivados de mantener un acuerdo colusivo en el mismo. En cambio, si la entrada a un mercado es relativamente fácil, en el mejor de los casos, dicho acuerdo no reportará muchos beneficios, y, en el peor, no será posible de ninguna manera alcanzarlo.

En contra de lo determinado por la Comisión, las barreras de entrada en este mercado son bajas, como declaró la MMC en su reciente informe sobre este mercado, antes mencionado. Lo mismo ocurre con las barreras a la expansión de las empresas ya existentes en el mercado, puesto que puntos de venta, aviones y plazas hoteleras están al alcance de cualquier empresa que quiera expandirse.

Por otro lado, las economías de escala de las que puedan disfrutar los cuatro grandes tour operadores no suponen ningún obstáculo para la competitividad de los tour operadores de menor tamaño. La existencia de un alto grado de competencia para la provisión de plazas en hoteles y aviones permite a los tour operadores independientes ofrecer productos sustitutivos de los ofrecidos por los cuatro grandes a precios competitivos, ya que pueden obtener los *inputs* a un coste similar al incurrido por los operadores verticalmente integrados. Por tanto, este mercado admite dos tipos de competidores: bien empresas grandes y verticalmente integradas, bien empresas pequeñas e independientes. La evidencia empírica muestra que los tour operadores independientes de menor tamaño no ocupan

un segmento marginal del mercado, como concluyó la Comisión, sino que son capaces de competir eficientemente con los cuatro grandes.

e) *Transparencia del mercado*

Por último, es generalmente aceptado que cuanto más información tengan las empresas sobre las acciones de sus rivales, es decir, cuanto más transparente sea el mercado, más fácil será fijar tácitamente los términos de un acuerdo colusivo, y más rápidamente se descubrirán desviaciones del mismo.

La Comisión adujo que la transparencia de precios durante la temporada de venta de los paquetes de vacaciones constituía un indicio de que era posible la colusión en este mercado. Sin embargo, la única forma de alcanzar la colusión tácita en este mercado es ponerse de acuerdo sobre niveles de capacidad. Tal coordinación requiere tomar decisiones con más de un año de antelación a la temporada de ventas, en la que los precios son finalmente transparentes. Por tanto, la única forma de transparencia que ayudaría a alcanzar la colusión en este mercado sería aquella que hiciese referencia a los niveles de capacidad fijados por las empresas para cada uno de sus productos durante el período de planificación de la oferta. Pero tal transparencia no existe.

B. DOMINIO COLECTIVO SIN COLUSIÓN: ¿UNA NUEVA DEFINICIÓN?

Tras haber determinado que un mercado satisface una serie de condiciones que facilitan la coordinación entre competidores, lo natural es comprobar si tal cooperación existe o podría existir como consecuencia de la fusión. Sin embargo, es en este último punto donde nace la polémica provocada por esta decisión. La innovación de la Comisión en la decisión sobre Airtours ha consistido en eliminar este paso, considerando que es posible una situación de dominio colectivo sin que haya coordinación entre competidores.

Es importante mencionar que el análisis de las condiciones que facilitan la colusión tácita, descrito en la sección anterior, sólo tiene sentido si está dirigido a determinar la existencia de la misma. Entre otras cosas, porque en algunos casos dichas condiciones pueden tener efectos opuestos cuando se trata de determinar el impacto de una acción unilateral por parte de una empresa sobre la competencia del mercado, como ocurre, por ejemplo, con la homogeneidad del producto.

La Comisión declaró que los oligopolistas pueden alcanzar una situación de dominio colectivo actuando de forma unilateral de manera que se vea reducido el nivel de competencia del mercado:

«... el que los oligopolistas tengan que actuar siempre como si existiera un acuerdo explícito entre ellos (sobre fijación de precios o capacidades, o repar-

ción del mercado) no es condición necesaria del dominio colectivo. Es suficiente que la fusión convierta en racional para los oligopolistas, como respuesta a las condiciones del mercado, el actuar individualmente de forma que la competencia se vea significativamente reducida y, por tanto, puedan actuar, de forma apreciable, independientemente de sus competidores, clientes y consumidores»¹⁸.

En definitiva, la Comisión optó por elegir una nueva definición de dominio colectivo en la que no es necesaria la cooperación entre competidores, sino que se deriva simplemente del comportamiento individual de los mismos. Asimismo, negó la importancia de los mecanismos de castigo, como se refleja en el siguiente extracto de la decisión:

«... la Comisión ni ha sugerido, ni considera que todas las condiciones tengan que estar presentes y/o ser intensificadas como consecuencia de la fusión para que se produzca una situación de dominio colectivo. Tampoco requiere la existencia de un mecanismo de castigo estricto, tal como el propuesto por Airtours, pues, según la Comisión, en un mercado donde los incentivos para reducir la competencia son elevados, no tiene por qué ser necesario que haya sistemas de coerción»¹⁹.

Es difícil de entender la postura de la Comisión. En primer lugar, concluye, aunque sea de forma discutible, que el mercado satisface las condiciones que hacen sostenible un acuerdo colusivo. Y a continuación, cuando descubre que la colusión no es factible porque no es posible castigar a los oportunistas de manera efectiva, declara que en este caso tal castigo no es necesario, porque el dominio colectivo se producirá de cualquier forma como consecuencia de actuaciones unilaterales, sin que medie la cooperación entre competidores. Dicha conclusión no tiene en cuenta lo arriesgado que es intentar trazar una línea divisoria entre la competencia oligopolística (donde los precios pueden fijarse por encima del nivel perfectamente competitivo debido a la reconocida interdependencia entre los competidores), y la fijación de precios de forma anticompetitiva en ausencia de colusión.

La única interpretación posible de las palabras de la Comisión es pensar que se esté refiriendo a los llamados *efectos unilaterales* de una

¹⁸ Traducción libre de «... it is not a necessary condition of collective dominance for the oligopolists always to behave as if there were one or more explicit agreements (e.g. to fix prices or capacity, or share the market) between them. It is sufficient that the merger makes it rational for the oligopolists, in adapting themselves to market conditions, to act —individually— in ways which will substantially reduce competition between them, and as a result of which they may act, to an appreciable extent, independently of competitors, customers and consumers» (párrafo 54, Decisión de la Comisión del 22 de septiembre de 1999, Caso núm. IV/M.1524-Airtours/First Choice).

¹⁹ Traducción libre de «... the Commission did not suggest, nor does it consider, that all of the features have to be present and/or aggravated by the merger in order for collective dominance to arise in a given case. Nor does it regard a strict retaliation mechanism, such as the proposed by Airtours in its reply to the Statement of Objections, as a necessary condition for collective dominance in this case; where as here, there are strong incentives to reduce competitive action, coercion may be unnecessary...» (párrafo 55, Decisión de la Comisión del 22 de septiembre de 1999, Caso núm. IV/M.1524-Airtours/First Choice).

fusión, a pesar de que el dominio colectivo se haya venido asociando hasta ahora con los *efectos cooperativos*. Según esta interpretación, la empresa resultante de la fusión puede aumentar sus beneficios por medio de un aumento unilateral de precios (causado por una restricción de su nivel de capacidad, por ejemplo), si la fusión se ha producido entre empresas productoras de sustitutos cercanos en un mercado de productos diferenciados. De esta manera, los consumidores que antes de la fusión hubieran adquirido los productos producidos por el rival con el que se han fusionado, como consecuencia de tal aumento de precios, adquirirán ahora productos de la empresa resultante de la fusión.

Es posible, como he mencionado antes, que se produzca una reacción similar en las empresas ajenas a la fusión, que también pueden optar por aumentar sus precios unilateralmente tras la fusión (restringiendo a su vez sus niveles de capacidad), pero dichos *efectos secundarios* no serán de gran magnitud. Es importante recordar que los efectos anti-competitivos unilaterales de una fusión se asocian comúnmente con posiciones dominantes por parte de una sola empresa, pues sólo en ese caso pueden alcanzar una dimensión suficiente como para ser considerados motivos de prohibición de la misma. En este sentido, la cuota de mercado por encima de la cual se considera que una empresa puede dominar un mercado por sí sola suele estar por encima del 40 por 100, lo que contrasta con la cuota que alcanzarían conjuntamente Airtours y First Choice tras la fusión, de sólo un 32 por 100.

C. LA COLUSIÓN TÁCITA NO ES FACTIBLE EN ESTE MERCADO

Como se desprende del análisis realizado hasta ahora, la competencia en este mercado se produce en dos etapas: la etapa de planificación de la oferta, en la que las empresas fijan sus niveles de capacidad, y la etapa de ventas, en la que determinan los precios de los paquetes turísticos. Las características del mercado impiden a los tour operadores tanto aumentar los precios conjuntamente durante la temporada de ventas, como coordinarse para restringir sus niveles de capacidad durante la temporada de planificación de la oferta.

Por un lado, los tour operadores no son capaces de coordinar sus precios durante la temporada de ventas porque tienen demasiados incentivos para vender todos los paquetes turísticos que puedan. Esta conclusión es consecuencia de la naturaleza perecedera del producto, y del hecho de que los tour operadores necesiten vender al menos el 95 por 100 de las vacaciones que hayan puesto a la venta para obtener beneficios²⁰. Por tanto, el precio será impuesto por la adecuación de la demanda y la oferta, que a su vez es determinada por la capacidad fijada de antemano.

²⁰ Párrafo 60, Decisión de la Comisión del 22 de septiembre de 1999, Caso núm. IV/M.1524-Airtours/First Choice.

Por otro lado, la coordinación en precios durante la etapa de ventas requeriría que las empresas fueran capaces de disciplinar a los oportunistas, por ejemplo, llevando a cabo guerras de precios. Sin embargo, la restricción de capacidad que caracteriza a este período imposibilita tal medida, ya que las empresas que implementen el castigo serían incapaces de cubrir la demanda adicional provocada por la guerra de precios. De esta situación se derivan dos consecuencias: primero, que la empresa supuestamente castigada no sufriría realmente ningún perjuicio, puesto que no perdería muchos consumidores, y segundo, que el castigo sería demasiado costoso para las empresas que lo implementaran. Si no hubiera restricciones de capacidad, las empresas que implementaran el castigo obtendrían al menos un mayor número de consumidores, y el aumento en ventas compensaría parcialmente la caída de los precios, pero al no poder cubrir la demanda adicional sólo consiguen una reducción en sus propios precios.

Por tanto, el único castigo posible en un mercado de estas características consistiría en posponer la guerra de precios hasta la siguiente temporada de ventas, incrementando suficientemente la capacidad en el momento en que se descubre la desviación, es decir, coordinando los niveles de capacidad durante la temporada de planificación de la oferta para el año siguiente. Sin embargo, tal castigo no sería efectivo tampoco, porque un rasgo importante la efectividad del mismo debe ser su inmediatez. Primero, porque la amenaza de enfrentarse a un posible castigo en el futuro pesa menos a los ojos del oportunista, que los beneficios que pueda obtener a corto plazo por desviarse. Segundo, porque cuando transcurre demasiado tiempo entre la desviación y el castigo es más difícil interpretarlo como tal.

La Comisión, al tanto de las dificultades existentes en este mercado para llevar a cabo la coordinación entre competidores, justificó su interpretación del dominio colectivo en este caso, afirmando que los tour operadores tienen incentivos para poner la menor cantidad posible de paquetes turísticos a la venta, con el objetivo de mantener los precios elevados:

«... cualquier decisión por parte de un tour operador para intentar aumentar su cuota de mercado por medio de un incremento de capacidad (i. e. poniendo más vacaciones a la venta) conducirá a una caída de los precios a no ser que sus competidores reduzcan su propia cuota de mercado de forma equivalente disminuyendo a su vez su propia oferta»²¹.

Sin embargo, dicha afirmación no es más que una consecuencia de que la demanda tiene pendiente negativa, es decir, los precios son mayores cuanto menor es la cantidad de paquetes turísticos puesta a la venta por los tour operadores. En definitiva, aunque es cierto que cualquier empresa

²¹ Traducción libre de «any decision by a tour operator to try to increase market share by increasing capacity (i.e. by offering more holidays for sale) will lead to a fall in prices unless competitors reduce their share by an equivalent amount by cutting supply» (párrafo 66, Decisión de la Comisión del 22 de septiembre de 1999, Caso núm. IV/M.1524-Airtours/First Choice).

tiene incentivos para aumentar sus precios (por ejemplo, restringiendo su oferta) y así obtener más beneficios, lo realmente importante es comprobar si es capaz de hacerlo.

5. CONCLUSIÓN

El dominio colectivo es un instrumento importante en el control de concentraciones, pero sólo podrá ser utilizado de forma efectiva si existe un claro entendimiento del mismo. Antes del caso Airtours se daba por entendido que el análisis del dominio colectivo consistía en determinar si las empresas eran capaces de coordinarse tácitamente. Sin embargo, con esta decisión, la Comisión no sólo defendió una postura discutible en cuanto a la descripción de las características del mercado, sino que declaró que el dominio colectivo no tiene por qué estar relacionado con la coordinación entre competidores.

Por un lado, la Comisión determinó que el mercado británico de paquetes turísticos con viajes cortos al extranjero es un mercado de productos homogéneos, con cuotas de mercado estables y elevadas barreras de entrada. Mientras que la evidencia empírica aportada por Airtours indicaba que los paquetes turísticos son productos diferenciados, las cuotas de mercado son bastante volátiles y las barreras a la entrada de nuevos operadores son relativamente bajas. Y por otro lado, si aceptamos que dominio colectivo es equivalente a colusión tácita, el hecho de que las empresas estén obligadas a fijar su capacidad con más de un año de antelación a la temporada de venta, hace especialmente difícil la cooperación entre competidores, pues imposibilita la implementación de castigos efectivos para los que se desvíen del acuerdo alcanzado tácitamente. Por tanto, siendo fieles a la práctica de la Comisión, no se debería haber llegado a analizar la posible creación de una situación dominio colectivo en un mercado que no es realmente propicio a que se produzca tal situación.

La Comisión, concedora de los obstáculos encontrados para determinar la existencia de colusión, decidió ampliar la interpretación de dominio colectivo, declarando que en este caso se podría entender como tal una situación en la que las empresas actúen *individualmente* de forma que se vea reducido el nivel de competencia en el mercado. Sin embargo, la afirmación de que es posible ejercer el poder de mercado de forma colectiva sin necesidad de cooperar ha provocado una gran polémica en el entorno comunitario.

La única interpretación posible de la definición del término de dominio colectivo adoptada por la Comisión en este caso se encuentra en la teoría de los *efectos unilaterales*, según la cual Airtours/First Choice hubiera sido capaz de actuar unilateralmente de forma anticompetitiva tras la fusión y, asimismo, posiblemente sus rivales hubieran podido reaccionar actuando a su vez de forma unilateral en la misma dirección, aun-

que en menor medida. Pero ¿es factible tal resultado? Y si lo es, ¿cuál hubiera sido su magnitud? Utilizar la teoría de los *efectos unilaterales* para bloquear una fusión que no supone una concentración de más del 30 por 100 de un mercado, y en el que existen dos competidores del mismo tamaño de la empresa resultante de la fusión, hubiera requerido al menos responder estas preguntas.

En cambio, la Comisión no profundizó en esta dirección, sino que se limitó a bloquear la fusión el 29 de septiembre de 1999, declarando que hubiera creado una situación de dominio colectivo por parte de los cuatro grandes tour operadores británicos.

ACUERDOS DE INTERLÍNEA SUSCRITOS POR LAS PRINCIPALES COMPAÑÍAS AÉREAS ESPAÑOLAS. FUNCIONAMIENTO Y EFECTOS

Inmaculada SANZ SANZ *

Subdirectora General Adjunta de Conductas Restrictivas de la Competencia.

Servicio de Defensa de la Competencia

1. INTRODUCCIÓN

En este artículo analizaremos la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 29 de noviembre de 1999 (Expte. 432/98, Líneas Aéreas). El expediente fue iniciado de oficio por el Servicio contra Iberia Líneas Aéreas de España, S. A. (Iberia), Spanair, S. A. (Spanair), Air España, S. A. (Air España), y Aviaco, S. A. (Aviaco), por supuestas conductas prohibidas por la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), consistentes en:

1.º La aprobación de cinco Acuerdos de Interlínea, suscritos dos a dos por las cuatro Compañías imputadas, incursos en la prohibición del artículo 1.1.a) LDC, puesto que no contenían ningún mecanismo de compensación entre billetes normales y promocionales.

2.º Dichos Acuerdos de Interlínea fueron aprovechados por las Compañías imputadas para concertar un incremento simultáneo y homogéneo de tarifas, incurriendo en una práctica concertada prohibida por el artículo 1.1.a) LDC.

3.º Las Compañías imputadas incurrieron en un abuso de posición de dominio colectivo en el mercado del transporte aéreo regular nacional, prohibido por el artículo 6.1 LDC.

El Tribunal de Defensa de la Competencia resolvió, en la Resolución analizada, que tan sólo consideraba acreditada la conducta descrita en el primer punto.

La virtualidad que tiene el análisis de la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia es que presenta numerosos asuntos interesantes para todos los que nos dedicamos al Derecho de la Competencia.

* Las opiniones vertidas en este artículo son estrictamente personales y no comprometen al Servicio de Defensa de la Competencia.

En primer lugar, debemos destacar la dificultad que entraña para los órganos de competencia poder acreditar la existencia de conductas restrictivas por parte de las Compañías que operan en el sector de transporte aéreo, debido a la importante protección que la legislación comunitaria otorga a este sector, al considerar, por ejemplo, que los Acuerdos de Interlínea están exentos, e incluso, permite que se establezcan de forma impune consultas tarifarias entre dichas Compañías. Para abordar esta cuestión explicaremos la definición y tipología de los Acuerdos de Interlínea, así como la legislación comunitaria aplicable a los mismos, para terminar analizando las dificultades que dicha legislación conlleva.

En segundo lugar, resulta interesante analizar el razonamiento que utiliza el Tribunal para considerar los Acuerdos de Interlínea españoles como restrictivos, máxime cuando se incluye para cuantificar el importe de la sanción una interesante doctrina acerca de la «intencionalidad» con la que actuaron las Compañías imputadas, así como el curioso análisis que realiza el Tribunal acerca de la carencia de efectos en el mercado de dichos Acuerdos.

En tercer lugar, resulta clave en el presente artículo el debate abierto existente entre los criterios del Servicio, del Tribunal, y del Voto particular sobre si resulta acreditada la existencia de prácticas concertadas entre las Compañías Aéreas para incrementar de forma simultánea y homogénea las tarifas, así como la utilización de la prueba de presunciones como técnica procesal frente al principio de presunción de inocencia que invoca el Tribunal en su Resolución. Para desentrañar toda esta discusión, en primer lugar, se aborda la definición de práctica concertada y la utilización de la prueba de presunciones, para describir a continuación con el máximo detalle los argumentos utilizados por el Servicio, el Tribunal y el Voto particular a fin de que el lector decida y opine. Finalmente, se analiza la utilización del principio de presunción de inocencia en la Resolución objeto de estudio.

En cuarto lugar, abordaremos el supuesto abuso de posición de dominio conjunto que las Compañías imputadas ejercieron en el mercado del transporte aéreo regular nacional. Para ello, nos acercaremos al debate doctrinal existente sobre el concepto de posición de dominio conjunta, y trataremos de desentrañar su aplicación en el presente caso.

Por último, no quería terminar este artículo sin mencionar la importante novedad surgida a lo largo de la instrucción del expediente objeto de análisis, cual es la interposición de una querrela criminal ante la Audiencia Nacional contra las Compañías Aéreas imputadas por una conducta prohibida por el artículo 284 del Código Penal (CP), consistente en una supuesta maquinación para alterar el precio de las cosas. Se ha intentado en el presente artículo analizar las implicaciones penales del Derecho de la Competencia, así como determinar claramente la delimitación entre el ilícito penal y el ilícito administrativo sancionador, a fin de que el primero sea utilizado con cierta prudencia.

2. ACUERDOS INTERLÍNEA. DEFINICIÓN Y TIPOLOGÍA

La celebración de Acuerdos de Interlínea entre Compañías Aéreas es una práctica habitual no sólo en los mercados domésticos, sino también entre distintas Compañías comunitarias, y entre éstas y las Compañías pertenecientes a países terceros.

Se puede definir un Acuerdo de Interlínea como: «Acuerdo o concierto de voluntades entre Compañías Aéreas nacionales, comunitarias e internacionales que adoptan entre sí diversos compromisos como la venta mutua de billetes, el endoso de billetes o la aceptación mutua de pasaje. Cuando dichos Acuerdos se producen se suele adoptar también algún tipo de compromiso acerca del sistema de reembolso, para poder modular la posible compensación que deba existir entre las Compañías participantes en dichos Acuerdos que utilicen diferentes tarifas.»

El propio Reglamento (CEE) núm. 3975/1987 del Consejo, de 14 de diciembre de 1987, por el que se establecen las normas de desarrollo de las reglas de competencia para empresas del sector del transporte aéreo (DOCE L, núm. 374, de 31 de diciembre de 1987), considera exentos los Acuerdos de Interlínea que los define como:

«acuerdos en cuanto a la venta, endoso y aceptación de pasajes entre compañías aéreas (*interlining*), así como los sistemas de reembolso, de prorrato y de contabilidad establecidos a dichos efectos».

Las enormes ventajas que dichos Acuerdos conllevan tanto para los distintos operadores de transporte aéreo como para los consumidores finales, convierten a dichos Acuerdos en Acuerdos pro-competitivos y, por tanto, sujetos a los Reglamentos comunitarios de exención por categorías, lo que supone la no aplicación del artículo 85 (nuevo art. 81) del Tratado CEE. Las principales ventajas de dichos Acuerdos las suelen obtener las Compañías Aéreas de pequeña dimensión, dado que no cuentan con suficiente número de aeronaves ni con suficientes «*slots*» o derechos de aterrizaje y despegue, pudiendo utilizar flotas y *slots* de otras Compañías mediante estos Acuerdos, que les permiten alcanzar indirectamente destinos y frecuencias que serían inaccesibles para ellos.

No obstante, debemos analizar la distinta tipología de Acuerdos de Interlínea para ver sus contornos precisos y la aplicación del principio general de exención a dichos Acuerdos, para finalmente someter a análisis los Acuerdos de Interlínea celebrados entre las principales Compañías Aéreas españolas.

En primer lugar, en cuanto a los tipos de Acuerdos de Interlínea la Comisión ha definido los que a continuación se describen, tipología que la Resolución analizada recoge con claridad y precisión:

a) Acuerdos de Interlínea Simple: Se trata de aquellos Acuerdos en que la tarifa interliniable de la ruta en la que se acuerda el interlínea

resulta de la suma de las tarifas básicas que cada una de las Compañías Aéreas, que participan en el Acuerdo, aplica en cada trayecto.

Las ventajas que presentan este tipo de Acuerdos consisten en la comodidad para el viajero de tener un solo billete para dos trayectos, si bien no experimenta ningún tipo de ahorro o descuento en la tarifa, que es la simple adición del precio de ambos trayectos. En cuanto a los beneficios que obtiene el oferente de los servicios consisten en que incrementan el número de asientos kilómetros ocupados, y, además, permite poder satisfacer la demanda de sus clientes aunque no opere en el trayecto que puede ofertar a dicho cliente.

b) Acuerdos de Interlínea con Descuento: El objeto de dichos Acuerdos no es sólo la adición en el mismo billete de trayectos operados por diferentes Compañías, sino que se introduce un descuento en la tarifa global aplicable.

En este caso se plantea el problema de la determinación del precio final con descuento. Para facilitar esta labor a las Compañías Aéreas implicadas en los Acuerdos, la IATA¹ ha fijado, para los tráficos internacionales y para cada ruta, una tarifa interlineable. Así, las Compañías pueden decidir aplicar dicha tarifa directamente, o bien negociar otra más conveniente, o bien pueden acordar posteriormente, en el marco de las consultas, el reparto de la tarifa estipulada entre las Compañías que suscriben dichos Acuerdos.

c) Acuerdos de Interlínea «*Re-routing*»: Dichos Acuerdos incorporan dos beneficios para los usuarios. El primero de éstos es la posibilidad de intercambiar los billetes entre las Compañías que suscriben los Acuerdos en los trayectos en los cuales compiten. El segundo beneficio para el usuario es la posibilidad de que éstos puedan modificar la composición del trayecto combinado sin ningún coste adicional, siempre que la desviación del trayecto no eleve la longitud de la ruta más de un 20 por 100.

En segundo lugar, una vez descritos los principales tipos de Acuerdos de Interlínea existentes en el tráfico aéreo comunitario, trataremos de describir en qué consistían los Acuerdos suscritos por las Líneas Aéreas Españolas el pasado 25 de abril de 1997, siguiendo la descripción de hechos probados de la Resolución del Tribunal:

1. Con fecha 25 de abril de 1997, Iberia y Aviaco suscribieron con Spanair y Air España cuatro Acuerdos de Interlínea, dos a dos, con un contenido idéntico y con un período de validez de un año natural. Dichos Acuerdos contemplan la «interlineabilidad directa» o ausencia de compensación de los billetes de la clase «Club» de Air España y los billetes de la clase «Avant» de Spanair con los billetes de la clase «Turista» de Iberia y Aviaco.

¹ International Aviation Transportation Association (IATA).

2. Con fecha 25 de abril de 1997, Spanair y Air España suscribieron un Acuerdo de Interlínea similar a los descritos en el apartado anterior, si bien a diferencia de los anteriores contempla la «interlineabilidad directa» de los billetes de la clase «Avant» emitidos por Spanair con los billetes de la clase «Club» de Air España, así como la de los billetes de la clase «Turista» entre las dos Compañías.

3. Los días 10, 14, 16 y 17 de abril de 1997, las Compañías Spanair, Air España, Iberia, Aviaco y Binter Canarias, respectivamente, decidieron movimientos tarifarios que entrarían en vigor al mismo tiempo el día 25 de abril de 1997. Por un lado, Spanair y Air España elevaron sus tarifas preferentes, hasta igualarlas a la tarifa turista de Iberia, e incrementaron sus tarifas de clase turista y promocionales. Por otro lado, Iberia aumentó exclusivamente sus tarifas promocionales, manteniendo inalteradas el resto; Aviaco elevó sus tarifas promocionales y el precio de la categoría turista en alguna de sus rutas, mientras que Binter Canarias incrementó sus tarifas en mil pesetas de forma lineal en todos los trayectos.

Finalmente, resulta imprescindible a efectos de poder realizar una valoración jurídica sobre los Acuerdos de Interlínea españoles, encuadrar a éstos en la tipología descrita anteriormente. Si bien es verdad que estamos ante una cuestión que no resulta fácil, pues a primera vista parece un Acuerdo Simple dado que el precio de los trayectos combinados o tarifa interlineable se obtiene mediante la adición del precio de los trayectos que componen cada ruta.

Sin embargo, el Tribunal en su Resolución considera que dichos Acuerdos no sólo pueden encuadrarse como Acuerdos de Interlínea Simples, puesto que también comparten alguna característica típica de los Acuerdos de «*Re-routing*» como es el hecho de que puedan canjearse billetes en el aeropuerto, ahora bien, sin la posibilidad de alterar la composición de la ruta en menos de un 20 por 100. El problema es que en los Acuerdos españoles el posible canje de billetes está muy limitado, debido a que tan sólo se permite canjear billetes de categorías semejantes en los Acuerdos de Interlíneas entre Spanair y Air España, pero no en el resto de los Acuerdos suscritos. Así, un billete de la clase «Club» de Air España o Spanair es canjeable por un billete de la clase «Turista» de Iberia, y al revés del mismo modo.

3. LEGISLACIÓN COMUNITARIA APLICABLE A LOS ACUERDOS DE INTERLÍNEA

El transporte aéreo ha sido un sector absolutamente regulado, y durante años las Compañías de transporte aéreo han estado protegidas de las reglas de la competencia, sin que sus actuaciones se hayan regido por el libre juego de la oferta y la demanda. Además, en la mayoría de los Estados miembros existe una Compañía Aérea bandera, que ocupa

una alta cuota del mercado doméstico, y que no es sino una reminiscencia de la época en que dichas Compañías eran propiedad del Estado, en la mayoría de los casos eran empresas públicas que cubrían en exclusiva la totalidad de los vuelos domésticos y compartían los trayectos internacionales con las compañías de bandera del lugar de destino.

Progresivamente, se ha ido liberalizando el transporte aéreo en la Unión Europea. En primer lugar, mediante la privatización en los distintos Estados miembros de las distintas Compañías Aéreas. En segundo lugar, se está intentando que se incremente el grado de competencia entre las mismas no sólo en el mercado geográfico doméstico de los distintos Estados miembros, sino también en el interior del espacio económico europeo, e incluso, últimamente en el mercado internacional, sobre todo en las relaciones comerciales con Estados Unidos.

No obstante, la Comunidad ha decidido que dicha liberalización no se produjese de forma brusca y sin establecer determinadas garantías para la Compañías Aéreas que ya operaban. Por ello, las instituciones comunitarias han adoptado sucesivamente, en tres épocas diferentes, una serie de Reglamentos que tratan de incrementar el grado de liberalización del sector aéreo, y que son los siguientes:

1. En 1987, se aprobaron dos Reglamentos: el Reglamento (CEE) núm. 3975/1987 del Consejo, ya mencionado en el apartado anterior, que establece el procedimiento de aplicación de las reglas de competencia al transporte aéreo; y el Reglamento (CEE) núm. 3976/1987 del Consejo, de 14 de diciembre de 1987, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos y prácticas concertadas en el sector del transporte aéreo.

A los efectos de los Acuerdos analizados en el presente artículo, el Reglamento (CEE) núm. 3975/1987, en la letra *j*) de la lista contemplada en el artículo 2, estipula que los acuerdos «*intelinig*» están exentos de la aplicación del artículo 85.1 del Tratado (hoy 81.1). En cuanto al Reglamento (CEE) núm. 3976/1987, la Comisión considera exentos los acuerdos relativos a planificación y coordinación conjunta de la capacidad, reparto de ingresos, consulta sobre tarifas, precios y condiciones, asignación de períodos horarios o «*slots*» en los aeropuertos, y compra conjunta, desarrollo y explotación de sistemas informatizados de reservas.

En esta época se adoptó también el Reglamento (CEE) núm. 2671/1988, en el que se estipulaba que las consultas sobre tarifas regulares entre Compañías Aéreas estaban exentas de la aplicación del principio de prohibición del artículo 85.1 del Tratado.

2. En 1990 la Comisión trató de incrementar la liberalización del sector aéreo y, para ello, adoptó un Reglamento que modificaba el Reglamento (CEE) núm. 2671/1988, el Reglamento (CEE) núm. 84/1991 de la Comisión, de 5 de diciembre de 1990, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos, decisiones y prácticas concertadas que tengan por objeto la planificación

conjunta y la coordinación de las capacidades, las consultas relativas a las tarifas de transporte de pasajeros y mercancías en los servicios aéreos regulares y la asignación de períodos horarios en los aeropuertos.

En dicho Reglamento se introducen limitaciones a la exención en el artículo 5, señalando expresamente que podrá retirarse el beneficio de la exención cuando las consultas sobre tarifas determinen una ausencia de competencia de precios en una ruta o un grupo de rutas aéreas.

3. Finalmente, en 1992, se adoptó el Reglamento (CEE) núm. 2409/1992, que prevé la libertad de las Compañías Aéreas para fijar sus propias tarifas sin intervención, en principio, de las autoridades públicas.

En esta misma época se modificó el Reglamento núm. 84/1991, promulgándose el Reglamento(CEE) núm. 1617/1993 de la Comisión, de 25 de junio de 1993, con el mismo título que el anterior, pero con contenido mucho más restrictivo respecto a la aplicación de la exención en las consultas sobre tarifas en los acuerdos «*interlining*». Se determina que dichas consultas no pueden tener por efecto eliminar la competencia, estableciendo el cumplimiento de una serie de requisitos. Así, las consultas deben:

- a) limitarse al establecimiento de tarifas que favorezcan el «*interlining*» efectivo;
- b) que la participación en las mismas sea facultativa;
- c) no conduzcan a un acuerdo sobre tarifas o condiciones afines;
- d) la Comisión y los Estados miembros interesados, en aras de una mayor transparencia, puedan participar en dichas consultas en calidad de observadores;
- e) las Compañías Aéreas que participen en el sistema de consultas estén obligadas a «*interlining*» con las demás Compañías Aéreas interesadas, aplicando las tarifas que utilice la Compañía Aérea para la categoría de tarifas de discusión.

A continuación, y una vez analizada la legislación comunitaria relativa a los Acuerdos de Interlínea, cabe plantearse la visión que tiene la Comisión acerca de la interpretación amplia o restrictiva del contenido de la exención aplicable a los Acuerdos de Interlínea, así como la efectividad de dichas medidas de liberalización y la apertura real a las normas de competencia de un sector tan ampliamente protegido.

En cuanto a la interpretación de la legislación mencionada, en el XX Informe sobre la Política de la Competencia del año 1990, la Comisión señaló respecto a los Acuerdos de Interlínea:

«La Comisión ha estudiado la compatibilidad del sistema interlínea con las normas de la competencia. El sistema interlínea se basa fundamentalmente en un acuerdo de la IATA en virtud del cual la mayor parte de las compañías aéreas del mundo autorizan a los demás signatarios a vender sus servicios. Por consiguiente, las agencias de viajes pueden ofrecer

a los pasajeros un único billete que da acceso a los servicios de diferentes transportistas (y permite, por ejemplo, hacer el viaje de ida en un vuelo de la compañía que realice la misma ruta, o proseguir el viaje hacia lugares a los que la compañía que expide el billete no vuela).

El sistema interlínea es beneficioso para las compañías, las agencias de viajes y los pasajeros, especialmente los que efectúan viajes de negocios; permite expedir billetes para viajes con diversas conexiones y hace posible una utilización flexible de dichos billetes, con un mínimo de restricciones.

Los pactos por los que se conceden facilidades interlínea deben considerarse como acuerdos de cooperación técnica. Por tanto, la Comisión estima que, en sí mismos, no restringen la competencia y que pueden acogerse a la excepción a favor de determinados acuerdos técnicos contemplada en el artículo 3 del Reglamento núm. 3975/1987 del Consejo.

No obstante, dado que dichos acuerdos llevan a las compañías a pactar mutuamente sus tarifas, podrían plantear problemas en relación con las normas de competencia. En la excepción por categorías, la Comisión admite que las consultas sobre tarifas, al facilitar el reembolso o prorrateo entre compañías, pueden contribuir a la aceptación general de las condiciones interlíneas. Por consiguiente, la Comisión acepta que las compañías aéreas puedan intercambiar información sobre sus intenciones en materia de tarifas.»

Puede deducirse con la simple lectura del contenido del Informe de la Comisión, que ésta permite que las Compañías Aéreas intercambien información acerca de las tarifas que van a aplicar en materia de Acuerdos de Interlínea, si bien olvida los límites impuestos a dicha exención en el último Reglamento sobre la materia, el núm. 1617/1993, así como los importantes efectos restrictivos que dichos Acuerdos pueden conllevar, especialmente porque de una forma absolutamente impune se puede establecer un sofisticado acuerdo de precios entre competidores a nivel incluso comunitario, y contando, además, dicho acuerdo con las bendiciones de la Comisión.

En mi opinión no resulta admisible que la Comisión proteja a determinados sectores de la aplicación de las normas de competencia, y limite, mediante su ordenamiento jurídico e interpretación del mismo, que los órganos nacionales de competencia puedan perseguir un supuesto acuerdo de precios entre las principales Compañías Aéreas españolas. Ello supone que los órganos nacionales se sientan un tanto inermes en la aplicación de las normas de la competencia a los acuerdos restrictivos establecidos entre Compañías Aéreas, puesto que dichas Compañías siempre se encuentran protegidas por una exención estipulada por la Comisión, máxime cuando el Derecho comunitario debe tener prelación sobre el Derecho nacional y considerando que los Reglamentos de la Comisión son directamente aplicables en nuestro ordenamiento jurídico nacional.

Además, para fundamentar esta opinión basta apuntar lo señalado por diversos expertos del sector. En primer lugar, D. Ehlermann, Director General de Competencia de la Comisión en 1992, señaló en una ponencia

cia²: «The third regulation is completed by another Council Regulation (núm. 3976/1987) enabling the Comisión to adopt block exemptions for certain categories of agreements in the air transport sector. This multiple régime is unique to transport. All other fields of the economic activities of the Community except agriculture, which also has a especial régime are covered by Council Regulation núm. 17/1962, the main procedural regulation under EC antitrust law. Regulation núm. 17 is not applicable to transport services. The adoption of these rules for the transport sector has been especially difficult. The basis of these difficulties has been the controversy over applicability of the competition rules to maritime and air transport.»

En segundo lugar, el profesor de la Universidad de Augsburg, Dr. LL. M. JÜRGEN BASEDOW (Harvard), en un Simposium celebrado en Dinamarca³, indicaba que: «The existing regulation of both domestic and international transport have been justified by economists for many decades on the basis of the so called «special case» doctrine. Under this doctrine, transport markets are unable to function due to their peculiar features and due to the objectives outside transport which have to be promoted by the regulation of transport markets and which would be jeopardized by unhampered competition on these markets». En su conferencia analiza en detalle los distintos argumentos por los que los economistas consideran que el sector transportes debe ser un sector protegido, desvirtuando cada uno de esos argumentos, y concluyendo que no tiene ningún sentido económico la excesiva regulación y protección del sector de transporte.

Finalmente, el propio VAN MIERT, siendo Comisario de Competencia en una conferencia impartida en Dallas⁴, reconocía la diferencia entre el rápido proceso de liberalización llevado a cabo en Estados Unidos, y la protección que el sector ha recibido en la Unión Europea: «In Europe, we followed very closely, and with great interest I must say, the deregulation of air transport in de U.S. We saw significant tariff reductions and increased demand, while at the same time maintaining a good record in terms of safety. (...) In Europe we were convinced of the need of liberalization by stages, thus a gradual approach. We could not help noting that, after all it had taken more than thirty years for Congress to understand the necessity of deregulation and start putting it in place. Yet in the European Union it was even more complicated because of the existence at that time of mainly publicly owned national flag carriers.»

² «Liberalization and EC Competition Policy in the Transport Sector», a paper presented by C. D. EHLERMANN, Director General of Competition in the Commission of the European Communities, to the UIMP Seminar on «Transport and Communications: market or regulation?», Santander, 13 July 1992.

³ LL. M. JÜRGEN BASEDOW (Harvard, University of Augsburg), *The deregulation of transport services in Europe*, European Symposium on deregulation, Helsingor, Denmark, 10-12 september, 1992.

⁴ Karel VAN MIERT, *EU Competition Policy, the USA and the air transport sector*, Speech to the Sabre World Conference '95, Dallas, 7 september 95.

Cabe concluir, por tanto, que la excesiva protección que ha recibido el sector de transporte en general, y especialmente el transporte aéreo cuya liberalización se inició en 1987, hace trece años, sin que en la actualidad exista aún una competencia efectiva, y sin que ni los consumidores finales ni el mercado en general haya disfrutado aún de los efectos beneficiosos de la liberalización, como pueden ser el incremento de la oferta y la demanda con una considerable reducción de precios, supone que debamos preguntarnos sobre la excesiva cautela con la que la Comisión ha tratado de liberalizar este sector.

4. POSIBLES EFECTOS RESTRICTIVOS DE LOS ACUERDOS DE INTERLÍNEA ESPAÑOLES

Pese a las consideraciones apuntadas en el apartado anterior, el Servicio ha argumentado con claridad —tal y como se recoge en la Resolución— que los Acuerdos de Interlínea españoles no puede incluirse en los supuestos de exención estipulados por los distintos Reglamentos comunitarios mencionados anteriormente, debido a que las consultas tarifarias no respetaron los requisitos exigidos por la Comisión en el Reglamento núm. 1617/1993, por los siguientes motivos:

1. En cuanto a las consultas tarifarias entre las Compañías que participan en los Acuerdos de Interlínea debe tener como objetivo único facilitar el «*interlining*». Sin embargo, la naturaleza y estructura de los Acuerdos de Interlínea celebrados entre las Líneas Aéreas españolas no hubiesen requerido consultas tarifarias, por ser Acuerdos de Interlínea Simple. Por tanto, se intercambié información acerca de los precios aplicados por cada Compañía, de forma innecesaria.

2. Además, dichos Acuerdos entraban en vigor el día 25 de abril y tenían validez jurídica durante el período de un año natural. Por ello, era absolutamente imprescindible que durante todo ese año natural, las tarifas aplicadas por las distintas Compañías fuesen idénticas, puesto que en los mencionados Acuerdos no se contempla ningún mecanismo de compensación que permita el interlínea en caso de que dichas tarifas diverjan ni tampoco que los Acuerdos se puedan rescindir como consecuencia de una evolución dispar de las tarifas aplicadas por cada compañía. Por tanto, las Compañías Aéreas quedaron vinculadas por los resultados de las consultas tarifarias, cuestión que la normativa comunitaria prohíbe expresamente.

3. Finalmente, ninguna autoridad ni comunitaria ni nacional participaron ni hubieran podido participar en la elaboración de los Acuerdos de Interlínea en calidad de observador.

Por tanto, los Acuerdos de Interlínea celebrados entre las Compañías Aéreas españolas no se ajustaron, ni en la fase preparatoria ni en la forma en que finalmente se adoptaron, a lo dispuesto en la normativa comunitaria. Ello conlleva que dichos Acuerdos no estén amparados por los Reglamentos comunitarios de exención por categorías.

El Tribunal, aunque no entra a valorar si los Acuerdos están o no exentos, indirectamente apoya la tesis del Servicio y tampoco los considera exentos al resolver que la suscripción de los mismos por las distintas Compañías Aéreas imputadas es una práctica restrictiva prohibida por el artículo 1.1.a) de la LDC.

La principal argumentación que utiliza el Tribunal es que, dadas las importantes diferencias tarifarias que existían entre las distintas Compañías que suscribieron los cinco Acuerdos de Interlínea, y al no establecer un mecanismo de compensación de las posibles variaciones de precios entre las Compañías partícipes en los Acuerdos a lo largo de la vigencia de los contratos, estos Acuerdos pueden producir el efecto de restringir la competencia en el mercado nacional del transporte aéreo regular de pasajeros, al vincular billetes normales y preferentes de las distintas Compañías, cuando siempre se debe mantener una franja de variación entre ambos tipos de billetes.

Una vez calificados los Acuerdos como prohibidos por el artículo 1.1.a) de la LDC, el Tribunal, a efectos de poder modular la cuantía de la sanción, trata de valorar la intencionalidad de las distintas Compañías en la suscripción de dichos Acuerdos, y considera que no ha resultado acreditado que los cinco Acuerdos de Interlínea tuvieran por objeto la restricción de la competencia, sino que únicamente tenían el potencial o la aptitud o la capacidad de restringirla. A continuación, el Tribunal valora los efectos que han tenido estos Acuerdos en el mercado, y considera que tampoco han resultado acreditados en el expediente dichos efectos.

La doctrina que sienta el Tribunal en esta Resolución es la necesidad de analizar la posible «intencionalidad» o «dolo» con el que actúan las Compañías que suscribieron los cinco Acuerdos de Interlínea, valorando el Tribunal que dichas Compañías no tenían la intención ni el interés de restringir la competencia. Sin embargo, dichas Compañías sabían que, al no establecer ningún mecanismo de compensación, estaban vinculando el precio de los billetes normales y preferentes, además con el agravante de que hasta entonces dichas Compañías competían entre sí, sobre todo en precio. Esta doctrina sentada por el Tribunal también conlleva el análisis de los efectos en el mercado, sin necesidad de aportar el número de billetes emitidos, ni el volumen de facturación alcanzado con la suscripción de dichos Acuerdos, ni el tiempo en que dichos Acuerdos han tenido vigencia, simplemente el Tribunal señala que no han resultado acreditados los efectos que dichos Acuerdos han tenido en el mercado.

Tras este análisis el Tribunal califica estos Acuerdos como una conducta menos grave a efectos de modular la sanción, que se ve reducida considerablemente, imponiendo a Iberia una multa de setenta y cinco millones, a Aviaco de cuarenta y cinco millones, y a Air España y Spanair de diez millones a cada una.

5. PRÁCTICAS CONCERTADAS. PRUEBA DE PRESUNCIONES Y RESPETO AL PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

La Resolución analizada resulta muy interesante en este punto, pues da lugar a una amplia discusión entre el Servicio, el Tribunal y alguno de sus miembros, que suscriben un Voto particular. La existencia de debate y opiniones contrarias se produce, principalmente, por dos razones: por un lado, la dificultad que entraña la definición de práctica concertada; y, por otro lado, la prueba indirecta que debe emplearse para acreditar la existencia de dicha práctica, la prueba de presunciones, que está sometida al razonamiento del evaluador sobre todo en lo relativo al establecimiento de la relación causal entre los hechos probados y los indicios de existencia de práctica prohibida, que suele adquirir ciertos tintes de subjetividad.

Por ello, vamos a abordar en primer lugar, ambos puntos, tanto la definición de práctica concertada, como la utilización de la prueba de presunciones. A partir de ahí, describiré con detalle la opinión del Servicio, del Tribunal y del Voto particular, para que el lector pueda extraer sus propias conclusiones. Finalmente, no podía terminar este punto sin señalar los límites a la aplicación del principio de presunción de inocencia invocado en la Resolución.

A. DEFINICIÓN DE PRÁCTICA CONCERTADA

La práctica concertada se define como aquella práctica anticompetitiva que se deriva de una identidad de comportamientos que no se explican de un modo natural por la propia estructura o las condiciones de competencia del mercado y que por esta razón induce a pensar en la existencia de acuerdos tácitos o formas de coordinación entre los operadores económicos que no pueden ser expresamente probadas.

En cuanto a la doctrina, D. Carlos FERNÁNDEZ-LERGA⁵ considera que «en la práctica concertada, y en una primera aproximación, lo prioritario parece ser la conducta derivada de una simple concertación; el elemento consensual parece más diluido y el comportamiento, que puede ser aislado, no implica, necesariamente, relaciones recíprocas entre las partes, que sí parecen existir en el acuerdo. Pero no por ello debemos concluir que sus efectos no son perniciosos para la libre competencia(...); a menudo los acuerdos y prácticas concertadas están tan imbricados que han generado esa nueva figura de la infracción compleja».

⁵ Carlos FERNÁNDEZ-LERGA GARRALDA, *Derecho de la Competencia. Comunidad Europea y España*, Aranzadi.

Por su parte, D. FRANCISCO VICENT CHULIÁ⁶ considera que en la noción de práctica concertada existen dos elementos diferenciados: «la coincidencia de conductas (p. ej., elevación simultánea e igual de precios) y la existencia de un concierto o entendimiento, aunque para deducir la existencia de éste puede bastar cualquier tipo de contacto y cabe deducirlo, por presunciones, de la identidad de conductas que no tenga otra explicación racional».

Pero, sin ninguna duda, es a través de la jurisprudencia sentada por el Tribunal Comunitario como realmente podemos llegar a comprender el contenido y alcance de la noción de práctica concertada. Así, en el Asunto de «Materias Colorantes»⁷, el Tribunal considera práctica concertada: «una forma de coordinación entre empresas que sin haber llegado hasta la realización de una convención propiamente dicha, constituye conscientemente una cooperación práctica entre ellas con riesgo para la competencia».

En los Asuntos Rhöne-Poulenc y Petrofina⁸ el Tribunal Comunitario señala que: «para definir el concepto de práctica concertada es necesario acudir a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia con arreglo a la cual los criterios de coordinación y cooperación, que anteriormente había establecido el propio Tribunal de Justicia, han de entenderse a la luz de la concepción inherente a las disposiciones del Tratado en materia de competencia, según la cual todo operador económico tiene que determinar de forma autónoma la política que se propone seguir en el mercado común. Si bien es cierto que esta exigencia de autonomía no excluye el derecho de los operadores económicos a adaptarse de manera inteligente al comportamiento comprobado o previsible de sus competidores, resulta absolutamente opuesta a que se traben cualquiera contactos, directos o indirectos, entre tales operadores, cuya finalidad o cuyo efecto sean, ya influir en el comportamiento de un competidor, sea actual o potencial en el mercado, ya dar a conocer a dicho competidor el comportamiento que se ha decidido o se proyecta mantener en el mercado».

Del mismo modo el Tribunal de Justicia de Luxemburgo en sus Sentencias de 14 de julio de 1972, 13 de julio de 1989, y 31 de marzo de 1993 ha establecido reiteradamente que

«un mero comportamiento paralelo puede, en determinadas circunstancias, constituir un indicio fundado de una práctica concertada cuando da lugar a unas condiciones de competencia que no se correspondan a las condiciones normales de ésta. Sin embargo, cuando el comportamiento paralelo pueda explicarse por razones distintas a la existencia de una concertación, no podrá presumirse una concertación de esta naturaleza».

⁶ FRANCISCO VICENT CHULIÁ, *Compendio Crítico de Derecho Mercantil*.

⁷ Nueve Sentencias de 14 de julio de 1972 dictadas contra fabricantes de colorantes, encabezadas por el Asunto 48/1969, Rec. p. 619.

⁸ Asuntos T-1/1989 y T-2/1989, de 24 de octubre de 1991.

B. PRUEBA DE PRESUNCIONES

Para acreditar la existencia de una práctica concertada es frecuente acudir a una prueba indirecta, la prueba de presunciones, medio utilizado en la técnica procesal para acreditar la existencia de una infracción.

El motivo de tener que utilizar esta prueba indirecta en los procedimientos en materia de competencia es que cada vez con más frecuencia las empresas utilizan sofisticados mecanismos de concertación, y no acostumbran a dejar pruebas directas de sus acuerdos o convenios, si bien el resultado de éstos resulta evidente, y de ellos se puede deducir la existencia de un acuerdo, como única explicación lógica.

No obstante, es cierto que la admisión de la prueba de presunciones en el campo del Derecho sancionador ha sido objeto de controversias, tanto en el orden penal como en el Derecho administrativo sancionador, pero tal discusión ha sido resuelta por el Tribunal Constitucional cuando ha establecido que, en determinadas condiciones, la prueba indiciaria puede servir para constatar la existencia de unos hechos que constituyen una infracción.

Así el Tribunal Constitucional confirma la aplicación de la técnica procesal de la prueba de presunciones en los siguientes casos: Sentencia 174/1985 (RTC 1985/174); Sentencia 175/1985 (RTC 1985/175); Sentencia 229/1988 (RTC 1988/229); Sentencia 169/1986, de 22 de diciembre (RTC 1986/169); Sentencia 150/1987, de 1 de octubre (RTC 1987/150), etc. Según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional recogida en las sentencias señaladas, la aceptación de la prueba de presunciones en Derecho sancionador exige tres requisitos:

1. En primer lugar, los hechos base, es decir, los indicios deben estar perfectamente demostrados.
2. En segundo lugar, que la relación causal entre los hechos y los indicios esté suficientemente razonada.
3. Finalmente, que, si existen otras razones para explicar los indicios, deben ser analizadas y explicar la causa de su rechazo.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo en la Sentencia de 20 de mayo de 1982, en las Sentencias de 26 de julio, 8 de octubre y 7 de diciembre de 1985, y en la Sentencia de 4 de noviembre de 1987, señala que la prueba de presunciones debe aplicarse dentro de los límites del artículo 1.253 del Código Civil, es decir, sin omitir en modo alguno que entre el hecho demostrado y el hecho que se trata de deducir o inferir haya un enlace preciso y directo según las reglas de la lógica.

Además, la posibilidad de utilización de la prueba de presunciones en el ámbito del Derecho de la Competencia ha sido admitida por la jurisprudencia, tanto del Tribunal Supremo [Sentencia de 18 de noviembre de 1996 (RJ 1996/8648)], como de la Audiencia Nacional [Sentencias de 27 de marzo de 1996 (JT 1996/354 y JT 1996/355), 8 de julio de 1996,

30 de septiembre de 1996 y 18 de octubre de 1996], de modo que, en repetidas ocasiones, se ha considerado acreditada una infracción consistente en la concertación en materia de precios por la coincidencia y simultaneidad en su variación.

El Tribunal de Defensa de la Competencia ha aplicado recientemente la doctrina de los tres requisitos exigibles para admitir la prueba de presunciones en la Resolución de 28 de julio de 1997 (Material Eléctrico Murcia), la Resolución de 23 de diciembre de 1997 (Servicios Funerarios de Madrid), la Resolución de 11 de mayo de 1998 (Películas de Vídeo), y en la Resolución de 30 de septiembre de 1998 (Vacunas Antigripales).

C. DISCUSIÓN ACERCA DE LA EXISTENCIA DE PRÁCTICAS CONCERTADAS ENTRE LAS COMPAÑÍAS AÉREAS IMPUTADAS

Como podrá observarse a continuación, el problema consiste no en la idoneidad de la aplicación de la prueba de presunciones —técnica procesal generalmente aceptada—, sino en la interpretación de la relación causal entre los hechos probados y los indicios de existencia de concertación, así como en si existen razones verosímiles que pueden explicar la identidad de precios sin que medie ningún acuerdo o concertación. Es aquí, donde aparece un amplio debate entre el Servicio, el Tribunal, y finalmente el Voto particular de D. Javier Huerta Trólez. Por ello, a continuación se detallaran los fundamentos y argumentaciones aportados por cada uno de ellos, a fin de que el lector pueda valorar cuál le parece más idónea.

La explicación otorgada por el Instructor del expediente a la existencia de práctica concertada entre las Compañías Aéreas españolas se basa en una serie de circunstancias que demuestran que estos movimientos tarifarios fueron concertados durante las negociaciones de los Acuerdos de Interlínea:

1. La empresa que anuncia primero la elevación de tarifas es Spanair y no el líder, Iberia. Por tanto, es el líder el que adapta su política comercial al incremento de tarifas llevado a cabo por Spanair, y no al revés, como suele ocurrir en circunstancias normales del mercado.

2. En las fechas previas al anuncio del incremento de precios y reducción de comisiones, se producen contactos entre las empresas e intercambios de información en materia de precios y comisiones.

3. Si los objetivos de Spanair el 10 de abril de 1997 y de Air España el 14 siguiente hubieran sido igualar su tarifa «club» a la «turista» de Iberia, no habrían igualado dichas tarifas sin tener la certeza de que Iberia no alteraría posteriormente dicha tarifa. Teniendo en cuenta los grandes costes que conlleva cualquier modificación de precios («costes de menú»), si Iberia hubiera reaccionado, las líneas aéreas privadas se habrían visto forzadas a igualar esa tarifa en dos movimientos, con el consiguiente coste

añadido. Ambas compañías consideraban irreversibles esos acontecimientos.

4. La explicación aportada por las Compañías para justificar la homogeneización de tarifas no es atendible. Alegan que, de esta forma, se lograba el endoso «automático» de billetes. Pero, dado el escaso número de billetes que se endosan anualmente, es imposible creer que los tres principales operadores nacionales de tráfico regular supeditaron el nivel de sus tarifas básicas a evitar unos pocos pagos y cobros realizados en los aeropuertos.

5. Los nuevos precios y condiciones comerciales de todos los operadores entraban en vigor en la misma fecha, 25 de abril de 1997, al igual que los Acuerdos de Interlínea. Éste es un dato crucial, puesto que demuestra que las decisiones de incrementar precios se coordinaron con ocasión de negociaciones de los Acuerdos. No es creíble que esa fecha fuera el fruto de una decisión estratégica independiente de cada una de las empresas.

Por el contrario, el Tribunal de Defensa de la Competencia considera que, aunque puede resultar verosímil la explicación de los hechos que hace el Servicio, el incremento tarifario en los billetes emitidos por las Compañías Aéreas imputadas no responde a una práctica concertada, pues resulta más razonable la explicación alternativa ofrecida por las empresas imputadas y que consiste en:

1. El descenso en el número de los permisos de aterrizaje y despegue disponibles en los aeropuertos de Madrid y Barcelona.

2. El importante incremento de algunos elementos de costes, fundamentalmente, en combustible, alquiler y amortización de flotas (que sobrepasaron el 20 por 100, debido al encarecimiento del dólar americano) y la subida de precios en los servicios de navegación y aeroportuarios.

3. Existencia de pérdidas acumuladas durante varios meses en la primavera de 1997 en la cuenta de resultados de las empresas de menor dimensión.

4. El carácter reactivo y consecutivo de las modificaciones tarifarias de cada empresa.

5. El movimiento tarifario de Iberia y Aviaco coincide con las hipótesis alternativas existentes en los documentos encontrados en las inspecciones domiciliarias del Servicio, que demuestran que estas empresas revisaron sus tarifas de forma autónoma y como mejor convino a sus intereses.

6. La consistencia del movimiento tarifario de las Compañías privadas con los modelos de comportamiento de la entrada en los mercados de nuevas Compañías aéreas, así como que con las subidas de precios no asumieron ningún riesgo comercial o financiero puesto que sus nuevos precios sólo superaron alguna tarifa promocional de Iberia.

7. También resulta lógico que para las empresas privadas imputadas lo fundamental fue la subida de precios, dada su situación financiera en aquel momento, y facilitar la firma de los Acuerdos de Interlínea.

En el voto particular que formula el Vicepresidente del Tribunal, D. Javier Huerta Trólez, al que se adhieren el Presidente del Tribunal, D. Amadeo Petitbó Juan, y la Vocal, D.^a María Jesús Muriel Alonso, se analizan los motivos por los que consideran que existe un acuerdo entre la Compañías imputadas para equiparar sus tarifas:

1. La subida de las tarifas de Spanair y de Air España, en el mes de abril de 1997, prácticamente al mismo tiempo, e igualando sus tarifas de «Avant» y «Club» con las tarifas «Y» de Iberia y Aviaco. Dicha conducta ha sido admitida por las partes imputadas.

2. Iberia, a pesar de haber previsto un incremento de sus tarifas en el mes de abril de 1997, como venía siendo habitual en años anteriores, decide no modificarlas, permitiendo su equiparación con las nuevas tarifas de sus competidores Spanair y Air España. Así resulta de los hechos admitidos por la representación de Iberia y aparece corroborado por la documentación cruzada entre el Director de Gestión de Ingresos y el Director de Ventas de Iberia los días 10 y 14 de abril de 1997.

3. La equiparación de tarifas se produjo entre diferentes categorías de servicios, ya que los precios de las respectivas clases preferentes de Spanair y de Air España se igualaron con los de la clase turista de Iberia. Resulta más fácil admitir una equiparación espontánea de tarifas de servicios equivalentes, sin que, por el contrario, resulte tan sencilla la admisión de una equiparación no pactada entre diferentes categorías o clases de tarifas, sin que medie una actuación dirigida a unificar criterios.

4. En cuanto al argumento del incremento de costes, en lugar de justificar el alineamiento espontáneo de las tarifas, es indicativo de la celebración de un acuerdo encaminado a tal fin, pues en otro caso sólo serviría para justificar las subidas de las compañías que incrementaron sus precios, Spanair y Air España, pero no permite explicar cómo Iberia no tuvo necesidad de reaccionar de la misma manera, máxime cuando consta en el expediente el diferencial de costes entre las tres compañías, constatándose que los de Iberia eran un 44 por 100 superiores a los de Spanair y un 49 por 100 más elevados que los de Air España, por lo que los incrementos de los precios del dólar y de los combustibles repercutirían más desfavorablemente en la empresa que no aumentó sus tarifas, permitiendo así que las de sus competidores se equiparasen a ellas.

5. El propio hecho de que al realizar los respectivos acuerdos de interlíneas idénticos entre sí, las compañías imputadas no hubieran incluido cláusulas para compensar las eventuales diferencias tarifarias entre unas y otras, impidiendo la modificación unilateral de precios durante el período de su vigencia, como reconoce la Resolución, debe entenderse racionalmente como acreditativo de un previo acuerdo de voluntades sobre la conveniencia y aceptación de esas tarifas para todos los firmantes.

6. La Circular distribuida por Spanair el día 14 de abril de 1997 sobre «Nuevas tarifas. Acuerdo de Interlíneas con Air España e Iberia» demuestra la existencia de conversaciones y acuerdo entre las tres Compañías con anterioridad a la fecha de la Circular y antes, por tanto, del 25 de abril, fecha que figura en los Acuerdos Interlínea.

En el Voto particular puede observarse que para una adecuada aplicación y utilización de la prueba de presunciones, independientemente de que ésta se utilice para acreditar la existencia de práctica concertada o para desvirtuarla, hace falta realizar un exhaustivo análisis de los hechos probados y aportados en el expediente, así como establecer una relación causal entre esos hechos y los indicios de existencia de práctica concertada, con la máxima racionalidad, a fin de no caer en ninguna contradicción.

Así, con todos los respetos a la loable labor del Tribunal de Defensa de la Competencia, si en la Resolución analizada el Tribunal admite que la inexistencia de mecanismos de compensación a lo largo de la vigencia de los Acuerdos de Interlínea resulta restrictiva, pues supone la equiparación de las tarifas de billetes normales y promocionales entre las distintas Compañías, resulta un tanto sorprendente que el Tribunal no admita la existencia de una posible concertación entre las Compañías para determinar el nivel de sus tarifas, al menos durante la vigencia de los Acuerdos, pues de otro modo resulta difícil entender cómo llegaron a establecer la ausencia de compensación en los Acuerdos, e indirectamente a la equiparación de sus tarifas, sino fue mediante una concertación o acuerdo previo entre ellas.

D. APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA EN LA RESOLUCIÓN

El Tribunal invoca en su Resolución la primacía del principio de presunción de inocencia sobre la aplicación de la prueba de presunciones, con la siguiente argumentación:

«Como consecuencia de todos estos elementos de la explicación alternativa de las imputadas, sobre el incremento tarifario pero unilateral de abril de 1997, el Tribunal no admite como acreditada la hipótesis colusoria de la acusación por dicha subida, ya que aquella versión resulta plausible y plenamente coherente con un normal comportamiento empresarial en las circunstancias existentes en el momento en que ocurrieron los hechos de este expediente, por lo que debe primar el principio de presunción de inocencia de acuerdo con la doctrina del Tribunal en cuanto a la aplicación de la prueba de presunciones, que ha sido aplicada tanto para apreciar conductas colusorias como para desecharlas.» (Resolución de 30 de septiembre de 1998, Vacunas Antigripales).

D. Javier Huerta Trólez en su Voto particular, al que se adhieren el Presidente del Tribunal, D. Amadeo Petitbó Juan, y la Vocal D.^a María Jesús Muriel Alonso, no considera que deba invocarse el principio de presunción de inocencia, señalando:

«La Resolución de la que discrepo llega a adoptar su decisión mediante la simple comparación entre las alegaciones contrapuestas del Servicio,

por un lado, y de las partes imputadas, por otro, pero sin analizar ninguno de los numerosos elementos probatorios que obran en el expediente.

Esta ausencia de análisis lleva a la Resolución a afirmar que la existencia de una explicación alternativa coherente hace primar el principio de presunción de inocencia, por lo que estima que no procede admitir como acreditada la hipótesis colusoria de la subida de precios por parte de las compañías imputadas.

Esta fundamentación no es admisible, ya que, en primer lugar, la existencia de dos o más explicaciones alternativas no implica por sí sola la aplicación del principio de presunción de inocencia y, en segundo lugar, existiendo una importante actividad probatoria de cargo y de descargo en el expediente, la Resolución hubiera debido proceder a su análisis y haberse basado en ella como fundamento del fallo.»

Y en el fundamento tercero, continúa negando la primacía y la invocación del principio de presunción de inocencia en el presente caso:

«En cuanto al principio de presunción de inocencia, es doctrina jurisprudencial, tan reiterada que se hace innecesario hacer citas concretas, la de que este principio opera cuando en un determinado proceso —o en un expediente sancionador— no existe actividad probatoria de cargo, regularmente obtenida y practicada. Si, por el contrario, existe actividad probatoria sobre los extremos controvertidos, no cabe la posibilidad de eludir su análisis mediante la invocación del derecho a la presunción de inocencia.

La propia declaración realizada por la Resolución acerca de que existen explicaciones alternativas, supone ya la existencia de pruebas que abonan las diferentes interpretaciones o explicaciones y, por tanto, el Tribunal hubiera debido proceder a su análisis.»

Comparto la opinión expresada en el Voto particular, pues tampoco entiendo la invocación que hace el Tribunal del principio de presunción de inocencia en el presente caso, cuando existen pruebas legalmente obtenidas acerca de los posibles indicios de existencia de una posible práctica concertada entre las Compañías imputadas, que permiten la utilización de la técnica procesal de la prueba de presunciones.

En este sentido, el Tribunal Constitucional ha establecido que el derecho a la presunción de inocencia no se opone a que la convicción judicial en un proceso se forme sobre la base de una prueba indiciaria, siempre que los indicios estén plenamente probados y no consistan en meras sospechas, y se explicita el razonamiento por el que, partiendo de los indicios se llega a la conclusión de que el imputado realizó la conducta infractora (Sentencias núm. 174/1985, 175/1985 y 229/1988, ya mencionadas).

6. POSICIÓN DE DOMINIO CONJUNTA. DEFINICIÓN Y ÁMBITO DE APLICACIÓN

Los contornos jurídicos y la definición del concepto de posición de dominio conjunta no es una cuestión cerrada y ha sido objeto de una

amplia controversia doctrinal y jurisprudencial. De hecho, en la Resolución objeto de estudio, el Tribunal considera que no ha resultado acreditada la posición de dominio conjunta propuesta por el Servicio en su informe. Ello indica la dificultad que entraña el concepto de posición de dominio conjunta, así como su aplicación efectiva.

En primer lugar, para aclarar todas estas dudas, trataremos de definir el concepto de posición de dominio conjunta, incorporando los elementos que caracterizan los contornos precisos de dicho concepto tanto para la Comisión como para el Tribunal de Justicia. En segundo lugar, veremos la solución alcanzada por el Servicio y por el Tribunal en el expediente analizado. Finalmente, plantaremos los problemas doctrinales que suscita el concepto, así como la necesidad de que se perfile mejor su aplicación y eficacia real.

La noción de posición de dominio conjunta o colectiva se estipula tanto en el artículo 6 de la LDC como en el artículo 86 (hoy 82) del Tratado, puesto que en dichos artículos se recoge expresamente como conducta restrictiva de la competencia la explotación abusiva de una o más empresas, admitiendo, por tanto, la posibilidad de que varias empresas ejerzan conjuntamente una posición de dominio restrictiva.

La Comisión considera en el XVI Informe sobre la Política de la Competencia del año 1987, que para determinar la existencia de posición de dominio conjunta deben confluír dos elementos. Por un lado, debe existir un reducido número de empresas que realizan un volumen importante de negocio en el mercado considerado, sin que ninguna de ellas ocupe por sí sola la posición dominante. Por otro lado, debe existir una marcada interdependencia entre las decisiones de las empresas.

Este concepto ha sido progresivamente utilizado por la Comisión en sus decisiones, por ejemplo en la Decisión Vidrio Plano⁹, la Comisión consideró que tres empresas habían abusado de su posición de dominio colectiva. Sin embargo, el Tribunal de Primera Instancia Comunitario, en su Sentencia de 10 de marzo de 1992 recaída en este asunto, Vidrio Plano Italiano, consideró que no había resultado acreditada la existencia de abuso de posición de dominio colectiva, puesto que «la Comisión no había probado ni la existencia, entre esas empresas, de lazos institucionales análogos a los que existen entre una sociedad matriz y su filial, ni una pérdida de autonomía individual ni la ausencia de competencia entre ellas».

Por su parte, el Tribunal de Justicia de Luxemburgo ha considerado la existencia de posición de dominio conjunta en el asunto Suiker Unie¹⁰. Asimismo y de forma muy clara en su Sentencia de 31 de marzo de 1998 [Francia y otros c) Comisión], el Tribunal de Justicia de Luxemburgo sienta la siguiente jurisprudencia sobre el concepto de posición de dominio conjunta:

⁹ Decisión 89/93/CEE, de 7 de diciembre de 1988, DOCE serie L núm. 33, 4 de febrero de 1989.

¹⁰ Sentencia de 16 de diciembre de 1975, punto 599, Rec. p. 1663.

«Una posición dominante colectiva consiste en que varias empresas 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.»

La dificultad, por tanto, estriba en la determinación de si existe o no algún lazo de unión entre las empresas que les vincule para actuar conjuntamente, cuestión que en algunos supuestos resulta complicado demostrar, como puede observarse en la Resolución analizada, en que el Servicio opina que ha resultado acreditada la existencia de este vínculo, y, por el contrario, el Tribunal no considera probado que los Acuerdos de Interlínea hayan supuesto un lazo de unión que impidiese el ejercicio de la autonomía de la voluntad de cada una de las Compañías Aéreas imputadas.

Así el Instructor del Servicio consideró acreditada la existencia de abuso de posición de dominio colectivo de las Compañías Aéreas que habían suscrito los Acuerdos Interlínea en el mercado nacional de transporte aéreo, debido a las elevadas cuotas de mercado conjuntas que ostentan esas cuatro compañías en el mercado relevante. Además, considera que el acuerdo interlínea idéntico firmado dos a dos constituye un lazo de unión estructural entre los operadores que pronostica un comportamiento homogéneo respecto a las tarifas durante un año, y que anula la autonomía de la voluntad de dichos operadores. Por tanto, concluye el Instructor: «El juego conjunto de los acuerdos interlínea de todos los grandes operadores de vuelos regulares da lugar a un abuso de posición de dominio colectiva puesto que suponen la sustitución de la competencia existente hasta ese momento por un comportamiento único que disminuye la capacidad de elección de los usuarios e incrementa sustancialmente un segmento importante de las tarifas.»

Sin embargo, sobre este punto el Tribunal resuelve en el fundamento jurídico 8.º que no ha resultado acreditado el abuso de posición de dominio colectiva, puesto que la rápida actuación del Servicio ha impedido que los Acuerdo de Interlínea pudiesen vincular a las distintas Compañías para actuar de forma unísona en el mercado.

Resulta, como puede observarse, bastante controvertida la aplicación de la posición de dominio conjunta. La doctrina también considera la dificultad de la utilización de este concepto, así el profesor FERNÁNDEZ-LERGA¹¹ señala al respecto: «No existe una jurisprudencia suficiente de la que extraer criterios claros para precisar en qué consiste la posición de dominio colectiva. Tal como la concibe la Comisión se produce, por ejemplo, en situaciones de oligopolio o próximas a él, cuando las empresas son independientes pero con un fuerte grado de interdependencia en sus decisiones económicas e incluso con vínculos estructurales entre ellas,

¹¹ FERNÁNDEZ-LERGA GARRALDA, *Derecho de la Competencia. Comunidad Europea y España*, Aranzadi, 1994.

lo que les puede permitir disponer de un grado de interdependencia tal, respecto a las presiones competitivas, que están en situación de impedir la existencia de un sistema competitivo auténtico, sin que se vean obligados a tener en cuenta el comportamiento de los otros participantes en el mercado.»

Como puede observarse, para el profesor FERNÁNDEZ-LERGA, varios son los elementos que deben confluír para demostrar la existencia de una posición de dominio conjunta: la interdependencia de empresas independientes; la existencia de un fuerte vínculo entre ellas, incluso estructural; la falta de autonomía entre las empresas, y la capacidad de éstas de restringir la competencia.

En mi opinión, la exigencia de tantos requisitos para acreditar la existencia de una posición de dominio conjunta puede desvirtuar el verdadero concepto de posición de dominio conjunta, sobre todo en lo que se refiere a la necesidad de que el vínculo que se establezca entre las empresas sea muy fuerte, llegando incluso a ser un vínculo estructural. Considero que la mera existencia de un acuerdo o concierto entre las empresas que conjuntamente ostentan una posición de dominio puede acreditar la existencia de un vínculo o interdependencia entre ellas, pues han unido sus voluntades en el establecimiento de determinadas condiciones de funcionamiento del mercado: precios, producción, condiciones comerciales, reparto de clientes, etc. Por el contrario, siguiendo la teoría del profesor de acreditar la existencia de un vínculo estructural, estaríamos ante una unidad económica como puede ser la relación matriz-filial, y a efectos de aplicación de las leyes de competencia se deben considerar como un único operador económico (art. 8 de la LDC) y, por tanto, estaríamos ante una posición de dominio normal y no colectiva.

Por tanto, el problema reside en que en la mayoría de los casos en que puede resultar aplicable dicho concepto, normalmente coincide con la imputación de un acuerdo horizontal entre las distintas empresas que pueden ejercer dicha posición de dominio conjunta y, por tanto, se suele dar prioridad a la infracción del artículo 1 LDC y/o artículo 85 (hoy 81) del Tratado, sobre la supuesta comisión de una posición de dominio conjunta, prohibida por el artículo 6 LDC y/o artículo 86 del Tratado, máxime cuando para acreditar la posición de dominio conjunta hay que probar la existencia de un vínculo o relación estable entre las empresas que ejercen dicha posición de dominio conjunta, siguiendo a la doctrina y la jurisprudencia.

Respecto a esta cuestión, el Tribunal de Justicia de Luxemburgo señaló en la Sentencia Ahmed Saeed¹² que no se puede descartar la aplicación conjunta de los artículos 85 y 86. También en dicha sentencia el Tribunal indica que el artículo 86 puede aplicarse a acuerdos bilaterales o multilaterales sobre tarifas siempre que concurren las otras circunstancias que requiere dicho artículo.

¹² Sentencia de 11 de abril de 1989, Asunto 320/1997, Rec, p. 803.

Finalmente, como conclusión debo señalar la importancia de la aplicación efectiva, tanto por parte de los órganos de competencia nacionales como comunitarios, del concepto jurídico de posición de dominio conjunta. Dicha aplicación puede producirse cuando resulte difícil demostrar la existencia de una concertación entre la mayoría de las empresas que operan en el mercado —sobre todo en las situaciones de oligopolio—, y que, sin embargo, actúan de forma interdependiente restringiendo claramente la competencia, en cuyo caso puede aplicarse el artículo 86; o bien cuando sea posible la aplicación conjunta de ambos artículos si resulta acreditada la existencia de un acuerdo entre varias empresas con una alta cuota de mercado y que actúan en dicho mercado de forma interdependiente y unívoca.

7. IMPLICACIONES PENALES DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA

Una importante novedad se introduce en la tramitación de este expediente, es la interposición con fecha 24 de abril de 1998 de una querrela ante la Audiencia Nacional que supone la apertura de diligencias penales contra las Compañías Aéreas imputadas en el presente expediente por la comisión de un posible delito de maquinación para alterar el precio del transporte aéreo por medio de engaño que repercute en el tráfico mercantil y en la economía nacional.

Por primera vez, una conducta restrictiva de la competencia, que está siendo analizada por los órganos de defensa de la competencia en el marco del Derecho administrativo sancionador, es, al mismo tiempo, objeto de la interposición de una querrela criminal en aplicación del artículo 284 del Código Penal, por la posible existencia de un ilícito penal, que debe ser resuelto por la Audiencia Nacional.

Resulta imprescindible establecer una clara delimitación de los requisitos que debe cumplir un acuerdo restrictivo de la competencia o una práctica abusiva para ser sancionada penalmente y cuando, por el contrario, su sanción puede ser exclusivamente administrativa, distinguiendo claramente entre las conductas perseguibles por el Derecho sancionador administrativo y las perseguibles por el Derecho sancionador penal. Si no se establece dicha delimitación, podemos correr el riesgo de que los interesados utilicen como práctica dilatoria en los procedimientos administrativos de competencia la interposición de una querrela criminal, pues en virtud del artículo 55 de la LDC la instrucción del proceso penal suspende la resolución del expediente administrativo.

Por ello, en el primer apartado definiremos la conducta típica penal aplicable, en este caso recogida por el artículo 284 del CP, para explicar a continuación las diferencias entre el ilícito penal y el ilícito administrativo. En el segundo apartado abordaremos el problema de la suspensión del procedimiento administrativo en aplicación del principio de la

prejudicialidad penal; así como la controvertida aplicación del principio de *non bis in idem* en el presente caso.

A. LA PROTECCIÓN PENAL DE LA COMPETENCIA (ART. 284 CP)
Y SU RELACIÓN CON LA PROTECCIÓN ADMINISTRATIVA SANCIONADORA

El artículo 284 del nuevo Código Penal, aprobado por Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, se encuentra enmarcado en la Sección 3.^a, «De los delitos relativos al mercado y a los consumidores», del Capítulo XI, «De los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores», del Título XIII, «Delitos contra el Patrimonio y el orden socioeconómico». Dicho artículo estipula expresamente que:

«Se impondrá la pena de prisión de seis meses a dos años, o multa de seis a dieciocho meses, a los que difundiendo noticias falsas, empleando violencia, amenaza o engaño, o utilizando información privilegiada, intentaren alterar los precios que habrían de resultar de la libre concurrencia de productos, mercancías, títulos valores, servicios o cualesquiera otras cosas muebles o inmuebles que sean objeto de contratación, sin perjuicio de la pena que pudiera corresponderles por otros delitos cometidos.»

Este precepto proviene de la modificación de los artículos 540 y 541 del antiguo Código Penal, donde se recogía el delito de maquinación para alterar el precio de las cosas. La doctrina había señalado la inoperancia del anterior tipo por dos motivos fundamentalmente: por un lado, la indeterminación del medio delictivo por la dificultad de encuadrar las conductas en el término maquinaciones; por otro lado, este delito se configuró como un delito de posguerra, es decir, destinado a perseguir las conductas dirigidas a la alteración del precio de las cosas o bienes de primera necesidad.

En cuanto al bien jurídico protegido en este artículo del Código Penal es la corrección del sistema de precios de las cosas objeto de comercio. Cabe plantearse si el bien jurídico penal es el mismo que el protegido en la LDC. Parece que en ambos casos el bien jurídico protegido es la libre competencia, al menos así lo estima la mayoría de la doctrina, como BAJO FERNÁNDEZ o GARCÍA PABLOS¹³. No obstante, QUINTERO OLIVARES¹⁴ opina que el bien jurídico protegido en el ilícito penal es el patrimonio y no la libre competencia.

Sin embargo, es en el análisis de los distintos comportamientos donde encontraremos los criterios limitativos más relevantes entre los tipos penales descritos por el artículo 284 del Código Penal y los tipos administrativos recogidos en los artículos 1 y 6 de la LDC y en los artículos 85

¹³ BAJO FERNÁNDEZ, *Derecho penal económico aplicado a la actividad empresarial*, 1978. GARCÍA PABLOS, *Sobre la figura del delito de maquinaciones para alterar el precio de las cosas*, 1981.

¹⁴ QUINTERO OLIVARES, «Maquinación para alterar el precio de las cosas», en *NEJ*, t. XV.

y 86 (nuevos 81 y 82) del Tratado CEE. Las diferencias, en efecto, pueden encontrarse tanto en el elemento subjetivo como en la modalidad de comportamientos.

En relación con el elemento subjetivo, la doctrina es hoy unánime al indicar que únicamente cabe la comisión dolosa, por ser preciso un elemento subjetivo especial como es el propósito de alterar los precios, mientras que los tipos sancionadores pueden cometerse deliberadamente (teniendo por objeto la restricción de la competencia), o por negligencia (teniendo o pudiendo tener dicha conducta restrictiva efectos en el mercado). En cuanto a las conductas típicas revisten un mayor reproche las contenidas en el artículo 284 del CP que las que dan lugar a las sanciones de la LDC; así las conductas típicas descritas en el artículo 284 son: difusión de noticias falsas, engaño, violencia, amenaza e información privilegiada. Respecto a las dos primeras modalidades de la acción —difusión de noticias falsas y engaño— la doctrina asimila dicha modalidad a la falsedad y al fraude, mecanismos de comisión propios del Derecho penal. Respecto a los tres últimos —violencia, amenaza e información privilegiada— señala la doctrina que se trata de modalidades de comisión de la acción que son ya de por sí medios delictivos.

Finalmente, otra diferencia importante entre ambos ilícitos es el hecho de que la comisión del ilícito penal conlleva la responsabilidad personal del autor, con penas de prisión, mientras que la comisión del ilícito administrativo supone la imposición de una multa a la empresa autora de la conducta restrictiva, y tan sólo a través del artículo 10.3 de la LDC se podría imponer una sanción pecuniaria a los administradores. Así, en el presente caso, se planteó el problema de que la querrela criminal se interpuso contra la empresa, pero quienes realmente debían responder con penas de prisión menor eran todos los consejeros de las distintas empresas. En mi opinión, es mucho más efectivo y tiene mucho más sentido para la defensa de la competencia la utilización de la vía administrativa, que sanciona pecuniariamente a las empresas, que la utilización de la vía penal donde se puede lograr la restricción de libertad para los responsables de la empresa, sin que ésta tenga que responder como persona jurídica de su actuación restrictiva.

B. SUSPENSIÓN Y APLICACIÓN DEL PRINCIPIO *NON BIS IN IDEM*

En cuanto a la suspensión ordenada por la Audiencia Nacional en su notificación al Servicio con fecha 24 de abril de 1998 de la interposición de la querrela criminal, el Servicio solicitó dictamen a la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, a fin de aclarar si la solicitud de la Audiencia implicaba no solamente la paralización de la resolución, sino también la de la instrucción ante el Servicio.

El Ministerio de Justicia dictaminó que no procedía la suspensión ante el Servicio sino que, según las prescripciones estipuladas por el ar-

título 55 de la LDC, el procedimiento penal suspende o paraliza la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia, así como cualquier trámite que dicho Tribunal realice. En el artículo 55 de la LDC se ha recogido expresamente por el legislador la prejudicialidad penal: «La instrucción del proceso penal ante los Tribunales de Justicia suspenderá la resolución del expediente administrativo que hubiera sido incoado por los mismo hechos.» Por tanto, el Tribunal suspendió de inmediato la admisión a trámite del expediente, una vez que el Servicio envió con fecha 12 de mayo de 1998 el Informe-Propuesta al Tribunal.

Otro tema que conviene abordar, y que fue alegado en el acto de la Vista por el representante legal de una de la Compañías imputadas, es la aplicación indirecta del principio del *non bis in idem*, en el sentido de que el Tribunal no puede pronunciarse sobre la posible concertación de precios de las distintas Compañías Aéreas partícipes en el Acuerdo, puesto que la Audiencia Nacional, mediante Auto, de fecha 18 de noviembre de 1998, había sobreseído las Diligencias previas relativas a la querrela criminal interpuesta contra las Compañías por la supuesta comisión del delito de maquinación para alterar el precio de las cosas.

Según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, recogida por MUÑOZ QUIROGA¹⁵, el principio *non bis in idem* se establece sobre las siguientes bases: en primer lugar, la imposibilidad de una doble sanción no es absoluta, sino sólo en aquellos casos en que se constate una identidad de persona, hecho y fundamento (art. 133 de la Ley 30/1992, LRJAP y PAC); en segundo lugar, no se trata sólo de que la Administración paralice el procedimiento cuando tenga noticia de que unos mismos hechos están siendo conocidos por la autoridad judicial, sino que la Administración tiene el deber de poner el expediente en manos del orden jurisdiccional penal en cuanto estime que los hechos pueden ser constitutivos de delito, y, en tercer lugar, nuestro Tribunal Constitucional ha señalado que el debido respeto al principio requiere que los hechos considerados probados por el Tribunal penal vinculen necesariamente al Tribunal Administrativo (art. 137 de la Ley 30/1992, LRJAP y PAC).

Basándonos en la jurisprudencia mencionada, como ya se ha apuntado en el apartado anterior, la identidad de fundamento jurídico exigido por el Tribunal Constitucional para la aplicación del principio *non bis in idem* no se produce, puesto que el ilícito penal perseguido es distinto al ilícito administrativo sancionador, tanto por el elemento subjetivo del dolo como por las diferentes conductas típicas que se persiguen en ambos casos. Esto significa que el auto de sobreseimiento dictado por la Audiencia Nacional se basaba en que no existía ese «dolo cualificado» que requiere la imputación del tipo estipulado en el artículo 284 del CP, y que supone la realización de alguna de las conductas típicas definidas en el mencionado artículo como son: la difusión de noticias falsas, engaño, violencia, amenaza, o la utilización de información privilegiada. Pero en ningún

¹⁵ MUÑOZ QUIROGA, «El principio de *non bis in idem*», en REDA, núm. 45, 1985, pp. 129 ss.

momento la Audiencia se pronunció sobre si los hechos probados podrían ser perseguibles en virtud del artículo 1 de la LDC, pues tan sólo tuvo que resolver sobre el ilícito penal.

Por todo lo expuesto, no resulta muy comprensible la argumentación del representante legal de una de las Compañías imputadas, relativa a la aplicación de forma indirecta del principio *non bis in idem* a la imputación de la supuesta conducta prohibida consistente en la posible concertación de precios entre las Compañías Aéreas. En mi opinión, como ya he señalado anteriormente, el ilícito penal y el administrativo son absolutamente diferentes y, por tanto, aunque la Audiencia Nacional haya estimado que con los hechos probados no se deduce la infracción del tipo penal del artículo 284 del CP, no se ha pronunciado acerca de si esos hechos probados pueden infringir la LDC.

Francisco GARCÍA
Abogado General de la Administración Civil del Estado
Francisco FERRER
Abogado General de la Administración Civil del Estado

1. INTRODUCTION

The application of competition rules to the sector of air services, especially in recent years, is important since the competition authorities and courts of most European countries.

In Italy, the Authority has been able to intervene in this sector, the national administrative Competition authority (hereinafter, the Authority) has issued its decision on the application for the acquisition and maintenance of exclusive broadcasting rights by some sports events. It is possible to draw some useful public opinion, among which the most relevant are the following:

1. The Authority has issued a number of decisions on national television channels, involving the issue of television rights by some events, and the request for those rights by some and other channels.

2. The Authority has issued a number of decisions on national television channels, involving the issue of television rights by some events, and the request for those rights by some and other channels.

1. This means, however, in the past, on the one hand, the intervention of the Authority in the sector of air services, and on the other, the intervention of the Authority in the sector of air services, and on the other, the intervention of the Authority in the sector of air services.

2. This means, however, in the past, on the one hand, the intervention of the Authority in the sector of air services, and on the other, the intervention of the Authority in the sector of air services, and on the other, the intervention of the Authority in the sector of air services.

COMPETITION LAW AND COLLECTIVE NEGOTIATION OF THE BROADCASTING RIGHTS TO SPORT EVENTS: THE RECENT CASE OF THE ITALIAN FOOTBALL LEAGUE

Paolo CASSINIS

Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato

Piero FATTORI *

Director of the Legal Service

Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato

1. INTRODUCTION

The application of competition rules to the sport sector has become, especially in recent years, an important issue for competition administrative authorities and courts of most European countries.

In Italy, the Autorità garante della concorrenza e del mercato, the national administrative Competition Authority (hereinafter, the Authority) has focused its attention on the arrangement for the acquisition and negotiation of television broadcasting rights to major sports events, in particular to those with wide public appeal, among which the rights to football matches are particularly important.

To date, the Authority has issued a number of decisions on horizontal restrictive practices involving the supply of television rights by their owners and the demand for these rights by radio and television broadcasters¹.

Possible vertical restrictions involving exclusive purchase agreements of, *inter alia*, television rights to broadcast football matches of Italian football teams in encoded form are currently being examined.

* The opinions expressed in this paper are the sole responsibility of the authors and cannot be interpreted as reflecting those of the Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato. This paper is based on the outline presented at the IBA Conference, Section of Business Law, Antitrust and Sports, on September 28, 1999, Barcelona.

¹ There have been two decisions concerning horizontal arrangements to share these rights among the Italian main television operators: cf. the decisions in the cases I299 *Cecchi Gori Communications* and I283B *Rai-Mediaset-rti-Mediatrade*, published in the *AGCM bulletin*, no. 49/1998. Please note that the latter has been annulled by the Administrative Court of first instance due to a lack of proof of the restrictive agreement (judgement of March 2000 no. 1457).

In July 1999 the Authority issued a decision which substantially banned the centralized marketing of broadcasting rights to the principal football events by the Italian Football League (Lega Nazionale Professionisti-Lega Calcio)².

Before focusing on this decision, a few preliminary and general remarks can be made.

— First of all, it is worth noting that, as with Community law, under the Italian law the sports sector does not enjoy any generalised or specific exemption from the application of competition rules, unlike the amendment recently introduced in Germany³, or in the United States in the Sixties for some sporting activities⁴.

On the contrary, in Italy, in order to prevent dominant positions from emerging in the Pay-tv market and to favour its balanced development, a law was enacted in 1999 introducing limitations for the acquisition, on a exclusive basis, of television broadcasting rights to football matches in encoded form. In particular, Article 2, paragraph 1, of Law no. 78/1999 (entered into force on april 1st, 1999) bans *anyone* from acquiring, directly or indirectly, more than 60% of the exclusive rights to the encoded broadcasting of matches in the First Division league championship, the highest value tournament or championship organized in Italy.

At the same time, Law no. 78/1999 attributes a number of powers to the Competition Authority, namely, to depart from the 60% threshold or to set its own, different limits, primarily in the light of the degree of competition already existing in the market. This special antitrust discipline does not prevent the general competition rules from being applied to the sports or broadcasting sectors, although, it poses the delicate problem of coordinating the two disciplines. In July 1999, the Authority adopted the first decision on the basis of Law no. 78/1999, applying the 60% threshold provided therein, without granting any exemption⁵; as a consequence, one of the two Pay-tv broadcasters operating in Italy (Telepiù) had to renounce to part of the exclusive rights on domestic matches it had brought from a football club.

² Cf. decision in the case I362 *Vendita diritti televisivi*, published in the *AGCM bulletin*, no. 6/1999.

³ In Germany a special —though controversial— regulatory exemption has been introduced in the antitrust law (section 31, 6th amendment to the *GWB*, entered into force on January 1, 1999) for the central marketing of television rights of sporting competitions by sport associations «which are also under the obligation to sponsor juvenile and amateur sport when fulfilling their socio-political responsibility» in so far as they devote for that purpose a fair share of the revenues coming from the central marketing of these television rights.

Cf. P. DEEG, F. RINGEL, «Central marketing of television broadcasting rights by the German Football Association», in *Communications Law*, vol. 4, no. 2/1999, pag. 55 ss.

⁴ Cf. Sport Broadcasting Act, 15 USC § 1291-1295 (1961). The Act covers some agreements concerning professional team sports such as football, baseball, basketball and hockey; there have been many ambiguities in its interpretation, as reported by cf. G. R. ROBERTS, *Antitrust and Sports Broadcasting in the United States*, paper presented at the IBC conference on Sport broadcasting and EC competition law, London, October 1999.

⁵ Cf. the decision in the case SR1 *Telepiù*, published in the *AGCM bulletin*, no. 29-30/1999.

— The second general remark is that the Italian competition rules (provided for by Law no. 287/1990) are modeled on the corresponding rules of the Community law (Articles 81 and 82 of the EC Treaty); moreover, they must be interpreted in accordance with the principles of Community law.

2. COLLECTIVE SELLING OF BROADCASTING RIGHTS

Collective selling or central marketing of the television rights to football events has been a long-standing practice common to many European countries (such as, France, Germany, Spain, The Netherlands and The United Kingdom) and, for many years was not analyzed and questioned under a competition law perspective by the competent institutions. This approach has changed in recent years, typically in favor of the individual negotiation of television rights by each football club.

To some extent this can be seen as the effect of the far-reaching regulatory and technological changes that have taken place in the mass-media sector, and of the substantial growth that has occurred in the television markets, together with the entry of new operators.

In the Nineties, national competition authorities of some European countries —such as Germany, the Netherlands, Spain and the United Kingdom⁶— have played a leading role in this respect, considering collective selling a restriction of competition. The EC Commission has not yet issued decisions dealing with collective selling of sport rights; however, important agreements for the centralized marketing of television rights to football events have been notified in 1999 in order to be cleared or, failing that, exempted under Article 81, paragraph 3, of the EC Treaty⁷; the Commission is also evaluating the same practice in the international motor sport. These procedures will allow the EC Commission to clarify its position on the scope and limits of the application of Community competition law to such practices, taking into account the special characteristics of sporting activities.

3. THE AUTHORITY'S DECISION ON COLLECTIVE SELLING OF BROADCASTING RIGHTS

As mentioned above, last year the Authority adopted a decision to ban most of the centralized marketing of the football broadcasting rights by the Italian Football League (hereinafter also, The League).

⁶ The Restrictive Practices Court in July 1999 (case *Director general of Fair Trading v. Premiere League, B SkyB and BBC*, July 28, 1999) disagreed with the Office of Fair Trading position and decided that the collective selling of football broadcasting rights by the Premiere League, although restrictive, was «not contrary to the public interest».

⁷ See the *OJEC*, C6 of 9-1-1999 for the TV rights to the German championship and *OJEC*, C99 of 10-4-1999 for the TV Rights to the Champions League.

The main points of the Authority's decision, which provides for an in-depth analysis of the economic and legal framework, may be summarized as follows.

The Italian Football League is an association, constituted under private law, to which the 38 football clubs taking part in the Italian First and Second Division league championships are affiliated. These clubs employ professional football players belonging to the Italian Football Federation (Federazione Nazionale Gioco Calcio-FIGC).

The Federation promotes, regulates and governs football in accordance with the guidelines laid down by the international federations (FIFA and UEFA). Its function also includes the creation of sports associations among the football clubs (the Leagues).

The League's institutional function is to organize and run the First and Second Division league championships, the Coppa Italia tournament, the League SuperCup and other junior championships. The League compiles the official event schedules and, in general, ensures that the official tournaments and the competitions are carried out in the correct manner.

Under Section 1 and 25 of its By-laws, the League had sole responsibility for handling the rights to the league championship, the Coppa Italia tournament, and the League SuperCup.

The individual football clubs had entrusted the League with negotiating their collective image and radio and TV broadcasting rights, for the main national football events.

Traditionally, the League sold the television rights for the championship and Coppa Italia to RAI, the public broadcasting corporation, until the Eighties its only possible counterpart. With the development first of free-to-air commercial television and then of pay-TV, the number of parties interested in acquiring football television rights has increased, and so, as a consequence, have the opportunities to increase the economic value of the product being sold.

The League arranged, on a mutual assistance basis, for the revenues from the sale of television rights and from betting and other commercial activities (such as sponsorship) to be divided among its member clubs. The main share of the revenues currently distributed to the clubs consists of the proceeds from the sale of television rights.

In 1998 and 1999, when the aforesaid League's By-laws were still in force, some of the leading football clubs entered into individual negotiations for the sale of their own encoded television rights to broadcasters. These negotiations led to the conclusions of contracts with Telepiù (at that time the first operator in the Italian *pay-TV* market) relating to the assignation, on an exclusive basis, of encoded television rights and foreign television rights to First and Second Division league championship matches. These contracts included a clause providing for their cancellation

in the event that the League failed to authorize the negotiations that had taken place.

During the Authority's procedure—in april 1999—the League introduced, of its own accord, significant amendments to its By-laws covering the central negotiation of television football rights, thereby putting an end to the practices which were investigated. As far as the television rights to encoded broadcasts of First and Second Division league championship matches are concerned, the new text of the By-laws recognizes the individual nature of these rights and does not provide for any form of collective selling. As for the other broadcasting rights, the amended By-laws state that the individual clubs can delegate the League to arrange for the sale for the Italian territory «... of the television rights ... on *highlights* both free-to-air and recorded of the First and Second Division league championships matches...» and of the «... television rights... both free-to-air and encoded, to the direct elimination rounds of the Coppa Italia», on the basis of contracts lasting no longer than three years and one year respectively.

* * *

The Authority considered that the Football League's By-laws (in their original version) entrusting it with the collective management and marketing of the television rights to the highlights of First and Second Division league championship games and of the rights to First and Second Division championship and Coppa Italia matches constituted an agreement, namely, a decision of an association (the Football League) of the undertakings (the various professional football teams) which owned the television rights.

In its assessment of the agreement, the Authority followed a careful and balanced approach, taking in account the differences between the *products* involved in collective selling the television rights, respectively, on (a) *highlights* of First and Second Division league championship matches, (b) First and Second Division league championship matches and (c) Coppa Italia matches.

As a consequence, for each of these products the Authority reached a different conclusion as far as the infringement of the antitrust law was concerned.

With regard to the *highlights*, the Authority considered the high transaction costs deriving from the individual sale of the rights by each team to be an important factor. A key feature of the *highlights* is that the images of all the championship matches played on a given day are made available. Therefore, it is practically impossible to create the product unless collective selling arrangements are in place, bearing in mind the difficulties that would arise if individual contracts had to be drawn up with all the clubs taking part in the First and Second Division league championships before the highlights could be produced and marketed. Accordingly, the Authority considered that the collective sale of the free-to-air rights for

the production of the highlights was not an agreement restricting competition «since it appears to be the only possible way to market the product»⁸.

As regards *the broadcasting rights to the First and Second Division championship matches*, the Authority considered they could be sold by individual clubs and purchased separately by individual broadcasters. Consequently, the Authority considered that the central marketing of the rights by the League had enabled the football clubs to engage in concerted price fixing and determination of the types of rights to be sold; the League could also exploit the market power deriving from the central selling mechanism and raise prices. Moreover, in view of the specific nature of football rights, collective selling could lead to their allocation to a single broadcaster and thus contribute to the foreclosure of the pay-TV market⁹.

Having established that the agreement was substantial, in view of the League's high market share of more than 60% in the relevant market (of *premium* broadcasting sports rights), the Authority noted that the *prices* of the television rights —uniformly fixed for all the teams— had risen very sharply during the period under consideration. This could be attributed in part to the changes in market conditions created by technological developments and increasing pressure of demand, but the magnitude of the increases nonetheless appeared to be due to the supply arrangements, i. e. the collective sale of broadcasting rights by the League. As mentioned above, during the investigation, the League adopted some amendments to its By-Law in order to meet the Authority concerns, eliminating the restrictive elements from the agreement concerning these rights.

Turning to the *Coppa Italia television rights*, the Authority considered the direct elimination («knock out») mechanism of the tournament to be particularly important, because it results in the number of matches a team will play being highly uncertain. In view of this uncertainty, the centralized negotiation of the television rights would make it possible to reduce the transaction costs associated with individual sales. Accordingly, the Authority deemed that the collective marketing of these rights satisfied the requirements for an exemption under Article 4 of Law no. 287/1990 and exempted the practice for three years, in order to allow the passage to a new, non-restrictive, form of mutuality.

Due to the complexity and novelty of this case, the Authority decided not to apply any sanctions, in spite of the horizontal nature of the restriction.

After the intervention of the Competition Authority, also less successful football clubs were able to negotiate and sale individually their home matches rights to the encoded television broadcasters (at present, Stream and Telepù). In this respect, taking also into account the entrance

⁸ Cf. point 159 of the decision.

⁹ Cf. point 151 of the decision.

into force of Law no. 78/1999, the football season 1999-2000 has been the first one in which these two operators actively competed in the Italian pay-TV market.

4. SOME CONSIDERATIONS ON THE AUTHORITY'S DECISION

The decision addressed a number of issues that are central to the current debate on the applicability of competition rules to the bargaining of broadcasting rights to sporting events. These issues will be briefly dealt with in turn.

A. DEFINITION OF THE RELEVANT MARKETS

The Authority defined the relevant market as the Italian market for *premium* broadcasting sports rights.

Together with the rights to successful films, the rights to major sports events can be qualified as *premium* rights, being a quality product, capable of significantly enhancing the value of television schedules by attracting two kind of customers, i. e. the *advertisers* for free-access broadcasters and *subscribers* for pay-TV providers.

The Authority stressed that the availability of sports programmes, especially those covering the most popular sports, had been a key factor in the development of pay-TV, and that the acquisition of the rights to these events therefore appeared to be crucial for pay-TV broadcasters. Television sports rights and *premium* films rights were considered to be complementary rather than substitutable. In fact, the ability of sports programs to attract a clearly identifiable target of viewers makes them only partially fungible with films.

Taking account of consumer preferences among the different sports, the Authority considered that a group of events could be identified as a separate market, having strong popular appeal in Italy, consistently large share of audience and the ability to attract subscribers to pay-TV networks as well as advertisers for free to air TV operators.

The market for *premium* television sports rights includes mainly rights to national football events (First and Second Division league and Coppa Italia championships' matches as well as those played by the national teams) and to the main international football events (when Italian teams—as in the UEFA championships—or the national team are playing), since they are characterized by high popularity, number of matches, duration of same. However, rights to other sports (such as the F1 championship and the cycling Tour of Italy), which, while normally achieving lower audience shares than football, still have a high audience potential, in particular, for the presence of national car-makers and/or athletes were also

included in the *premium* television sports rights. Minor sports, are not included, since they are not substitutable with the latter.

The Authority's analysis—which has been recently confirmed by the Administrative Court¹⁰— is in line with the tendency already pointed out by the EC Commission to define relevant product markets with reference not to sports programmes in general, but to specific sports such as football or F1 motor racing¹¹.

It may be noted, that this focused approach in defining the relevant market has been substantially followed by a number of national rulings dealing with market definition. For instance, in Switzerland, the Court of Appeal of Bern¹² dealing with the centralized marketing by UEFA of television and advertising rights to the Champions League football matches, found that the Champions League represented the relevant market and that it was not interchangeable with other football tournaments. In the Netherlands, in a case of collective selling of highlights of football matches, a separate market for football broadcasting rights was defined¹³. Also the Bundeskartellamt in its decision on the central marketing by the German Football Association of broadcasting rights of German professional clubs home matches in the European Cupwinner's Cup and UEFA Cup¹⁴ found that the broadcasting rights on football were much more attractive than those on other sports; moreover, the television rights to the most important football matches were substantially more attractive than those to minor football events. These decisions were finally confirmed by the Federal Supreme Court on december 11, 1997.

From the geographical point of view, the Italian Competition Authority restricted the relevant market to the national territory, mainly on the traditional consideration that consumer preferences differ from one country to another.

B. UNDERTAKINGS AND ASSOCIATION OF UNDERTAKINGS

The Authority considered professional football clubs as *undertakings* for the purposes of the competition rules¹⁵. In fact, as stated by national

¹⁰ Cf. judgement of the Administrative Court of first instance of March 2000 no. 1459, which rejected the challenge against the decision adopted in the case I299 *Cecchi Gori Communications* (footnote 1).

¹¹ Cf. Orientation document, «Broadcasting and Sport events and Competition Law», in «Competition Policy Newsletter», no. 2, june 1998.

¹² Cf. judgment of 14 november 1994-*Uefa/cwi. Telesport AG*.

¹³ Cf. Ministry of Economic Affairs, decision of 23 december 1997.

¹⁴ Cf. decisions by the Bundeskartellamt of 2 september 1994, respectively, no. WuW/E BKartA 2682 ff and 2696 ff.

¹⁵ As mentioned above, the provisions of the Italian Competition Law concerning anticompetitive agreements and abuses of dominant positions are very similar to articles 81 and 82 of the EC Treaty; moreover, said provisions must be interpreted in accordance with the principles stemming from the Community law. As a consequence, the Italian Competition Authority and the administrative

civil courts, they bear costs and make investments (for players, stadium management and staff etc.) for organizing and staging the football events and assume the related commercial risks. Furthermore, their income derives directly from the economic exploitation of the events they stage: sale of tickets, broadcasting rights, technical and commercial sponsorship and merchandising.

The Football League, which, in accordance with its By-laws «*affiliates, under private law, the clubs taking part in the First and Second Division league championships*», was considered by the Competition Authority an *association of undertakings* for the purposes of competition law (Article 2.1).

These conclusions —to consider the football clubs as undertakings and the League as an association of same— are consistent with the prior decisions of the EC Commission with reference to the FIFA and FIGC, the case-law of Tribunal of First Instance¹⁶ as well as the opinions of the Advocate General Lenz in the *Bosman* case¹⁷ and, more recently, of the Advocate General Alber (with reference to Belgian basketball professional clubs and its association) of June 22, 1999, in the case C-176/1996 still pending before the European Court of Justice. The nature of undertakings of professional football clubs was also recognised by the German competition authorities and courts, when dealing with the central marketing by the German Football Association of broadcasting rights of German professional clubs home matches in the European Cupwinner's Cup and UEFA Cup.

The Italian Competition Authority considered that the provisions of Sections 1 and 25 of the Football League's By-laws assigning the handling of the television rights for the games of the League championship, the Coppa Italia tournament and the League SuperCup to the Football League, since they could be ascribed directly to the organs of the Football League, could be considered *decisions of associations of undertakings* and therefore fell within the scope of Article 2.1 of Law no. 287/1990.

It should be noted that there was never any question during the investigation of considering the League as a form of joint venture or a single entity. Although this definition recognizes the competitive features peculiar to the sports industry and the rivalry between clubs, it would be unlikely to hold up under Community and Italian competition law, in the absence of effective overall guidance of the different clubs, which, from the point of view of their commercial policy and activity, are independent and effectively competitors¹⁸.

Courts have interpreted the notions of undertaking —as well as those of agreement, concerted practice, dominant position and abuse— in line with the practice of the EC Commission as confirmed by the Tribunal of first instance and the Court of Justice.

¹⁶ Cf. case T-46/1992, *Scottish Football Association/Commission*, ECR (1994).

¹⁷ Cf. case C-415/1993, ECR (1995), I-4921.

¹⁸ The single entity defence has been often used by sports league before the US Courts. This

C. THE OWNERSHIP OF THE BROADCASTING RIGHTS

The issue of the ownership of broadcasting rights is fundamental in order to assess the applicability of competition rules to central marketing of sports broadcasting rights. In fact, if the national football association or League is considered (as in French law¹⁹) to be the owner (or co-owner) of these rights, a competition restriction in principle can be excluded or, at least, some degree of cooperation between association and clubs for the marketing the rights would be inevitable.

The issue of the ownership of broadcasting rights depends essentially on the applicable national civil laws (e. g. governing property rights and/or the right of commercial exploitation pertaining to the organizer of an event); it is not to be answered by the competition rules, as pointed out by the EC Commission²⁰. Moreover, the issue of the ownership of rights has to be evaluated taking into account the legal and factual context as well as the features and organizational structure of each sport activity.

In this respect, a clear tendency has emerged in some national cases (e. g. in Germany, Switzerland²¹, and the Netherlands²²) to identify the individual football clubs as the owners of the television rights to home football matches.

In those cases, the main criteria to determine the ownership of the broadcasting rights seemed to be the property of assets and infrastructure used in sporting activities as well as the role had in staging the sporting events and in bearing the related commercial risks.

In the United Kingdom, the Restrictive Practices Court (hereinafter, RP Court) in the well known recent judgment²³ on the collective selling by the Football Association Premier League (FAPL) of the rights to broadcast live football matches to BBC and BSKyB denied the existence of the

defence has been denied in a number of cases by the courts of appeal; however, in a recent judgement a court of appeal, with reference to restrictions on sales of television rights by the league members observed that the league «is closer to a single firm than to a group of independent firms» when acting in the broadcasting market; Cf. *Chicago Professional Sports Ltd Partnership v National Basketball Association*, 95 F.3d 593 (7th Cir. 1996).

¹⁹ In France the national football federation is designed by law (art. 17-18 of the Law no. 84-610 of 16 July 1984) as the sole authority entitled for the exploitation of the broadcasting rights of the official matches, sharing the revenues among the football clubs.

²⁰ Cf. Orientation document, «Broadcasting and Sport events and Competition Law», quoted, point IV.3; see also J. F. PONS, *Sport and European competition law*, Fordham corporate Law Institute, Twenty-sixth Annual Conference on International Antitrust Law and Policy, October 1999; J. FAULL, A. NIKPAY, 1999, *The EC Law of competition*, pag. 789.

²¹ See footnotes no. 12 and 14 above.

²² Cf. The High Court of Amsterdam on 8 November 1996 (RvdW/KG 1996, no. 448-Feyenoord/KNVR) ruled that, in principle, the television rights belong to the home football clubs. In Spain the Law no. 10/1990 recognized the ownership to each football club: J. FAULL, A. NIKPAY, quoted, pag. 790.

²³ Cf. Restrictive Practices Court, case *Director General of Fair Trading v. Premiere League, BSKyB and BNC*, 28 July 1999.

right of the home club to sell the television rights to the domestic football matches, although acknowledging that it is usually the owner or controller of the ground at which a match is to be played that can prevent any broadcaster to have access to the ground with the purpose of making a broadcast or recording of the match. In the RP Court view, this represents «a mere power of veto» of the home club, which does not imply the ownership of the broadcasting rights on the match²⁴. Moreover, the RP Court stated that the «product» sold by the Premiere League was the league championship «as a whole, rather than the individual matches played» during the championship. In fact, «if a club were to withdraw from the FAPL for whatever reason it could not produce the derived product it helped to produce as a member of the Premiere League cartel»; therefore, the RP Court considered that each of the club contributes to the creation of a *single product* which is the championship, that the associated clubs cannot reproduce individually²⁵.

In Italy the question of identifying ownership rights has not given rise to particular difficulties, for a number of reasons. In principle, the Authority considered that the ownership of the economic rights linked to sports events should be assigned to the individual *host clubs*, who bear the business risks connected with the sport activity itself and with staging each event.

In doing so, the Authority took also in account the case-law of Italian civil courts (not dealing directly with the application of antitrust rules) which recognized that the single clubs which organize the football match are entitled to commercially exploit the related broadcasting rights. Moreover, it is to point out that Law no. 78/1999 —entered into force in april 1999— expressly provides that «Each First and Second Division football club owns the rights to encoded television broadcasts» (article 2).

Having established that ownership of the television rights resides with the individual football clubs which organize the match, the Authority ruled that to a large extent the television rights to football matches could be «sold and exploited separately» by each football club. It is worth noting that the Italian Football League itself, during the procedure conducted by the Authority, amended its By-laws by expressly acknowledging that the home football club which organises the match —not the League which organises the Championship— has the ownership of the relative television broadcasting rights. This is a quite innovative statement which clarifies one of the fundamental elements for the application of antitrust rules to the practices at issue.

²⁴ Cf. S. MOBLEY, *Broadcasting of sports events and competition law*, IBC conference, Brussels, october 1999.

²⁵ Cf. paragraph 204 of the RP Court judgement. See the outline paper presented by N. GREEN, at the IBC conference on Sport broadcasting and EC competition law, London, october 1999; see also M. COCCIA, «Diritti televisivi sugli eventi sportivi e concorrenza», in *Mercato, Concorrenza e Regole*, Mulino, no. 3/1999, page 519.

Restrictive nature of agreements and the economic features of professional sports leagues

It is widely recognized that the evaluation of the potential restrictiveness of agreements between professional sports clubs needs to be conducted in a careful and balanced manner, since cooperation in this sector is, to some extent, needed.

In the United States, courts have generally recognized that the clubs making up a professional sports league are not wholly independent economic competitors, depending as they do on a certain degree of cooperation for their economic survival; in particular, they have to agree on a number of issues, such as the championship's playing schedule, the number of games of each season, the rules of the game, etc.

The agreements among professional clubs member of a sports league have generally been considered not to be *per se* restrictions but cooperation agreements to be evaluated under a *rule of reason*²⁶.

This means that the potential restrictiveness of these agreements must be «weighed» in relation to the pro-competitive benefits and efficiencies produced, considering also the less restrictive alternatives available. In fact, the agreements may determine some restrictions —especially concerning outputs, as in the collective selling of broadcasting rights— which may be unnecessary for the economic survival of the teams, for the success of the sports activities performed by them or for the existence of the league.

In the *Bosman* case mentioned above, the Advocate General Lenz²⁷ and the Court of Justice recognized the features of sporting sector considering as legitimate objective also the aim to «maintaining a balance between clubs by preserving a certain degree of equality and uncertainty as to results»²⁸.

In a recent Report²⁹ the Commission pointed out that, although the sport sector is in principle subject to the competition rules of the EC Treaty, the application of same in this sector «must take account of the specific characteristics of sport, especially the interdependence between sporting activity and the economic activity that it generates, the principle

²⁶ Cf. Supreme Court, *National Collegiate Athletic Association v. Board of Regents of the University of Oklahoma*, 468 US at 100, 104 S. Ct. at 2959; See H. HOVENKAMP, *Federal Antitrust Policy*, 1994, page 238-239; R. PARDOLESI, C. OSTI, «Avviso di Burrasca: Antitrust e diritti TV su manifestazioni sportive», in *Rivista di Diritto Sportivo*, no. 1/1996, page 3; G. R. ROBERTS, *Antitrust and Sports Broadcasting in the United States*, quoted.

²⁷ Cf. the opinion, points 226 and following (ECR, I-4930).

²⁸ Cf. paragraph 106 of the judgment, also quoted in the EC Commission Orientation document, «Broadcasting and Sport events and Competition Law».

²⁹ Cf. Report from the Commission to the European Council with a view to safeguarding current sports structures and maintaining the social function of sport within the Community framework (Helsinki Report on Sport) of 12th december 1999, COM(1999)644final.

of equal opportunities and the uncertainty of the results». As for the practices that in principle do not come under the competition rules, the Commission indicates that «the regulations of sporting organizations drawing up rules without which a sport could not exist, or which are necessary for its organization or for the organization of competitions, might not be subject to competition rules. The rules inherent to sport are, first and foremost, the «rules of the game», the aim of these rules is not to distort competition». It means that the arrangements concerning the organization of sporting activities and their non-economic aspects linked to the specific nature of sport may fall outside the competition rules' domain. Moreover, the Commission pointed out that decisions between professional clubs or decisions by their associations the purpose of which is to maintain a balance between clubs and preserve a certain degree of equality and of opportunity and the uncertainty of results (as well as to encourage the training of young players) may qualify for an exemption provided that the restriction on competition is limited and proportional to said legitimate objective, and no less restrictive alternatives are available.

There is a vast literature on the need for a *competitive balance* among the different teams which comprise a professional sport league³⁰.

The issue of the competitive balance had a central role in the recent judgment of the UK RP Court, that found it somewhat essential for the success of the Premiere League. Such a balance was obtained through a system of central selling of television rights to the broadcasters by the League and by sharing the proceeds among the football clubs in a given percentage.

The Italian Competition Authority in the decision we are examining expressly acknowledged the economic features peculiar to the sector of sport leagues. In particular, it stated in this regard that «in the context of football clubs' objective function, an inherent tension exists between

³⁰ See, among others, the recent contribution of J. FINDLAY, W. L. HOLAHAN, C. OUGHTON, «Revenue-sharing from broadcasting football: the need for the League Balance», in *The business of football. A game of two halves?*, Mainstream Publishing, 1999, page 124. The authors observe that «the sports league have an inherent tendency to become dominated by a handful of leading clubs that compete for the league title with a tail of less successful clubs that make up the league. A key factor that determines the overall success of a league is a league balance or a competitive balance. If the gap between the dominant and lagging clubs in the league becomes too large then a significant number of league matches become too predictable and the absence of strong competition leads to unexciting games that attract few spectators. It is not difficult to see that in an unregulated league there is a tendency for imbalance to develop. (...) This inherent tendency to league imbalance results in one of the peculiar economic problems facing sports leagues, namely that while in most industries competitors are not adversely affected, and are even likely to benefit if rivals perform badly or go to the wall, this is not so in sports league». The authors consider that an adequate redistribution of revenues from stronger and weaker teams is needed in order to ensure the competitive balance within the league, specially with the emergence of «new and expanding markets for live broadcasting and other means of dissemination» which have increased the potential revenues.

For an economic analysis of the features of professional sporting activities and the application of competition rules with reference also to the Italian market, see P. BUCCIROSSI and A. PEZZOLI, «Calcio, Diritti televisivi e concorrenza», *Concorrenza e Mercato*, no. 4/1996, page. 553. See also M. COCCIA, *Diritti televisivi sugli eventi sportivi e concorrenza*, quoted above.

the objective of beating their opponents, thereby increasing their popularity, and the need to maintain a high level of interest of public in the tournaments and championships, thereby safeguarding their overall ability to generate revenues».

The Authority considered, however, that the agreement concerning the central negotiation and selling by the Italian Football league of the broadcasting rights to the First and Second Division championship games restricted competition and resulted in a concerted fixing of the prices and types of rights to be marketed.

In the Authority's opinion, these rights (except those to highlights) could be sold singly by the football clubs and purchased separately by the television broadcasters and, in the absence of a collective selling mechanism, there were no elements to say that the «broadcasters would have no commercial interest in acquiring only a part of the rights». Therefore, the restriction of competition caused by the central selling appeared to be unjustified, at least for the marketing of such broadcasting rights. As for the «solidarity argument» among football clubs, the Authority did not share the Football League's view that collective selling of the rights was required to maintain a balance between the clubs, through a mutualistic distribution of the revenues of the selling of the broadcasting rights of the matches. The Authority did recognize the aforesaid peculiar economic features of sports leagues and the importance of redistributory mechanisms which make it possible to ensure a balance competition within the League, thus the uncertainty of results of matches; however, the central selling of television rights did not appear to be the only instrument—and the least restrictive—capable of guaranteeing the redistribution of revenues among all the football clubs, therefore a competitive balance among them.

In fact, it appeared that such a result could be achieved through alternative and less restrictive arrangements, for example, via a system based on some kind of progressive contribution by the football clubs to the League³¹.

It is worth nothing that the Italian Football League, in amending its By-laws during the investigation, introduced a new mechanism for achieving the mutualistic goal which, to a large extent, was not based on the collective selling of broadcasting rights by the League. In fact, the new system was founded on the redistribution—among clubs of the First and Second Division—of a substantial share of the revenues mostly deriving from the selling of television rights by the single clubs³².

The fact that the League itself was able to identify, with the agreement of the all football clubs concerned, an alternative solution to the central marketing of broadcasting rights was a clear evidence that the restriction

³¹ Cf. points 153-155 of the decision.

³² Cf. points 79-80 of the decision.

of competition produced by the collective selling of television rights by the League was not necessary or proportional to the pursuit of the mutualistic aims of the system.

It should be noted, however, that applying the same approach the Authority recognized the non-restrictive nature of the agreement for the central marketing of the *highlights*, due to the enormous transaction costs that would be required to market this product individually. In fact, as seen above, the collective selling of *highlights* concerning the national Championship was deemed not restrictive of competition taking into account that they were considered both by the football teams and the television networks a *unique* product having a value if comprehensive of the images of all the scheduled football games. This is why the Authority concluded that the collective selling was somehow necessary for the existence of that specific product, being the sole way to market it³³.

2. INTRODUCTION

La sentencia dictada por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea en el asunto C-126/91, *Fox Sports Time Ltd v. British Association of Football Clubs Ltd*, afecta las relaciones entre el Derecho comunitario de la competencia y el Derecho nacional nacional, como son: aquellas normas comunitarias y el régimen jurídico del deporte profesional europeo. Mientras que respecto a la primera cuestión los demandados no son empresarios y no actúan económicamente en forma autónoma, sino dentro del deporte que se desarrolla predominantemente de acuerdo a la jurisdicción del Estado y Fox Sports, caso de la primera decisión del Alto Tribunal, que tiene en cuenta las normas europeas sobre una cuestión tan específica en el deporte como la gestión, puesto que administrativamente las actividades relativas al fútbol profesional "Member" y "Contract" operan en un ámbito profesional sobre el acuerdo de los tribunales estatales al respecto regulados por el artículo 174 (ex art. 177) del Tratado de Roma. En consecuencia, en los asuntos Fox Sports y *Contract* el ámbito de aplicación de la ley comunitaria sobre el deporte es una cuestión que resulta de especial interés, puesto que plantea una serie de cuestiones jurídicas que el Tribunal debe resolver con claridad para el fútbol profesional europeo.

2. LOS HECHOS

Los hechos que dan lugar al litigio en el presente procedimiento son los siguientes. En el año 1986, British Association of Football Clubs Ltd (BAFA) y Fox Sports Ltd (FSL) celebraron un acuerdo de licencia de transmisión de los derechos de televisión de los partidos de fútbol profesional de la Liga de Fútbol de Inglaterra. El acuerdo de licencia de transmisión de los derechos de televisión de los partidos de fútbol profesional de la Liga de Fútbol de Inglaterra, celebrado en 1986, tiene como objeto la explotación de los derechos de televisión de los partidos de fútbol profesional de la Liga de Fútbol de Inglaterra. El acuerdo de licencia de transmisión de los derechos de televisión de los partidos de fútbol profesional de la Liga de Fútbol de Inglaterra, celebrado en 1986, tiene como objeto la explotación de los derechos de televisión de los partidos de fútbol profesional de la Liga de Fútbol de Inglaterra.

³³ Cf. points 159, 177, 184 of the decision.

COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS DE 1 DE JUNIO DE 1999

Cristina GONZÁLEZ BEIFUSS

Profesora Titular de Derecho Internacional Privado
Universidad de Barcelona

1. INTRODUCCIÓN

1. La sentencia dictada por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea en el asunto C-126/97, *Eco Swiss Time Ltd. c. Benetton International NV*, aborda las relaciones tanto entre el Derecho comunitario de la competencia y el Derecho procesal nacional, como entre aquellas normas comunitarias y el régimen jurídico del arbitraje comercial internacional. Mientras que respecto a la primera cuestión las novedades no son sustanciales y el TJCE esencialmente se limita a reiterar, con ciertas matizaciones que se pondrán posteriormente de relieve, la jurisprudencia *Van Schijndel y Van Ven*¹, ésta es la primera decisión del Alto Tribunal que incide de manera significativa sobre una cuestión tan debatida en la doctrina como la segunda, puesto que anteriormente las sentencias recaídas en los asuntos *Nordsee*² y *Commune d'Almelo*³ únicamente se habían pronunciado sobre el acceso de los tribunales arbitrales al recurso prejudicial del artículo 234 (*ex art. 177*) del Tratado de Roma. Estamos, por este motivo, frente a una sentencia que resulta de especial interés, aunque finalmente sea algo decepcionante puesto que el Tribunal elude las cuestiones más difíciles que le había planteado el *Hoge Raad* holandés.

2. LOS HECHOS

2. Los hechos que dan lugar a la formulación del recurso prejudicial son los siguientes. En el año 1986, *Benetton International NV*, con sede

¹ Sentencia de 14 de diciembre de 1995, asuntos acumulados C-430/93 y C-431/93, *Rec.*, 1995, pp. I-4705 ss.

² Sentencia de 23 de marzo de 1982, asunto 102/81, *Nordsee v. Reederei Mond*, *Rec.*, 1982, pp. 1095 ss.

³ Sentencia de 27 de abril de 1994, asunto C-393/92, *Municipality of Almelo v. Energiebedrijf NV*, *Rec.*, 1994, pp. I-1477 ss.

social en Amsterdam (Países Bajos), celebra un contrato de licencia de marca para una duración de ocho años con *Eco Swiss China Time Ltd.*, sociedad domiciliada en Hong Kong, y *Bulova Watch Company Inc.* con sede en Nueva York. En virtud de dicho contrato *Benetton* otorga a *Eco Swiss* el derecho de fabricar y comercializar y a *Bulova* el derecho de comercializar relojes con la mención «*Benetton by Bulova*». En el contrato de licencia se acuerda que toda controversia entre las partes se resolverá mediante arbitraje celebrado de acuerdo con las normas del Instituto neerlandés de arbitraje y aplicando el Derecho holandés.

Tres años antes de concluir el período de licencia pactado, es decir, en 1991, *Benetton* resuelve unilateralmente el contrato. Ello da lugar a una controversia entre las partes que, de acuerdo con la cláusula compromisoria incluida en el contrato, se dirime frente a un órgano arbitral. El 4 de febrero de 1993 el tribunal arbitral dicta un primer laudo parcial condenando a *Benetton* a indemnizar a *Eco Swiss* y *Bulova* por los daños y perjuicios que les ha causado la resolución anticipada del contrato y encomendando a las partes la tarea de acordar las cantidades debidas en concepto de indemnización. Este primer laudo no es recurrido por *Benetton* en el plazo de tres meses que a tal efecto establece el Derecho procesal holandés.

Al no llegar, no obstante, las partes a acuerdo alguno respecto a la cuantía de la indemnización, el tribunal arbitral dicta un segundo laudo con fecha de 23 de junio de 1995 condenando a *Benetton* al pago de sendas indemnizaciones de 23.750.000 dólares y de 2.800.000 dólares a *Eco Swiss* y *Bulova*, respectivamente. El 14 de julio de 1995 *Benetton* solicita la anulación de ambos laudos frente al Juzgado de Primera Instancia (*Rechtbank*) de La Haya alegando la contrariedad de los laudos con el orden público en virtud de la nulidad del contrato de licencia por infracción del artículo 81 TCE (*ex art. 85*). Este argumento no había sido planteado anteriormente en el procedimiento arbitral ni por las partes ni por el propio tribunal arbitral. El *Rechtbank* desestima el recurso el 2 de octubre de 1996 siendo recurrida esta decisión ante el Tribunal de Segunda Instancia (*Gerechtshof*) de La Haya (primer recurso de apelación). Puesto que según el Derecho procesal holandés la apelación no suspende la ejecución del laudo arbitral salvo que el juez decida otra cosa, *Benetton* solicita dicha suspensión así como la constitución de una fianza por parte de *Eco Swiss* el 24 de julio de 1995. El *Rechtbank* sólo accede a la segunda de estas peticiones por lo que también esta decisión es objeto de recurso de apelación (segundo recurso de apelación).

El 26 de marzo de 1996 el *Gerechtshof* dicta una resolución relativa al segundo recurso de apelación admitiendo que el artículo 81 (*ex art. 85*) del TCE es una disposición de orden público cuya infracción da lugar a la anulación del laudo conforme a lo previsto en el artículo 1.065.1.e) de la Ley de Enjuiciamiento Civil neerlandesa. El *Gerechtshof* establece, no obstante, también que, puesto que no se había interpuesto el recurso de anulación del primer laudo en el plazo que a tal efecto prevé el Dere-

cho procesal civil holandés, el efecto de cosa juzgada impide el examen de la primera decisión arbitral por lo cual el alcance de su pronunciamiento se limita a la segunda. Respecto a ésta, el Tribunal de Segunda Instancia llega a la conclusión de que no procede la concesión de una indemnización por resolución ilegal de un contrato si éste es nulo⁴, ya que ello equivaldría a reconocerle efectos.

3. La decisión de segunda instancia se recurre en casación ante el *Hoge Raad* que decide suspender el procedimiento e interponer un recurso prejudicial en el que plantea al Tribunal de Justicia cinco cuestiones, de las que éste sólo responde a la segunda, la cuarta y la quinta. Las cuestiones planteadas son esencialmente: iii) si un laudo arbitral contrario al artículo 81 TCE (*ex art. 85*) debe ser anulado en virtud del Derecho procesal del foro cuando éste prevé la contrariedad con el orden público como causa de anulabilidad de las decisiones arbitrales; iv) si el Derecho comunitario obliga a no aplicar dos normas del Derecho procesal holandés que establecen, respectivamente: a) que en el marco de un procedimiento de anulación contra un laudo final no cabe entrar en el examen de un laudo parcial anterior que ha adquirido fuerza de cosa juzgada por no haber sido recurrido en el plazo previsto a tal efecto y b) que en el procedimiento de anulación de un laudo arbitral no cabe alegar motivos no planteados en el procedimiento arbitral, y v) sobre si el principio dispositivo que rige en materia de arbitraje comercial puede impedir que los árbitros apliquen de oficio normas de Derecho comunitario de la competencia y si en caso contrario el laudo sería o no nulo por no ajustarse a los términos de lo solicitado por las partes. Como veremos, estas últimas cuestiones no son abordadas por el TJCE so pretexto de que no es necesario, cuando es precisamente respecto a las mismas que se produce una colusión entre el Derecho comunitario y el régimen jurídico del arbitraje comercial internacional.

3. EL CARÁCTER DE NORMAS DE ORDEN PÚBLICO DE LAS DISPOSICIONES COMUNITARIAS DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y EL CONTROL JURISDICCIONAL DE LOS LAUDOS

4. El Derecho procesal civil holandés limita, a fin de preservar la eficacia del arbitraje, las causas de anulabilidad de los laudos a una serie de motivos tasados entre los cuales figura, como ocurre prácticamente en todas las normas internas relativas al control jurisdiccional de los laudos, la cláusula de orden público. Los tribunales de justicia competentes

⁴ Según el *Gerechtshof* el contrato es nulo porque permitía a las partes repartirse el mercado puesto que estipulaba que *Eco Swiss* no podía vender artículos de relojería en Italia ni relojes *Bulova* en ninguno de los Estados miembros. No se había, por otra parte, notificado a la Comisión ni estaba amparado por ninguna exención de categoría.

respecto a esta cuestión⁵ pueden anular los laudos que infringen normas imperativas del foro. En caso de que se solicite el reconocimiento y ejecución de un laudo extranjero la cláusula de orden público internacional constituye también un motivo específico de denegación del reconocimiento del laudo recogido en toda la legislación aplicable a esta cuestión incluido el Convenio de Nueva York sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras.

5. En este caso las dudas que acerca del carácter imperativo de las normas comunitarias de defensa de la competencia alberga el *Hoge Raad* solamente se explican a partir de las peculiaridades del Derecho holandés de la competencia anterior a la reforma operada mediante la Ley de 22 de mayo de 1997⁶. Como pone de manifiesto el tribunal holandés en el propio recurso prejudicial, desde el punto de vista del Derecho interno holandés el mero hecho de que el contenido o la ejecución de un laudo arbitral impida la aplicación de una prohibición impuesta por el Derecho de la competencia no se considera que infrinja el orden público.

Esta peculiaridad del Derecho interno holandés no hace, sin embargo, mella en el Tribunal de Justicia que de manera contundente afirma que «el artículo 81 TCE constituye una disposición fundamental indispensable para el cumplimiento de las misiones confiadas a la Comunidad, especialmente para el funcionamiento del mercado interior» (apartado 36) y que «de ello se deduce que, en la medida en que un órgano jurisdiccional deba, en aplicación de sus normas procesales internas, estimar un recurso de anulación de un laudo arbitral basado en la inobservancia de normas nacionales de orden público, también debe estimar tal recurso basado en la inobservancia de la prohibición impuesta en el apartado 1 del artículo 81 TCE» (apartado 37). Dicha conclusión se hace extensiva a la cláusula de orden público que como motivo de denegación del reconocimiento de los laudos extranjeros establece el artículo 5.2 del Convenio de Nueva York (apartado 39).

6. Una de las cuestiones que llama la atención, en primer lugar, es que el TJCE no distingue de manera explícita entre el orden público interno y el orden público internacional. Mientras que con carácter general, y salvo en casos particulares como podría ser el del Derecho interno de la competencia holandés anterior a la última reforma, nadie discute que la normativa de defensa de la competencia está formada por normas de *ius cogens* que las partes no pueden derogar mediante pacto, no existe acuerdo respecto a la inclusión de dichas normas o mejor dicho de todas

⁵ La competencia respecto a la anulación de los laudos deriva del Derecho procesal del foro puesto que esta cuestión no se regula ni en el Convenio de Bruselas de 1968 relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil ni en el antes mentado Convenio de Nueva York. Generalmente se suele atribuir a los tribunales de justicia del lugar en el que se ha celebrado el arbitraje, a pesar de que dicho lugar puede ser aleatorio. Respecto al Derecho español, cfr. artículo 46.1 de la Ley de Arbitraje.

⁶ Sobre esta reforma *vide National Reports* (1998) ECLR N-103.

ellas en la categoría de normas de orden público internacional puesto que estas últimas están formadas por un «núcleo duro» muy estrechamente relacionado con los principios fundamentales del ordenamiento jurídico del foro y que debe ser salvaguardado en todo caso, es decir, incluso cuando la decisión cuyo reconocimiento se solicita es un laudo extranjero que ha sido dictado aplicando un Derecho también extranjero⁷. El matiz es importante porque mientras que los recursos de anulación se plantean contra laudos dictados en el foro y el motivo por el que se solicita la anulación es la infracción del orden público interno, el Convenio de Nueva York hace referencia al orden público internacional y se refiere al reconocimiento de laudos extranjeros.

El caso que nos ocupa es, en principio, relativamente sencillo porque se trata de un laudo dictado en un país comunitario y en aplicación de un ordenamiento jurídico comunitario cuya anulación se solicita por la infracción del orden público interno de uno de los Estados miembros. El TJCE puede, por tanto, resolverlo simplemente sustituyendo a la noción de orden público interno la noción de orden público comunitario o, dicho de otra manera, estableciendo que el artículo 81.1 TCE es una disposición que siendo imperativa en Derecho comunitario es también imperativa para el Derecho de los Estados miembros.

La cuestión podría haberse complicado si las empresas implicadas hubieran intentado eludir la aplicación del Derecho comunitario sometiendo sus controversias al arbitraje de una institución extracomunitaria. En dicho caso, probablemente el recurso de anulación se hubiera tenido que plantear en el Estado de la sede del arbitraje, cuyos tribunales obviamente no están obligados a considerar que la infracción de una disposición del Derecho comunitario infringe el orden público del foro. Los tribunales de los Estados miembros sólo estarían llamados a intervenir en caso de que fuera necesario el reconocimiento del laudo extranjero como paso previo a su ejecución forzosa en territorio comunitario. En el procedimiento de reconocimiento se aplicaría el Convenio de Nueva York que, como hemos visto, se refiere al orden público internacional o, en su caso, la normativa interna más favorable que estuviera en vigor en el Estado requerido que con toda probabilidad también se referiría a la noción de orden público internacional. ¿Cabe entender que la infracción del artículo 81 viola el orden público internacional de los Estados miembros?

⁷ La cuestión fue debatida con ocasión de unas Jornadas de estudio celebradas bajo los auspicios de la CCI en el seno del Institute of International Business Law and Practice en el año 1993. Sobre este debate, cfr. A. PRUJNER, «Champ du controle du juge national sur les sentences arbitrales internationales», en ICC/Dossier of the Institute of International Business Law and Practice (ed.), *Competition and Arbitration Law*, Paris, 1993, pp. 283-292. Con carácter más general y no limitado al control jurisdiccional de los laudos es interesante la observación de IDOT (L. IDOT, «Rapport introductif», en *ibidem*, pp. 13-38, p. 16), quien destaca que la obligación de los árbitros de aplicar las normas de defensa de la competencia deriva de su carácter de normas de policía o de normas de aplicación necesaria que determinan su ámbito de aplicación en el espacio con referencia al criterio de los efectos sobre el mercado.

En principio, la respuesta ha de ser afirmativa puesto que el TJCE se refiere al Convenio de Nueva York en el apartado 39 de la sentencia para establecer que el artículo 81 puede considerarse una disposición de orden público en el sentido de dicho Convenio. Ha de entenderse, por tanto, que la disposición infringida se integra en el orden público internacional de los Estados miembros, todo más cuando el TJCE no tenía necesidad alguna de aludir al Convenio de Nueva York al que en ningún momento se refiere el *Hoge Raad* holandés.

Ello no significa, no obstante, que todo el Derecho comunitario de la competencia se integre en el orden público internacional de los Estados miembros por lo que subsisten dudas respecto a disposiciones como la violación de la interdicción del artículo 82 TCE. Tampoco resuelve el TJCE en esta sentencia una cuestión más complicada y que de hecho ha preocupado a los especialistas desde la admisión generalizada de la arbitrabilidad del Derecho de la competencia. ¿Cómo han de tratarse los supuestos en los que el tribunal arbitral realiza una aplicación o interpretación incorrecta del Derecho de la competencia? En principio, y éste ha sido uno de los grandes logros del Convenio de Nueva York, en sede de reconocimiento del laudo no se admite la revisión en cuanto al fondo por lo que difícilmente se podría producir una denegación del reconocimiento del laudo en un caso de estas características⁸. No obstante, y habida cuenta que en la delimitación del mercado relevante se pueden producir importantes errores, quizás habría que permitir que el juez estatal encargado del control de los laudos al menos pudiera atajar los errores más flagrantes. En cualquier caso, la sentencia no resuelve esta cuestión que, como veremos en el apartado V de este comentario, se relaciona de manera directa con la falta de acceso de los árbitros al mecanismo del recurso prejudicial y con carácter más general con las consecuencias que esta decisión tiene de cara a la conducta de los árbitros.

4. EL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA DEL DERECHO PROCESAL DEL FORO

7. La resolución del caso está profundamente marcada por las particularidades del Derecho procesal holandés que impide interponer el recurso de anulación contra el primer laudo parcial que condena a *Benetton* por resolución anticipada del contrato por haber transcurrido el plazo de tres meses que a tal efecto establece el Derecho holandés. La paradoja radica en que sí que es posible el recurso dentro de plazo de un laudo final directamente relacionado que establece una indemnización en virtud de dicha resolución anticipada del contrato y que es precisamente en virtud de dicha posibilidad que se pone de relieve la nulidad del contrato por infracción del artículo 81 TCE. La cuestión a debatir es, por tanto,

⁸ Los Derechos procesales internos tampoco suelen admitir la revisión en cuanto al fondo en el marco del recurso de anulación.

si en virtud del Derecho comunitario y, en particular, debido al carácter de norma de orden público del artículo 81 TCE, el juez nacional debe dejar de aplicar la normativa procesal interna por la cual el primer laudo ha adquirido fuerza de cosa juzgada y no puede ser cuestionado en el marco de un procedimiento de anulación del laudo posterior que, de hecho, lo desarrolla.

8. La respuesta del Tribunal de Justicia es conforme con la jurisprudencia *Van Schijndel* y *Van Veen*. El Tribunal establece, en efecto, en los apartados 45 y 46 de la sentencia la compatibilidad de la normativa procesal holandesa en cuestión porque, de una parte, el plazo de tres meses «no resulta demasiado breve en comparación con los establecidos en los ordenamientos jurídicos de los demás Estados miembros» y «no hace excesivamente difícil o prácticamente imposible el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico comunitario» y, de otra, las limitaciones que resultan respecto al procedimiento de anulación contra el laudo final «están justificadas por los principios básicos del sistema jurisdiccional nacional, como los de seguridad jurídica y respeto de la cosa juzgada».

9. El principio de autonomía procesal se excepciona, no obstante, respecto a otra norma del Derecho procesal holandés. Una de las particularidades del asunto que nos ocupa es que durante todo el procedimiento arbitral ninguna de las partes planteó la posible incidencia del artículo 81 CE sobre el contrato de licencia de marca. Es solamente una vez se ha dictado un laudo condenando a la sociedad *Benetton* al pago de sendas indemnizaciones, cuando, de hecho, ésta suscita por primera vez la contrariedad del contrato con el Derecho comunitario de la competencia. Tampoco los árbitros habían planteado la cuestión. Es importante destacar al respecto que el Derecho holandés establece con especial vigor el principio dispositivo en materia de arbitraje comercial internacional y que de haber introducido el tribunal arbitral la cuestión de *motu proprio* se hubiera podido considerar que no se atenía a su misión con lo cual el laudo se hubiera posiblemente podido anular en virtud de la incongruencia a la que se refiere el artículo 1.065.1.c) del Código de procedimiento civil holandés.

10. El TJCE evita, interesadamente, entrar a valorar directamente⁹ cuál debería haber sido la conducta de los árbitros y se limita a determinar que el principio dispositivo no alcanza a los jueces encargados del control del laudo. Citando a la sentencia recaída en el asunto *Federconsorzi*¹⁰ y aludiendo a la jurisprudencia que impide a los tribunales arbitrales el acceso al recurso prejudicial se establece que «existe, para el ordenamiento jurídico comunitario, un interés manifiesto en que con el fin de evitar futuras divergencias de interpretación, toda disposición de Derecho comunitario reciba una interpretación uniforme, cualesquiera que sean

⁹ Indirectamente entiendo que está estableciendo una obligación de aplicación de oficio del Derecho comunitario de la competencia a la que me referiré en el apartado V de este Comentario.

¹⁰ Sentencia de 25 de junio de 1992, asunto C-88/91, *Federconsorzi, Rec.*, 1992, pp. I-4035 ss.

las condiciones en que deba aplicarse»... «De ello se deduce que en la situación que es objeto del presente asunto y a diferencia de la sentencia *Van Schijndel* y *Van Veen* antes citada, el Derecho comunitario exige que los órganos jurisdiccionales nacionales que deban pronunciarse sobre la validez de un laudo arbitral puedan examinar cuestiones relativas a la interpretación de la prohibición impuesta en el apartado 1 del artículo 81 CE y, en su caso, plantearlas al Tribunal de Justicia para que éste las resuelva con carácter prejudicial.»

Por consiguiente, el Tribunal establece que el principio de autonomía ha de excepcionarse en virtud del principio de eficacia del Derecho comunitario. Las circunstancias del caso y en particular el hecho de que las partes no hubieran alegado la infracción del Derecho de la competencia no pueden impedir que el laudo pueda ser objeto de control. De hecho, la referencia a la jurisprudencia *Nordsee* y *Commune d'Almelo* ha de interpretarse en el sentido de que la solución de no permitir a los árbitros efectuar un recurso prejudicial está contrapesada por la importancia que se concede al control jurisdiccional de los laudos arbitrales. No son, por tanto, admisibles ni compatibles con el Derecho comunitario las disposiciones procesales que limiten dicho control judicial ¹¹.

5. ARBITRAJE Y DERECHO DE LA COMPETENCIA

11. En el asunto *Van Schijndel* antes citado los recurrentes alegaron como motivo casacional la falta de comprobación por parte de los jueces de instancia de la compatibilidad de determinadas disposiciones nacionales con el artículo 5f y los artículos 86, 86 y 90 del Tratado. Estas cuestiones se alegaban por primera vez en casación. Se trata, por tanto, de un asunto que guarda grandes paralelismos con el que nos ocupa, por lo que no es de extrañar que el *Hoge Raad* pensara en la transposición de dicha jurisprudencia al presente caso. De hecho así lo planteó en la primera pregunta a la que se refiere el recurso prejudicial.

En el mentado asunto *Van Schijndel* el Tribunal de Justicia llegó, en efecto, a la conclusión de que «el Derecho comunitario no impone a los órganos jurisdiccionales aducir de oficio un motivo basado en la infracción de disposiciones comunitarias, cuando el examen de este motivo les obligaría a renunciar a la pasividad que les incumbe, saliéndose de los límites del litigio tal como ha sido circunscrito por las partes y basándose en hechos y circunstancias distintos de aquellos en los que fundó su demanda la parte litigante interesada en la aplicación de dichas disposiciones». Habida cuenta que en materia de arbitraje es exclusivamente la voluntad de las partes lo que justifica la intervención de meros particulares en el ejercicio de funciones jurisdiccionales el Tribunal de

¹¹ Esta cuestión es objeto de especial desarrollo en los apartados 42-46 de las Conclusiones del Abogado General SAGGIO relativas a la cuestión tercera planteada por el *Hoge Raad*. En la sentencia el TJCE establece que no es preciso responder a dicha cuestión.

Justicia hubiera debido responder en sentido idéntico afirmando que los árbitros no tienen la obligación de aplicar de oficio el Derecho comunitario de la competencia. Esta conclusión es, no obstante, contradictoria con las respuestas analizadas en los apartados III y IV de este comentario.

12. El motivo es el siguiente. La preocupación principal de todo árbitro es que el laudo arbitral que dicte sea válido y pueda ser ejecutado sin problemas. Si un laudo puede ser anulado por contrariedad con el orden público en caso de que el árbitro haya ignorado la aplicabilidad del artículo 81 CE al caso y el juez encargado del control del laudo está obligado a apreciar dicho motivo al margen de que las partes lo hayan o no alegado en la instancia arbitral, de hecho también el árbitro está obligado a apreciar de oficio la aplicabilidad del Derecho comunitario de la competencia si no quiere exponerse a que el laudo sea anulado o no pueda ser objeto de reconocimiento. Se produce, por tanto, la paradoja de que las obligaciones que incumben a los árbitros respecto a la aplicación del Derecho comunitario de la competencia son, *de facto*, superiores que las que corresponden a los jueces en casos análogos. Resulta, además, cuando menos chocante que, como resultado, el principio dispositivo que, al fin y al cabo, es corolario directo del principio de autonomía de la voluntad tenga menor peso en sede de arbitraje que por lo que respecta a la jurisdicción. De ahí que el TJCE haya eludido de manera sibilina entrar directamente en el territorio ciertamente resbaladizo de las relaciones entre arbitraje y Derecho comunitario de la competencia y haya evitado responder a la primera cuestión que le plantea el *Hoge Raad* so pretexto de que no es necesario.

13. Indirectamente la sentencia incide, no obstante, como vemos, en las relaciones entre arbitraje y Derecho comunitario y es, además, la primera sentencia sobre una cuestión muy debatida doctrinalmente. Por tanto y a pesar de que podría parecer que excede el comentario a la presente sentencia estimo conveniente intentar sistematizar los términos en los que se plantean dichas relaciones.

14. La primera cuestión que se plantea es la de la arbitrabilidad del Derecho de la competencia. Respecto a este tema se admite de manera generalizada¹² que mientras que los árbitros son obviamente incompetentes en los ámbitos penal y administrativo y, por tanto, no pueden en ningún caso imponer sanciones penales u administrativas o autorizar determinadas conductas, no existe en cambio inconveniente alguno en admitir su intervención respecto a las consecuencias civiles (nulidad de contratos u otorgamiento de indemnizaciones) de determinadas infracciones del Derecho de la competencia como la que nos ocupa en la sentencia que hemos comentado. La arbitrabilidad del Derecho de la competencia ha sido tanto admitida por diversas sentencias estatales¹³, entre las que destaca la recaída en EEUU en el célebre asunto *Mitsubishi*, como

¹² De hecho desde el punto de vista doctrinal el debate se considera cerrado. Cfr. L. IDOT, «Arbitrage et droit communautaire», *RDAL*, 1996-5, pp. 561-591, p. 562.

¹³ *Vide* las referencias en L. IDOT, *Rapport...*, pp. 21-23.

en la propia jurisprudencia arbitral, que de manera unánime ha aceptado la competencia de los tribunales arbitrales para pronunciarse en relación a una excepción de nulidad por infracción del Derecho de la competencia esgrimida en un litigio relativo a la ejecución de un contrato cuyas controversias se someten a arbitraje¹⁴. Como límites de la arbitrabilidad se esgrime, por un lado, que el árbitro sólo puede aplicar las disposiciones comunitarias que gocen de efecto directo y que no puede vulnerar las competencias exclusivas de tribunales o autoridades especializadas¹⁵.

15. La intervención de los árbitros depende con carácter general no sólo de la arbitrabilidad de la controversia, sino también de que las partes les hayan otorgado competencia respecto a la misma mediante una cláusula compromisoria o compromiso arbitral. Tratándose de meros particulares la única fuente de legitimidad de la intervención arbitral radica en la voluntad de las partes, por lo cual a fin de evitar un laudo *ultra petita* será en primer lugar necesario verificar si la cláusula compromisoria está redactada en términos lo suficientemente amplios para cubrir un eventual pronunciamiento en torno a cuestiones relativas a la defensa de la competencia. En el supuesto habitual que se plantea en la sentencia que hemos comentado este aspecto no planteará ninguna dificultad puesto que la infracción de las normas de la competencia se plantea incidentalmente en el marco de un litigio relativo a la ejecución de un contrato¹⁶.

16. ¿Podrían las partes prohibir de manera expresa que los árbitros se pronuncien sobre cuestiones relativas al Derecho de la competencia? En principio, la respuesta debería ser negativa puesto que, en definitiva, una cláusula de este tipo en muchos casos encubrirá una conducta fraudulenta, ya que buscará eludir la aplicación de normas imperativas. Si así fuera se podría defender la aplicación de la sanción que habitualmente se reserva al fraude a la ley, es decir, la aplicación de las normas que se quieren eludir o deducir que la cláusula es nula en virtud de la ilicitud de su causa¹⁷. En los casos, en los que la exclusión no obedeciera a intención fraudulenta alguna sería, no obstante, más difícil justificar la intervención de los árbitros en la materia.

17. Otra posible fuente de dificultades radica en la sumisión del arbitraje a un ordenamiento jurídico no comunitario. Tanto si las partes ordenan al árbitro resolver las controversias a él sometidas aplicando el ordenamiento jurídico de un Estado tercero, como si el laudo ha de dictarse aplicando la *lex mercatoria*, el árbitro no podrá aplicar el Derecho de la competencia a partir de la teoría de la *Gesamtverweisung*, es decir, considerando que las normas imperativas forman parte de la *lex causae*. En tanto los árbitros no están vinculados a ningún Estado tampoco resulta

¹⁴ Vide las referencias en L. IDOT, *Rapport...*, p. 24. Cfr. asimismo GAILLARD-FOUCHARD-GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage*, Paris, 1999, pp. 363-36.

¹⁵ Cfr. L. IDOT, «Arbitrage...», pp. 565-566.

¹⁶ Cfr. L. SIMONT, «Arbitrage et droit de la concurrence- Quelques reflexions d'un arbitre», *RDAL*, núm. 4-5, 1998, pp. 547-555, pp. 547-548.

¹⁷ Cfr. L. SIMONT, «Arbitrage...», p. 548.

lógico argumentar a partir del concepto de normas imperativas del foro, sobre todo habida cuenta que el lugar de celebración del arbitraje no equivale conceptualmente al foro y, en cualquier caso es un índice de localización aleatorio y fácilmente manipulable.

La única solución radica en que los árbitros apliquen a la controversia las normas de defensa de la competencia en virtud de los criterios de aplicabilidad contenidos en la propia normativa, esto es, por ejemplo, que el Derecho comunitario de la competencia se aplique a los supuestos a los que este ordenamiento jurídico tiene vocación de aplicarse. En el estado actual de la cuestión el criterio de aplicabilidad de las normas de la competencia en el espacio es, como es sabido, el de los efectos en el mercado, es decir, las normas de la competencia del Estado X se aplican a los supuestos que afectan al mercado de X¹⁸. Ello obliga, no obstante, a los árbitros a entrar en consideraciones de tipo económico para las que difícilmente están preparados. La práctica arbitral revela, además, las reticencias de los árbitros a adoptar este tipo de planteamientos¹⁹, por lo que, en definitiva, la obligación del árbitro de aplicar las normas de la competencia resulta en la práctica fundamentalmente de la voluntad de asegurar la validez del laudo y su ejecutividad.

18. En definitiva, la sentencia recaída en el asunto *Eco Swiss* resulta, como ya avanzábamos, un tanto decepcionante puesto que elude profundizar en las relaciones entre arbitraje y Derecho comunitario de la competencia. Es, no obstante, una sentencia fundamental en tanto se trata de la primera sentencia que va más allá de una cuestión que, como el acceso de los tribunales arbitrales al mecanismo prejudicial, es en realidad una mera cuestión de procedimiento ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad.

¹⁸ La cuestión del ámbito de aplicación de las normas de defensa de la competencia ha sido recientemente abordada sobre todo por BASEDOW (*vide*, por ejemplo, en lengua francesa J. BASEDOW, «Souveraineté territoriale et globalisation des marchés: le domaine d'application des lois contre les restrictions de la concurrence», *Rec. des cours*, t. 266, 1997, pp. 9-178).

¹⁹ Cfr. L. IDOT, «Arbitrage...», pp. 568-569.

SERVICIO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

1. PRÁCTICAS REFORMATIVAS DE LA COMPETENCIA

TERCERA PARTE

2. Medios de defensa

A. Decisión de... RESOLUCIONES Y SENTENCIAS DICTADAS

En el año 1999 se iniciaron en el Servicio de Defensa de la Competencia un número de prácticas reformativas en el que, por lo general, se permitía que se fuera a juicio respecto a la aplicación del artículo 101.1 del Reglamento de 1991 a los expedientes. Esta situación se modificó a raíz del año 1996, de modo que ya no podía contemplarse como un caso a priori para determinar un número determinado de prácticas reformativas que fueran presentadas en el año.

Las decisiones que de parte de los órganos principales para el estudio de expedientes en el caso de haberse presentado la solicitud de las prácticas reformativas. Como se ha visto, los datos de los expedientes que se han presentado en el año 1996, así como los que se han presentado en el año 1997, a través de las decisiones que se han presentado reformativas de la aplicación del Decreto de la competencia.

Entre quienes se han presentado solicitudes de las decisiones sobre el estudio de los expedientes reformativos de estos expedientes se encuentra la Comisión de Defensa de la Competencia y los órganos que se han presentado que se han presentado en el año 1996, así como los que se han presentado en el año 1997, a través de las decisiones que se han presentado reformativas de la aplicación del Decreto de la competencia, y se ha presentado en los expedientes de los años 1996 y 1997, así como los que se han presentado reformativos de la aplicación del Decreto de la competencia.

En consecuencia, se permite la reformativa de las decisiones reformativas de los expedientes de los años 1996 y 1997, así como los que se han presentado reformativos de la aplicación del Decreto de la competencia, y se ha presentado en los expedientes de los años 1996 y 1997, así como los que se han presentado reformativos de la aplicación del Decreto de la competencia.

Año	Saldo Inicial	Entradas	Salidas	Saldo Final	Total
1997	12	10	2	20	32
1998	10	12	2	20	32
1999	12	10	2	20	32
2000	10	12	2	20	32
2001	12	10	2	20	32
2002	10	12	2	20	32
2003	12	10	2	20	32
2004	10	12	2	20	32
2005	12	10	2	20	32
2006	10	12	2	20	32
2007	12	10	2	20	32
2008	10	12	2	20	32
2009	12	10	2	20	32
2010	10	12	2	20	32
2011	12	10	2	20	32
2012	10	12	2	20	32
2013	12	10	2	20	32
2014	10	12	2	20	32
2015	12	10	2	20	32
2016	10	12	2	20	32
2017	12	10	2	20	32
2018	10	12	2	20	32
2019	12	10	2	20	32
2020	10	12	2	20	32
2021	12	10	2	20	32
2022	10	12	2	20	32
2023	12	10	2	20	32
2024	10	12	2	20	32
2025	12	10	2	20	32
2026	10	12	2	20	32
2027	12	10	2	20	32
2028	10	12	2	20	32
2029	12	10	2	20	32
2030	10	12	2	20	32

SERVICIO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

I. PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA

1. MOVIMIENTO DE EXPEDIENTES

A. *Entrada de expedientes*

En el año 1999 se mantiene el descenso en el número de entrada de nuevos asuntos en el SDC, que se manifestó por primera vez en muchos años en el ejercicio anterior, aunque la entidad del mismo no puede compararse a la acontecida en 1998. Se ha pasado de 191 a 183 expedientes. Esta cifra es prácticamente equivalente a la del año 1996, de modo que quizá pueda contemplarse como un dato a retener para determinar un número aproximado de nuevos expedientes que entran anualmente en el SDC.

Las denuncias son de nuevo el instrumento principal para el inicio de expedientes en el SDC. Incluso porcentualmente la relevancia de las denuncias ha aumentado. Como se ha venido haciendo en los últimos años, hay que insistir por ello en que los particulares, a través de sus denuncias, son los principales instigadores de la aplicación del Derecho de la competencia.

Como contraste a este incremento porcentual de las denuncias cabe señalar el descenso de los expedientes iniciados de oficio. Seguramente la necesidad de ofrecer una adecuada respuesta a las denuncias que se presentan impide al SDC ejercer una labor más activa en el análisis de situaciones que puedan constituir una infracción de las normas de competencia. Es evidente, y así se constató en los *Anuarios* de los dos últimos años, que es necesario incrementar los medios del SDC para que disponga de mayores capacidades para detectar la existencia de posibles 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
1999	181	145	9	29	183

En el cuadro que sigue se puede apreciar respecto a los últimos cinco años el porcentaje de cada fuente de ingreso de expedientes en el SDC. Los datos ponen de relieve lo ya apuntado acerca de la creciente importancia de las denuncias y el bajo peso porcentual de los expedientes iniciados de oficio, que tiende incluso a descender.

<i>Año</i>	<i>Denuncia</i>	<i>De oficio</i>	<i>Autorizaciones</i>
1995	54,4	8,2	37,3
1996	66,2	8,2	25,4
1997	79,8	5,2	14,9
1998	76,4	6,2	17,2
1999	79,2	4,9	15,8

B. *Salida de expedientes*

El número de expedientes que ha concluido el SDC en el año 1999 es muy similar al del año anterior, de 212 se ha pasado a 206. En caso de mantenerse esta capacidad de concluir expedientes, que se suma a la reducción de entrada de expedientes, se puede producir una progresiva reducción en el saldo existente en cada momento y en la celeridad de su seguimiento, lo cual constituye un dato excelente.

A continuación se muestra la evolución de la salida de expedientes con indicación del año; el contenido de la resolución del SDC en función

de si es de archivo (AR.), acumulación (AC.), sobreseimiento (SOB.) o enviados al TDC (TDC), y el total.

Año	AR	AC.	SOB.	TDC	Total
1989	6	6	17	19	48
1990	26	6	5	52	89
1991	17	12	8	27	64
1992	39	20	21	31	111
1993	58	15	30	39	142
1994	59	2	19	68	148
1995	55	5	16	63	139
1996	79	13	24	66	182
1997	95	15	19	67	196
1998	119	10	30	53	212
1999	111	9	26	60	206

Estos datos, desde una perspectiva cuantitativa, son muy parecidos a los del ejercicio anterior. Sobresale en especial el incremento de los expedientes remitidos al TDC en un entorno donde se ha reducido el número total de expedientes. Se puede entonces apreciar que la reducción del ejercicio anterior, que se puso de relieve en el *Anuario*, respecto a los ejercicios anteriores, no se consolida.

A continuación, igual como se ha hecho con la entrada de expedientes, se presenta un cuadro donde se puede apreciar en los últimos cinco años la labor del SDC desde una perspectiva porcentual.

Año	AR	AC.	SOB.	TDC
1995	39,5	3,5	11,5	45,3
1996	43,4	7,1	13,1	36,2
1997	48,4	7,6	9,6	34,1
1998	56,1	4,7	14,1	25
1999	53,8	4,3	12,6	29,1

2. CONDUCTAS PROHIBIDAS

En cuanto a los expedientes relativos a conductas prohibidas se confirma un año más una concentración abismal en el sector servicios, que

se indicó ya en los anteriores *Anuarios*. En el año 1999, el sector servicios con 141 concentra el 91,5 por 100 de las controversias, mientras que el resto permanece prácticamente igual, 11 en el sector industrial (el 7,1 por 100) y 2 en el sector primario (el 1,2 por 100).

Esta concentración, como se manifestó en el *Anuario de 1998*, obliga a una reflexión profunda sobre los motivos y causas de esta concentración.

El cuadro siguiente resume la evolución de los últimos años:

<i>Año</i>	<i>Sector primario</i>	<i>Sector industrial</i>	<i>Sector servicios</i>
1997	6	28	194
1998	3	14	141
1999	2	11	141

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. No se mantiene la reducción de los expedientes que versan sobre este precepto, apuntada en el ejercicio anterior, aunque no se alcanza el número de ejercicios anteriores.

A continuación indicamos el precepto de la LDC a la que se refieren los expedientes, la conducta analizada y su número respecto a los ejercicios de 1997, 1998 y 1999:

<i>Art. LDC</i>	<i>Conducta analizada</i>	<i>1997</i>	<i>1998</i>	<i>1999</i>
1.a	Fijación de precios	36	35	21
1.b	Limitación o control	34	19	28
1.c	Reparto de mercado	1	8	2
1.d	Condiciones desiguales	14	14	2
6.a	Imposición de precios o condiciones	25	16	17
6.b	Limitación de la producción, distribución o desarrollo técnico	12	8	10
6.c	Negativa de venta	17	4	13
6.d	Imposición de condiciones discriminatorias	11	17	11
6.e	Prestaciones suplementarias innecesarias	5	4	2
7	Competencia desleal	73	31	45

3. AUTORIZACIONES SINGULARES

En el año 1999 el número de peticiones de autorizaciones singulares de prácticas restrictivas de la competencia es idéntico al del año 1998, con lo que parece confirmar una tendencia a no producirse los números elevados de 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	1999
Entrada de expedientes en el SDC	59	46	40	31	31
Expedientes remitidos al TDC		41	32	30	30

II. CONCENTRACIONES

El número de operaciones de concentración de empresas notificadas se incrementó notablemente en 1999, en el que se ha producido el cambio normativo de establecer la notificación como obligatoria.

A continuación mostramos la evolución de la tramitación de expedientes en materia de concentraciones desde el año 1990 a 1999, con indicación del número de expedientes notificados voluntariamente (E.NOT.), los iniciados de oficio (E.I.OFI.), los remitidos al TDC (E.TDC) y los previos a la iniciación de oficio (E.P.I.OFI.):

Año	E.NOT	E.I.OFI.	E.TDC	E.P.I.OFI
1990	8	0	3	0
1991	11	0	0	0
1992	19	0	7	0
1993	15	1	4	1
1994	13	0	1	16
1995	20	0	5	8
1996	23	0	2	27
1997	19	0	7	26
1998	31	0	5	24
1999	51	0	15	31

Asimismo, se han producido en el año 1999, 13 consultas previas al amparo de lo dispuesto en el artículo 15.4 de la Ley de Defensa de la Competencia.

Año	Resoluciones	Sentencias	Consultas previas
1999	21	0	13
1998	21	0	13
1997	21	0	13
1996	21	0	13
1995	21	0	13
1994	21	0	13
1993	21	0	13
1992	21	0	13
1991	21	0	13
1990	21	0	13
1989	21	0	13
1988	21	0	13
1987	21	0	13
1986	21	0	13
1985	21	0	13
1984	21	0	13
1983	21	0	13
1982	21	0	13
1981	21	0	13
1980	21	0	13
1979	21	0	13
1978	21	0	13
1977	21	0	13
1976	21	0	13
1975	21	0	13
1974	21	0	13
1973	21	0	13
1972	21	0	13
1971	21	0	13
1970	21	0	13
1969	21	0	13
1968	21	0	13
1967	21	0	13
1966	21	0	13
1965	21	0	13
1964	21	0	13
1963	21	0	13
1962	21	0	13
1961	21	0	13
1960	21	0	13
1959	21	0	13
1958	21	0	13
1957	21	0	13
1956	21	0	13
1955	21	0	13
1954	21	0	13
1953	21	0	13
1952	21	0	13
1951	21	0	13
1950	21	0	13
1949	21	0	13
1948	21	0	13
1947	21	0	13
1946	21	0	13
1945	21	0	13
1944	21	0	13
1943	21	0	13
1942	21	0	13
1941	21	0	13
1940	21	0	13
1939	21	0	13
1938	21	0	13
1937	21	0	13
1936	21	0	13
1935	21	0	13
1934	21	0	13
1933	21	0	13
1932	21	0	13
1931	21	0	13
1930	21	0	13
1929	21	0	13
1928	21	0	13
1927	21	0	13
1926	21	0	13
1925	21	0	13
1924	21	0	13
1923	21	0	13
1922	21	0	13
1921	21	0	13
1920	21	0	13
1919	21	0	13
1918	21	0	13
1917	21	0	13
1916	21	0	13
1915	21	0	13
1914	21	0	13
1913	21	0	13
1912	21	0	13
1911	21	0	13
1910	21	0	13
1909	21	0	13
1908	21	0	13
1907	21	0	13
1906	21	0	13
1905	21	0	13
1904	21	0	13
1903	21	0	13
1902	21	0	13
1901	21	0	13
1900	21	0	13

El número de resoluciones de competencia de la Comisión de Defensa de la Competencia en 1999 es de 21, lo que supone un aumento respecto al año anterior de 1 resolución. El número de resoluciones de competencia de la Comisión de Defensa de la Competencia en 1999 es de 21, lo que supone un aumento respecto al año anterior de 1 resolución. El número de resoluciones de competencia de la Comisión de Defensa de la Competencia en 1999 es de 21, lo que supone un aumento respecto al año anterior de 1 resolución.

A continuación se muestra la evolución de la actividad de la Comisión de Defensa de la Competencia en el período comprendido entre 1990 y 1999. En el período comprendido entre 1990 y 1999, la Comisión de Defensa de la Competencia ha dictado un total de 21 resoluciones de competencia.

Año	Resoluciones	Sentencias	Consultas previas
1999	21	0	13
1998	21	0	13
1997	21	0	13
1996	21	0	13
1995	21	0	13
1994	21	0	13
1993	21	0	13
1992	21	0	13
1991	21	0	13
1990	21	0	13
1989	21	0	13
1988	21	0	13
1987	21	0	13
1986	21	0	13
1985	21	0	13
1984	21	0	13
1983	21	0	13
1982	21	0	13
1981	21	0	13
1980	21	0	13
1979	21	0	13
1978	21	0	13
1977	21	0	13
1976	21	0	13
1975	21	0	13
1974	21	0	13
1973	21	0	13
1972	21	0	13
1971	21	0	13
1970	21	0	13
1969	21	0	13
1968	21	0	13
1967	21	0	13
1966	21	0	13
1965	21	0	13
1964	21	0	13
1963	21	0	13
1962	21	0	13
1961	21	0	13
1960	21	0	13
1959	21	0	13
1958	21	0	13
1957	21	0	13
1956	21	0	13
1955	21	0	13
1954	21	0	13
1953	21	0	13
1952	21	0	13
1951	21	0	13
1950	21	0	13
1949	21	0	13
1948	21	0	13
1947	21	0	13
1946	21	0	13
1945	21	0	13
1944	21	0	13
1943	21	0	13
1942	21	0	13
1941	21	0	13
1940	21	0	13
1939	21	0	13
1938	21	0	13
1937	21	0	13
1936	21	0	13
1935	21	0	13
1934	21	0	13
1933	21	0	13
1932	21	0	13
1931	21	0	13
1930	21	0	13
1929	21	0	13
1928	21	0	13
1927	21	0	13
1926	21	0	13
1925	21	0	13
1924	21	0	13
1923	21	0	13
1922	21	0	13
1921	21	0	13
1920	21	0	13
1919	21	0	13
1918	21	0	13
1917	21	0	13
1916	21	0	13
1915	21	0	13
1914	21	0	13
1913	21	0	13
1912	21	0	13
1911	21	0	13
1910	21	0	13
1909	21	0	13
1908	21	0	13
1907	21	0	13
1906	21	0	13
1905	21	0	13
1904	21	0	13
1903	21	0	13
1902	21	0	13
1901	21	0	13
1900	21	0	13

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

I. MARCO GENERAL DE LA ACTIVIDAD DEL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

En el año 1999, ha continuado el descenso en el número absoluto de resoluciones dictadas por el TDC. En concreto, el TDC ha dictado 128 resoluciones. No obstante, el descenso, en relación con el ejercicio anterior es mínimo, por cuanto se ha pasado de 135 a 128.

En todo caso, esta cifra confirma una cierta situación de estabilidad en el número de resoluciones que dicta el TDC en cada ejercicio. No parece que el dato de 1997 de 175 resoluciones pueda seguir siendo efectivo, sino más bien que el número deberá oscilar las 130 resoluciones.

Como sucedía en los ejercicios anteriores, cuantitativamente la principal tarea del TDC es la resolución de los recursos que se interponen contra los acuerdos del SDC. No obstante, respecto al ejercicio anterior conviene señalar dos diferencias. En primer lugar, el notable incremento de las resoluciones de expedientes sancionadores. Se ha pasado de 16 en el año 1997, a 22 en el 1998 y a 35 en el presente año 1999. En el apartado específico de las resoluciones de expedientes sancionadores se analizará en concreto este dato. En segundo lugar, también el aumento de las resoluciones de expedientes de autorización singular, aunque en este caso lo singular podría ser el reducido número del año 1998, por cuanto en los anteriores el número era similar al acontecido en 1999.

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 incidentales INC.; y el total por ejercicio.

Año	E.S.	M.C.	A.S.	R.A.A.	R.S.E.	INC.	Total
1996	16	5	41	32	13		107
1997	16	11	48	64	13	23	175
1998	22	4	28	48	22	11	135
1999	35	1	42	40	8	2	128

En función del porcentaje los distintos tipos de resoluciones son los siguientes:

Año	E.S.	M.C.	A.S.	R.A.A.	R.S.E.
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
1999	27,77	0,79	33,33	31,74	6,34

A continuación se indican los porcentajes teniendo ya en cuenta las resoluciones de naturaleza incidental:

Año	E.S.	M.C.	A.S.	R.A.A.	R.S.E.	INC.
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
1999	27,34	0,78	32,81	31,25	6,25	1,56

Más adelante, se examinará cada uno de estos bloques de resoluciones.

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.

Fecha	Núm.	Exped.	Referencia	Materia
11-01-99	1249	423/98	ASISA	E.S.
11-01-99	1250	47/93	Prórroga AGRUNOR	A.S.
14-01-99	1251	R 302/98	Gas Castilla León	R.S.E.
18-01-99	1252	A237/98	Agencias de Modelos de España	A.S.
18-01-99	1253	R330/98	Autoescuelas Alcalá	R.S.E.
20-01-99	1254	r283/97	Telefonía Pública/Telefónica	R.A.A.
21-01-99	1255	412/97	BT/Telefónica	E.S.
25-01-99	1256	r339/98	MOB/Telefónica Móviles 3	R.A.A.

<i>Fecha</i>	<i>Núm.</i>	<i>Exped.</i>	<i>Referencia</i>	<i>Materia</i>
27-01-99	1257	r336/98	Eléctrica Eriste	R.A.A.
28-01-99	1258	r326/98	Fórmulas Magistrales	R.A.A.
28-01-99	1259	399/97	Mobil	E.S.
28-01-99	1260	r305/98	Distribuidora Prensa Asturiana	R.A.A.
29-01-99	1261	R313/98	Bilkinson/Gillette	R.S.E.
29-01-99	1262	A251/98	Morosos Agua, Gas y Electricidad	A.S.
29-01-99	1263	A250/98	Morosos Credit Bureau	A.S.
03-02-99	1264	A243/98	Morosos Distribución Bebidas	A.S.
03-02-99	1265	A244/98	Morosos Sector Textil	A.S.
03-02-99	1266	417/97	Caja Postal-Argentaria-Correos	E.S.
05-02-99	1267	425/98	Peleteros Utrera	E.S.
05-02-99	1268	A253/98	MOROSOS ANEXPA	A.S.
05-02-99	1269	r317/98	Salas de Cine	R.A.A.
12-02-99	1270	A246/98	Morosos Sector Carnes	A.S.
16-02-99	1271	375/96	Tabacos de Canarias	E.S.
16-02-99	1272	A245/98	Morosos Sector Inmobiliario	A.S.
18-02-99	1273	434/98	Prensa Segovia	E.S.
19-02-99	1274	427/98	Electra Caldense	E.S.
19-02-99	1275	416/97	Colegio Médicos Ávila	INC.
26-02-99	1276	375/96	Tabacos de Canarias. Incidente de aclaración	INC.
26-02-99	1277	413/97	Airtel/Telefónica	E.S.
04-03-99	1278	r335/98	Colegios Notariales	R.A.A.
08-03-99	1279	A240/98	Morosos Metalúrgicos	A.S.
11-03-99	1280	33/92	ASNEF/EQUIFAX	A.S.
11-03-99	1281	A232/97	Registro Mora Trans Union España TUE - Mora	A.S.
12-03-99	1282	429/98	Espectáculos taurinos	E.S.
26-03-99	1283	r350/98	T. Imprenta/Primera Plana	R.A.A.
29-03-99	1284	r338/98	Aglomerados Ibiza	R.A.A.
29-03-99	1285	r343/98	Meroil/Total España	R.A.A.
15-04-99	1286	426/98	Azúcar	E.S.
19-04-99	1287	r341/98	Ayuntamiento de Chiclana	R.A.A.
20-04-99	1288	r324/98	SGEL/El Mundo	R.A.A.
20-04-99	1289	428/98	CEPSA 2	E.S.
22-04-99	1290	r347/98	Coop. Farm. Asturiana	R.A.A.
22-04-99	1291	r346/98	Autocares Ayuntamiento Calvià	R.A.A.
22-04-99	1292	A178/96	Shell España	A.S.

<i>Fecha</i>	<i>Núm.</i>	<i>Exped.</i>	<i>Referencia</i>	<i>Materia</i>
26-04-99	1293	r342/98	Euskaltel	R.A.A.
30-04-99	1294	A257/99	Morosos Sotegest	A.S.
04-05-99	1295	459/99	Hoteles Hernani	E.S.
04-05-99	1296	A86/94	Morosos Fabricantes Harinas. Prórroga y renovación	A.S.
05-05-99	1297	r355/99	Consejo Arquitectos	R.A.A.
05-05-99	1298	431/98	Eléctrica Curós	E.S.
06-05-99	1299	r351/99	UNESPA	R.A.A.
07-05-99	1300	R340/98	RENFE 1	R.S.E.
10-05-99	1301	r344/98	Aluminios Navarra	R.A.A.
11-05-99	1302	A255/98	Contrato tipo Clarins	A.S.
18-05-99	1303	r331/98	Fresenius	R.A.A.
25-05-99	1304	A256/98	Protocolo Asefosan/Manresa	A.S.
25-05-99	1305	424/98	Funerarias Alcalá	E.S.
26-05-99	1306	A238/98	Arte Funerario Madrid	A.S.
26-05-98	1307	437/98	Vileda/Tervi	E.S.
27-05-99	1308	r353/99	Consortio Tablada	R.A.A.
31-05-99	1309	420/97	CEPSA	E.S.
31-05-99	1310	r349/98	Iberdrola/Telefónica	R.A.A.
03-06-99	1311	r358/99	Hardi	R.A.A.
03-06-99	1312	433/98	Transformadores Eléctricos	E.S.
07-06-99	1313	A258/99	INTERSPORT	A.S.
07-06-99	1314	r357/99	MAKRO	R.A.A.
08-06-99	1315	r354/99	Videoclub	R.A.A.
09-06-99	1316	r337/98	Lavandería Arly	R.A.A.
14-06-99	1317	r360/99	Glaxo	R.A.A.
15-06-99	1318	r370/99	Nike y Adidas	R.A.A.
21-06-99	1319	A71/94	Morosos Industrias Cárnicas	A.S.
21-06-99	1320	R333/98	Codorniu/Freixenet	R.S.E.
28-06-99	1321	435/98	Farmacéuticos de Sabadell	E.S.
02-07-99	1322	A248/98	MOROSOS RECERCA	A.S.
07-07-99	1323	441/98	Electra Avellana	E.S.
08-07-99	1324	A48/93	Morosos Construcción Tarragona	A.S.
12-07-99	1325	r359/99	Autocares/Calvá 2	R.A.A.
12-07-99	1326	A260/99	Contrato tipo Cosmeparf	A.S.
14-07-99	1327	A96/94	Morosos Fabricantes Yeso	A.S.
19-07-99	1328	MC30/99	Glaxo 2	M.C.

<i>Fecha</i>	<i>Núm.</i>	<i>Exped.</i>	<i>Referencia</i>	<i>Materia</i>
22-07-99	1329	436/98	Ganaderías de Lidia	E.S.
23-07-99	1330	R367/99	Mercabilbao, s. a.	R.S.E.
27-07-99	1331	394/97	Telefónica-Ibertex	E.S.
28-07-99	1332	A69/94	Morosos Publicidad de Sevilla	A.S.
29-07-99	1333	439/98	Ambulancias Cataluña	E.S.
29-07-99	1334	34/93	Distribución Cosmeparf	A.S.
29-07-99	1335	R345/98	CEPSA/REPSOL/TOTAL	R.S.E.
29-07-99	1336	438/98	Interflora	E.S.
06-09-99	1337	r381/99	Emergencias sanitarias	R.A.A.
23-09-99	1338	A65/94	Morosos Publicidad Madrid	A.S.
24-09-99	1339	r368/99	Ortopedias Galicia	R.A.A.
27-09-99	1340	A105/94	Morosos Agencias de Viajes	A.S.
27-09-99	1341	A87/94	Morosos Material Eléctrico	A.S.
28-09-99	1342	440/98	Funerarias Tenerife	E.S.
29-09-99	1343	r375/99	Banco Hipotecario	R.A.A.
29-09-99	1344	442/98	Eléctrica del Llémana	E.S.
30-09-99	1345	R362/99	Bacardí	R.S.E.
30-09-99	1346	r385/99	Colegio Abogados de Madrid	R.A.A.
08-10-99	1347	r374/99	Farmacias, Las Palmas	R.A.A.
13-10-99	1348	r365/99	Residuos Cataluña	R.A.A.
13-10-99	1349	A56/93	Morosos Agencias Publicidad Aragón	A.S.
18-10-99	1350	A93/94	Morosos Fabricantes Géneros de Punto	A.S.
18-10-99	1351	r352/99	Autoridad Portuaria Tenerife	R.A.A.
25-10-99	1352	A055/93	Sacos Papel	A.S.
25-10-99	1353	r364/99	Restaurante Sevilla	R.A.A.
25-10-99	1354	448/99	Bassols/Agri	E.S.
29-10-99	1355	444/98	Colegio Arquitectos Vasco-Navarro	E.S.
02-11-99	1356	443/98	Material Eléctrico Murcia 2	E.S.
03-11-99	1357	A239/98	Crédito ASNEF-EQUIFAX	A.S.
15-11-99	1358	A249/98	Cajas Rurales Jalón y Zaragoza	A.S.
15-11-99	1359	r377/99	Servicio Renta Ágil	R.A.A.
18-11-99	1360	A81/94	Morosos Mayoristas Importadores y Fabricantes de Instrumentos Musicales	A.S.
18-11-99	1361	A254/98	Morosos Conservas Vegetales	A.S.

Fecha	Núm.	Exped.	Referencia	Materia
19-11-99	1362	446/98	Arquitectos Madrid	E.S.
23-11-99	1363	445/98	Colegio Ingenieros Técnicos Industriales Burgos	E.S.
29-11-99	1364	A85/94	Renovación de autorización Morosos Hoteles	A.S.
29-11-99	1365	432/98	Líneas Aéreas	E.S.
30-11-99	1366	A101/94	Morosos Fabricantes Corsetería	A.S.
03-12-99	1367	449/99	REPSOL/Estaciones de Servicio	E.S.
03-12-99	1368	A75/94	Renovación MOROSOS ANDECE	A.S.
09-12-99	1369	r372/99	AENA	R.A.A.
13-12-99	1370	r356/99	Entradas Mundial Fútbol	R.A.A.
17-12-99	1371	408/97	Panasonic	E.S.
22-12-99	1372	A259/99	Morosos Vendedores de Pescado	A.S.
23-12-99	1373	447/98	Líneas Aéreas 2	E.S.
29-12-99	1374	A265/99	Distribución Selectiva Christian Dior	A.S.
29-12-99	1375	A106/94	Morosos Fabricantes Herramientas Diamantadas	A.S.
30-12-99	1376	r366/99	Mercamálaga	R.A.A.

II. PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA

1. EXPEDIENTES SANCIONADORES

El número de expedientes sancionadores que ha resuelto el TDC en el año 1999 se ha incrementado muy notablemente. En 1999, el TDC ha culminado 35 expedientes sancionadores, confirmando plenamente la tendencia al aumento apuntada ya en el ejercicio anterior y que se puso especialmente de relieve en el *Anuario*.

Asimismo, ha dictado 2 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 o si se estima procedente su sobreseimiento (S), la multa impuesta en

aplicación del artículo 10.1 LDC, y la multa impuesta en aplicación del artículo 10.3 LDC.

<i>Fecha</i>	<i>Exped.</i>	<i>Conducta</i>	<i>Dec.</i>	<i>Multa 10.1 LDC</i>	<i>Multa 10.3 LDC</i>
11-01-99	423/98 Denuncia	Art. 1.1.b. Boicot.	E.	5.000.000	
21-01-99	412/97 Denuncia	Art. 6.2.d. Abuso de posición de dominio consistente en aplicar en sus relaciones de servicio condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que colocan a la empresa en situación desventajosa. Art. 6.2.e. Aceptación de condiciones de exclusividad y vinculación de la prestación de servicios.	E.	580.000.000	
28-01-99	399/97 Denuncia	Reglamento de la Comisión CEE 1984/1983. Determinadas cláusulas contenidas en los contratos de distribución exclusiva con detallistas propietarios son contrarios al Reglamento.	E.		
03-02-99	417/97 Denuncia	Actos desleales consistentes en la suscripción de un acuerdo para que los empleados de una entidad promuevan la venta de productos financieros por cuenta de Caja Postal.	N.E.		
05-02-99	425/98 Denuncia	Concertación para la entrega de todas las pieles de las reses sacrificadas en Matadero Comarcal a una empresa y a un precio indicado por Mercasevilla.	N.E.		
16-02-99	375/96 Denuncia	Art. 6. Abuso de posición de dominio. Precios predatorios.	E.	130.000.000	
18-02-99	434/98 Denuncia	Acuerdo de no vender prensa durante dos días y recomendación de cumplimiento del acuerdo.	N.E.		
19-02-99	427/98 Denuncia	Art. 6. Abuso de posición de dominio. Negativa a ampliación de potencia.	E.	35.000.000	
26-02-99	413/97 Denuncia	Art. 6. Abuso de posición de dominio. Dificultar la entrada y asentamiento en el mercado de AIRTEL mediante la celebración de contratos con cláusulas de exclusiva y retribuciones muy superiores a los distribuidores y sus agentes, contratar con TELYCO para la facilitar la obtención por aquéllos de la retribución por volumen y contratar como distribuidor con TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S. A.	E.	760.000.000	

Fecha	Exped.	Conducta	Dec.	Multa 10.1 LDC	Multa 10.3 LDC
12-03-99	429/98 Denuncia	Acuerdo de cese de actividades en determinados festejos taurinos en todo el territorio nacional excepto en el País Vasco a partir de concreta fecha.	N.E.		
15-04-99	426/98 Denuncia	Arts. 1.1.a y 85.1.a TCE. Concertación del precio de venta del azúcar para usos industriales desde febrero de 1995 a septiembre de 1996.	E.	1.455.000.000	
20-04-99	428/98 Denuncia	No adaptación de determinados contratos de distribución con estaciones de servicio al Reglamento de la Comisión 1984/83 y al Real Decreto 157/1992, de 21 de febrero.	N.E.		
04-05-99	459/99 Denuncia	Fijación conjunta de precios servicios de restauración.	S.		
05-05-99	431/98 Denuncia	Art. 6. Abuso de posición de dominio consistente en la realización de una campaña promocional en la localidad de Santa Pau y en la que se regalaba a los abonados de su competidora que cambiasen de compañía suministradora de energía eléctrica electrodomésticos de elevado valor.	E.	15.000.000	
25-05-99	424/98 Denuncia	Art. 6.2.a. Imposición de precios no equitativos.	E.	20.000.000	
26-05-99	437/98 Denuncia	Contratos de licencia exclusiva de <i>know-how</i> y marcas, con cláusula de aprovisionamiento en exclusiva, en el sector de productos de limpieza y lavado.	N.E.		
31-05-99	420/97 De oficio	Suscripción de contratos con estaciones de servicio que supuestamente infringen el art. 1.	N.E.		
03-06-99	433/98 Denuncia	Discriminación para la instalación de transformadores eléctricos de media y baja tensión.	N.E.		
28-06-99	435/98 Denuncia	Art. 1.1.a. Acuerdo de información de farmacias en servicios de urgencia, exclusión de las farmacias que mantienen un horario superior al ordinario.	E.		
07-07-99	441/98 Denuncia	Art. 6. Condicionamiento de las ampliaciones de potencia de suministro de energía eléctrica.	E.	20.000.000	

<i>Fecha</i>	<i>Exped.</i>	<i>Conducta</i>	<i>Dec.</i>	<i>Multa 10.1 LDC</i>	<i>Multa 10.3 LDC</i>
22-07-99	436/98 Denuncia	Art. 1.1. Inclusión en estatutos de cláusulas que imponen a los asociados la obligación de no mantener relaciones comerciales con ganaderos pertenecientes a otras asociaciones. Art. 1.1. Recomendación colectiva, a través de contratos tipo, de condiciones comerciales que deben ser objeto de libre negociación entre los operadores.	E.	57.000.000	
27-07-99	394/97 Denuncia	Art. 6. Imposición de condiciones comerciales y de servicio no equitativas en el mercado relevante de IBERTEX.	E.	20.000.000	
29-07-99	439/98 Denuncia	Servicios de transporte sanitario. Ambulancias de la Cruz Roja. Presunta infracción art. 7.	N.E.		
29-07-99	438/98 Denuncia	Art. 6. Obligación de los asociados de no prestar servicios que no hayan sido previamente aprobados por Fleurop-Intreflora España, S. A., a no ejercer actividades que hagan la competencia a los servicios prestados por la red interflora, ni ejecutar las órdenes transmitidas por establecimientos no incorporados a la red.	E.	35.000.000	
28-09-99	440/98 Denuncia	Art. 1.1.c. Establecimiento de un turno semanal, que constituye un reparto del mercado, por parte de la Asociación de Pompas Fúnebres de Santa Cruz de Tenerife. Art. 1.1.a. Recomendación colectiva de precios de los servicios funerarios.	E.	14.662.000	
29-09-99	442/98 Denuncia	Art. 6.2. Negativa injustificada a satisfacer la demanda de suministro de energía eléctrica.	E.	40.000.000	
25-10-99	448/99 Denuncia	Declaración de que determinado contrato suscrito en el año 1913 es un pacto de reparto de mercado prohibido por el art. 1. No otorgar autorización singular solicitada con carácter subsidiario.	E.		
29-10-99	444/98 Denuncia	Art. 6.2. Negativa a conceder el visado a un contrato de arrendamiento de servicios y condicionar la entrega de los certificados finales de obra de determinadas edificaciones al abono previo de las minutas de honorarios de los anteriores profesionales.	E.	1.000.000	

Fecha	Exped.	Conducta	Dec.	Multa 10.1 LDC	Multa 10.3 LDC
02-11-99	443/98 Denuncia	Art. 1.1.b. Actos encaminados a la limitación y control de la distribución comercial.	E.		400.000
19-11-99	446/98 Denuncia	Art. 6.1. Negativa del visado a un encargo profesional en tanto no se afianzara el pago de los honorarios discutidos con un profesional anterior y se ajustará el valor por metro cuadrado de obra al resultante de aplicar los módulos colegiales.	E.	9.000.000	
23-11-99	445/98 Denuncia	Art. 1.1.a. Aprobación y distribución entre los colegiados de circular en la que se establece un baremo mínimo para los presupuestos de proyectos de instalaciones de calefacción individual en viviendas.	E.	1.000.000	
29-11-99	432/99 De oficio	Art. 1.1.a. Acuerdos de interlínea entre compañías aéreas.	E.	140.000.000	
03-12-99	449/99 Denuncia	Art. 1.1. Recomendación colectiva a las estaciones de servicio para que adopten postura de rechazo a las comisiones propuestas por las empresas petrolíferas, exigiendo una nueva negociación y proponiendo medidas colectivas de presión.	E.	3.000.000	
17-12-99	407/97 Denuncia	Art. 85 TCE. Práctica concretada para impedir las exportaciones paralelas a Portugal. Negativa de suministro.	E.	210.000 Euros	
23-12-99	447/98 De oficio	Art. 1.1. Acuerdo de fijar las bases de cotización a los operadores turísticos en el mercado nacional de los vuelos charter para la temporada 1997-1998.	E.	60.000.000	

El análisis de estas resoluciones de expedientes sancionadores puede sintetizarse en las siguientes consideraciones:

La relación entre los expedientes sancionadores que tienen origen en una denuncia o que se inician de oficio por la Administración es abismal. 33 expedientes derivan de una denuncia, mientras que únicamente 2 encuentran su origen en la acción de la Administración pública. Éste es un dato a retener. Podría considerarse que los particulares, como ocurre en otros sistemas de protección de la competencia, constituyen el principal incitador de su operatividad. No obstante, teniendo en cuenta la presencia del interés público, que motiva únicamente la acción de la Administración pública, convendría seguramente disponer de los mecanismos oportunos para permitir a los poderes públicos una actuación más incisiva. Podría

existir el riesgo de que determinadas conductas no sean objeto de persecución por la carencia de una suficiente actividad de vigilancia de la Administración pública, o por la dedicación de sus medios a dar la adecuada respuesta a las denuncias formuladas por los particulares.

Otro dato destacable de esta relación es que el TDC no siempre culmina el expediente declarando la concurrencia de la infracción constatada por el SDC. Éste es un dato que seguramente escapa a los que no se aproximan con frecuencia a estas relaciones. En un número significativo de expedientes, el TDC considera que no se ha acreditado la existencia de infracción a la LDC. En concreto, de las 35 resoluciones se considera que en 9 no existe acreditación y en 1 se acuerda el sobreseimiento del expediente.

Respecto a las multas cabe señalar el muy notable aumento de su cuantía respecto a los ejercicios anteriores, lo que puede verse con suma claridad en el cuadro que sigue:

<i>Año</i>	<i>Multa 10.1 LDC</i>	<i>Multa 10.3 LDC</i>	<i>Total</i>
1996	314.725.000	10.350.000	325.075.000
1997	1.765.207.080		1.765.207.080
1998	353.620.000		353.620.000
1999	3.400.662.000 + 210.000 euros	400.000	3.401.062.000 + 210.000 euros

Este incremento es fruto del que ha sufrido el número de resoluciones sancionadoras. Es realmente significativo si atendemos a que la cifra del ejercicio 1997 debía ser matizada por el hecho de que 1.212.000.000 de pesetas procedían de un único expediente.

B. *Resoluciones incidentales*

El TDC ha adoptado 2 resoluciones de carácter incidental en el marco de los correspondientes expedientes sancionadores.

<i>Fecha</i>	<i>Exped.</i>	<i>Petición</i>	<i>Decisión</i>
19-02-99	416/97	Archivo de las actuaciones por la firmeza adquirida por la Sentencia de la Audiencia Nacional de 16 de mayo de 1998, que anula la Resolución del Tribunal de 26 de julio de 1995 y ordena el archivo del expediente.	Archivo de las actuaciones a que ha dado lugar el expediente iniciado por denuncia de la Asociación Unión de Cirujanos Taurinos contra el Colegio Oficial de Médicos de Ávila por la exigencia e indebida denegación de la doble colegiación de algunos de los miembros de la Asociación denunciante.
26-02-99	375/96	Aclaraciones de la Resolución de 16 de febrero de 1999.	Aclaración de la parte dispositiva de la Resolución de 16 de febrero de 1999.

2. MEDIDAS CAUTELARES

A. Resoluciones finales

En el año 1999, se ha confirmado de forma rotunda el cambio de tendencia que se apuntaba ya en el ejercicio anterior respecto al crecimiento de las resoluciones en materia de medidas cautelares que se apreciaba en los ejercicios anteriores. La cifra se ha reducido a 1, frente a 4 de 1998, 11 de 1997 y 5 de 1996.

El cuadro siguiente refleja esta resolución con su fecha, su número de expediente, el sector material en que se localiza el conflicto, la decisión del TDC, y la fianza exigida.

<i>Fecha</i>	<i>Exped.</i>	<i>Sector</i>	<i>Decisión</i>	<i>Fianza</i>
19-07-99	MC30/99	Farmacéutico	Adopción de medidas cautelares	600.000.000

Estos datos corrigen la apreciación manifestada en el *Anuario de la Competencia 1996*, acerca de la importancia creciente que podrían tener las medidas cautelares en la aplicación del Derecho de la competencia español. No obstante, sorprende esa reducción tan notable. Hay que señalar que la única resolución dictada en 1999 trae causa ya de una anterior dictada en el año 1998.

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, 1998 y 1999, 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) y REV. (Revocación de autorización anteriormente otorgada):

<i>Año</i>	<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
1999	23	19		

A. Resolución final sobre primera solicitud

El TDC ha dictado, en el año 1999, 23 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>
18-01-99	A237/98	Acuerdo horizontal de recomendación de precios y otras condiciones de contratación.	No autorización.	
29-01-99	A251/98	Registro de mora de empresas.	Desestimio.	
29-01-99	A250/98	Registro de morosos.	Desestimio.	
03-02-99	A243/98	Registro de morosos.	Autorización.	5 años
03-02-99	A244/98	Registro de morosos.	Autorización.	5 años
05-02-99	A253/98	Registro de morosos.	Autorización.	5 años
12-02-99	A246/98	Registro de morosos.	Autorización.	5 años
16-02-99	A245/98	Registro de morosos.	Autorización.	5 años
08-03-99	A240/98	Registro de morosos.	No autorización.	
11-03-99	A232/97	Registro de morosos.	Autorización.	5 años
22-04-99	A178/96	Contrato tipo de «Arrendamiento de industria, Compra en exclusiva y Abanderamiento».	Autorización.	5 años
30-04-99	A257/99	Registro de morosos.	Autorización.	5 años
11-05-99	A255/98	Contrato tipo de distribución selectiva de productos cosméticos de lujo.	Autorización.	5 años
25-05-99	A256/98	Protocolo de colaboración mutua entre la Asociación de Empresarios de Electricidad, Fontanería, Gas, Saneamiento y Afines de Manresa y Comarca y las empresas suministradoras de materiales utilizados por los profesionales de la misma.	Desestimio.	
26-05-99	A238/98	Acuerdo de cooperación en la oferta de servicios funerarios.	No autorización.	
07-06-99	A258/99	Contrato de adhesión a la sociedad Intersport, Estatutos de la sociedad.	Autorización.	5 años

<i>Fecha</i>	<i>Exped.</i>	<i>Conducta</i>	<i>Decisión</i>	<i>Límite temporal</i>
02-07-99	A248/98	Registro de morosos.	No aplicación de la LDC.	
12-07-99	A260/99	Contrato tipo de distribución selectiva de productos cosméticos de lujo en el mercado español.	Autorización.	5 años
03-11-99	A239/98	Registro de información de crédito.	Autorización.	5 años
15-11-99	A249/98	Acuerdo de cierre conjunto y coordinado de oficinas de cajas de ahorros.	Autorización.	
18-11-99	A254/98	Registro de morosos.	Autorización.	5 años
22-12-99	A259/99	Registro de morosos.	Autorización.	5 años
29-12-99	A265/99	Contrato tipo de distribución selectiva conjunto con condiciones generales de venta.	Autorización.	5 años

Como en ejercicios anteriores, los registros de morosos constituyen la materia principal sobre la que versan las resoluciones autorizatorias del TDC. Además de esta materia, cabe destacar por su interés las resoluciones dictadas en materia de distribución selectiva, en las que se efectúa una exposición de las peculiaridades que desde la óptica del Derecho de la competencia plantea esta forma de distribución vertical.

En el caso de las autorizaciones otorgadas todas disponen el plazo temporal de 5 años de duración.

El gráfico siguiente permite apreciar el distinto contenido de estas resoluciones en comparación con el año 1997 y 1998, sin que se aprecien notables diferencias: 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>Año</i>	<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	
1999	16	3	3	1	

Estos datos determinados en porcentaje ofrecen los siguientes resultados:

<i>Año</i>	<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	
1999	69,56	13,04	13,04	4,34	

B. *Solicitud de prórroga*

El TDC ha dictado un número importante de resoluciones relativas a solicitudes de prórroga de autorizaciones en su día otorgadas. En concreto, ha dictado 19 resoluciones, que en su mayor parte versan sobre registros de morosos. En los próximos ejercicios este tipo de resoluciones será habitual por el transcurso de los períodos para los que fueron otorgadas las correspondientes autorizaciones.

<i>Fecha</i>	<i>Exped.</i>	<i>Conducta</i>	<i>Decisión</i>	<i>Límite temporal</i>
11-01-99	47/93	Registro de morosos.	Prórroga.	5 años
11-03-99	33/92	Registro de morosos.	Prórroga.	5 años
04-05-99	A86/94	Registro de morosos.	Prórroga.	5 años
21-06-99	A71/94	Registro de morosos.	Prórroga.	5 años
08-07-99	A48/93	Registro de morosos.	Prórroga.	5 años
14-07-99	A96/94	Registro de morosos.	Prórroga.	5 años
28-07-99	A69/94	Registro de morosos.	Prórroga.	5 años
29-07-99	341/93	Contrato de concesionario autorizado para la distribución selectiva de productos de belleza y perfumería .	Prórroga.	5 años
23-09-99	A65/94	Registro de morosos.	Prórroga.	5 años
27-09-99	A105/94	Registro de morosos.	Prórroga.	5 años
27-09-99	A87/94	Registro de morosos.	Prórroga.	5 años
13-10-99	A56/93	Registro de morosos.	Prórroga.	5 años
18-10-99	A93/94	Registro de morosos.	Prórroga.	5 años
25-10-99	A055/93	Registro de morosos.	Prórroga.	5 años
18-11-99	A81/94	Registro de morosos.	Prórroga.	5 años
29-11-99	A85/94	Registro de morosos.	Prórroga.	5 años

<i>Fecha</i>	<i>Exped.</i>	<i>Conducta</i>	<i>Decisión</i>	<i>Límite temporal</i>
30-11-99	A101/94	Registro de morosos.	Prórroga.	5 años
03-12-99	A75/94	Registro de morosos.	Prórroga.	5 años
29-12-99	A106/94	Registro de morosos.	Prórroga.	5 años

III. RECURSOS CONTRA ACUERDOS DEL SERVICIO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

En el año 1999, como en los anteriores, las resoluciones del TDC relativas a recursos interpuestos contra actos del SDC son su labor principal. No obstante, cabe observar un descenso porcentual que quiebra el constante incremento que se apreciaba desde 1996.

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 40 en el ejercicio 1999. 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>
20-01-99	r283/97	Abuso de posición de dominio al negar el suministro de terminales telefónicos.	Desestimación.
25-01-99	r339/98	Inclusión en lista negra de distribuidores.	Desestimación.
27-01-99	r336/98	Venta de terrenos por parte de Ayuntamiento.	Desestimación.
28-01-99	r326/98	Fijación de condiciones para la prestación farmacéutica en detrimento de los medicamentos elaboradores como fórmulas magistrales.	Desestimación.
28-01-99	r305/98	Aportación de documentación en un procedimiento de información reservada.	Estimación.
05-02-99	r317/98	Acuerdo de prohibir el consumo en los cines de productos adquiridos en el exterior de los mismos.	Desestimación.

<i>Fecha</i>	<i>Exped.</i>	<i>Conducta</i>	<i>Decisión</i>
04-03-99	r335/98	Inclusión en el mecanismo compensatorio de honorarios de Notarios, 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.	Desestimación.
26-03-99	r350/98	Acuerdo de denegar la declaración de confidencialidad de determinados datos.	Estimación.
29-03-99	r338/98	Recurso contra archivo actuaciones relativas a presunto abuso de posición de dominio en Ibiza por imponer precio excesivo en la pavimentación asfáltica de determinada zona urbanizable.	Desestimación por extemporáneo.
29-03-99	r343/98	Contratos de exclusiva de suministro de carburantes y combustibles.	Desestimación.
19-04-99	r341/98	Modificación de las Normas Subsidiarias de Planeamiento Urbanístico de Chiclana con presunta creación de desigualdades al limitar la posibilidad de hacer concesiones para la instalación de estaciones de servicio a los espacios públicos anexos al sistema viario.	Desestimación.
20-04-99	r324/98	Acuerdo de denegación de traslado de denuncia deducida contra operador antes de remitir la información requerida por el Servicio de Defensa de la Competencia.	Estimación.
22-04-99	r347/98	Acuerdo de denegación de solicitud de confidencialidad de la totalidad de escrito de alegaciones al Pliego de Concreción de Hechos.	Desestimación.
22-04-99	r346/98	Recurso contra acuerdo de apertura de un expediente sancionador por presuntas prácticas prohibidas.	Desestimación.
26-04-99	r342/98	Obsequio de acceso a Internet a los clientes de Euskaltel.	Desestimación.
05-05-99	r355/99	Procedimiento de colegiación aprobado por el Consejo Arquitectos.	Desestimación.
06-05-99	r351/99	Convenios de asistencia sanitaria a las víctimas de accidentes de tráfico.	Desestimación.
10-05-99	r344/98	Aplicación de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes e imposición de precios y otras condiciones comerciales no equitativas.	Desestimación.

<i>Fecha</i>	<i>Exped.</i>	<i>Conducta</i>	<i>Decisión</i>
18-05-99	r331/98	Abuso de posición de dominio consistente en impedir el suministro de productos para el tratamiento de diálisis a diversos centros médicos.	Desestimación.
27-05-99	r353/99	Recurso contra decisión del Servicio que declara que a una operación que se denuncia no le son de aplicación los arts. 14 ó 19. El recurso se amplía incluyendo la pretensión de que la denuncia se tramite por vulneración del art. 1.	Desestimación.
31-05-99	r349/98	Recurso contra decisión del Servicio de que el Acuerdo de Colaboración Estratégico firmado por TELEFÓNICA e IBERDROLA no es una operación de concentración de empresas sujeta al control de la LDC y que la operación notificada será tratada como una solicitud de autorización de acuerdo entre empresas.	Admitir el desistimiento.
03-06-99	r358/99	Establecimiento de cláusulas de no competencia, sin limitación temporal ni geográfica.	Desestimación.
07-06-99	r357/99	Venta a consumidores o usuarios finales aun cuando su actividad declarada es la de comercio mayorista.	Desestimación.
08-06-99	r354/99	Venta de determinada película de video en mejores condiciones a las grandes superficies que a los videoclubs e inclusión de determinado folleto para participar en un sorteo en determinado centro comercial.	Desestimación.
09-06-99	r337/98	Concesión por la ONCE de subvenciones a la explotación y al capital, no reintegrables, y ampliaciones del mismo para absorber los déficits de explotación practicando precios fuera de la competencia.	Desestimación.
14-06-99	r360/99	Archivo parcial de denuncia de realización de medidas tendentes a impedir la exportación paralela de España a otros países comunitarios.	Estimación.
15-06-99	r370/99	Supuestas prácticas prohibidas de Nike Factory Store y Adidas.	Desestimación por extemporáneo.
12-07-99	r359/99	Denegación de la consideración de interesada en expediente sancionador que tramita el SDC.	Desestimación.

<i>Fecha</i>	<i>Exped.</i>	<i>Conducta</i>	<i>Decisión</i>
06-09-99	r381/99	Comunicación de que el expediente está en fase de información reservada por lo que no procede proporcionar copia de los documentos existentes.	Inadmisión.
24-09-99	r368/99	Establecimiento de los precios que deben satisfacer los particulares por los productos ortopédicos con limitación del sistema de reintegro del gasto.	Desestimación.
29-09-99	r375/99	Exigencia de intereses sobre intereses y recargos inadmisibles en los créditos hipotecarios por parte del Banco Hipotecario de España, S. A.	Desestimación.
30-09-99	r385/99	Exigencia de obligatoriedad de la condición de abogado ejerciente para la intervención en asuntos extrajudiciales.	Estimación.
08-10-99	r374/99	Utilización de información derivada de Colegio Oficial para la captación de clientes.	Desestimación.
13-10-99	r365/99	Gestión de residuos tóxicos y peligrosos incinerables. Servicio público. Negativa de traslado de residuos.	Desestimación.
18-10-99	r352/99	Limitación a la producción contenida en Pliego de condiciones rector de la instalación de una base de contenedores en la Dársena de los Llanos del puerto de Santa Cruz de Tenerife.	Desestimación.
25-10-99	r364/99	Denegación por parte del Ayuntamiento de Sevilla de licencia de apertura e imposición de orden de clausura de restaurante.	Desestimación.
15-11-99	r377/99	Establecimiento de servicio de asesoramiento fiscal gratuito. Creación de un servicio de atención al contribuyente.	Desestimación.
09-12-99	r372/99	Incumplimiento de las obligaciones que la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas establece respecto al carácter secreto de la licitación pública.	Desestimación.
13-12-99	r356/99	Discriminación por negativa de suministro de entradas del Mundial de Fútbol. Acuerdo de distribución exclusiva de entradas. Imposición de condiciones abusivas.	Estimación.
30-12-99	r366/99	Acuerdo por el que se prohíbe la segunda venta de pescado en el recinto portuario de Málaga. Monopolio en favor de Mercamálaga.	Desestimación.

A continuación se puede apreciar respecto a los ejercicios de 1997, 1998 y 1999 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>Año</i>	<i>N. est.</i>	<i>Est.</i>	<i>Inad.</i>	<i>Des.</i>
1997	41	14	7	2
1998	39	8	1	
1999	32	6	1	1

Estos datos muestran los siguientes porcentajes:

<i>Año</i>	<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	
1999	80	15	2,5	2,5

En un porcentaje elevado, prácticamente idéntico al correspondiente al ejercicio anterior, el TDC desestima el recurso y mantiene el mismo criterio que el SDC.

2. RECURSOS CONTRA EL SOBRESSEIMIENTO DE EXPEDIENTES

En el año 1999 se produce un descenso muy significativo en el número de resoluciones relativas a recursos contra el sobreseimiento de expedientes, de 22 a 8, que contrasta con el notable incremento acontecido en el ejercicio anterior.

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>
14-01-99	R302/98	Mercado del montaje de las instalaciones exteriores de gas natural en las viviendas de la ciudad de León.	Estimación.
18-01-99	R330/98	Expulsión de asociación por no aplicar los precios impuestos ni adquirir material didáctico.	Estimación.

<i>Fecha</i>	<i>Exped.</i>	<i>Conducta</i>	<i>Decisión</i>
29-01-99	R313/98	Realización de una campaña promocional de regalo masivo de maquinillas de afeitar.	Desestimación.
07-05-99	R340/98	Denuncia por competencia desleal contra RENFE en la determinación de tarifas.	Desestimación.
21-06-99	R333/98	Elaboración de cava con variedad de uva no autorizada.	Estimación.
23-07-99	R367/99	Limitaciones a la comercialización del plátano en Mercabilbao.	Desestimación.
29-07-99	R345/98	Denuncia de concertación de rebaja de precio de las gasolinas en las estaciones de servicio situadas en la proximidad de la del denunciante.	Desestimación.
30-09-99	R362/99	Conflicto de publicidad engañosa. Concepto de posición de dominio.	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 1999, 1998 y 1997 de los distintos tipos de resoluciones: no estimación del recurso (N. est.), estimación del recurso (Est.), declaración de inadmisibilidad (Inad.), o desestimiento del recurrente (Des.):

<i>Año</i>	<i>N. est.</i>	<i>Est.</i>	<i>Inad.</i>	<i>Des.</i>
1997	10	2	1	
1998	21			1
1999	5	3		

Estos datos muestran los siguientes porcentajes:

<i>Año</i>	<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
1999	62,45	37,5		

Cabe advertir el incremento muy significativo de los recursos estimados por el TDC. Debe esperarse a próximos ejercicios para poder apreciar su reiteración y, en este caso, valorar su significado.

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 18 sentencias en 1999. Esta cifra supone una reducción notable respecto al ejercicio anterior en que se dictaron 31 sentencias. Asimismo, en el mismo ejercicio la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha dictado dos sentencias sobre recursos contencioso-administrativos interpuestos contra acuerdo del TDC al amparo de la Ley 62/1978 de Protección de los Derechos Fundamentales¹.

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:

Fecha	Resolución TDC	Materia	Decisión
14-01-99	25-10-96 Expediente sancionador	Distribución de fotocopiadoras con prohibición de reventa si el distribuidor no consigue previamente que el comprador asuma también el mantenimiento postventa de la máquina vendida.	Confirma Res. TDC
02-03-99	31-05-95 Estimación del recurso contra acuerdo del SDC de sobreseimiento	Existencia de cosa juzgada o en su caso litispendencia Modificación de las tarifas del servicio por la Empresa Mixta de Servicios Funerarios de Madrid.	Inadmisibilidad de los recursos acumulados
15-03-99	04-02-97 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

¹ Al respecto ver *Anuario de la Competencia 1996*, p. 303; *Anuario de la Competencia 1997*, p. 479, y *Anuario de la Competencia 1998*, p. 495.

<i>Fecha</i>	<i>Resolución TDC</i>	<i>Materia</i>	<i>Decisión</i>
06-05-99	12-12-96 Expediente sancionador	Acuerdo de fijación de precio base y único para la manzana de sidra. La Administración, tras razonar la graduación de la pena en forma conjunta, impone sanciones distintas sin explicar el trato diferenciado.	Confirma parcialmente Res. TDC
13-05-99	07-04-97 Desestimación del recurso contra acuerdo del sdc de archivo	Acuerdo de boicot de almacenistas de material eléctrico para presionar a los fabricantes que les suministran con amenaza de no comprarles a fin de no vender a un tercer operador, a quien acusan de central de compras de instaladores.	Confirma Res. TDC
18-05-99	17-06-96 Estimación del recurso contra acuerdo del sdc de archivo	Práctica prohibida de Aenor consistente en extender marca de calidad al alambroón producido exclusivamente en España, para lograr la certificación del mallazo, resultando imposible la utilización de materia prima importada.	Confirma Res. TDC
18-05-99	04-11-96 Desestimación del recurso contra acuerdo del sdc sobre inspección	Alegación de indefensión porque las órdenes del sdc de investigación e inspección carecen de motivación.	Confirma Res. TDC
18-05-99	31-07-96 Expediente sancionador	Reparto de mercado por cajas de ahorro catalanas. Pacto de no abrir nuevas oficinas en zonas de influencia de otras cajas del grupo e iniciar la expansión conjunta fuera del territorio catalano-balear.	Confirma. Res. TDC
20-05-99	21-11-96 Expediente sancionador	Acuerdo que afecta a la distribución de pescado al por mayor y con efectos verticales en la distribución minorista y en el colectivo de consumidores.	Confirma Res. TDC
24-06-99	05-06-97 Expediente sancionador	Fijación de precios por autoescuelas para la formación vial con el fin de obtener el permiso de conducir.	Confirma Res. TDC
19-07-99	12-12-96 Expediente sancionador	Fijación concertada del precio de venta de la botella de sidra.	Confirma Res. TDC
10-09-99	16-12-96 Expediente sancionador	Acuerdo que permite a las pastelerías artesanas fabricar y vender un único módulo de pan especial durante los domingos y días festivos.	Confirma Res. TDC
23-09-99	18-05-92 Expediente sancionador 04-06-92 Res. de aclaración	No vulneración de normas constitucionales: principios de igualdad y tutela efectiva. Inexistencia de caducidad del procedimiento o de prescripción de la infracción.	Confirma Res. TDC
15-11-99	20-06-96 Desestimación del recurso contra acuerdo del sdc de archivo	Inexistencia de abuso de posición de dominio o competencia desleal en la instalación de amplificadores monocanal para visionar en Burgos las cadenas de televisión autonómicas del País Vasco y de Madrid.	Confirma Res. TDC
18-11-99	18-07-97 Expediente sancionador	Inexistencia de abuso de posición de dominio de Telefónica por retraso en la puesta de un circuito internacional y uso de contrato tipo para esta clase de suministro no aprobado por la Administración.	Confirma Res. TDC

<i>Fecha</i>	<i>Resolución TDC</i>	<i>Materia</i>	<i>Decisión</i>
26-11-99	09-10-95 Medidas cautelares	Desmontadoras de algodón alegan indefensión por ausencia de trámite de alegaciones en diligencias para mejor proveer acordadas por el TDC. Cartel de precios. Procedencia de medidas cautelares.	Confirma Res. TDC
16-12-99	03-06-97 Expediente sancionador	Elaboración y difusión de una recomendación de precios de productos lácteos por la Federación Nacional de Industrias Lácteas.	Confirma Res. TDC
16-12-99	03-06-97 Expediente sancionador	Elaboración y difusión de una recomendación de precios de productos lácteos por la Federación Nacional de Industrias Lácteas.	Confirma Res. TDC

Es evidente que, al igual que en ejercicios anteriores, la nota más relevante de esta relación de sentencias de la Audiencia Nacional es que en su práctica totalidad confirman la resolución dictada por el TDC. Tan sólo en una ocasión el órgano jurisdiccional estima parcialmente el recurso contencioso-administrativo. En este caso entiende que el TDC, tras razonar la graduación de la pena en forma conjunta, impone sanciones distintas sin explicar la razón del trato diferenciado, ni inferirse ésta con nitidez de las actuaciones, lo que implica que, en opinión de la Sala Sexta, la sanción impuesta a la recurrente debe reducirse en la cuantía impuesta a los demás sancionados.

A continuación, se detalla de forma esquemática el contenido de las sentencias, numéricamente y en porcentaje, con comparación respecto al ejercicio anterior:

	1999		1998	
	<i>Número</i>	<i>Porcentaje</i>	<i>Número</i>	<i>Porcentaje</i>
Confirma Res. TDC	16	89,0	25	80,6
Confirma parcialmente Res. TDC	1	5,5	1	3,2
Anula Res. TDC			4	12,9
Inadmisibilidad	1	5,5	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>
02-03-99	31-05-95 Estimación del recurso contra acuerdo del SDC de sobreseimien- to	Modificación de las tarifas del servicio por la Empresa Mixta de Servicios Funerarios de Madrid.	Confirma Res. TDC
15-03-99	04-02-97 Medidas cautelares	Telefónica. Orden de cese de publicidad con- junta de los servicios, con el objetivo de 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 con- mutación de datos y de información, así como para ofrecer la contratación.	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.

TRIBUNAL SUPREMO

I. SENTENCIAS DICTADAS

En el año 1999, el Tribunal Supremo ha dictado 16 sentencias en aplicación del Derecho de la competencia. Sobre el contenido de estas sentencias, como acontecía en los ejercicios anteriores, el dato más significativo es que en su totalidad 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>
28-01-99	Resolución del TDC de 25-04-91 y Acuerdo del Consejo de Ministros de 18-10-91	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
30-01-99	Resolución del TDC de 08-07-91, y Acuerdo del Consejo de Ministros de 08-05-92	Limitación de la producción de huevos de incubación, pollitos de un día y pollos para engorde con la finalidad de ajustar la oferta a la demanda y lograr una elevación de los precios.	Confirma las decisiones administrativas
26-03-99	Resolución del TDC de 08-07-91 y Acuerdo del Consejo de Ministros de 08-05-92	Limitación de la producción de huevos de incubación, pollitos de un día y pollos para engorde con la finalidad de ajustar la oferta a la demanda y lograr una elevación de los precios.	Confirma las decisiones administrativas
28-04-99		Acuerdo de reparto del mercado de conservación y mantenimiento de ascensores adoptada por la asociación de empresas de ascensores.	Confirma las decisiones administrativas
05-05-99	Acuerdo del Consejo de Ministros de 09-07-93 y 08-09-93	Acuerdo adoptado por compañías aseguradoras para establecer la valoración de servicio mínimo de seguro por deceso.	Confirma las decisiones administrativas
12-05-99	Acuerdos del Consejo de Ministros de 09-07-93 y 08-09-93	Acuerdo adoptado por compañías aseguradoras para establecer la valoración de servicio mínimo de seguro por deceso (Rec. núm. 960/93)	Confirma las decisiones administrativas

<i>Fecha</i>	<i>Resolución</i>	<i>Materia</i>	<i>Decisión</i>
12-05-99	Acuerdos del Consejo de Ministros de 09-07-93 y 08-09-93	Acuerdo adoptado por compañías aseguradoras para establecer la valoración de servicio mínimo de seguro por deceso (Rec. núm. 969/93).	Confirma las decisiones administrativas
12-05-99	Acuerdos del Consejo de Ministros de 09-07-93 y 08-09-93	Acuerdo adoptado por compañías aseguradoras para establecer la valoración de servicio mínimo de seguro por deceso (Rec. núm. 972/93).	Confirma las decisiones administrativas
12-05-99	Acuerdos del Consejo de Ministros de 09-07-93 y 08-09-93	Acuerdo adoptado por compañías aseguradoras para establecer la valoración de servicio mínimo de seguro por deceso (Rec. núm. 972/93).	Confirma las decisiones administrativas
12-05-99	Acuerdos del Consejo de Ministros de 09-07-93 y 08-09-93	Acuerdo adoptado por compañías aseguradoras para establecer la valoración de servicio mínimo de seguro por deceso (Rec. núm. 975/93).	Confirma las decisiones administrativas
12-05-99	Acuerdos del Consejo de Ministros de 09-07-93 y 08-09-93	Acuerdo adoptado por compañías aseguradoras para establecer la valoración de servicio mínimo de seguro por deceso (Rec. núm. 976/93).	Confirma las decisiones administrativas
12-05-99	Acuerdos del Consejo de Ministros de 09-07-93 y 08-09-93	Acuerdo adoptado por compañías aseguradoras para establecer la valoración de servicio mínimo de seguro por deceso (Rec. núm. 626/96).	Confirma las decisiones administrativas
17-05-99	Acuerdos del Consejo de Ministros de 09-07-93 y 08-09-93	Acuerdo adoptado por compañías aseguradoras para establecer la valoración de servicio mínimo de seguro por deceso.	Confirma las decisiones administrativas
18-05-99	Resolución del TDC de 08-07-91 y Acuerdo de Consejo de Ministros de 08-05-92	Limitación de la producción de huevos de incubar, pollitos de un día y pollos para engorde con la finalidad de ajustar la oferta a la demanda y lograr una elevación de los precios.	Confirma las decisiones administrativas
27-05-99	Acuerdos del Consejo de Ministros de 09-07-93 y 08-09-93	Acuerdo adoptado por compañías aseguradoras para establecer la valoración de servicio mínimo de seguro por deceso (Rec. núm. 978/93).	Confirma las decisiones administrativas
27-05-99	Acuerdos del Consejo de Ministros de 09-07-93 y 08-09-93	Acuerdo adoptado por compañías aseguradoras para establecer la valoración de servicio mínimo de seguro por deceso (Rec. núm. 979/93).	Confirma las decisiones administrativas

COMISIÓN EUROPEA

I. DECISIONES DE APLICACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 81 Y 82 TCE

1. NUEVOS ASUNTOS

Los asuntos nuevos registrados en la Comisión en el año 1999 disminuyeron de forma importante rompiendo la tendencia marcada en los tres ejercicios anteriores. En concreto han sido 388 nuevos asuntos en 1999, frente a los 509 de 1998 y a los 499 del año 1997¹. La reducción del número de nuevos asuntos se produce en las tres vías de entrada de los mimos sin que pueda aventurarse con certeza una causa global de esta evolución. Sin embargo, podría apuntarse el hecho de que el número de notificaciones ha vuelto a disminuir (en 1998, a pesar de un aumento global de los nuevos asuntos, las notificaciones disminuyeron de 221 a 216) a resultas de la Comunicación de 1997 sobre acuerdos de menor importancia.

A continuación se exponen las cifras relativas a nuevos asuntos desde el año 1992 a 1999, 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>
1999	77	149	162	388
1998	101	192	216	509
1997	101	177	221	499
1996	94	168	209	471
1995	46	145	368	559
1994	16	140	236	392
1993	27	111	266	404
1992	43	110	246	399

¹ Datos, básicamente, extraídos del XXIX Informe sobre la política de la competencia y en el servidor telemático de la DG de competencia.

2. RESOLUCIÓN DE EXPEDIENTES

En 1999 se ha mantenido prácticamente igual el número de expedientes resueltos. Los 582 expedientes resueltos (frente a los 581 del año anterior) muestran que el trabajo de vigilancia del respeto de la libre competencia encomendado a los servicios de la Dirección General de Competencia no se han visto afectados por los cambios institucionales que se han producido durante el año 1999 en la Unión Europea. Conviene observar que el mantenimiento de esta estadística combinada a la disminución de nuevos asuntos indicada en el apartado anterior ha supuesto una disminución importante de los asuntos pendientes de resolución. Concretamente, se ha pasado de 1.204 asuntos pendientes en 1998 a 1.013 en 1999 (cifras correspondientes al 31 de diciembre del año en curso).

La casi identidad del número de asuntos resueltos esconde, sin embargo, un dato interesante. Se trata del aumento de las decisiones formales adoptadas por la Comisión. Concretamente, el incremento del número de asuntos sobreseídos mediante decisión formal es de 42 en 1998 a 68 en 1999. Este aumento confirma la tendencia ascendente iniciada en 1995.

<i>Año</i>	<i>Decisiones formales</i>	<i>Procedimiento informal</i>	<i>Total</i>
1999	68	514	582
1998	42	539	581
1997	27	490	517
1996	21	365	388
1995	14	419	433
1994	33	525	558
1993	14	734	748
1992	34	1.090	1.124

3. DECISIONES ADOPTADAS

La información disponible en la página de Internet de la DG de Competencia de la Comisión europea indica que la Comisión, en el año 1999, ha adoptado 68 decisiones formales. Sin embargo, únicamente facilita información respecto a 39 de ellas. 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	0
No oposición Reg. 3975/87	0
Desestimación de la autorización artículo 85	0
Infracción artículo 85	3
Infracción artículo 85 con sanción	0
Infracción artículo 86	0
Infracción artículo 86 con sanción	0
Exención	8
Exención con condiciones y obligaciones	0
Denegación medidas provisionales	1
Desestimación de la demanda mediante una decisión	27
Exención artículo 12 Reg. 4056/86	0

Las 39 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>
04-01-1999		IV/37084	Southcoast/Irlanda	Desestimación de una denuncia
04-01-1999		IV/37083	Castlebar/Irlande	Desestimación de una denuncia
07-01-1999		IV/36431	Info-Lab Eireland/ Ricoch Corporation	Desestimación de una denuncia
21-01-1999			VIHK/Mazda	Desestimación de la autorización art. 81/82
26-01-1999		IV/36320	SeaFrance v. P&O and Stena	Desestimación de una denuncia
26-01-1999	<i>DOCE</i> L163, 29-06-1999	IV/36253	P&O Stena Line	Exención
03-02-1999		IV/34711	TF1/France2 + France3	Desestimación de una denuncia
10-02-1999	<i>DOCE</i> L069, 16-03-1999	IV/35767	PO/Tasas de aterri- zaje en Finlandia	Infracción sin sanción

<i>Fecha</i>	<i>Publicación</i>	<i>Expediente</i>	<i>Partes</i>	<i>Contenido</i>
10-02-1999	DOCE L069, 16-03-1999	IV/35703	po/Tasas de aterri- zaje en Portugal	Infracción sin sanción
24-02-1999	DOCE L088, 31-03-1999	IV/35079	Whitbread	Exención
01-03-1999		IV/36844	POLFIN	Exención
03-03-1999	DOCE L090, 02-04-1999	IV/36237	TPS + 7	Exención
08-03-1999		IV/36522	VPRT/ARD/ZDF	Desestimación de una denuncia
08-03-1999		IV/36395	SEP/Renault	Desestimación de una denuncia
11-03-1999		IV/36717	Whitbread lessees	Desestimación de una denuncia
11-03-1999		IV/36745	Maitland Walker/ Whitbread	Desestimación de una denuncia
11-03-1999			Falla/Whitbread	Desestimación de una denuncia
17-03-1999			Rau/Westfa + To- yota	Desestimación de una denuncia
07-04-1999	DOCE L106, 23-04-1999	IV/36147	IMA	Exención
07-04-1999			Canalsatélite/TPS, TFI + 3	Desestimación de una denuncia
12-04-1999	DOCE L125, 19-05-1999	IV/30373 IV/30373 IV/37143	P&I Clubs	Exención
21-04-1999			ISIBARS + VIRAJ c/EU- ROPEAS SSBBS PRO- DUCERS	Desestimación de una denuncia
30-04-1999	DOCE L193, 26-07-1999	IV/34250	EATA	Infracción
20-05-1999	DOCE L218, 18-08-1999	IV/36592	Cégétel + 4	Denegación de medidas provisionales
16-06-1999	DOCE L186, 19-07-1999	IV/35992	Scottish and New- castle	Exención
16-06-1999	DOCE L186, 19-07-1999	IV/36081	Bass	Exención
05-07-1999	DOCE L186, 19-07-1999	IV/37011	Wilson/Bass	Desestimación de una denuncia

<i>Fecha</i>	<i>Publicación</i>	<i>Expediente</i>	<i>Partes</i>	<i>Contenido</i>
19-07-1999	DOCE L186, 19-07-1999	IV/36302	Padden and others/ S&N	Desestimación de una denuncia
05-07-1999	DOCE L186, 19-07-1999	IV/36971	O'Leary/S&N	Desestimación de una denuncia
05-07-1999	DOCE L186, 19-07-1999	IV/37054	Meek & Meek/ Bass	Desestimación de una denuncia
05-07-1999	DOCE L186, 19-07-1999	IV/37007	McDonald/S&N	Desestimación de una denuncia
05-07-1999	DOCE L186, 19-07-1999	IV/36991	Hand/S&N	Desestimación de una denuncia
05-07-1999	DOCE L186, 19-07-1999	IV/36956	Egan/S&N	Desestimación de una denuncia
05-07-1999	DOCE L186, 19-07-1999	IV/37019	Duguid/Bass	Desestimación de una denuncia
05-07-1999	DOCE L186, 19-07-1999	IV/36987	Andreucci/Bass	Desestimación de una denuncia
05-07-1999	DOCE L186, 19-07-1999	IV/36953	Anderson/S&N	Desestimación de una denuncia
05-07-1999	DOCE L186, 19-07-1999	IV/36349	Adams/Bass	Desestimación de una denuncia
05-07-1999	DOCE L186, 19-07-1999	IV/36954	A.A.P/S&N	Desestimación de una denuncia
26-08-1999		IV/36834	FENIN	Desestimación de una denuncia

II. DECISIONES RELATIVAS A AYUDAS PÚBLICAS

1. UNIÓN EUROPEA

La Comisión ha registrado, en el año 1999, 415 notificaciones de nuevas ayudas y modificaciones de ayudas existentes y 97 casos de ayudas no notificadas ², haciendo un total de 512 expedientes iniciados. El número de nuevos expedientes ha aumentado sin alcanzar el nivel del año 1997.

² Datos, básicamente, extraídos del XXIX Informe sobre la política de la competencia y en el servidor telemático de la DG de competencia. 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>
1999	512
1998	444
1997	656
1996	644
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 (414). Los expedientes relativos a ayudas sin notificar se mantienen en 97 (97 en 1998 frente a los 140 de 1997 y a los 91 de 1996). Finalmente, se ha abierto 1 expediente relativo a reexamen de una ayuda existente.

En cuanto a las decisiones adoptadas por la Comisión, se ha producido una ligera disminución respecto al año anterior pero con un incremento del número de decisiones adoptadas tras la incoación de un procedimiento formal de investigación. Concretamente, el número de decisiones adoptadas en 1999 es de 444 (frente a las 460 de 1998), de las cuales 66 tras el procedimiento de investigación (frente a 61 en 1998 y 32 en 1997).

En la distribución por Estados miembros de estas decisiones, destaca especialmente el importante aumento de las decisiones relativas a regímenes de ayudas de Administraciones Públicas españolas (79 en 1999 frente a las 36 del año anterior). También ha incrementado la importancia relativa de las decisiones correspondientes a Irlanda (ha pasado de 2 en 1998 a 12 en 1999) e Italia (el aumento es de 77 en 1998 a 94 en 1999). No obstante, el número total de decisiones ha disminuido de 460 en 1998 a 444 en 1999. Ello se debe, en particular a que Alemania, aunque sigue siendo la primera destinataria de decisiones, se ha visto afectada por un número mucho menor de decisiones (124 en 1999 frente a 154 en 1998). La distribución por países de las decisiones adoptadas en 1999 es la siguiente:

<i>Estado miembro</i>	<i>Número</i>
Austria	14
Bélgica	14
Dinamarca	5
Alemania	124

<i>Estado miembro</i>	<i>Número</i>
Grecia	8
España	79
Finlandia	8
Francia	29
Irlanda	12
Italia	94
Luxemburgo	0
Países Bajos	24
Portugal	8
Suecia	8
Reino Unido	17
UNIÓN EUROPEA	444

2. ESPAÑA

La Comisión durante el año 1999 ha adoptado 79 decisiones (frente a las 36 de 1998 y a las 53 del año anterior) en relación con regímenes de ayudas públicas en España.

Por su interés, a continuación se ofrece referencia de las decisiones de que se dispone de información detallada, 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:

<i>Núm. notif.</i>	<i>Fecha</i>	<i>Materia</i>
N 503/99	27-10-99	Subvención para la restauración del Monasterio de Santa María de Retuerta (Valladolid)

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>
N 133/99	16-04-99	Ayuda a la construcción naval. Ayudas de carácter fiscal a la inversión en favor de los armadores
N 85/99	30-04-99	Plan de Formación e Inserción Profesional (Aragón)
N 94/99	15-05-99	Ayuda a Rockwool Peninsular, s. A. (Navarra)
N 174/99	19-05-99	Prórroga de un régimen de ayudas para el fomento y la promoción comercial (Andalucía)
N 155/99	01-06-99	Régimen de ayudas al reparto del tiempo de trabajo (Galicia)
N 278/99	01-07-99	Modificación del régimen de ayudas (N 298/98) regionales a la inversión (País Vasco)
N 154/99	07-07-99	Prórroga del régimen N 862/95. Medidas destinadas a la minimización, aprovechamiento y tratamiento en origen de residuos industriales (Cataluña)
N 291/99	09-07-99	Ayudas a la investigación y desarrollo. Industrias de la Sociedad de la Información (ATYCA)
N 340/99	23-07-99	Ayudas a la creación de empleo por reordenación del tiempo de trabajo (Aragón)
NN 12/99 (ex N 647/98)	23-07-99	Prórroga del régimen de ayudas fiscales (N 643/92) regionales a la inversión y a la Investigación «Cartuja 93» (Andalucía)
N 299/99	05-08-99	Medidas de investigación y desarrollo a favor de la industria en el campo del Medio ambiente
NN 62/99	09-08-99	Ayuda a ERCROS, S. A.
N 393/99	03-09-99	Plan Tecnológico de la Máquina-Herramienta
N 358/99	17-09-99	Ayudas a la contratación estable (La Rioja)
N 341/99	28-09-99	Ayudas para el suministro de gas canalizado en municipios andaluces mediante plantas de Gases Licuados del Petróleo (Andalucía)
N 265/99	25-10-99	Proyecto de concesión de avales a PYMES (Aragón)
N 433/99	09-11-99	Régimen de ayudas al transporte (Islas Canarias)
N 496/99	01-12-99	Modificación de un régimen de ayudas para el desarrollo y diversificación Económica de las zonas rurales
N 602/99	01-12-99	Subvenciones para instalaciones de cogeneración y de distribución de energía eléctrica en el medio rural (Andalucía)
N 502/99	14-12-99	Medidas de apoyo al empleo (País Vasco)
N 45/99	15-12-99	Régimen de ayudas regionales en favor de la protección del medio ambiente (País Vasco)

C. 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 1379/99	04-05-99	Ayudas por parte de España en favor de la industria del carbón en 1999	DO L 177, 13-07-99

D. 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 41/99	03-02-99	Ayudas estatales concedidas por el Gobierno español a la empresa Hijos de Andrés Molina, S. A. (HAMSA)	DO L 193, 26-07-99
C 498/99	24-02-99	Ayuda estatal concedida por España en favor de Daewoo Electronics Manufacturing España, S. A. (Demesa)	DO L 292, 13-11-99
C 2131/99	01-07-99	Ayuda estatal que España tiene previsto ejecutar en favor de Brilén, S. A.	DO L 076, 25-03-00
C 3864/99	26-10-99	Ayuda estatal concedida por España en favor de los astilleros de titularidad pública	DO L 037, 12-02-00
C 5207/99	22-12-99	Ayudas ejecutadas por España en favor de las producciones hortícolas con destino a la transformación industrial en Extremadura en la campaña de 1997/98	DO L 075, 24-03-00
C 5201/99	22-12-99	Ayudas ejecutadas por España sobre la financiación del capital circulante para el sector agrícola de Extremadura	DO L 076, 25-03-00

III. DECISIONES RELATIVAS A CONCENTRACIONES

Como se constató en los Anuarios de la Competencia 1997 y 1998, 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 evidente³.

³ Datos, básicamente, extraídos del XXIX Informe sobre la política de la competencia y en el servidor telemático de la DG de competencia.

1. DECISIONES FINALES

La Comisión ha adoptado 270 decisiones finales en materia de concentraciones durante el año 1999. Esta cifra supone un importante incremento frente a la del ejercicio anterior, 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 destaca que sigue siendo muy reducido y, relativamente cada año menos significativo, el número de decisiones de prohibición de la operación. A pesar de seguir aumentando el número de decisiones finales, las decisiones de prohibición han vuelto a descender pasando de 2 en 1998 a 1 en 1999.

A continuación se indican las resoluciones en función del artículo del Reglamento que aplican:

Reg. 4064/89	Contenido de la decisión	1991	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999
6.1.a	Fuera del ámbito de aplicación	5	9	4	5	9	6	4	6	1
6.1.b	Compatible con el mercado común	47	43	49	78	90	109	118	207	236
6.1.b	Compatible con el mercado común con condiciones	3	4		2	3		2	12	19
6.1.b	Compatible con el mercado común y remisión parcial a los Estados miembros		1		1			6	3	1
9.3.b	Remisión a los Estados miembros			1			3	1	1	3
9.3.b	Remisión parcial a los Estados miembros en la fase II									1
8.2	Compatible con el mercado común	1	1	1	2	2	1	1	2	0
8.2	Compatible con el mercado común con condiciones	3	3	2	2	3	3	7	5	8
8.3	Prohibiciones	1			1	2	3	1	2	1
8.4	Restablecer la competencia efectiva							2		
	Total decisiones finales	60	61	57	91	109	125	142	238	270

2. OTRAS DECISIONES

Reg. 4064/89	Contenido de la decisión	1991	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999
7.2	Orden de suspensión	4	3	3	12	12	17	36	10	
7.4	Dispensa de la suspensión	1	2	3	1	2	3	5	13	7
6.1.c	Incoación de expediente	6	4	4	6	7	6	11	12	
6.3.a	Decisión revocada									1
14	Imposición de multa								1	4
??	Solicitud denegada por decisión	1								1

3. NOTIFICACIONES RECIBIDAS

Año	1991	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999
Número de notificaciones recibidas	63	60	58	95	110	131	172	235	292

4. NOTIFICACIONES DENEGADAS

Año	1991	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999
Número de notificaciones retiradas		3	2	6	4	6	9	9	7

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 1999 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*.

Fecha	Asunto	Partes	Materia	Rec.
21-01-99	T-185/96 T-189/96 T-190/96	Riviera Auto Service Établissements Dalmasso, s. a., y otros c. Comisión europea.	Artículo 81. Contrato tipo de distribución exclusiva de vehículos automóviles. Exención por categorías. Desestimación de denuncias presentadas por antiguos concesionarios. Error de Derecho. Error manifiesto de apreciación. Recurso de anulación. Recurso de indemnización.	II-93
20-04-99	T-305/94 T-306/94 T-307/94 T-313/94 T-314/94 T-315/94 T-316/94 T-318/94 T-325/94 T-328/94 T-329/94 T-335/94	Limbourge Vinyl Maatschappij NV, Elf Atochem, s. a., BASF AG, Shell International Chemical company Ltd., DSM NV y DSM Kunststoffen BV, Wacker-Chemie GmbH, Hoechst AG, Société artisanne de vinyle, Montedison SpA, Imperial Chemical Industries plc., Hüls AG, Enichem SpA c. Comisión europea.	Artículo 81. Efectos de una sentencia anulatoria. Derechos de defensa. Multa.	
19-05-99	T-175/95	BASF Coatings AG c. Comisión europea.	Apartado 1 del artículo 81. Acuerdo de distribución exclusiva. Importaciones paralelas.	
19-05-99	T-176/95	Accinauto, s. a., c. Comisión europea.	Apartado 1 del artículo 81. Acuerdo de distribución exclusiva. Importaciones paralelas.	
03-06-99	T-17/96	Télévision française 1, s. a. (TF1), c. Comisión europea.	Ayudas de Estado. Televisión pública. Denuncia. Recurso por omisión. Obligación de instrucción por la Comisión. Plazo. Procedimiento del apartado 2 del artículo 88. Dificultades importantes. Artículo 81. Emplazamiento. Toma de postura. Artículo 86.	

<i>Fecha</i>	<i>Asunto</i>	<i>Partes</i>	<i>Materia</i>	<i>Rec.</i>
08-07-99	T-266/97	Vlaamse Televisie Maatschappij NV c. Comisión europea.	Apartado 3 del artículo 90. Derecho a ser oído. Apartado 1 del artículo 90, en relación con el artículo 52. Derecho exclusivo de emitir publicidad televisada en Flandes.	
09-09-99	T-127/98	UPS Europe, s. A., c. Comisión europea.	Recurso por omisión. Obligación de investigar de la Comisión. Plazo razonable.	
07-10-99	T-228/97	Irish Sugar plc c. Comisión europea.	Artículo 82. Posición dominante y posición dominante colectiva. Abuso. Multa.	
13-12-99	T-189/95 T-39/96 T-123/96	Service pour le groupement d'acquisitions (SGA) c. Comisión europea.	Distribución de automóviles. Examen de las denuncias. Recursos por omisión, de anulación y de indemnización.	
13-12-99	T-190/95 T-45/96	Société de distribution de mécaniques et d'automobiles (Sodima) c. Comisión europea.	Distribución de automóviles. Examen de las denuncias. Recursos por omisión, de anulación y de indemnización. Inadmisibilidad.	
13-12-99	T-9/96 T-211/96	Européenne automobile SARL c. Comisión europea.	Distribución de automóviles. Examen de las denuncias. Recursos por omisión, de anulación y de indemnización.	
16-12-99	T-198/98	Micro Leader Business c. Comisión europea.	Denuncia. Desestimación. Artículos 81 y 82. Prohibición de importar programas de ordenador comercializados en un país tercero. Agotamiento de los derechos de autor. Directiva 91/250 CEE.	

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>
21-01-99	T-185/96 T-189/96 T-190/96	Desestimación de los recursos.
20-04-99	T-305/94 T-306/94 T-307/94 T-313/94 T-314/94 T-315/94 T-316/94 T-318/94 T-325/94 T-328/94 T-329/94 T-335/94	Acumulación de los asuntos a los efectos de la sentencia. Anulación del artículo 1 de la Decisión 94/599/CE de la Comisión, de 27 de julio de 1994, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 81 CE (IV/31.865, PVC), en la medida en que considera que la Société artésienne de vynile participó en la infracción reprochada después del primer semestre de 1981. Reducción de las multas impuestas en el artículo 3 de dicha Decisión. Desestimación del recurso en todo lo demás.
19-05-99	T-175/95	Desestimación del recurso.

<i>Fecha</i>	<i>Asunto</i>	<i>Pronunciamiento</i>
19-05-99	T-176/95	Desestimación del recurso.
03-06-99	T-17/96	La Comisión ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del Tratado CE, al abstenerse de adoptar una decisión sobre la parte de la denuncia relativa a las ayudas de Estado presentada por Télévision Française 1, s. A., el 10 de marzo de 1993. Improcedencia del pronunciamiento sobre las pretensiones por omisión en la medida en que van dirigidas contra la falta de actuación de la Comisión con arreglo a los artículos 81 y 82 CE. Inadmisibilidad del recurso en la medida en que va dirigido contra la falta de actuación de la Comisión con arreglo al artículo 82 CE. Improcedencia del pronunciamiento sobre las pretensiones subsidiarias de anulación.
08-07-99	T-266/97	Desestimación del recurso.
09-09-99	T-127/98	La Comisión ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del Tratado CE, al abstenerse o bien de iniciar un procedimiento contra la persona a quien se refiere la denuncia presentada por la parte demandante el 7 de julio de 1994 o bien de adoptar una decisión definitiva de archivo de dicha denuncia, a raíz de las observaciones de 2 de febrero de 1998 sobre la comunicación dirigida a la parte demandante conforme al artículo 6 del reglamento núm. 99/63/CEE de la Comisión, de 25 de julio de 1963, relativo a las audiencias previstas en los apartados 1 y 2 del artículo 19 del Reglamento núm. 17 del Consejo. Inadmisibilidad del recurso en todo lo demás.
07-10-99	T-228/97	Anulación del artículo 1 de la decisión impugnada en cuanto que declara que, en el período comprendido entre 1986 y 1988, la declarante acordó la aplicación selectiva de precios inferiores a los clientes de un importador de azúcar francés. Reducción del importe de la multa impuesta a la demandante por el artículo 2 de la Decisión impugnada. Desestimación del recurso en todo lo demás.
13-12-99	T-189/95 T-39/96 T-123/96	Desestimación de los recursos.
13-12-99	T-190/95 T-45/96	Inadmisibilidad del recurso en el asunto T-190/95. Improcedencia de pronunciamiento sobre las pretensiones de omisión en el asunto T-45/96. Inadmisibilidad del recurso del asunto T-45/96 en todo lo demás.
13-12-99	T-9/96 T-211/96	Desestimación del recurso T-211/96. Archivo del asunto T-9/96.
16-12-99	T-198/98	Anulación de la Decisión de la Comisión de 15 de octubre de 1998 asunto IV/36.219 - Micro Leader/Microsoft), por la que se desestima definitivamente la denuncia de la demandante en la que considera contrarias a los artículos 81 y 82 CE las maquinaciones de las sociedades Microsoft France y Microsoft Corporation encaminadas a impedir la importación a Francia de programas de ordenador de la marca Microsoft editados en lengua francesa y comercializados en Canadá.

II. NORMAS RELATIVAS A AYUDAS PÚBLICAS

Se relacionan a continuación las sentencias dictadas por el TPI durante el año 1999 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>
28-01-99	T-230/95	Bretagne Angleterre Irlande (BAI) c. Comisión europea.	Recurso de indemnización. Responsabilidad extracontractual. Ayudas de Estado. Comunicación al demandante de la decisión dirigida al Estado miembro afectado. Retraso. Perjuicio material y moral. Relación de causalidad.	II-123
28-01-99	T-14/96	Bretagne Angleterre Irlande (BAI) c. Comisión europea.	Recurso por omisión. Decisión relativa al archivo de un procedimiento de examen iniciado en virtud del apartado 2 del artículo 88. Concepto de ayuda de Estado en el sentido del apartado 1 del artículo 87.	II-139
11-02-99	T-86/96	Arbeitsgemeinschaft Deutscher Luftfahrt-Unternehmen c. Comisión europea.	Transporte aéreo. Medida fiscal. Recurso de anulación. Inadmisibilidad.	II-179
15-06-99	T-288/97	Regione autonoma de Friuli Venezia Giulia c. Comisión europea.	Recurso de anulación. Decisión de la Comisión. Ayuda de Estado. Recurso interpuesto por una entidad infraestatal. Admisibilidad.	
17-06-99	T-82/96	Associação dos refinadores de Açúcar protugueses (ARAP), Alcântara Refinarias. Açúcares, S. A., RAR Refinarias de Açúcar Reunidas, S. A., c. Comisión europea.	Denuncias de empresas competidoras. Protección judicial de los denunciantes. Azúcar. Ayuda concedida en ejecución de un régimen general de ayudas de Estado aprobado por la Comisión. Ayuda de Estado a la formación profesional. Ayuda de Estado en el marco de una cofinanciación con arreglo al régimen de los Fondos estructurales.	
06-10-99	T-110/97	Kneissl Dachstein Sportartikel AG c. Comisión europea.	Decisión por la que se autoriza una ayuda de Estado a la reestructuración. Comienzo del plazo de interposición del recurso respecto a un tercero. Requisitos de compatibilidad de la ayuda.	
06-10-99	T-123/97	Salomon, S. A., c. Comisión europea.	Decisión por la que se autoriza una ayuda de Estado a la reestructuración. Comienzo del plazo de interposición del recurso respecto a un tercero. Requisitos de compatibilidad de la ayuda.	
15-12-99	T-132/96 T-143/96	Freistaat Sachsen, Volkswagen AG y Volkswagen Sachsen GmbH c. Comisión europea.	Compensación de las desventajas económicas que resultan de la división de Alemania. Grave perturbación en la economía de un Estado miembro. Desarrollo económico regional. Directrices comunitarias sobre ayudas estatales en el sector de los vehículos de motor.	

A continuación, se relacionan las anteriores sentencias con indicación de su pronunciamiento.

<i>Fecha</i>	<i>Asunto</i>	<i>Pronunciamiento</i>
28-01-99	T-230/95	Desestimación del recurso.
28-01-99	T-14/96	Anulación de la Decisión de la Comisión, de 7 de junio de 1995, de archivo del procedimiento iniciado en virtud del apartado 2 del artículo 88 CE (ayudas a favor de Ferries Golfo de Vizcaya, S. A.), notificada al Gobierno español el 11 de julio de 1995 y publicada en el diario Oficial de las Comunidades Europeas.
11-02-99	T-86/96	Inadmisibilidad del recurso.
15-06-99	T-288/97	Aceptación de la excepción de inadmisibilidad propuesta por la Comisión.
17-06-99	T-82/96	Desestimación del recurso.
06-10-99	T-110/97	Desestimación del recurso.
06-10-99	T-123/97	Desestimación del recurso.
15-12-99	T-132/96 T-143/96	Desistimiento de su recurso de las partes demandantes en el asunto T-143/96, por lo que se refiere a la anulación del artículo 2, primer guión, de la Decisión 96/666/CE de la Comisión, de 26 de junio de 1996, relativa a una ayuda concedida por Alemania al grupo Volkswagen y destinada a las plantas de Mosel y Chemnitz. Desestimación del recurso en lo demás.

III. NORMAS RELATIVAS A CONCENTRACIONES

Se relacionan a continuación las sentencias y autos dictados por el TPI durante el año 1999 en aplicación de las normas relativas a concentraciones. Se indica su fecha, el número de asunto, las partes intervinientes, la materia sobre la que versa y, en su caso, la publicación en la *Recopilación*.

<i>Fecha</i>	<i>Asunto</i>	<i>Partes</i>	<i>Materia</i>	<i>Rec.</i>
04-03-99	T-87/96	Assicurazioni Generali SpA y Unicredito SpA c. Comisión europea.	Concentración. Reglamento (CEE) núm. 4064/89. Empresa en participación. Calificación. Carácter definitivo o preparatorio de la Decisión que constata la naturaleza cooperativa de una empresa en participación. Características de una empresa en participación de carácter concentrativo: autonomía funcional y ausencia de coordinación entre las empresas afectadas. Derecho de las empresas afectadas a ser oídas. Motivación.	

<i>Fecha</i>	<i>Asunto</i>	<i>Partes</i>	<i>Materia</i>	<i>Rec.</i>
25-03-99	T-102/96	Gencor Ltd. c. Comisión europea.	Reglamento (CEE) núm. 4064/89. Decisión por la que se declara la incompatibilidad de una operación de concentración con el mercado común. Recurso de anulación. Admisibilidad. Interés para ejercitar la acción. Ámbito territorial de aplicación del Reglamento (CEE) núm. 4064/89. Posición dominante colectiva. Compromisos.	
28-04-99	T-221/95	Endemol entertainment Holding bv c. Comisión europea.	Reglamento (CEE) núm. 4064/89. Decisión por la que se declara una concentración incompatible con el mercado común. Artículo 22 del Reglamento núm. 4064/89. Derecho de defensa. Acceso al expediente. Posición dominante.	
15-12-99	T-22/97	Kesko Oy c. Comisión europea.	Control de las operaciones de concentración. Recurso de anulación. Admisibilidad. Objeto del litigio. Competencia de la Comisión con arreglo al apartado 3 del artículo 22 del Reglamento (CEE) núm. 4064/89. Efecto sobre el comercio entre Estados miembros. Creación de una posición dominante.	

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>
04-03-99	T-87/96	Desestimación del recurso.
25-03-99	T-102/96	Desestimación del recurso.
28-04-99	T-221/95	Desestimación del recurso.
15-12-99	T-22/97	Desestimación del recurso.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS

I. NORMAS DE LA COMPETENCIA APLICABLES A LAS EMPRESAS

Se relacionan a continuación las sentencias dictadas por el TJCE durante el año 1999 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*.

<i>Fecha</i>	<i>Asunto</i>	<i>Partes</i>	<i>Materia</i>	<i>Rec.</i>
21-01-99	C-215/96 C-216/96	Carlo Bagnasco y otros c. Banca popolare di Novara soc. coop. arl y otros.	Artículos 81 y 82. Condiciones bancarias uniformes relativas a la apertura de crédito en cuenta corriente y al afianzamiento general.	I-135
25-02-99	C-59/98	Comisión europea c. Gran Ducado de Luxemburgo.	Incumplimiento. No adaptación del Derecho interno a la Directiva 94/46/CE.	I-1181
04-03-99	C-119/97 P	Union française de léxpress (Ufex) y otros c. Comisión europea.	Recurso de casación. Desestimación de un recurso de anulación. Misión de la Comisión en relación con los artículos 81 y 82. Apreciación del interés comunitario.	I-1341
01-06-99	C-126/97	Eco Swiss China Time Ltd. c Benetton International nv.	Apreciación de oficio por un tribunal arbitral del artículo 81. Facultad del juez nacional de anular los laudos arbitrales.	I-3055
08-07-99	C-49/92 P	Comisión europea c. Anic Partecipazioni SpA.	Recurso de casación. Reglamento interno de la Comisión. Procedimiento de adopción de una decisión por la Junta de Comisarios. Normas de competencia aplicables a las empresas. Conceptos de acuerdo y de práctica concertada. Responsabilidad de una empresa por la totalidad de la infracción. Imputabilidad de la infracción. Multa.	
08-07-99	C-51/92 P	Hercules Chemical NV c. Comisión europea.	Recurso de casación. Procedimiento. Obligación de dictar simultáneamente las sentencias en los asuntos relativos a la misma Decisión. Reglamento interno de la Comisión. Procedimiento de adopción de una decisión por la Junta de Comisarios. Normas de competencia aplicables a las empresas. Derechos de defensa. Acceso al expediente. Multa.	

<i>Fecha</i>	<i>Asunto</i>	<i>Partes</i>	<i>Materia</i>	<i>Rec.</i>
08-07-99	C-199/92 P	Hüls AG c. Comisión europea.	Recurso de casación. Reglamento de procedimiento del Tribunal de Primera Instancia. Reapertura de la fase oral del procedimiento. Reglamento interno de la Comisión. Procedimiento de adopción de una decisión por la Junta de Comisarios. Normas de competencia aplicables a las empresas. Conceptos de acuerdo y de práctica concertada. Principios y normas aplicables en materia de prueba. Presunción de inocencia. Multa.	
08-07-99	C-200/92 P	Imperial Chemical Industries (plc/ici) c. Comisión europea.	Recurso de casación. Reglamento de procedimiento del Tribunal de Primera Instancia. Reapertura de la fase oral del procedimiento. Reglamento interno de la Comisión. Procedimiento de adopción de una decisión por la Junta de Comisarios.	
08-07-99	C-227/92 P	Hoechst AG c. Comisión europea.	Recurso de casación. Reglamento de procedimiento del Tribunal de Primera Instancia. Reapertura de la fase oral del procedimiento. Reglamento interno de la Comisión. Procedimiento de adopción de una decisión por la Junta de Comisarios.	
08-07-99	C-234/92 P	Shell International chemical Company Ltd. c. Comisión europea.	Recurso de casación. Reglamento de procedimiento del Tribunal de Primera Instancia. Reapertura de la fase oral del procedimiento. Reglamento interno de la Comisión. Procedimiento de adopción de una decisión por la Junta de Comisarios.	
08-07-99	C-235/92 P	Montecatini SpA c. Comisión europea.	Recurso de casación. Reglamento de procedimiento del Tribunal de Primera Instancia. Reapertura de la fase oral del procedimiento. Reglamento interno de la Comisión. Procedimiento de adopción de una decisión por la Junta de Comisarios.	
08-07-99	C-245/92 P	Chemie Linz GmbH c. Comisión europea.	Recurso de casación. Reglamento de procedimiento del Tribunal de Primera Instancia. Reapertura de la fase oral del procedimiento. Reglamento interno de la Comisión. Procedimiento de adopción de una decisión por la Junta de Comisarios.	
08-07-99	C-5/93 P	DSM NV c. Comisión europea.	Recurso de casación. Demanda de revisión. Admisibilidad.	
14-09-99	C-22/98	Proceso penal contra Jean Claude Becu y otros.	Legislación nacional que reserva la ejecución de determinadas tareas portuarias a trabajadores portuarios reconocidos. Concepto de empresa. Derechos especiales o exclusivos.	

<i>Fecha</i>	<i>Asunto</i>	<i>Partes</i>	<i>Materia</i>	<i>Rec.</i>
21-09-99	C-67/96	Albany International bv c. Stichting Bedrijfspensioenfonds voor de Handel in Bouwmaterialen.	Afiliación obligatoria a un fondo sectorial de pensiones. Compatibilidad con las normas de la competencia. Calificación de un fondo sectorial de pensiones como empresa.	
21-09-99	C-115/97 C-116/97 C-117/97	Brentjens' Handelsonderneming bv c. Stichting Bedrijfspensioenfonds voor de Handel in Bouwmaterialen.	Afiliación obligatoria a un fondo sectorial de pensiones. Compatibilidad con las normas de la competencia. Calificación de un fondo sectorial de pensiones como empresa.	
21-09-99	C-219/97	Maatschappij Drijvende Bokken bv c. Stichting Bedrijfspensioenfonds voor de Handel in Bouwmaterialen.	Afiliación obligatoria a un fondo sectorial de pensiones. Compatibilidad con las normas de la competencia. Calificación de un fondo sectorial de pensiones como empresa.	

A continuación, se relacionan las anteriores sentencias con indicación de su pronunciamiento.

<i>Fecha</i>	<i>Asunto</i>	<i>Pronunciamiento</i>
21-01-99	C-215/96 C-216/96	<p>Las condiciones bancarias uniformes, por cuanto permiten a los bancos, en los contratos relativos a la apertura de crédito en cuenta corriente, modificar en cualquier momento el tipo de interés según las variaciones producidas en el mercado monetario, y ello, a través de una comunicación expuesta en sus locales o en la forma que consideren más adecuada, no tienen por objeto o por defecto restringir la competencia en el sentido del apartado 1 del artículo 81 del Tratado CE.</p> <p>Las condiciones bancarias uniformes relativas al afianzamiento general que debe garantizar la apertura de un crédito en cuenta corriente y por las que se establecen excepciones al Derecho común en materia de afianzamiento no pueden, en su conjunto, afectar al comercio entre los Estados miembros en el sentido del apartado 1 del artículo 81.</p> <p>No constituye una explotación abusiva de una posición dominante relativa en el sentido del artículo 82 la aplicación de dichas condiciones bancarias uniformes.</p>
25-02-99	C-59/98	El Gran Ducado de Luxemburgo ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva 94/46/CE en relación con los derechos especiales o exclusivos en materia de telecomunicaciones por satélite.
04-03-99	C-119/97 P	Anulación de la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 15 de enero de 1997, SFEI/Comisión europea (T-77/95). Devolución del asunto al Tribunal de Primera Instancia.
01-06-99	C-126/97	<p>Un órgano jurisdiccional nacional al que se ha presentado un recurso de anulación de un laudo arbitral debe estimarlo cuando considere que el laudo es efectivamente contrario al artículo 81 CE, si conforme a las normas procesales internas debe estimar un recurso de anulación basado en el incumplimiento de normas nacionales de orden público.</p> <p>El Derecho comunitario no obliga a un órgano nacional a no aplicar las normas procesales internas, conforme a las cuales un laudo arbitral parcial que tenga carácter de laudo final y que no haya sido objeto de recurso de anulación dentro de plazo, adquiere fuerza de cosa juzgada y no puede ser revocado por un laudo arbitral posterior, aunque ello sea necesario para poder examinar, en el procedimiento de anulación del laudo arbitral posterior, si un contrato que el laudo arbitral parcial ha declarado jurídicamente válido es, sin embargo, nulo desde el punto de vista del artículo 81 CE.</p>

<i>Fecha</i>	<i>Asunto</i>	<i>Pronunciamiento</i>
08-07-99	C-49/92 P	Anulación parcial de la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 17 de diciembre de 1991, Enichem Anic/Comisión (T-6/89). Desestimación del recurso de Anic contra la Decisión 86/398/CEE de la Comisión, de 23 de abril de 1986, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 85 del Tratado CEE (IV/31.149 - Polipropileno), salvo en lo dispuesto en el primer guión del punto 1 del fallo de la mencionada sentencia. Fijación en 662.215.500 LIT el importe de la multa impuesta a Anic en el artículo 3 de la Decisión 86/398/CEE. Desestimación de la adhesión al recurso de casación de Anic.
08-07-99	C-51/92 P	Desestimación del recurso.
08-07-99	C-199/92 P	Desestimación del recurso.
08-07-99	C-200/92 P	Desestimación del recurso.
08-07-99	C-227/92 P	Desestimación del recurso.
08-07-99	C-234/92 P	Desestimación del recurso.
08-07-99	C-235/92 P	Desestimación del recurso.
08-07-99	C-245/92 P	Desestimación del recurso.
08-07-99	C-5/93 P	Desestimación del recurso.
14-09-99	C-22/98	El artículo 86 CE, apartado 1, en relación con los artículos 12, apartado 1, y los artículos 81 y 82 CE, debe interpretarse en el sentido de que no confiere a los particulares el derecho a oponerse a la aplicación de una normativa de un Estado miembro que, para la realización de trabajos portuarios, les obliga a emplear exclusivamente a trabajadores portuarios reconocidos, como los referidos en la Ley belga de 8 de junio de 1972, por la que se organizan las labores portuarias, y a pagar a éstos una retribución que supera ampliamente los salarios de sus propios empleados o los que pagan a otros trabajadores.
21-09-99	C-67/96	Los artículos 3, apartado 1, letra g) CE, 10 CE y 81 CE no se oponen a la decisión de las autoridades públicas de hacer obligatoria, a petición de las organizaciones representativas de los empresarios y de los trabajadores de un determinado sector, la afiliación a un fondo sectorial de pensiones. Un fondo de pensiones encargado de la gestión de un régimen de pensiones complementarias, instaurado mediante un convenio colectivo celebrado entre las organizaciones representativas de los empresarios y de los trabajadores de un sector determinado y que ha sido declarado por las autoridades públicas de afiliación obligatoria para todos los trabajadores de ese sector, es una empresa en el sentido de los artículos 81 y siguientes CE. Los artículos 82 CE y 86 CE no se oponen a que las autoridades públicas confieran a un fondo de pensiones el derecho exclusivo de gestionar un régimen de pensiones complementarias en un sector determinado.
21-09-99	C-115/97 C-116/97 C-117/97	La decisión, adoptada en el marco de un convenio colectivo por las organizaciones representativas de los empresarios y de los trabajadores de un determinado sector, de establecer en dicho sector un único fondo de pensiones encargado de la gestión de un régimen de pensiones complementarias y de solicitar a las autoridades públicas que hagan obligatoria la afiliación a dicho fondo para todos los trabajadores de dicho sector no está incluida en el ámbito de aplicación del artículo 81 CE. Los artículos 3, apartado 1, letra g) CE, 10 CE y 81 CE no se oponen a la decisión de las autoridades públicas de hacer obligatoria, a petición de las organizaciones representativas de los empresarios y de los trabajadores de un determinado sector, la afiliación a un fondo sectorial de pensiones. Un fondo de pensiones encargado de la gestión de un régimen de pensiones complementarias, instaurado mediante un convenio colectivo celebrado entre las organizaciones representativas de los empresarios y de los trabajadores de un sector determinado y que ha sido declarado por las autoridades públicas de afiliación obligatoria para todos los trabajadores de ese sector, es una empresa en el sentido de los artículos 81 y siguientes CE. Los artículos 82 CE y 86 CE no se oponen a que las autoridades públicas confieran a un fondo de pensiones el derecho exclusivo de gestionar un régimen de pensiones complementarias en un sector determinado.

<i>Fecha</i>	<i>Asunto</i>	<i>Pronunciamiento</i>
21-09-99	C-219/97	La decisión, adoptada en el marco de un convenio colectivo por las organizaciones representativas de los empresarios y de los trabajadores de un determinado sector, de establecer en dicho sector un único fondo de pensiones encargado de la gestión de un régimen de pensiones complementarias y de solicitar a las autoridades públicas que hagan obligatoria la afiliación a dicho fondo para todos los trabajadores de dicho sector no está incluida en el ámbito de aplicación del artículo 81 CE. Los artículos 3, apartado 1, letra g) CE, 10 CE y 81 CE no se oponen a la decisión de las autoridades públicas de hacer obligatoria, a petición de las organizaciones representativas de los empresarios y de los trabajadores de un determinado sector, la afiliación a un fondo sectorial de pensiones. Un fondo de pensiones encargado de la gestión de un régimen de pensiones complementarias, instaurado mediante un convenio colectivo celebrado entre las organizaciones representativas de los empresarios y de los trabajadores de un sector determinado y que ha sido declarado por las autoridades públicas de afiliación obligatoria para todos los trabajadores de ese sector, es una empresa en el sentido de los artículos 81 y siguientes CE. Los artículos 82 CE y 86 CE no se oponen a que las autoridades públicas confieran a un fondo de pensiones el derecho exclusivo de gestionar un régimen de pensiones complementarias en un sector determinado.

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*.

<i>Fecha</i>	<i>Asunto</i>	<i>Partes</i>	<i>Materia</i>	<i>Rec.</i>
29-04-99	C-342/96	Reino de España c. Comisión europea.	Aplicación del tipo de interés legal en el marco de convenios de devolución de salarios y del pago de deudas por cuotas de la Seguridad Social.	I-2459
19-05-99	C-6/97	República Italiana c. Comisión europea.	Concepto. Crédito fiscal. Recuperación. Imposibilidad absoluta.	I-2981
17-06-99	C-295/97	Industrie Aeronautiche e Meccaniche Rinaldo Piaggio SpA c. International Factors Italia SpA (Ifitalia), Dornier Luftfahrt GmbH, Ministero della difesa.	Artículo 87. Ayuda nueva. Notificación previa.	I-3735
17-06-99	C-75/97	Reino de Bélgica c. Comisión europea.	Concepto. Reducción incrementada de las cotizaciones de Seguridad Social en determinados sectores industriales. Operación Maribel bis/ter.	I-3671
29-06-99	C-256/97	Déménagements-Manutention Transport, s. a. (DMT).	Artículo 87. Concepto de ayuda de Estado. Facilidades de pago concedidas por un organismo público competente para recaudar las cotizaciones sociales de empresarios y trabajadores.	I-3913

<i>Fecha</i>	<i>Asunto</i>	<i>Partes</i>	<i>Materia</i>	<i>Rec.</i>
05-10-99	C-251/97	República Francesa c. Comisión europea.	Artículo 87. Concepto de ayuda. Reducción de las cargas sociales en contrapartida por los costes resultantes para las empresas de convenios colectivos en materia de reorganización y reducción del tiempo de trabajo.	

En el gráfico siguiente puede observarse el pronunciamiento de cada una de las sentencias dictadas (sin referencia a las costas procesales).

<i>Fecha</i>	<i>Asunto</i>	<i>Pronunciamiento</i>
29-04-99	C-342/96	Anulación de la Decisión 97/21/CECA, CE de la Comisión, de 30 de julio de 1996, relativa a una ayuda estatal concedida a la Compañía Española de Tubos por Extrusión, S. A., en tanto que declara incompatibles con el artículo 87 CE las medidas adoptadas por el Reino de España a favor de la Compañía Española de Tubos por Extrusión, S. A., en la medida en que el tipo de interés del 9 por 100 aplicado a las cantidades adeudadas por esta última al Fondo de Garantía Salarial y a la Tesorería General de la Seguridad Social es inferior a los tipos practicados en el mercado. Desestimación del recurso en todo lo demás.
19-05-99	C-6/97	Desestimación del recurso.
17-06-99	C-295/97	<p>En el marco de un procedimiento promovido con arreglo al artículo 234 CE, el Tribunal de Justicia no es competente para interpretar el Derecho nacional o pronunciarse sobre la compatibilidad de una disposición nacional con el artículo 87 CE. No obstante, un órgano jurisdiccional nacional, cuando conozca de una demanda que tenga por objeto que se extraiga consecuencias de la infracción de la última frase del apartado 3 del artículo 88 CE, puede solicitar aclaraciones a la Comisión o, de conformidad con los párrafos segundo y tercero del artículo 234 CE, puede o debe plantear una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia sobre la interpretación del artículo 87 CE, para determinar si las medidas estatales controvertidas constituyen ayudas de Estado que deberían haber sido notificadas a la Comisión.</p> <p>Debe considerarse que la aplicación a una empresa de un régimen como el establecido por la Ley italiana núm. 95/79, de 3 de abril de 1979, que se aparta del ordinario en materia de quiebra, da lugar a la concesión de una ayuda de Estado, en el sentido del apartado 1 del artículo 87, si se demuestra que dicha empresa: 1) fue autorizada a continuar su actividad económica en circunstancias en las que dicha posibilidad hubiera quedado excluida en el marco de la aplicación del régimen ordinario en materia de quiebra, o 2) 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, a créditos públicos, a las que no habría podido aspirar otra empresa insolvente en el marco de la aplicación del régimen ordinario en materia de quiebra.</p> <p>Cuando se compruebe que un régimen como el establecido por la Ley núm. 95/79 puede por sí mismo, generar la concesión de ayudas de Estado, en el sentido del apartado 1 del artículo 87 CE, dicho régimen no puede ejecutarse si no ha sido notificado a la Comisión, y en caso de notificación, antes de que la Comisión tome una decisión por la que se reconozca la compatibilidad de un proyecto de ayuda con el mercado común, o, si la Comisión no toma ninguna decisión en un plazo de dos meses a partir de la fecha de notificación, antes del transcurso de dicho plazo.</p>

<i>Fecha</i>	<i>Asunto</i>	<i>Pronunciamiento</i>
17-06-99	C-75/97	Desestimación del recurso.
29-06-99	C-256/97	Las facilidades de pago de cotizaciones a la Seguridad Social concedidas discrecionalmente a una empresa por el organismo competente constituyen una ayuda de Estado a efectos del artículo 87, apartado 1, ce si, habida cuenta de la importancia de la ventaja económica concedida de este modo, la empresa no hubiera manifiestamente obtenido facilidades comparables de un acreedor privado que, con respecto a ella, se encontrara en la misma situación que el organismo recaudador.
05-10-99	C-251/97	Desestimación del recurso.

CUARTA PARTE

NOVEDADES NORMATIVAS

LEGISLACION ESPAÑOLA

En España se han dado, durante el año 1989, un total de 10 leyes y 10 decretos que afectan al sector eléctrico. Desde la entrada en vigor de la Ley de Defensa de la Competencia en 1981, se han dado un total de 10 leyes y 10 decretos que afectan al sector eléctrico.

CUARTA PARTE

NOVEDADES NORMATIVAS

En el presente artículo se analizan las novedades normativas que afectan al sector eléctrico durante el año 1989. Se trata de las leyes 14/1989, de 17 de junio, de Defensa de la Competencia; 15/1989, de 17 de junio, de Defensa de la Competencia; 16/1989, de 17 de junio, de Defensa de la Competencia; 17/1989, de 17 de junio, de Defensa de la Competencia; 18/1989, de 17 de junio, de Defensa de la Competencia; 19/1989, de 17 de junio, de Defensa de la Competencia; 20/1989, de 17 de junio, de Defensa de la Competencia; 21/1989, de 17 de junio, de Defensa de la Competencia; 22/1989, de 17 de junio, de Defensa de la Competencia; 23/1989, de 17 de junio, de Defensa de la Competencia.

Las modificaciones que se han dado en el sector eléctrico durante el año 1989, se refieren a la Ley de Defensa de la Competencia, que establece un marco normativo que garantiza la libre competencia en el mercado eléctrico. La Ley de Defensa de la Competencia, que establece un marco normativo que garantiza la libre competencia en el mercado eléctrico, se aplica a todos los sectores económicos, incluido el sector eléctrico. La Ley de Defensa de la Competencia, que establece un marco normativo que garantiza la libre competencia en el mercado eléctrico, se aplica a todos los sectores económicos, incluido el sector eléctrico.

Las modificaciones que se han dado en el sector eléctrico durante el año 1989, se refieren a la Ley de Defensa de la Competencia, que establece un marco normativo que garantiza la libre competencia en el mercado eléctrico.

La Ley de Defensa de la Competencia, que establece un marco normativo que garantiza la libre competencia en el mercado eléctrico, se aplica a todos los sectores económicos, incluido el sector eléctrico. La Ley de Defensa de la Competencia, que establece un marco normativo que garantiza la libre competencia en el mercado eléctrico, se aplica a todos los sectores económicos, incluido el sector eléctrico.

Las modificaciones que se han dado en el sector eléctrico durante el año 1989, se refieren a la Ley de Defensa de la Competencia, que establece un marco normativo que garantiza la libre competencia en el mercado eléctrico. La Ley de Defensa de la Competencia, que establece un marco normativo que garantiza la libre competencia en el mercado eléctrico, se aplica a todos los sectores económicos, incluido el sector eléctrico.

LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

En España las novedades normativas del año 1999 se deben calificar de muy relevantes. Desde la entrada en vigor de la Ley de Defensa de la Competencia en 1989, no se habían producido en el plano normativo cambios tan relevantes como los acontecidos en este ejercicio.

Desde una óptica formal, los cambios tienen dos expresiones distintas. En primer lugar, la promulgación del Real Decreto-Ley 6/1999, de 16 de abril, de medidas urgentes de liberalización e incremento de la competencia. Y, posteriormente, la aprobación de la Ley 52/1999, de 28 de diciembre, de reforma de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia. Desde una perspectiva material, las dos normas deben analizarse conjuntamente y en el marco de la pretensión de incrementar la aplicación de las normas de competencia.

Ambas modificaciones son objeto de análisis en este *Anuario* en distintos estudios, de forma que no es procedente su análisis ahora. Únicamente, cabe señalar que la primera norma implica un cambio de orientación muy significativo en el control de las concentraciones empresariales al disponer su notificación obligatoria cuando se sobrepasan en la operación los umbrales establecidos. La segunda que afecta a numerosos preceptos de la Ley de 1989 pretende, en el marco conceptual y estructural de la anterior Ley, potenciar su aplicación.

Las modificaciones tienen el significado que expresa la Exposición de Motivos de la Ley 52/1999:

«La profundización en el proceso de liberalización de los mercados que afronta la economía española hace necesario potenciar una política de defensa de la competencia, que garantice la efectividad del esfuerzo liberalizador, evitando que el comportamiento de los operadores económicos desvirtúe el adecuado funcionamiento de los mercados y prive a los consumidores de sus ventajas.»

La década de los noventa supone la progresiva ampliación del ámbito material de aplicación de las normas de competencia, como consecuencia de las distintas medidas de liberalización emprendidas. La efectividad de las normas de competencia ha de ser consustancial al proceso de liberalización para asegurar que se consiguen de forma efectiva los objetivos pretendidos.

LEGISLACIÓN COMUNITARIA

El 1 de mayo de 1999 entró en vigor el Tratado de Amsterdam. Este Tratado estipula una nueva numeración de los artículos del Tratado de la Comunidad Europea. Por ello, en este *Anuario* se adopta el nuevo sistema de numeración sin referencia alguna a la antigua numeración. No obstante, facilitamos a continuación las equivalencias:

<i>Nueva numeración (arts.)</i>	<i>Antigua numeración (arts.)</i>
31	37
81	85
82	86
85	89
86	90
87	92
88	93
95	100A
230	173
232	175
234	177
253	190

ACUERDOS ENTRE EMPRESAS

DISPOSICIONES GENERALES

Reglamento (CE) núm. 2790/1999 de la Comisión, de 22 de diciembre, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas

(texto pertinente a efectos del EEE) (*Diario Oficial* núm. L 336, de 29-12-1999, pp. 21-25).

Reglamento (CE) núm. 1215/1999 del Consejo, de 10 de junio, por el que se modifica el Reglamento núm. 19/65/CEE relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos y prácticas concertadas (*Diario Oficial* núm. L 148, de 15-6-1999, pp. 1-4).

Reglamento (CE) núm. 1216/1999 del Consejo, de 10 de junio, por el que se modifica el Reglamento núm. 17, primer Reglamento de aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado (*Diario Oficial* núm. L 148, de 15-6-1999, pp. 5-6).

Libro Blanco de la Comisión de 28 de abril de 1999, sobre la modernización de las normas de aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado [Doc. COM (99) 0101 final, *DOCE* C 132, de 12-5-1999].

POLÍTICAS SECTORIALES

Directiva de la Comisión de 23 de junio de 1999, que modifica por sexta vez la Directiva 90/388/CE relativa a la competencia en los servicios de telecomunicaciones.

Quinto informe sobre la aplicación del conjunto de medidas reguladoras de las telecomunicaciones [Doc COM (99) 537 final...].

Reglamento de la Comisión (CE) núm. 1083/1999, de 26 de mayo, que prorroga parcialmente el Reglamento (CEE) núm. 1617/1993 relativo a una exención por categoría a determinadas categorías de acuerdos restrictivos relativos a la planificación conjunta y coordinación de horarios de las líneas aéreas, la operación conjunta de un servicio aéreo regular en una ruta nueva o de baja densidad, las consultas sobre tarifas de transporte de personas y la asignación de franjas horarias y la fijación de horarios en los aeropuertos (*DOCE* L 131, 27-5-1999, p. 27).

CONTROL DE FUSIONES

Tres proyectos de comunicación interpretativa sobre el tratamiento de las restricciones accesorias, compromisos y asuntos rutinarios en virtud del Reglamento sobre operaciones de concentración (publicados en la *web*).

AYUDAS DE ESTADO

Reglamento (CE) núm. 659/1999 del Consejo, de 22 de marzo, por el que se establecen disposiciones de aplicación del artículo 93 del Tratado CE (*Diario Oficial* núm. L 083, de 27-3-1999, pp. 1-9).

Tres proyectos de reglamento de exención por categorías, de 28 de julio, relativos a las ayudas estatales a pequeñas y medianas empresas, las ayudas a la formación y la norma *de minimis*.

Comunicación de la Comisión relativa a la aplicación de los artículos 87 y 88 del Tratado CE a las ayudas estatales otorgadas en forma de garantía (DOCE C 71, de 11-3-2000).

Proyecto de modificación de la Directiva 80/723/CEE relativa a la transparencia financiera entre las empresas públicas y los Estados miembros (DOCE C 377, de 29 de diciembre de 1999).

Directrices revisadas de la Comisión sobre ayudas estatales de salvamento y de reestructuración de empresas en crisis (DOCE C 288, de 9-10-1999).

Decisión de la Comisión por la que se prorroga la validez de las Directrices comunitarias sobre ayudas estatales a favor del medio ambiente hasta el 30 de junio del 2000 (DOCE C 14, de 19-1-2000).

Comunicación sobre los tipos de referencia y de actualización (DOCE C 241, de 26-8-1999).

RELACIONES INTERNACIONALES

Acuerdo de 17 de junio de 1999 entre las Comunidades Europeas y el Gobierno de Canadá relativo a la aplicación de sus normas de competencia, Declaración de la Comisión, Canje de Notas (*Diario Oficial* núm. L 175, de 10-7-1999, pp. 50-60). Modificaciones posteriores: adoptado por 399D0445 (DO L 175, 10-7-99, p. 49).

PROYECTO DE LEY DE REFORMA
DE LA LEY NÚMERO 110 DE JUNIO
DE 1967 SOBRE LA DOCUMENTACIÓN

QUINTA PARTE

DOCUMENTACIÓN

ARTÍCULO 1.º

ARTÍCULO 2.º

ARTÍCULO 3.º

ARTÍCULO 4.º

ARTÍCULO 5.º

ARTÍCULO 6.º

ARTÍCULO 7.º

ARTÍCULO 8.º

ARTÍCULO 9.º

ARTÍCULO 10.º

ARTÍCULO 11.º

ARTÍCULO 12.º

ARTÍCULO 13.º

ARTÍCULO 14.º

ARTÍCULO 15.º

ARTÍCULO 16.º

ARTÍCULO 17.º

ARTÍCULO 18.º

ARTÍCULO 19.º

ARTÍCULO 20.º

ARTÍCULO 21.º

ARTÍCULO 22.º

ARTÍCULO 23.º

ARTÍCULO 24.º

ARTÍCULO 25.º

ARTÍCULO 26.º

ARTÍCULO 27.º

ARTÍCULO 28.º

ARTÍCULO 29.º

ARTÍCULO 30.º

ARTÍCULO 31.º

ARTÍCULO 32.º

ARTÍCULO 33.º

ARTÍCULO 34.º

ARTÍCULO 35.º

ARTÍCULO 36.º

ARTÍCULO 37.º

ARTÍCULO 38.º

ARTÍCULO 39.º

ARTÍCULO 40.º

ARTÍCULO 41.º

ARTÍCULO 42.º

ARTÍCULO 43.º

ARTÍCULO 44.º

ARTÍCULO 45.º

ARTÍCULO 46.º

ARTÍCULO 47.º

ARTÍCULO 48.º

ARTÍCULO 49.º

ARTÍCULO 50.º

ARTÍCULO 51.º

ARTÍCULO 52.º

ARTÍCULO 53.º

ARTÍCULO 54.º

ARTÍCULO 55.º

ARTÍCULO 56.º

ARTÍCULO 57.º

ARTÍCULO 58.º

ARTÍCULO 59.º

ARTÍCULO 60.º

ARTÍCULO 61.º

ARTÍCULO 62.º

ARTÍCULO 63.º

ARTÍCULO 64.º

ARTÍCULO 65.º

ARTÍCULO 66.º

ARTÍCULO 67.º

ARTÍCULO 68.º

ARTÍCULO 69.º

ARTÍCULO 70.º

ARTÍCULO 71.º

ARTÍCULO 72.º

ARTÍCULO 73.º

ARTÍCULO 74.º

ARTÍCULO 75.º

ARTÍCULO 76.º

ARTÍCULO 77.º

ARTÍCULO 78.º

ARTÍCULO 79.º

ARTÍCULO 80.º

ARTÍCULO 81.º

ARTÍCULO 82.º

ARTÍCULO 83.º

ARTÍCULO 84.º

ARTÍCULO 85.º

ARTÍCULO 86.º

ARTÍCULO 87.º

ARTÍCULO 88.º

ARTÍCULO 89.º

ARTÍCULO 90.º

ARTÍCULO 91.º

ARTÍCULO 92.º

ARTÍCULO 93.º

ARTÍCULO 94.º

ARTÍCULO 95.º

ARTÍCULO 96.º

ARTÍCULO 97.º

ARTÍCULO 98.º

ARTÍCULO 99.º

ARTÍCULO 100.º

ARTÍCULO 101.º

ARTÍCULO 102.º

ARTÍCULO 103.º

ARTÍCULO 104.º

ARTÍCULO 105.º

ARTÍCULO 106.º

ARTÍCULO 107.º

ARTÍCULO 108.º

ARTÍCULO 109.º

ARTÍCULO 110.º

ARTÍCULO 111.º

ARTÍCULO 112.º

ARTÍCULO 113.º

ARTÍCULO 114.º

ARTÍCULO 115.º

ARTÍCULO 116.º

ARTÍCULO 117.º

ARTÍCULO 118.º

ARTÍCULO 119.º

ARTÍCULO 120.º

ARTÍCULO 121.º

ARTÍCULO 122.º

ARTÍCULO 123.º

ARTÍCULO 124.º

ARTÍCULO 125.º

ARTÍCULO 126.º

ARTÍCULO 127.º

ARTÍCULO 128.º

ARTÍCULO 129.º

ARTÍCULO 130.º

ARTÍCULO 131.º

ARTÍCULO 132.º

ARTÍCULO 133.º

ARTÍCULO 134.º

ARTÍCULO 135.º

ARTÍCULO 136.º

ARTÍCULO 137.º

ARTÍCULO 138.º

ARTÍCULO 139.º

ARTÍCULO 140.º

ARTÍCULO 141.º

ARTÍCULO 142.º

ARTÍCULO 143.º

ARTÍCULO 144.º

ARTÍCULO 145.º

ARTÍCULO 146.º

ARTÍCULO 147.º

ARTÍCULO 148.º

ARTÍCULO 149.º

ARTÍCULO 150.º

ARTÍCULO 151.º

ARTÍCULO 152.º

ARTÍCULO 153.º

ARTÍCULO 154.º

ARTÍCULO 155.º

ARTÍCULO 156.º

ARTÍCULO 157.º

ARTÍCULO 158.º

ARTÍCULO 159.º

ARTÍCULO 160.º

ARTÍCULO 161.º

ARTÍCULO 162.º

ARTÍCULO 163.º

ARTÍCULO 164.º

ARTÍCULO 165.º

ARTÍCULO 166.º

ARTÍCULO 167.º

ARTÍCULO 168.º

ARTÍCULO 169.º

ARTÍCULO 170.º

ARTÍCULO 171.º

ARTÍCULO 172.º

ARTÍCULO 173.º

ARTÍCULO 174.º

ARTÍCULO 175.º

ARTÍCULO 176.º

ARTÍCULO 177.º

ARTÍCULO 178.º

ARTÍCULO 179.º

ARTÍCULO 180.º

ARTÍCULO 181.º

ARTÍCULO 182.º

ARTÍCULO 183.º

ARTÍCULO 184.º

ARTÍCULO 185.º

ARTÍCULO 186.º

ARTÍCULO 187.º

ARTÍCULO 188.º

ARTÍCULO 189.º

ARTÍCULO 190.º

ARTÍCULO 191.º

ARTÍCULO 192.º

ARTÍCULO 193.º

ARTÍCULO 194.º

ARTÍCULO 195.º

ARTÍCULO 196.º

ARTÍCULO 197.º

ARTÍCULO 198.º

ARTÍCULO 199.º

ARTÍCULO 200.º

PROYECTO DE LEY DE REFORMA DE LA LEY 16/1989, DE 17 DE JULIO, DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

PROYECTO DE LEY ¹

La Mesa de la Cámara, en su reunión del día de hoy, ha adoptado el acuerdo que se indica respecto al asunto de referencia.

(121) Proyecto de Ley.
121/000175.

AUTOR: Gobierno.

Proyecto de Ley de Reforma de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia.

Acuerdo:

Encomendar su aprobación con competencia legislativa plena, conforme al artículo 148 del Reglamento, a la Comisión de Economía, Comercio y Hacienda. Asimismo, publicar en el *BOLETÍN OFICIAL DE LAS CORTES GENERALES*, estableciendo plazo de enmiendas, por un período de quince días hábiles, que finaliza el día 15 de septiembre de 1999.

En ejecución de dicho acuerdo se ordena la publicación de conformidad con el artículo 97 del Reglamento de la Cámara.

Palacio del Congreso de los Diputados, 22 de junio de 1999.—El Presidente del Congreso de los Diputados, **Federico Trillo-Figueroa Martínez-Conde**.

PROYECTO DE LEY DE REFORMA DE LA LEY 16/1989, DE 17 DE JULIO, DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

La orientación de la política económica española descansa sobre el convencimiento de que el crecimiento estable y no inflacionario de la economía y, consecuentemente, la creación de empleo, requieren otorgar un papel preponderante al buen funcionamiento de los mercados. Junto a ello, la integración de la economía española en el contexto comunitario y, en concreto, en la Unión Económica y Monetaria condiciona el margen de actuación del Gobierno sobre el diseño de la política macroeconómica, fundamentalmente sobre la política monetaria. En este contexto, cobran especial relevancia las políticas de corte microeconómico y, en especial, la política de defensa de la competencia.

La Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia nació con el objetivo de dotar a los poderes públicos de un instrumento eficaz para garantizar la existencia de una competencia suficiente y protegerla frente a todo ataque contrario al interés público, inspirándose en las normas comunitarias de política de competencia.

La profundización en el proceso de liberalización de los mercados que afronta la economía española hace necesario potenciar una política de defensa de la

¹ *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, VI Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, 28 de junio de 1999, núm. 175-1.

competencia, que garantice la efectividad del esfuerzo liberalizador, evitando que el comportamiento de los operadores económicos desvirtúe el adecuado funcionamiento de los mercados y prive a los consumidores de sus ventajas.

Con este fin, en el Plan de Liberalización aprobado por el Consejo de Ministros el 21 de febrero de 1997, se fijó como uno de los objetivos prioritarios del Gobierno la reforma del sistema de defensa de la competencia, objetivo al que responde la presente Ley, que culmina el proceso de reforma iniciado con el Real Decreto-Ley 6/1999, de 16 de abril, de Medidas Urgentes de Liberalización de Incremento de la Competencia, en materia de control de concentraciones.

La presente Ley parte de la premisa de que la política de defensa de la competencia tiene básica y esencialmente un carácter horizontal, coherente con la competencia exclusiva del Estado en la materia al amparo de lo dispuesto en los artículos 149.1.6 y 149.1.13 de la Constitución, lo que aconseja centralizar la tarea de la aplicación de la Ley 16/1989, modificada por la presente, en órganos de ese mismo carácter con el fin de asegurar su coherencia, huyendo de su compartimentación sectorial.

La Ley busca asimismo dotar de recursos a los órganos encargados de la Defensa de la Competencia, ya que en órganos de estas características la escasez de medios conduce a la imposibilidad práctica de cumplir sus fines. Sin embargo, en un contexto como el actual de austeridad presupuestaria se pretende que la mayor dotación de medios no sea sufragada enteramente por el conjunto de los ciudadanos, para lo cual se establece una tasa por el análisis de las operaciones de concentración económica.

La actual reforma no altera, en lo esencial, la tipificación de los acuerdos y prácticas restrictivas de la competencia, manteniéndose los tipos ya establecidos en la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia. No obstante, la aprobación con posterioridad a la Ley 16/1989 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Compe-

tencia Desleal aconseja establecer claramente que la actuación de los órganos de competencia en relación con el artículo siete de la Ley 16/1989 debe limitarse a aquellos actos desleales que distorsionen gravemente las condiciones de competencia en el mercado con grave afectación del interés público, dejando a los tribunales ordinarios el conocimiento y enjuiciamiento de conductas desleales de otro tipo.

Se establece también la competencia del Tribunal de Defensa de la Competencia para establecer la cuantía de las indemnizaciones que los autores de las conductas prohibidas deban satisfacer a los perjudicados para reparar los daños y perjuicios que, como consecuencia de aquéllas, les fuesen irrogados. Todo ello sin perjuicio de la garantía del control judicial posterior a cargo del orden contencioso-administrativo. Esta posibilidad, ya prevista, con carácter general, 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 pretende reducir los plazos en que los perjudicados por conductas contrarias a la libre competencia pueden obtener una reparación efectiva por los daños sufridos.

Con el fin de beneficiar a los operadores económicos de un procedimiento más ágil, se prevé la posibilidad de que se autoricen aquellas operaciones que no pongan en peligro las condiciones de competencia en el mercado, sometidas a compromisos de las partes. Ello supone introducir en los procedimientos de defensa de la competencia la posibilidad de terminación convencional prevista con carácter general en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

En materia de ayudas públicas, la experiencia ha demostrado que el actual artículo diecinueve de la Ley establece un instrumento poco efectivo de control de aquellas que distorsionan o puedan distorsionar la competencia. Ello aconseja completar la iniciativa del Ministro de Economía y Hacienda para que el Tri-

bunal estudie casos de ayudas, con la posibilidad de que dicho estudio se inicie también de oficio.

En cuanto al procedimiento sancionador, se introducen reformas concretas, tendentes a lograr una mayor eficacia de los órganos de defensa de la competencia. A tal fin, se limitan las posibilidades de recurso contra cuestiones incidentales, sin que ello implique un perjuicio de los derechos de las partes, toda vez que su derecho de defensa podrá desenvolverse con total plenitud en la fase del procedimiento que se desarrolle ante el Tribunal. La experiencia ha enseñado que la proliferación de recursos sobre cuestiones incidentales y, a menudo, poco fundadas, obstaculiza enormemente el procedimiento en detrimento del interés de los propios administrados.

Se establece el carácter especial del procedimiento de aplicación de la normativa de defensa de la competencia y, en concreto, del procedimiento sancionador previsto en la misma. Las normas sobre procedimiento administrativo contenidas en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, sólo serán de aplicación con carácter supletorio.

Además, se establecen, consecuentemente con la reforma prevista y lo recogido en otras leyes, las funciones de los órganos de competencia, delimitándolas con mayor precisión respecto de las encomendadas a otros órganos e instituciones administrativas, de competencia sectorial.

Por último, se mantiene el estatuto jurídico del Tribunal de Defensa de la Competencia, con la única novedad de posibilitar la modificación reglamentaria del número de vocales actuales (ocho).

Artículo primero. Modificación del apartado 3 del artículo uno.

Artículo uno. Conductas prohibidas.

... 3. Los órganos de Defensa de la Competencia podrán decidir no iniciar o sobreseer los procedimientos previstos en esta Ley respecto de conductas que, por su escasa importancia, no sean capaces de afectar de manera significativa a la competencia.

Artículo segundo. Modificación del artículo dos.

Artículo dos. Conductas autorizadas por Ley.

1. Sin perjuicio de la eventual aplicación de las disposiciones comunitarias en materia de defensa de la competencia, las prohibiciones del artículo 1 no se aplicarán a los acuerdos, decisiones, recomendaciones y prácticas que resulten de la aplicación de una ley.

Por el contrario, serán de aplicación a las situaciones de restricción de competencia que se deriven del ejercicio de otras potestades administrativas o sean causadas por la actuación de los poderes públicos o las empresas públicas sin dicho amparo legal.

2. El Tribunal de Defensa de la Competencia podrá formular propuesta motivada al Gobierno, a través del Ministro de Economía y Hacienda, de modificación o supresión de las situaciones de restricción de la competencia establecidas de acuerdo con las normas legales.

Artículo tercero. Modificación del apartado 2 del artículo tres.

Artículo tres. Supuestos de autorización.

...2. Asimismo, se podrán autorizar, siempre 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 y promover las exportaciones, siempre que no alteren la competencia en el mercado interno y sean compatibles con las obligaciones que resulten de los Convenios Internacionales ratificados por España, o

b) Produzcan una elevación suficientemente importante del nivel social y económico de zonas o sectores deprimidos, o

c) Atendiendo a su escasa importancia, no sean capaces de afectar de manera significativa a la competencia.

Artículo cuarto. Modificación del artículo siete.

Artículo siete. Falseamiento de la libre competencia por actos desleales.

1. El Tribunal de Defensa de la Competencia conocerá, en los términos que la presente Ley establece para las conductas prohibidas, de los actos de competencia desleal siempre y cuando concurren las siguientes circunstancias:

- a) Que ese acto de competencia desleal distorsione gravemente las condiciones de competencia en el mercado.
- b) Que esa grave distorsión afecte al interés público.

2. Cuando, a juicio del Servicio de Defensa de la Competencia, no concurren dichas circunstancias, procederá al archivo de las actuaciones.

Artículo quinto. Adición de nuevos apartados 5 y 6 al artículo diez.

Artículo diez. Multas sancionadoras.

... 5. No se impondrán multas por infracción del artículo 1 si se hubiera presentado, con anterioridad a la iniciación de una información reservada previa a la incoación de expediente sancionador, notificación A/B ante los servicios de la Comisión Europea en aplicación del Reglamento del Consejo de la CEE núm. 17/62, de 6 de febrero.

6. Con independencia de lo dispuesto en los apartados anteriores de este artículo, si el Tribunal de Defensa de la Competencia apreciara mala fe o grave temeridad en la actuación de alguna de las partes ante los órganos de defensa de la competencia, podrá imponerle una multa no superior a 5.000.000 de pesetas ó 30.050,61 euros.

Artículo sexto. Modificación del artículo once de la Ley.

Artículo once. Multas coercitivas.

El Tribunal de Defensa de la Competencia, independientemente de las multas sancionadoras, podrá imponer a las empresas, asociaciones, uniones o agrupaciones de éstas, y agentes económicos en general, multas coercitivas de 10.000

a 500.000 pesetas ó 60,10 a 3.005,06 euros al día con el fin de obligarlas:

- a) A la cesación de una acción que haya sido declarada prohibida conforme a lo dispuesto en la Ley.
- b) A la remoción de los efectos distorsionadores de las condiciones de competencia provocados por una infracción.
- c) Al cumplimiento de los compromisos adoptados por dichos sujetos en el marco de un acuerdo de terminación convencional del procedimiento.
- d) Al cumplimiento de lo establecido en el artículo 46.5 de esta Ley.

Artículo séptimo. Modificación del artículo doce.

Artículo doce. Prescripción de las infracciones y de las sanciones.

1. Prescribirán:

- a) A los cuatro años, las infracciones previstas en este texto legal. El término de la prescripción comenzará a correr desde el día en que se hubiera cometido la infracción.
- b) A los cuatro años, las sanciones.

2. La prescripción se interrumpe por cualquier acto del Tribunal o del Servicio de Defensa de la Competencia, con conocimiento formal del interesado, tendente a la investigación, instrucción o persecución de la infracción.

3. La prescripción también se interrumpe por los actos realizados por los interesados al objeto de asegurar, cumplimentar o ejecutar los acuerdos sancionadores.

Artículo octavo. Adición de un nuevo apartado 3 al artículo trece.

3. El Tribunal de Defensa de la Competencia podrá, cuando le sea requerido por órgano judicial competente, emitir un informe sobre la procedencia y cuantía de las indemnizaciones que autores de las conductas previstas en los artículos primero, sexto y séptimo de la presente Ley deban satisfacer a los denunciantes y terceros que hubiesen resultado perjudicados como consecuencia de aquéllas.

Artículo noveno. Modificación del artículo diecinueve.

Artículo diecinueve. *Ayudas públicas.*

1. Lo establecido en este artículo se entenderá sin perjuicio de los artículos 87 a 89 del Tratado de la Comunidad Europea, de la letra c) del artículo 4 del Tratado de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero y del Reglamento (CE) núm. 659/1999 del Consejo, de 22 de marzo de 1999.

2. A los efectos de esta Ley se entienden por ayuda pública las aportaciones de recursos a operadores económicos y empresas públicas o privadas, así como a producciones, con cargo a fondos públicos o cualquier otra ventaja concedida por los poderes o entidades públicas que suponga una reducción de las cargas a las que deberían hacer frente los operadores económicos y las empresas en condiciones de mercado o que no lleven implícita una contraprestación en condiciones de mercado. También se considerarán ayudas cualesquiera otras medidas de efecto equivalente al de las anteriores que distorsionen la libre competencia.

3. El Tribunal de Defensa de la Competencia de oficio, o a instancia del Ministro de Economía y Hacienda, analizará los criterios de concesión de las ayudas públicas, en relación con sus efectos sobre las condiciones de competencia con el fin de emitir un informe que elevará al Consejo de Ministros. Dicho informe será público. El Consejo de Ministros, a la vista del contenido del informe del Tribunal de Defensa de la Competencia, decidirá, según los casos, proponer a los poderes públicos la supresión o la modificación de los citados criterios, así como, en su caso, las demás medidas conducentes al mantenimiento o al restablecimiento de la competencia. Todo ello sin perjuicio de las competencias que en esta materia corresponden a la Comisión Europea.

Artículo décimo. Modificación del artículo veintiuno.

Artículo veintiuno. *Composición.*

1. El Tribunal de Defensa de la Competencia está integrado por ocho vocales

y un Presidente nombrados por el Gobierno a propuesta del Ministro de Economía y Hacienda, entre juristas, economistas y otros profesionales de reconocido prestigio.

El Gobierno, mediante Real Decreto, podrá modificar el número de vocales del Tribunal de Defensa de la Competencia. En la misma disposición podrá determinarse el quórum de constitución del Tribunal previsto en el artículo 24 de esta Ley.

2. El nombramiento del Presidente y los Vocales será por cinco años renovables por una sola vez. Cada dos años y medio se renovará la mitad de los miembros del Tribunal.

3. Los Vocales del Tribunal tendrán la consideración de altos cargos. Cuando el nombramiento recaiga en personas al servicio de las Administraciones Públicas en activo, éstas pasarán a la situación de servicios especiales o equivalente.

4. El Tribunal elegirá, entre los Vocales, un Vicepresidente. En caso de empate será elegido el Vocal de mayor antigüedad en el cargo y, a igualdad de antigüedad, el de mayor edad. El Vicepresidente sustituirá al Presidente en casos de vacante, ausencia o enfermedad.

5. En tanto no se produzca el nombramiento de Vicepresidente, y en casos de ausencia del Presidente y el Vicepresidente ejercerá la Presidencia el vocal de mayor antigüedad y, a igualdad de antigüedad, el de mayor edad.

6. El Tribunal estará asistido por un Secretario.

Artículo undécimo. Modificación del artículo veinticuatro.

Artículo veinticuatro. *Funcionamiento del Tribunal.*

1. El Tribunal de Defensa de la Competencia se entiende válidamente constituido con la asistencia del Presidente o Vicepresidente y cinco Vocales.

2. Los acuerdos se adoptarán por mayoría absoluta de votos de los asistentes. En caso de empate decidirá el voto de quien presida.

3. El Tribunal podrá aprobar elaborar un reglamento de régimen interior en el que regule su organización y funcio-

namiento interno. Dicho reglamento interno se publicará en el *Boletín Oficial del Estado*.

Artículo duodécimo. Modificación del artículo veinticinco.

Artículo veinticinco. *Competencia.*

Compete al Tribunal de Defensa de la Competencia:

a) Resolver y dictaminar los asuntos que tiene atribuidos por esta Ley.

b) Autorizar los acuerdos, decisiones, recomendaciones y prácticas a que se refiere el artículo 1, en los supuestos y con los requisitos previstos en el artículo 3.

c) Aplicar en España los artículos 85.1 y 86 del Tratado de la Comunidad Europea y de su Derecho derivado.

d) Informar sobre las operaciones de concentración económica de dimensión comunitaria que sean remitidos por la Comisión Europea en aplicación de las normas comunitarias de control de concentraciones por la Comisión.

e) Dictaminar los proyectos de apertura de grandes establecimientos comerciales, según establece la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista.

f) Interesar la instrucción de expedientes por el Servicio de Defensa de la Competencia.

g) Realizar las funciones de arbitraje, tanto de derecho como de equidad, que le encomienden las leyes, y en particular las establecidas en el artículo 7 de la Ley 21/1997, de 3 de julio, Reguladora de las emisiones y retransmisiones de competiciones y acontecimientos deportivos.

h) Elaborar el informe que, en cuanto a las eventuales indemnizaciones de daños y perjuicios, prevé el artículo 13 de la presente Ley.

i) Elaborar el informe que, en materia de ayudas públicas, prevé el artículo 19 de esta Ley.

Artículo decimotercero. Modificación del artículo veintiséis.

Artículo veintiséis. *Funciones consultivas.*

1. El Tribunal de Defensa de la Competencia podrá ser consultado en materia

de competencia por las Cámaras Legislativas, el Gobierno, los distintos Departamentos Ministeriales, las Comunidades Autónomas, las Corporaciones Locales, y las Organizaciones empresariales, sindicales o de consumidores y usuarios.

2. El Tribunal promoverá y realizará estudios y trabajos de investigación en materia de competencia.

3. El Tribunal informará los proyectos o proposiciones de Ley por los que se modifique o derogue, total o parcialmente, el presente texto legal, así como los proyectos de normas reglamentarias que lo desarrollen.

Artículo decimocuarto. Modificación del artículo veintisiete.

Artículo veintisiete. *Competencias del Pleno.*

Corresponde al Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia:

a) Elaborar su reglamento de régimen interior, en el cual se establecerá su funcionamiento administrativo y la organización de sus servicios.

b) Elegir de entre sus miembros al Vicepresidente.

c) Resolver sobre las recusaciones, incompatibilidades y correcciones disciplinarias y apreciar la incapacidad y el incumplimiento grave de sus funciones por el Presidente, Vicepresidente y Vocales.

d) Nombrar y cesar al Secretario.

e) Proponer o, en su caso, informar el proyecto de relación de puestos de trabajo del personal al servicio del Tribunal.

f) Preparar el anteproyecto de presupuesto general de gastos del Tribunal.

g) Elaborar una Memoria anual.

h) Mantener relaciones con otros organismos análogos.

Artículo decimoquinto. Modificación del artículo veintiocho.

Artículo veintiocho. *Funciones del Presidente.*

1. Son funciones del Presidente del Tribunal de Defensa de la Competencia:

a) Convocar el Pleno por propia iniciativa o a petición de, al menos, tres de los Vocales, y presidirlo.

b) Establecer el criterio de distribución de asuntos entre Salas y Secciones.

c) Mantener el buen orden y gobierno del Tribunal.

d) Dar cuenta de las vacantes que se produzcan en el Tribunal.

e) Resolver las cuestiones no asignadas al Pleno del Tribunal.

f) Representarlo en las relaciones con otros Organos públicos.

g) Ejercer funciones de jefatura en relación al personal del Tribunal.

h) Ordenar los gastos del Tribunal.

2. El Presidente podrá delegar en el Vicepresidente aquellas facultades que considere convenientes.

Artículo decimosexto. Modificación del artículo treinta y uno.

Artículo treinta y uno. *Funciones del Servicio de Defensa de la Competencia.*

Son funciones del Servicio de Defensa de la Competencia:

a) Instruir los expedientes por conductas incluidas en esta Ley.

b) Vigilar la ejecución y cumplimiento de las resoluciones que se adopten en aplicación de esta Ley, y, en su caso, declarar la prescripción de la acción para exigir el cumplimiento de las sanciones previstas en el artículo doce de esta Ley.

c) Llevar el Registro de Defensa de la Competencia.

d) Las de estudio e investigación de los sectores económicos, analizando la situación y grado de competencia de cada uno de ellos, así como la de posible existencia de prácticas restrictivas de la competencia. Como consecuencia de los estudios e investigaciones efectuadas podrá proponer la adopción de medidas conducentes a la remoción de los obstáculos en que se ampare la restricción.

e) Las de información, asesoramiento y propuesta en materia de acuerdos y prácticas restrictivas, concentración y asociación de Empresas, grado de competencia en el mercado interior y exterior en relación con el mercado nacional, y sobre las demás cuestiones relativas a la defensa de la competencia.

f) Las de cooperación, en materia de competencia, con Organismos extranjeros e Instituciones Internacionales.

g) Llevar a cabo las funciones de colaboración entre la Administración Española y la Comisión Europea en la aplicación en España de las reglas comunitarias de la competencia. Estas funciones se realizarán en coordinación con los Departamentos sectoriales competentes de la Administración Pública.

h) Ejercitar las competencias que le atribuyen los artículos 15 al 18 de esta Ley en materia de control de concentraciones.

i) Promover y acordar la terminación convencional de los procedimientos tramitados como consecuencia de conductas prohibidas en esta Ley.

j) Informar los anteproyectos de normas que afecten a la competencia.

k) Dirigir informes y/o recomendaciones sobre materias de defensa de la competencia a cualquiera de los Departamentos Ministeriales, Comunidades Autónomas, Corporaciones Locales y organizaciones empresariales, sindicales o de consumidores y usuarios.

l) Estudiar y someter al Gobierno las oportunas propuestas de modificación de la Ley de Defensa de la Competencia, conforme a los dictados de la experiencia en la aplicación del Derecho nacional y comunitario.

Artículo decimoséptimo. Adición de un nuevo artículo treinta y uno bis.

Artículo treinta y uno bis. *Funciones del Director del Servicio de Defensa de la Competencia.*

1. Corresponde al Director del Servicio de Defensa de la Competencia:

a) Proponer al Ministro de Economía y Hacienda, para su elevación, en su caso, al Consejo de Ministros, las directrices de política de defensa de la competencia en el marco de la política económica de aquél.

b) Proponer al Gobierno, la adopción de reglamentos de exención previstos en el artículo quinto de esta Ley respecto de las categorías de acuerdos, decisiones, recomendaciones y prácticas a que se refieren los artículos 3.1 y 3.2 de esta Ley.

c) Aprobar un programa anual de evaluación de las consecuencias de la

aplicación de las reglas de competencia que permita orientar la dedicación de medios, la evolución de la doctrina y los remedios adoptados

d) Representar al Servicio de Defensa de la Competencia.

e) Dar publicidad en el *Boletín Oficial del Estado* a los reglamentos de exención del artículo 5 de esta Ley.

f) Decidir sobre la conveniencia de instar la aplicación de lo previsto en el apartado 3 del artículo 22 del Reglamento Comunitario de Control de Concentraciones.

g) Ejercitar las competencias que le atribuyen los artículos 15 y 18 de esta Ley.

2. El Director del Servicio de Defensa de la Competencia ostenta la jefatura del mismo, pudiendo ejercer todas las competencias que la presente Ley atribuye al Servicio.

Artículo decimooctavo. Modificación del artículo treinta y dos.

Artículo treinta y dos. *Deberes de colaboración e información.*

1. Toda persona natural o jurídica queda sujeta al deber de colaboración con el Servicio de Defensa de la Competencia, y está obligada a proporcionar a requerimiento de éste, y en un plazo de diez días, toda clase de datos e informaciones necesarias para la aplicación de esta Ley.

El plazo de diez días a que se refiere el apartado anterior podrá ampliarse por el Servicio de Defensa de la Competencia, de oficio o a instancia de la persona requerida, cuando la dificultad de obtención de datos o informaciones así lo justifique.

2. El incumplimiento de la obligación establecida en el número anterior será sancionado por el Director del Servicio con multas coercitivas de 60,10 a 3.005,06 euros por cada día de retraso en el cumplimiento del deber de aportación en plazo de datos e informaciones a que se refiere el apartado anterior.

3. La cesión de datos o antecedentes de naturaleza tributaria se regirá por lo dispuesto en el artículo 113 de la Ley General Tributaria.

Artículo decimonoveno. Modificación del apartado 2 del artículo treinta y tres.

Artículo treinta y tres. *Funciones de investigación e inspección.*

... 2. Los funcionarios, en el curso de las inspecciones, podrán examinar, obtener copias o realizar extractos de los libros, documentos, incluso de carácter contable y, si procediera, retenerlos por un plazo máximo de diez días. En el curso de las inspecciones, los funcionarios podrán, asimismo, solicitar explicaciones verbales *in situ*.

Artículo vigésimo. Modificación del artículo treinta y cuatro.

Artículo treinta y cuatro. *Investigación domiciliaria.*

1. El acceso a los locales podrá realizarse con el consentimiento de sus ocupantes o mediante mandamiento judicial.

2. Si hubiera existido consentimiento de los ocupantes, el funcionario habilitado mostrará el oficio y entregará copia en que conste su designación por el Director del Servicio de Defensa de la Competencia, los sujetos investigados, los datos, documentos y operaciones que habrán de ser objeto de la inspección, la fecha en que la actuación deba practicarse y el alcance de la investigación.

3. Cuando haya existido oposición al acceso a los locales o se corra el riesgo de tal oposición, el Director del Servicio solicitará autorización de entrada en el domicilio al Juzgado de lo Contencioso-Administrativo, y en el oficio se harán constar los datos previstos en el número anterior, así como los necesarios para la adecuada identificación de los locales en que se pretende la entrada.

El Juzgado competente resolverá en el plazo máximo de cuarenta y ocho horas.

4. De todas las entradas en locales y de la inspección se levantará un acta firmada por el funcionario autorizado y por uno de sus ocupantes, a la que se adjuntará, en su caso, la relación de documentos retenidos temporalmente.

5. El funcionario expedirá una copia del acta a nombre de la persona que haya autorizado la entrada en el local. Si la entrada e inspección se hubieran reali-

zado en virtud de autorización judicial, el original del acta y los documentos retenidos, en su caso, se entregarán al Juzgado correspondiente, cuyo secretario diligenciará una copia a nombre del funcionario que ha llevado a cabo la inspección y otra a nombre del ocupante ante el cual se ha realizado la investigación. También se entregará, en su caso, al funcionario la documentación retenida.

6. Los datos e informaciones obtenidos sólo podrán ser utilizados para las finalidades previstas en esta Ley.

Artículo vigésimo primero. Modificación del artículo treinta y seis.

Artículo treinta y seis. Iniciación del procedimiento.

1. El procedimiento se inicia por el Servicio de Defensa de la Competencia de oficio o a instancia de parte interesada.

La denuncia de las conductas prohibidas por esta Ley es pública; cualquier persona, interesada o no, puede formularla ante el Servicio, que iniciará expediente cuando se observen indicios racionales de su existencia.

2. La denuncia se presentará en la forma y con el contenido que reglamentariamente se determine que, como mínimo, deberá contener:

— Nombre o razón social y domicilio del denunciante y, en el caso de que actúe por medio de representante, acreditación de la representación y domicilio a efecto de notificaciones.

— Nombre o razón social y domicilio del/los denunciado/s.

— Hechos de los que se deriva la existencia de infracción y pruebas, en su caso, de los mismos.

— Intereses legítimos de acuerdo con el artículo 31 de la Ley 30/1992, para poder ser considerado interesado en el eventual expediente sancionador.

3. Ante la noticia de la posible existencia de una infracción, el Servicio podrá proceder a la instrucción de una información reservada antes de resolver la iniciación de expediente sancionador, incluso con investigación domiciliaria de las empresas implicadas. Cuando el Ser-

vicio considere que no hay indicios de infracción de la Ley de Defensa de la Competencia, podrá no iniciar el procedimiento y acordar el archivo de las actuaciones.

4. En la providencia en que se acuerde la iniciación del expediente se nombrará un Instructor y, en su caso, un Secretario, lo que se notificará a los interesados.

5. Iniciado el expediente, se podrá publicar una nota sucinta sobre los extremos fundamentales del mismo, al objeto de que cualquiera pueda aportar información en un plazo que no excederá de quince días.

La referida nota podrá publicarse en el *Boletín Oficial del Estado* y, en su caso, en cualquier otro medio de difusión que garantice una publicidad suficiente.

6. El Servicio, por propia iniciativa o a instancia de los interesados, podrá disponer la acumulación de expedientes cuando entre ellos exista una conexión directa.

7. El Servicio dará cuenta al Tribunal de Defensa de la Competencia de las denuncias recibidas, del archivo de las actuaciones, de los acuerdos de terminación convencional y de las providencias de incoación de expedientes, sean de oficio o a instancia de parte interesada.

Artículo vigésimo segundo. Adición de un nuevo artículo treinta y seis bis.

Artículo treinta y seis bis. Supuestos de inadmisión y terminación convencional.

1. El Servicio de Defensa de la Competencia podrá:

a) Acordar la no iniciación de los procedimientos derivados de la presunta realización de las conductas prohibidas por los artículos 1 y 6 que, por su escasa importancia, no afecten de manera significativa a las condiciones de competencia.

b) Acordar la no iniciación de los procedimientos derivados de la presunta realización de las conductas previstas en el artículo 7 de esta Ley cuando estime que no concurren las circunstancias previstas en dicho artículo.

c) Acordar la terminación convencional de una investigación que se haya ini-

ciado de oficio o a instancia de parte interesada por posible infracción de los artículos 1, 6 y 7 de la Ley, siempre que la misma no resulte contraria a lo dispuesto en esta Ley, y esté encaminada a finalizar las actuaciones administrativas.

2. En los procedimientos de terminación convencional, el Servicio determinará quiénes son los interesados en el asunto, con el fin de que puedan ser oídos en el curso del mismo.

La terminación convencional de los procedimientos no podrá acordarse en aquellos casos en que resulte contraria al ordenamiento jurídico o resulte perjudicial para terceros. Tampoco podrá acordarse la terminación convencional una vez dictada la providencia de iniciación del expediente.

Los acuerdos para la terminación convencional de una investigación deberán establecer como contenido mínimo la identificación de las partes intervinientes, el ámbito personal, territorial y temporal, el objeto de los compromisos y el alcance de los mismos. Dichos acuerdos deberán ser adoptados por el Director del Servicio y los interesados.

Quienes acrediten interés legítimo, y no hubieren tomado parte en los acuerdos de terminación convencional, podrán interponer contra los mismos el recurso ante el Tribunal de Defensa de la Competencia previsto en el artículo 47 de esta Ley.

Artículo vigésimo tercero. Modificación del artículo treinta y siete.

Artículo treinta y siete. *Instrucción del expediente sancionador.*

1. El Servicio de Defensa de la Competencia practicará los actos de instrucción necesarios para el esclarecimiento de los hechos y la determinación de responsabilidades.

Los hechos que puedan ser constitutivos de infracción se recogerán en un pliego de concreción de hechos que se notificará a los presuntos infractores para que, en un plazo de quince días, puedan contestarlo y, en su caso, proponer las pruebas que consideren pertinentes, y, cerrado el período probatorio, efectuar en el plazo de diez días su valoración.

Las pruebas propuestas por los presuntos infractores serán recogidas en el informe del Servicio, expresando su práctica o, en su caso, denegación.

2. Los interesados podrán, en cualquier momento del procedimiento, aducir alegaciones, que serán tenidas en cuenta por el Servicio al redactar el informe al que se refiere el número siguiente.

3. El Servicio, una vez instruido el expediente, lo remitirá al Tribunal de Defensa de la Competencia, acompañándolo de un informe que exprese las conductas observadas, sus antecedentes, sus autores, los efectos producidos en el mercado, la calificación que le merezcan los hechos y las responsabilidades que corresponden a los autores.

4. Cuando, tras la instrucción necesaria, el Servicio considere que no se ha acreditado la existencia de prácticas prohibidas, redactará la propuesta de sobreseimiento que se notificará a los interesados para que en el plazo de 10 días hagan las alegaciones oportunas. Posteriormente el Servicio, podrá acordar el sobreseimiento del expediente con archivo de las actuaciones. Contra dicho acuerdo podrá interponerse recurso conforme a lo dispuesto por los artículos 47 y 48 de esta Ley.

Artículo vigésimo cuarto. Modificación del artículo treinta y ocho.

Artículo treinta y ocho. *Instrucción del expediente de autorización.*

1. El procedimiento para autorizar los acuerdos, decisiones, recomendaciones y prácticas a que se refiere el artículo 3 se iniciará a instancia de parte interesada.

2. La solicitud de autorización deberá contener, en todo caso, todos los datos necesarios para poder apreciar la naturaleza y efectos de la conducta y, en particular, los datos identificativos de las partes que intervienen, el objeto de la solicitud y la información sobre el mercado/s afectado/s.

3. Iniciado un expediente para la constatación de la existencia de acuerdos, decisiones, recomendaciones o prácticas prohibidas en el artículo 1, los interesa-

dos podrán pedir que se declaren autorizados de conformidad con el artículo 3.

4. En la tramitación de las autorizaciones el Servicio de Defensa de la Competencia publicará la nota sucinta prevista en el artículo 36.5 de esta Ley, realizará las indagaciones necesarias, oír a los interesados y remitirá el expediente al Tribunal, en el plazo máximo de treinta días, con la calificación que le merezca.

5. Cuando el Servicio considere que la información suministrada es manifiestamente insuficiente para calificar la solicitud, requerirá al solicitante para que facilite los datos e información necesarios en un plazo de diez días, quedando suspendido el plazo de treinta días hasta tanto sea cumplimentado el requerimiento.

6. En los supuestos a que se refiere el artículo 3.1 de esta misma Ley será preceptivo solicitar el informe del Consejo de Consumidores y Usuarios.

Artículo vigésimo quinto. Modificación del artículo cuarenta y siete.

Artículo cuarenta y siete. Recurso contra los actos dictados por el Servicio de Defensa de la Competencia.

Los actos del Servicio de Defensa de la Competencia que decidan directa o indirectamente el fondo del asunto, determinen la imposibilidad de continuar un procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos, serán recurribles ante el Tribunal de Defensa de la Competencia en el plazo de diez días.

No se considerará que existe indefensión por la denegación de práctica de pruebas solicitadas por parte interesada, siempre que dicha decisión se adopte mediante resolución debidamente motivada y que las pruebas cuya práctica se solicite sean manifiestamente improcedentes o innecesarias y, en todo caso, cuando puedan practicarse ante el Tribunal.

En estos casos, y en todos aquellos en que el recurso interpuesto carezca manifiestamente de fundamento, el Tribunal podrá declarar su inadmisibilidad en resolución debidamente motivada.

Artículo vigésimo sexto. Modificación del apartado 1 del artículo cuarenta y ocho.

Artículo cuarenta y ocho. Trámites y Resolución.

1. El recurso se presentará ante el Tribunal de Defensa de la Competencia, el cual ordenará al Servicio de Defensa de la Competencia que le remita el expediente con su informe en el plazo de cinco días.

Artículo vigésimo séptimo. Modificación del artículo cincuenta.

Artículo cincuenta. Supletoriedad de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Los procedimientos administrativos en materia de defensa de la competencia se regirán por su normativa específica y, supletoriamente, por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Artículo vigésimo octavo. Adición de un nuevo artículo cincuenta y uno bis.

Artículo cincuenta y uno bis. Relaciones con otras Administraciones Públicas.

Los órganos previstos en la presente Ley son los únicos competentes para la instrucción y resolución de los procedimientos que en ella se regulan en materia de defensa de la competencia. En el supuesto de que otras Administraciones Públicas, por razón de sus funciones, pudieran tener conocimiento de hechos que considerasen contrarios a las previsiones de esta Ley, se limitarán a dar traslado de los mismos, y de la documentación obrante en su poder, al Servicio de Defensa de la Competencia a fin de que, si procede, pueda iniciarse la tramitación de los correspondientes expedientes.

Artículo vigésimo noveno. Modificación del artículo cincuenta y cuatro.

Artículo cincuenta y cuatro. Sanciones.

1. Las sanciones impuestas en aplicación de la presente Ley se entenderán sin

perjuicio de otras responsabilidades que en cada caso procedan.

2. La recaudación en vía ejecutiva de las multas se efectuará conforme a lo previsto en el Reglamento General de Recaudación.

3. El importe de las multas previstas en esta Ley se ingresará en el Tesoro Público.

Artículo trigésimo. Adición de un nuevo artículo cincuenta y seis.

Artículo cincuenta y seis. *Plazos máximos del procedimiento.*

1. El plazo máximo de duración de la fase del procedimiento sancionador que tiene lugar ante el Servicio de Defensa de la Competencia será de doce meses a contar desde la iniciación formal del mismo hasta la remisión del expediente al Tribunal de Defensa de la Competencia o de la notificación del acuerdo que, de cualquier otro modo, ponga término al procedimiento tramitado ante el Servicio.

Lo dispuesto en este apartado se entiende sin perjuicio de la posible ampliación del plazo de conformidad con lo establecido en los apartados 5 y 6 del artículo 42 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

En cualquier caso, el plazo a que hace referencia este apartado se interrumpirá en caso de interposición del recurso administrativo previsto en el artículo 47 de esta Ley, o del planteamiento de cuestiones incidentales en que el artículo 42.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común prevé la suspensión, así como cuando sea necesaria la coordinación con la Unión Europea o la cooperación con autoridades de competencia de otros países. En tales casos, el Servicio deberá dar cuenta de la resolución de interrupción a los interesados.

Transcurrido el plazo previsto en este apartado y, en su caso, el plazo resultante de un acuerdo de ampliación, sin que el Servicio hubiera remitido el expediente al Tribunal de Defensa de la Competencia para su resolución o hubiese acorda-

do su sobreseimiento, se procederá, de oficio o a instancia de cualquier interesado, a declarar su caducidad.

2. El Tribunal dictará resolución, y la notificará en el plazo máximo de doce meses a contar desde la admisión a trámite del expediente. El plazo se interrumpirá cuando se planteen cuestiones incidentales en que la Ley prevea la suspensión, se interpongan recursos y se acuerde la suspensión por el órgano jurisdiccional competente, se acuerde la práctica de diligencias para mejor proveer por el Tribunal de Defensa de la Competencia, se deba proceder a cambio de calificación en los términos del artículo 43.1 de esta Ley o se acuerde la suspensión por la concurrencia con un procedimiento ante los órganos comunitarios o con la instrucción de un proceso penal, así como para la presentación de una cuestión prejudicial ante al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. También en este caso será de aplicación lo dispuesto en el artículo 42.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Transcurridos treinta días desde el vencimiento del plazo anterior, si el Tribunal no ha dictado resolución, procederá de oficio o a instancia de cualquier interesado, a declarar la caducidad del procedimiento.

Artículo trigésimo primero. Adición de un nuevo artículo cincuenta y siete.

Artículo cincuenta y siete. *Tasa por análisis y estudio de las operaciones de concentración.*

1. Se crea la tasa por análisis y estudio de las operaciones de concentración, que se regirá por lo dispuesto en la presente Ley y por las demás fuentes normativas que para las tasas se establecen en el artículo 9 de la Ley 8/1989, de 13 de abril, de Tasas y Precios Públicos.

2. Constituye el hecho imponible de la tasa la realización del análisis y estudio de todo proyecto u operación de concentración de empresas que se lleven a cabo con arreglo al artículo 14 de la presente Ley.

3. No estará sujeta a la tasa la consulta previa prevista en el apartado 5.º del artículo 15 de esta Ley.

4. Serán sujetos pasivos de las tasas las entidades que resulten obligadas a notificar la operación de concentración.

5. El devengo de la tasa se producirá cuando el sujeto pasivo presente la notificación obligatoria prevista en el artículo 15 de esta Ley, por la que se inicia la actividad o el expediente administrativo, el cual no se tramitará sin que se haya efectuado el pago correspondiente.

6. La cuantía de la tasa regulada en este precepto será de 500.000 pesetas o 3.005,06 euros cuando el volumen de ventas global en España del conjunto de los participantes en el acuerdo de concentración sea igual o inferior a 40.000 millones de pesetas o 240.405 euros, de 1.000.000 de pesetas o 6.010,12 euros, cuando sea igual o inferior a 80.000 millones de pesetas o 480.810 euros y de 2.000.000 de pesetas o 12.020 euros cuando el volumen de facturación sea superior a 80.000 millones de pesetas o 480.810 euros.

7. El pago de la tasa se realizará en efectivo, en los términos previstos en la normativa vigente en materia de recaudación.

8. La gestión de la tasa se llevará a cabo por el Servicio de Defensa de la Competencia en los términos que se establezcan en las disposiciones reglamentarias dictadas en desarrollo de la Ley, que podrán prever la obligación para los sujetos pasivos de practicar operaciones de autoliquidación tributaria.

DISPOSICIONES ADICIONALES

Primera. Modificación del artículo 1.dos.2.f) de la Ley de Liberalización de las Telecomunicaciones.

Se modifica el artículo 1.dos.2.f) de la Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones que pasa a tener la siguiente redacción: «Adoptar las medidas necesarias para salvaguardar la pluralidad de oferta de servicios, el acceso a las redes de telecomunicaciones por los operadores, la interconexión de las redes y suministro de red en condiciones de red abierta y

la política de precios y comercialización por los operadores de los servicios. A estos efectos, la Comisión ejercerá las siguientes funciones:

1. Podrá dictar, sobre las materias indicadas, instrucciones dirigidas a las entidades que operen en el sector, que serán vinculantes una vez publicadas en el *Boletín Oficial del Estado*.

2. Pondrá en conocimiento del servicio de Defensa de la Competencia los actos, acuerdos, prácticas o conductas de los que pudiera tener noticia en el ejercicio de sus atribuciones y que presenten indicios de resultar contrarios a la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia. A tal fin, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones comunicará al Servicio de Defensa de la Competencia todos los elementos de hecho a su alcance y, en su caso, remitirá un dictamen no vinculante de la calificación que le merecen dichos hechos.

3. Ejercer la competencia de la Administración General del Estado para interpretar las cláusulas de los títulos habilitantes para la prestación de servicios de telecomunicaciones que protejan la libre competencia en el mercado de las telecomunicaciones y de los servicios a los que se refiere el número 1 del apartado dos de este artículo.»

Segunda. Modificación del artículo 1.dos.2.g) de la Ley de Liberalización de las Telecomunicaciones.

Se modifica el artículo 1.dos.2.g) de la Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones que pasará a tener la siguiente redacción: «g) Ejercer el control sobre los procesos de concentración de empresas, de las participaciones en el capital y de los acuerdos entre los agentes participantes en el mercado de las telecomunicaciones y de los servicios a los que se refiere el número 1 del apartado dos de este artículo, al objeto de garantizar, cuando proceda, el cumplimiento del deber de notificación obligatorio al Servicio de Defensa de la Competencia en los términos establecidos en los artículos 14 y siguientes de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia.»

DISPOSICIÓN DEROGATORIA

1. Quedan derogadas cuantas disposiciones se opongan a la presente Ley.

2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el 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 y el Real Decreto 1080/1992, de 11 de septiembre, sobre Procedimiento a seguir por los órganos de defensa de la competencia en concentraciones económicas y forma y contenido de su notificación voluntaria seguirán en vigor hasta que el Gobierno apruebe nuevos textos reglamentarios adaptados a la presente Ley.

DISPOSICIÓN TRANSITORIA

Los procedimientos en materia de defensa de la competencia iniciados con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley se tramitarán y resolverán con arreglo a las disposiciones hasta ahora en vigor.

DISPOSICIONES FINALES

Primera. Desarrollo reglamentario de la Ley.

1. Se autoriza al Gobierno para que en el plazo de dieciocho meses dicte las

disposiciones reglamentarias que regulen los procedimientos en materia de Defensa de la Competencia.

2. Se autoriza al Gobierno para que en el plazo de un año dicte las disposiciones reglamentarias de desarrollo de lo previsto en el artículo 57 de esta Ley en materia de tasas.

Segunda. Texto Refundido.

Se autoriza al Gobierno para que, en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de esta Ley, elabore un texto refundido de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia incorporando la regulación contenida en esta Ley.

La presente delegación incluye la facultad de regularizar, aclarar y armonizar los textos legales que han de ser refundidos.

Tercera. Entrada en vigor.

La presente Ley entrará en vigor el 1 de enero del año 2000, a excepción de lo dispuesto en el artículo 56 en cuanto al plazo máximo de duración del procedimiento sancionador, ya en vigor desde el 1 de enero de 1998 en virtud de la disposición transitoria duodécima de la Ley 66/1997, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social.

ENMIENDAS AL PROYECTO DE LEY DE REFORMA DE LA LEY 16/1989, DE 17 DE JULIO, DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA. CONGRESO DE LOS DIPUTADOS

ENMIENDAS AL PROYECTO DE LEY DE REFORMA DE LA LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA ²

En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 97 del Reglamento de la Cámara, se ordena la publicación en el *BOLETÍN OFICIAL DE LAS CORTES GENERALES* de las enmiendas presentadas en relación con el Proyecto de Ley de reforma de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (núm. expediente. 121/000175).

Palacio del Congreso de los Diputados, 6 de octubre de 1999.—El Presidente del Congreso de los Diputados, **Federico Trillo-Figueroa Martínez-Conde**.

ENMIENDA NÚM. 1

PRIMER FIRMANTE:

Grupo Parlamentario de Coalición Canaria

Nueva Disposición Adicional a la Ley 16/1989, de 17 de julio. De adición.

«DISPOSICIÓN ADICIONAL

1. De acuerdo con el artículo 46 del Estatuto de Autonomía de Canarias y el 299.2 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, en la aplicación de las disposiciones de la presente Ley, especialmente las contenidas en su título I, así como en los reglamentos que se dicten para su desarrollo y ejecución, se

tendrán en cuenta las características estructurales y permanentes del Archipiélago canario y sus exigencias especiales, derivadas de su situación ultraperiférica, de modo que las condiciones de competencia no supongan un perjuicio para su desarrollo.

2. Los órganos de defensa de la competencia tendrán en consideración las condiciones previstas en el apartado anterior y sus efectos sobre la competencia, en el inicio, instrucción y resolución de los expedientes que se tramiten para la adopción de medidas para el mantenimiento o restablecimiento de la competencia efectiva, especialmente en materia de autorizaciones singulares de acuerdos, decisiones, recomendaciones y prácticas a que se refiere el artículo 1 de esta Ley, así como en la imposición de sanciones, en el control de concertaciones económicas y en el examen de las ayudas del Estado.»

JUSTIFICACIÓN

Las regiones ultraperiféricas debido a su peculiar situación estructural social y económica, derivada de su «gran lejanía, insularidad, reducida superficie, relieve y clima adversos y dependencia económica de un reducido número de productos» gozan en el ordenamiento comunitario de una aplicación más flexible de las políticas comunes —incluida la política de la competencia—. En este contexto se sitúa el Archipiélago canario, de cuyo *status*

¹ *Boletín Oficial del Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, Serie Proyectos de Ley, 14 de octubre de 1999, núm. 175-8.

—reconocido en el art. 299.2 del TCE— puede derivar un régimen específico para ciertas categorías de acuerdos, decisiones y prácticas concertadas o un régimen singular de ayudas de Estado para fomentar su desarrollo regional (elevación de cuantías exentas, intensidades, etc.). Sin embargo, estas circunstancias particulares, que se reconocen y amparan en el ámbito comunitario, no han tenido reflejo alguno, ni en el texto de la vigente Ley 16/1989, ni en el proyecto de reforma. Por ello, con el fin de evitar que una aplicación rígida y uniforme de la política estatal de defensa de la competencia imponga condiciones más gravosas para el Archipiélago que no tenga en cuenta su situación estructural desfavorable —de acuerdo con el Estatuto de Autonomía de Canarias y con el *status* jurídico de las regiones ultraperiféricas previsto en el art. 299.2 del TC.

ENMIENDA NÚM. 2

PRIMER FIRMANTE:

Grupo Socialista del Congreso

Texto alternativo al proyecto de Ley de Defensa de la Competencia.

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

I

La evolución de la competencia económica desde 1989, fecha en la que se promulgó la vigente Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, aconseja un cambio gradual de la legislación en la materia para adaptarla a las exigencias del siglo XXI. En efecto, el próximo siglo contemplará con probabilidad la consolidación del mercado interior europeo y de su moneda, el euro; presenciará el incremento del fenómeno denominado «globalización de los intercambios económicos», y observará la consagración de los procesos de liberalización económica española. Todo ello en el contexto de una sociedad cada vez más rápida, exacta y múltiple. Sin duda, tales transformaciones económicas y sociales exigen una respuesta del legislador que permita el diseño de una nor-

mativa de defensa de la competencia útil y, al mismo tiempo, flexible.

Los modelos de defensa de la libre competencia europeos se han caracterizado hasta la fecha por su falta de flexibilidad. Así las cosas, la valoración de las políticas empresariales en los mercados se ha realizado, como regla, atendiendo a la conducta de los empresarios, olvidando su explicación económica y su impacto en los mercados. La crisis de tales modelos se justifica a medida que el contexto económico y social ha cambiado: un mundo y una sociedad abiertos requieren otra política jurídica de la competencia que arropada en la levedad pueda desprenderse de vetustos ropajes. La comprensión del funcionamiento económico de los mercados y la explicación de las estrategias empresariales utilizadas en los mismos deben convertirse en piezas fundamentales de la interpretación y aplicación de las normas de defensa de la competencia.

Procede, no obstante, recordar que los vientos de libertad económica pueden dirigir a los participantes en el mercado de la lucha por el cliente a la lucha contra el cliente. Y que el régimen de la libre competencia puede devorarse a sí mismo, resucitando la plaga secular de los monopolios privados o de los oligopolios incontrolados. A este respecto, interesa constatar que las medidas de liberalización incorporadas a la legislación española deben acompañarse de instrumentos útiles de protección de la competencia. De esta manera, a través de una intervención gradual de la autoridad de competencia en el mercado que permita controlar al poder económico privado los beneficios de la liberalización alcanzarán a los consumidores.

II

Las novedades más importantes que presenta la Ley son las siguientes:

1. En materia de conductas prohibidas, se introducen algunas modificaciones en la descripción de las conductas tipificadas, suprimiendo en el artículo 1 la mención a las conductas conscientemente paralelas, que podría dar lugar a

interpretaciones que permitieran la sanción de conductas sin la presencia de un elemento consensual. Al mismo tiempo, se introduce la exigencia de que para que exista conducta prohibida se precisa que la afectación de la competencia sea apreciable, en coincidencia con el concepto de la apreciación sensible de la competencia elaborado por la Comisión Europea y el Tribunal de Justicia.

En orden de exenciones y autorizaciones se produce una profunda modificación del régimen existente, en línea con los documentos de la Comisión Europea, tales como el Libro Verde sobre las Restricciones Verticales en la Política Comunitaria de la Competencia, la Comunicación de la Comisión sobre esa misma materia, o el Libro Blanco sobre la Modernización de la aplicación de los artículos 85 y 86 TCEE. Se suprime el anquilosado régimen existente —exenciones por categorías y autorizaciones singulares—, sustituyéndolo por la publicación de unas directrices en las que constarán los criterios de exención. Para los supuestos singulares —que deberán ser excepcionales— se prevé un sistema de consulta. Las exenciones que el Gobierno quiera proponer deberán constar en una norma con rango de Ley. Se sigue en este apartado la línea liberalizadora propuesta en los informes del TDC, según los cuales, para liberalizar bastará con un Decreto, mientras que para imponer nuevas restricciones se precisará una Ley. Con la nueva redacción de quienes pueden ser autores de las conductas prohibidas se pretende aclarar los supuestos en los que la legislación de la competencia se aplica a las Administraciones Públicas, es decir, en los supuestos en los que éstas actúan como operadores económicos. Se separa así igualmente esta debatida cuestión de la relativa al amparo legal.

2. En materia de concentraciones, la Ley adopta el criterio de la notificación obligatoria de las operaciones en función de umbrales cuantitativos del volumen de ventas para evitar los problemas detectados en la práctica que se asocian a la utilización de la cuota de mercado como variable de referencia. La competencia para adoptar resoluciones se atribuye al

Tribunal, aunque el Gobierno se reserva la posibilidad de autorizar una operación prohibida por el Tribunal en el supuesto de que existan motivos de interés general o claros efectos positivos para la economía nacional. Las amplias funciones atribuidas al Tribunal para iniciar procedimientos de investigación e imponer sanciones por incumplimientos de la obligación de notificación o para restablecer la competencia efectiva en caso de una operación no autorizada se equilibran de forma armónica con el sometimiento de las actuaciones del Tribunal a determinados criterios para la evaluación de las operaciones, a un procedimiento garante de los derechos de las partes y a la publicidad de sus resoluciones.

3. La Ley consagra un sistema de control de las ayudas públicas que mejora considerablemente el régimen de la Ley de 1989. En efecto, la Ley dispone que las ayudas públicas quedan sometidas a lo previsto en la misma en la medida que su concesión y mantenimiento por cualquier órgano de la Administración pueda tener como efecto la restricción de la competencia. Asimismo, el texto alternativo recoge la competencia exclusiva del TDC para declarar el efecto restrictivo de la ayuda, declaración que se realizará en un informe público que contiene una recomendación de las medidas que deberían adoptarse para impedir ese efecto. La declaración y las recomendaciones se dirigen al órgano de la Administración concedente de la ayuda y al Ministerio de Economía y Hacienda. La Ley limita además la discrecionalidad del Gobierno en la concesión de la ayuda, sometiendo a la ayuda al informe del TDC que proponga su supresión. En todo caso, los preceptos de la Ley son coherentes con la actual distribución de competencias entre los órganos comunitarios y nacionales.

4. El sistema institucional de aplicación de la Ley experimenta cambios importantes. Aunque el sistema sancionador se residencia en manos del TDC, el texto alternativo contempla al SDC como un órgano del TDC encargado de la instrucción de los expedientes, y, en connivencia con ello, prevé que el Director del Servicio sea nombrado por el propio TDC. Esta medida se sitúa en el contexto de

otras del texto alternativo que pretenden reforzar la independencia del TDC y definir con mayor rigor sus competencias. La composición y nombramiento de los Vocales del TDC resultan, igualmente, modificados con la finalidad de regular un sistema transparente de nombramiento de los Vocales que garantice el pluralismo en la composición del TDC. La transparencia en el funcionamiento del Tribunal se garantiza por medio de la obligación de comparecencia anual del Presidente del TDC ante las Cortes Generales y la obligación del TDC de elaborar un Código de Conducta.

5. La Ley contempla las relaciones del TDC con los órganos reguladores y con los órganos de la jurisdicción ordinaria. Se respeta la función importante desempeñada por los órganos reguladores en la salvaguardia de la competencia en sus mercados. Por ello, prevé que estos órganos puedan dictar instrucciones y la posibilidad de imponer multas coercitivas para proteger la competencia en sus mercados. La intermediación de la actuación de tales órganos aconseja esta solución. Todo ello se entiende sin perjuicio de la competencia del TDC para la aplicación de la Ley y de la necesaria actividad de colaboración de los órganos reguladores con el TDC. Las relaciones del Tribunal con los órganos de la jurisdicción ordinaria se apoyan en la distinción entre interés público e interés privado en la persecución de las conductas contrarias a la libre competencia. El interés público queda salvaguardado con la concesión al TDC de una competencia exclusiva para la aplicación del sistema sancionador contenido en la Ley. El interés privado se tutela a través de la atribución a la jurisdicción ordinaria de competencia para la declaración de nulidad de las conductas colusorias y para otorgar la pertinente indemnización de daños y perjuicios.

6. En materia de procedimiento se introducen las novedades resultantes de la integración del Servicio en el Tribunal de Defensa de la Competencia. Esta nueva estructura permite la agilización del procedimiento y el acortamiento de los plazos, evitando la duplicidad de trámites. Una importante novedad consiste en

la introducción de la posibilidad de la terminación convencional de los procedimientos ya prevista en la Ley 30/1992. Teniendo en cuenta la concurrencia en los procedimientos en materia de la competencia de intereses públicos y privados se establecen garantías para que tanto uno como los otros queden protegidos, con la publicidad en cualquier caso de las resoluciones en las que se aprueben.

TÍTULO I De la libre competencia

CAPÍTULO I *De los acuerdos y prácticas restrictivas o abusivas*

SECCIÓN 1.^a DE LAS CONDUCTAS PROHIBIDAS

Artículo 1. Conductas prohibidas.

1. Se prohíbe todo acuerdo, decisión o práctica concertada, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear de forma apreciable la competencia en todo o en parte del mercado nacional.

2. Podrán, en particular, declararse prohibidas las conductas que consistan en:

a) La fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio.

b) La limitación o el control de la producción, la distribución, el desarrollo tecnológico o las inversiones.

c) El reparto del mercado o las fuentes de aprovisionamiento.

d) La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros.

e) La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio, no guarden relación con el objeto de tales contratos.

3. Son nulos de pleno derecho los acuerdos, decisiones, recomendaciones y

prácticas que, estando prohibidos en virtud de lo dispuesto en los números 1 y 2, no estén amparados en la presente Ley, sin necesidad de declaración previa a tal fin.

Artículo 2. Directrices.

1. El Tribunal de Defensa de la Competencia aprobará las Directrices de aplicación del artículo 1 de la presente Ley. En ellas podrá declarar la exención para aquellos acuerdos, cláusulas de acuerdos, decisiones y prácticas, en principio incluidos en la prohibición, siempre que sus efectos positivos compensen sobradamente los efectos restrictivos sobre la competencia.

2. Las Directrices podrán establecer los criterios según los cuales los acuerdos, decisiones, recomendaciones y prácticas de escasa importancia no serán objeto de persecución por el Tribunal.

3. Las Directrices del Tribunal de Defensa de la Competencia serán publicadas en el *Boletín Oficial del Estado*.

4. En el supuesto de que algún operador económico tuviera dudas acerca de si determinado acuerdo, decisión recomendación o práctica constituye una infracción del artículo 1 de esta Ley, podrá dirigirse al Tribunal de Defensa de la Competencia para que se pronuncie sobre su inclusión o no en la prohibición.

Artículo 3. Abuso de posición dominante.

1. Queda prohibida la explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio en todo o en parte del mercado nacional.

2. El abuso podrá consistir, en particular, en:

a) La imposición, de forma directa o indirecta, de precios u otras condiciones comerciales o de servicio no equitativos.

b) La limitación de la producción, la distribución o el desarrollo técnico en perjuicio injustificado de las empresas o de los consumidores.

c) La negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra de productos o de prestación de servicios.

d) La aplicación en las relaciones comerciales o de servicio de condiciones

desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros.

e) La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio, no guarden relación con el objeto de tales contratos.

3. Se aplicará también la prohibición a los casos en que la posición de dominio en el mercado de una o de varias empresas haya sido establecida por disposición legal.

4. El Tribunal de Defensa de la Competencia podrá aprobar directrices para la aplicación de este precepto, que se publicarán en el *Boletín Oficial del Estado*.

Artículo 4. Falseamiento de la libre competencia por actos desleales.

Constituyen conductas prohibidas y serán perseguidas por el Tribunal de Defensa de la Competencia los actos de competencia desleal que por falsear de forma sensible la libre competencia afectan al interés público.

Artículo 5. Amparo legal.

Las prohibiciones previstas en esta Ley no se aplican a las conductas que resulten de una norma con rango de Ley.

Artículo 6. Iniciativa del TDC para impugnar normas anticompetitivas.

1. El Tribunal de Defensa de la Competencia podrá formular propuesta motivada al Gobierno de modificación o supresión de normas que amparen situaciones de restricción de competencia. También podrán formular esas propuestas al órgano de gobierno de una Comunidad Autónoma.

2. El Tribunal de Defensa de la Competencia está legitimado para interponer recurso contencioso-administrativo contra las normas reglamentarias y cualquier acto administrativo que contenga restricciones a la competencia.

Artículo 7. Aplicación de la Ley.

La presente Ley será de aplicación a todas las personas físicas o jurídicas que participen en el mercado.

Artículo 8. Responsabilidad de las empresas controladoras que ejercen influencia dominante.

A los efectos de la aplicación de esta Ley, se entiende que las conductas de una empresa, previstas en la misma, son también imputables a la empresa que la controla, cuando el comportamiento económico de aquélla es determinado por ésta.

SECCIÓN 2.^a DE LAS SANCIONES

Artículo 9. Intimaciones del Tribunal.

Con independencia de las competencias de la jurisdicción ordinaria, el Tribunal de Defensa de la Competencia podrá requerir a los autores de las conductas descritas en los artículos 1, 3 y 4 para que cesen en las mismas y procedan a la remoción de sus efectos.

Artículo 10. Multas sancionadoras.

1. El Tribunal podrá imponer a los agentes económicos, empresas, asociaciones, uniones o agrupaciones de aquellos que, deliberadamente o por negligencia, infrinjan lo dispuesto en los artículos 1, 3 y 4, multas de hasta 150.000.000 de pesetas, cuantía que podrá ser incrementada hasta el 10 por 100 del volumen de ventas correspondiente al ejercicio económico inmediato anterior a la resolución del Tribunal.

2. La cuantía de las sanciones se fijará atendiendo a la importancia de la infracción, para lo cual se tendrá en cuenta:

- a) La modalidad y alcance de la restricción de la competencia.
- b) La dimensión del mercado afectado.
- c) La cuota de mercado de la empresa correspondiente.
- d) El efecto de la restricción de la competencia sobre los competidores efectivos o potenciales, sobre otras partes en el proceso económico y sobre los consumidores y usuarios.
- e) La duración de la restricción de la competencia.
- f) La reiteración en la realización de las conductas prohibidas.

3. Además de la sanción que corresponda imponer a los infractores, cuando se trate de una persona jurídica se podrá imponer una multa de hasta 5.000.000 de pesetas a sus representantes legales, o a las personas que integran los órganos directivos que hayan intervenido en el acuerdo o decisión. Quedan excluidas de la sanción aquellas personas que, formando parte de órganos colegiados de administración, no hubieran asistido a las reuniones o hubieran votado en contra o salvando su voto.

Artículo 11. Multas coercitivas.

El Tribunal, independientemente de las multas sancionadoras, podrá imponer a los agentes económicos, empresas, asociaciones, uniones o agrupaciones de éstas, multas coercitivas de 25.000 a 1.000.000 de pesetas, reiteradas por lapsos de tiempo que sean suficientes para cumplir lo ordenado, con el fin de obligarlas a la cesación de una acción prohibida, conforme a lo dispuesto en esta Ley, o a la remoción de los efectos de una infracción, el cumplimiento de los términos de un acuerdo convencional del procedimiento o a la obligación de publicar las resoluciones. Una vez cumplida la resolución del Tribunal, se podrá reducir la cuantía de la multa resultante de su decisión inicial, atendiendo a las circunstancias concurrentes.

Artículo 12. Prescripción de las infracciones y de las sanciones.

1. Prescribirán:

a) A los cinco años, las infracciones previstas en este texto legal. El término de la prescripción comenzará a correr desde el día en que se hubiera cometido la infracción.

b) A los cuatro años, la acción para exigir el cumplimiento de las sanciones.

2. La prescripción se interrumpe por cualquier acto del Tribunal de Defensa de la Competencia, con conocimiento formal del interesado tendente a la investigación, instrucción o persecución de la infracción.

Artículo 13. Otras responsabilidades.

Las sanciones a que se refiere la presente Ley se entenderán sin perjuicio de otras responsabilidades que en cada caso procedan.

CAPÍTULO II*De las concentraciones económicas***Artículo 14.** Ámbito de aplicación.

1. Toda operación de concentración, tal y como se definen en el apartado 2 del presente artículo, deberá ser notificada al Tribunal de Defensa de la Competencia cuando:

— El volumen de ventas global en España del conjunto de los partícipes supere en el último ejercicio contable la cantidad de 30.000 millones de pesetas, o

— Cuando el volumen de negocios en España de la empresa objeto de adquisición supere los 15.000 millones de pesetas.

2. Existe una operación de concentración:

a) Cuando dos o más empresas anteriormente independientes entre sí se fusionen, o

b) Cuando una o más personas que ya controlen al menos una empresa, o una o más empresas, mediante la toma de participaciones en el capital, o la compra de partes o la totalidad del activo, mediante contrato o por cualquier otro medio, adquiera, directa o indirectamente, el control sobre la totalidad o parte de una o de otras varias empresas. El control se adquiere a resultas de derechos, contratos u otros medios que por sí mismos o en combinación, y teniendo en cuenta los elementos de hecho y de derecho existentes, conceden la posibilidad de ejercer una influencia decisiva sobre las actividades de una empresa, mediante, en particular:

— La propiedad o el derecho de uso de la totalidad o parte de los activos de una empresa.

— Derechos o contratos que permitan influir decisivamente sobre la composición, las deliberaciones y las decisiones de los órganos de administración de una empresa.

c) Cuando se produzca la creación de una empresa en común que desempeñe con carácter estable las funciones de una entidad económica independiente, siempre y cuando la operación no tenga por objeto o efecto coordinar el comportamiento competitivo de empresas que continúen siendo independientes.

3. Se considera que no existe operación de concentración cuando:

a) Entidades financieras o de crédito adquieran para sí o por cuenta de terceros, con vistas a su reventa en el mercado y por un período que no excederá de veinticuatro meses, participaciones en el capital de una empresa, siempre que dichas entidades no ejerzan los derechos de voto inherentes a dichas participaciones en cuestiones que afecten directa o indirectamente, actual o potencialmente, al comportamiento competitivo en el mercado de la empresa objeto de adquisición.

b) El objeto o efecto esencial de la operación sea total o parcialmente la coordinación de la conducta competitiva de las empresas partícipes. En este caso, las empresas podrán dirigirse al Tribunal para que se pronuncie de acuerdo con lo establecido en el artículo 2.5 de esta Ley.

4. Las disposiciones de la presente Ley no afectan a aquellas operaciones de concentración sujetas a la obligación de notificación a la Comisión Europea establecida en el Reglamento (CEE) 4064/89, del Consejo, o norma que lo sustituya.

5. El Tribunal de Defensa de la Competencia está facultado para:

a) Proponer al Gobierno la revisión de los umbrales cuantitativos establecidos en el apartado 1 del presente artículo.

b) Aprobar Directrices relativas a la definición y existencia de una operación de concentración y el concepto de control, la definición de empresa partícipe en la operación, el procedimiento de cálculo del volumen de negocios a efectos del apartado 1 del presente artículo en general y en lo relativo a determinados sectores de la economía nacional, y cualquier otra materia o cuestión que considere necesario hacer pública. Las

Directrices serán objeto de publicación por el Tribunal de Defensa de la Competencia en el *Boletín Oficial del Estado* y vincularán a este último en el ejercicio de las competencias que sobre el control de concentraciones esta Ley le atribuye.

Artículo 15. Principios de evaluación de las operaciones de concentración.

1. El Tribunal de Defensa de la Competencia tiene competencia exclusiva para adoptar las resoluciones previstas en esta Ley relativas al control de concentraciones.

2. Toda operación de concentración que cree o refuerce una posición dominante en el mercado nacional o en una parte sustancial del mismo será declarada prohibida por el Tribunal de Defensa de la Competencia, a menos que se demuestre que la concentración no supone un obstáculo significativo a la competencia en dicho mercado.

3. Toda operación de concentración que no cree o refuerce una posición dominante en el mercado nacional o en una parte sustancial del mismo será aprobada por el Tribunal de Defensa de la Competencia.

4. A la hora de evaluar una operación de concentración, el Tribunal de Defensa de la Competencia tendrá en cuenta:

a) La necesidad de mantener y desarrollar la competencia efectiva en el mercado nacional, en particular, mediante el examen de la estructura del mercado o mercados afectados por la concentración y de la competencia real o potencial de empresas situadas fuera del mercado nacional.

b) La posición en el mercado de las empresas partícipes, su fortaleza económica y financiera, las posibilidades de elección de sus proveedores y usuarios, su acceso a las fuentes de suministro o a los mercados, la existencia de hecho o de derecho de obstáculos al acceso a dichos mercados o fuentes de suministro, la evolución de la oferta y la demanda de los productos y servicios de que se trate y los intereses de los consumidores.

c) La contribución que la concentración pueda aportar al fomento del pro-

greso técnico o económico en el mercado nacional, siempre que dicha aportación supere los efectos restrictivos sobre la competencia de la concentración en cuestión.

d) La posible existencia de barreras de entrada.

5. En los casos establecidos en el apartado 2.c) del artículo 14, el Tribunal de Defensa de la Competencia tendrá también en cuenta la presencia significativa y simultánea de dos o más de las empresas fundadoras de la empresa en común en el mismo mercado de producto que el de esta última, o en un mercado relacionado en sentido ascendente o descendente con dicho mercado de producto, o en un mercado próximo estrechamente vinculado a ese mercado de producto.

6. El Tribunal de Defensa de la Competencia, en su caso, podrá entender comprendidas dentro de la operación de concentración, a efectos de la resolución final sobre esta última, las restricciones a la competencia que resulten efectivamente accesorias a la operación, directamente vinculadas a la misma, y necesarias para su realización.

Artículo 16. Notificación de las operaciones de concentración.

1. La notificación de las operaciones de concentración que entren en el ámbito de aplicación del artículo 14 de la presente Ley deberá presentarse ante el Tribunal de Defensa de la Competencia en el plazo de quince días a partir de la fecha de la celebración del acuerdo, de la adquisición de una participación de control o de la publicación de la oferta de compra.

2. Las operaciones de concentración que impliquen una fusión conforme al apartado 2.a) del artículo 14 o la creación de una empresa en común conforme a lo establecido en el apartado 2.c) del mismo artículo deberán ser objeto de notificación conjunta por las empresas participantes en la fusión o en la adquisición de control conjunto. En los demás casos, la obligación de notificación recae en la empresa o empresas que adquieran el control.

3. Se determinará reglamentariamente la forma y contenido de la notificación, en la cual constarán, en todo caso, los datos necesarios para poder apreciar la naturaleza y efectos de la operación.

4. Una vez que la notificación completa de la operación de concentración haya sido presentada, y luego de que el Tribunal de Defensa de la Competencia haya determinado que la operación en cuestión cae bajo el ámbito de lo establecido en esta Ley, el Tribunal de Defensa de la Competencia hará público el hecho de la notificación, mediante la identificación de las partes interesadas, la naturaleza de la operación y los sectores económicos afectados. El Tribunal de Defensa de la Competencia deberá respetar en todo caso los intereses legítimos de las empresas partícipes en lo que respecta a los datos confidenciales de la operación.

Artículo 17. Suspensión de la operación de concentración.

1. Las empresas partícipes no podrán llevar a cabo una operación de concentración, ni previamente a su notificación, ni antes de que haya sido aprobada por el Tribunal de Defensa de la Competencia, en virtud, bien de una resolución expresa o tácita de las contempladas en el apartado 2 del artículo 18, bien una vez adoptada la resolución contemplada en el apartado 3 del artículo 19.

2. Las empresas partícipes en una operación de concentración podrán solicitar motivadamente al Tribunal de Defensa de la Competencia que les dispense de la obligación prevista en el apartado 1 de este artículo. Esta solicitud podrá presentarse previamente a la presentación de la notificación. El Tribunal de Defensa de la Competencia resolverá sobre dicha solicitud teniendo en cuenta los efectos de la suspensión para las empresas afectadas por la operación de concentración o para un tercero, así como los riesgos que para la competencia efectiva se derivan de la operación. Podrá incluir condiciones y obligaciones impuestas a las empresas.

3. La validez de cualquier contrato o transacción realizada sin respetar la obli-

gación de suspensión establecida en el apartado 1 del presente artículo dependerá de la decisión final que sobre la operación adopte el Tribunal de Defensa de la Competencia o el Gobierno, en el caso contemplado en el apartado 1 del artículo 20.

4. Sin perjuicio de lo establecido en el apartado 1 del artículo 16, reglamentariamente se determinará el procedimiento de notificación obligatoria de las operaciones de adquisición de acciones admitidas a negociación en un mercado de valores cuando resulte preceptiva la realización de una oferta pública conforme al artículo 60 de la Ley 24/1988, del Mercado de Valores.

5. Con carácter previo a la presentación de la notificación podrá formularse consulta al Tribunal de Defensa de la Competencia sobre si una determinada operación supera los umbrales mínimos de notificación obligatoria previstos en el apartado 1 del artículo 14 de esta Ley.

Artículo 18. Examen de la notificación y primera fase del procedimiento.

1. Dentro de los cinco días siguientes a la recepción de la notificación de una operación de concentración, el Tribunal de Defensa de la Competencia informará del hecho al Ministro de Economía y Hacienda.

2. Si el Tribunal de Defensa de la Competencia considera que la operación de concentración no plantea serias preocupaciones en cuanto a sus efectos sobre la competencia en el mercado, adoptará una resolución aprobando la operación de concentración. Esta resolución será notificada a las partes de la operación, al Ministro de Economía y Hacienda y a los terceros que ostenten un interés legítimo personados en el procedimiento. En todo caso, transcurrido un mes desde la presentación de la notificación sin que el Tribunal haya iniciado el procedimiento de investigación establecido en el artículo 19 de esta Ley, la operación de concentración se considerará aprobada.

3. Las partes podrán presentar al Tribunal de Defensa de la Competencia compromisos o modificaciones de la operación de concentración notificada con

vistas a eliminar o atenuar los efectos de la operación. En este caso, el plazo de un mes establecido en el apartado anterior se prorrogará por dos semanas. Si el Tribunal de Defensa de la Competencia aprueba los compromisos o modificaciones de la operación presentados por las partes, los incluirá en su resolución de aprobación de la concentración. Esta decisión será pública; el Tribunal podrá proponer a los notificantes la adopción de ceses de compromisos o modificaciones.

4. El Tribunal de Defensa de la Competencia podrá revocar cualquier resolución adoptada bajo los apartados 2 y 3 del presente artículo cuando:

— La resolución se base en información incorrecta suministrada por alguna de las partes.

— Las empresas partícipes incumplan alguno de los compromisos u obligaciones impuestos en la resolución. En este caso, el Tribunal de Defensa de la Competencia no estará sujeto a plazo alguno para resolver sobre la operación de concentración.

Artículo 19. Procedimiento de investigación.

1. Si el Tribunal de Defensa de la Competencia considera que una operación de concentración que se le haya notificado puede caer bajo el ámbito de la prohibición en el apartado 1 del artículo 15, informará de inmediato a las partes de su decisión de iniciar el procedimiento de investigación establecido en el presente artículo. El procedimiento de investigación también se iniciará cuando así lo solicite el Ministerio de Economía y Hacienda al Tribunal de Defensa de la Competencia.

2. El Tribunal de Defensa de la Competencia deberá resolver sobre la operación de concentración sujeta al procedimiento de investigación dentro de los cuatro meses a contar desde la fecha de la notificación. En el expediente deberá solicitarse, en su caso, informe a los órganos a los que se refiere el artículo 44 de esta Ley.

3. Cuando el Tribunal de Defensa de la Competencia compruebe que una operación de concentración notificada cum-

ple el criterio establecido en el apartado 3 del artículo 15, llegado el caso tras las modificaciones y compromisos asumidos por las partes, aprobará la concentración mediante resolución. En todo caso, el Tribunal de Defensa de la Competencia podrá, en la resolución que apruebe la operación de concentración, imponer las condiciones y obligaciones que garanticen la competencia y el cumplimiento de los compromisos asumidos por las partes. Esta resolución será pública.

4. Cuando el Tribunal de Defensa de la Competencia compruebe que una operación de concentración notificada cumple el criterio establecido en el apartado 2 del artículo 15, prohibirá la operación de concentración. Informará de ello de inmediato a las partes y al Ministerio de Economía y Hacienda. Esta resolución será pública.

5. El Tribunal de Defensa de la competencia podrá revocar cualquier resolución adoptada bajo el apartado 2 del presente artículo cuando:

— La resolución se base en información incorrecta suministrada por alguna de las partes.

— Las empresas partícipes incumplan alguno de los compromisos u obligaciones impuestos en la resolución. En este caso, el Tribunal de Defensa de la Competencia no estará sujeto a plazo alguno para resolver sobre la operación de concentración.

6. En los casos que una operación de concentración ya se hubiera realizado, y sin perjuicio de la competencia del Gobierno establecida en el artículo 20, el Tribunal de Defensa de la Competencia podrá adoptar cuantas medidas considere necesarias para restablecer la competencia efectiva en el mercado. En todo caso, ordenará la disolución de la concentración en un plazo que no excederá de seis meses desde la fecha de la orden de disolución. Con objeto de hacer respetar la orden de disolución, el Tribunal de Defensa de la Competencia podrá, en particular:

— Imponer a las partes una multa de 1.000.000 de pesetas por día de retraso en cumplir la orden de disolución.

— Desde la fecha de la orden de disolución, prohibir a las partes el ejercicio de los derechos de voto inherentes a las acciones o participaciones en la empresa o empresas objeto de la orden de disolución.

7. Antes de adoptar una resolución de prohibición conforme al apartado 4 del presente artículo, el Tribunal de Defensa de la Competencia deberá dar al Gobierno o Gobiernos de la Comunidad Autónoma en cuyo territorio estén domiciliadas las empresas partícipes la oportunidad de ser oídas.

Artículo 20. Competencia del Gobierno.

1. El Gobierno, a propuesta del Ministro de Economía y Hacienda, podrá autorizar una operación de concentración prohibida por el Tribunal de Defensa de la Competencia si, en el caso en concreto, los efectos en la competencia de la concentración son superados por ventajas reales y efectivas para la economía nacional en su conjunto o cuando la operación de concentración sea indispensable para la consecución de un objetivo de interés general. Antes de adoptar su decisión, el Ministro de Economía y Hacienda deberá solicitar informe al Gobierno o Gobiernos de la Comunidad Autónoma en cuyo territorio estén domiciliadas las empresas partícipes.

2. Las empresas deberán formular la solicitud de aprobación al Ministro de Economía y Hacienda dentro de los quince días siguientes, a contar desde la fecha de la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia, prohibiendo la operación. En caso de recurso contra la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia, el plazo comenzará a contar desde la fecha en que la resolución de prohibición sea firme. La solicitud se hará pública.

3. El Gobierno deberá adoptar su decisión dentro de los tres meses siguientes a la fecha de la presentación de la solicitud por las empresas partícipes. Transcurrido ese plazo sin que el Ministro de Economía y Hacienda haya adoptado una decisión, se entenderá denegada la solicitud de aprobación. En todo caso, la decisión del Gobierno.

4. La decisión de aprobación de la concentración podrá ir acompañada de condiciones y obligaciones. El Tribunal de Defensa de la Competencia será responsable de vigilar el cumplimiento de las condiciones y obligaciones impuestas. En casos de incumplimiento de las mismas, el Tribunal de Defensa de la Competencia impondrá a cada una de las empresas afectadas una multa de hasta el 10 por 100 de su respectivo volumen de ventas en España en el ejercicio en que se hubiera producido la operación de concentración.

Artículo 21. Multas.

1. La falta de cumplimiento del deber de notificación será sancionada por el Tribunal de Defensa de la Competencia con multa de hasta 150.000.000 de pesetas. Se aplicarán «mutatis mutandis» lo establecido en el artículo 10 de esta Ley.

2. La Dirección General de Defensa de la Competencia vigilará la ejecución y el cumplimiento de las resoluciones que adopte en aplicación de esta Ley. El incumplimiento de las condiciones y obligaciones impuestas en las resoluciones del Tribunal determinará la imposición a cada una de las empresas afectadas de una multa de hasta 150.000.000 de pesetas, sin perjuicio de las medidas de ejecución previstas en el ordenamiento jurídico. Esta multa será impuesta por el TDC tras un expediente contradictorio que se iniciará cuando tenga conocimiento del incumplimiento bien a instancia de parte, bien por comunicación de la Dirección General de la Competencia.

Artículo 22. Investigación y multas.

1. La investigación, solicitud de información y verificación serán efectuadas de acuerdo con los poderes que se conceden en los artículos 49, 50 y 51 de esta Ley.

2. La falta de colaboración o no entrega de la información solicitada podrá ser mencionada con las multas establecidas en el artículo 49 de esta Ley.

Artículo 23. Reglamento (CEE) 4064/89, del Consejo.

1. El Tribunal de Defensa de la Competencia es la autoridad competente en España a efectos de lo establecido en los artículos 9 y 22.3 del Reglamento 4064/89 del Consejo, sobre control de concentraciones. En caso de aplicación del artículo 9 del Reglamento 4064/89 y una vez que la Comisión Europea haya acordado el reenvío de la operación de concentración al Tribunal de Defensa de la Competencia, se aplicará el procedimiento de investigación establecido en el artículo 19, sin que resulte afectada la competencia del Gobierno conforme a lo establecido en el artículo 20.

2. El Ministro de Economía y Hacienda podrá requerir al Tribunal de Defensa de la Competencia para que formule solicitud a la Comisión Europea de aplicación de los artículos 9 y 22.3 del Reglamento 4064/89, del Consejo.

3. Las Comunidades Autónomas, a través de sus respectivos órganos de gobierno, podrán solicitar al Tribunal de Defensa de la Competencia para que formule solicitud a la Comisión Europea conforme al artículo 9 del Reglamento 4064/89, del Consejo.

CAPÍTULO III

Control de las ayudas públicas

Artículo 24. Competencia.

1. Todas las ayudas públicas a empresas públicas o privadas o a determinadas producciones, y con independencia de su forma, quedan sometidas a lo establecido en esta Ley, solamente en la medida en que su concesión y mantenimiento por cualquier órgano de la Administración pueda tener como efecto la restricción de la competencia.

2. El Tribunal de Defensa de la Competencia de oficio o a instancia de parte tiene competencia exclusiva para declarar que una ayuda pública o un régimen general de ayudas tiene como efecto la restricción de la competencia en el mercado nacional o en una parte sustancial del mismo. Previamente a dicha declaración, el órgano de la Administración

responsable de la concesión deberá ser oído por el Tribunal de Defensa de la Competencia. El informe del Tribunal de Defensa de la Competencia será público.

3. El Tribunal de Defensa de la Competencia acompañará dicha declaración con una recomendación de las medidas que, en su opinión, deberían adoptarse con objeto de que la ayuda pública o el régimen general de ayudas en cuestión cesen de tener un efecto restrictivo de la competencia. Dichas medidas objeto de la recomendación podrán incluir, en su caso, la supresión de la ayuda pública si ésta ya se hubiera concedido y las medidas que deberían adoptarse para restablecer la competencia efectiva en el mercado una vez suprimida dicha ayuda, incluyendo el reembolso de la ayuda por los beneficiarios de la misma.

4. Dicha declaración, acompañada de las recomendaciones pertinentes, se elevará dentro de los cinco días siguientes a su adopción al órgano de la Administración responsable de la concesión de la ayuda pública y al Ministro de Economía y Hacienda. Con relación a las ayudas públicas otorgadas por la Administración del Estado, el Gobierno dentro de los dos meses desde la fecha de la declaración formulada por el Tribunal de Defensa de la Competencia, y a la vista del contenido de la misma, decidirá, en su caso, la adopción de las medidas propuestas en dicha declaración. Si la declaración del Tribunal de Defensa de la Competencia propone la supresión de la ayuda pública en cuestión por sus efectos restrictivos en la competencia, el Gobierno podrá acordar su concesión cuando los efectos restrictivos de la competencia declarados por el Tribunal de Defensa de la Competencia sean superados por ventajas reales y efectivas para la economía nacional en su conjunto, aportadas por la ayuda pública en cuestión, o si la ayuda pública de que se trate es indispensable para la consecución de un objetivo de interés general. La decisión del Gobierno será pública. Con relación a las ayudas públicas otorgadas por otras Administraciones, el Gobierno, a la vista del contenido de la declaración formulada por el Tribunal de Defensa de la Competencia, propondrá a dichas

Administraciones, en su caso, la supresión o modificación de la ayuda pública o el régimen general de ayudas adoptado, así como las demás medidas conducentes al mantenimiento o restablecimiento de la competencia. La decisión del Gobierno será pública.

5. El Tribunal de Defensa de la Competencia podrá, en todo caso, recabar información de los órganos de la Administración con relación a las ayudas públicas ya otorgadas o a regímenes generales de ayudas ya adoptados. El Tribunal de Defensa de la Competencia podrá solicitar al Ministerio de Economía y Hacienda la iniciación de cuantas acciones sean necesarias con objeto de eliminar los efectos restrictivos en la competencia de una ayuda pública. Ello incluirá, en particular, el inicio de acciones con objeto de declarar la nulidad de los actos administrativos adoptados con relación a la ayuda pública en cuestión y la petición de medidas cautelares que impidan la concesión de una ayuda pública declarada restrictiva de la competencia.

6. Lo establecido en la presente Ley no afecta a las competencias de la Comisión Europea establecidas en el artículo 88 del Tratado de la Comunidad Europea respecto de las ayudas estatales que afectan a los intercambios comerciales entre los Estados miembros de la Unión Europea. En casos de concurrencia de procedimientos de aplicación, se aplicará lo establecido en el artículo 62 de esta Ley.

TÍTULO II

Del Tribunal de Defensa de la Competencia

CAPÍTULO I

Del régimen jurídico del Tribunal de Defensa de la Competencia

Artículo 25. La personalidad del Tribunal de Defensa de la Competencia.

1. Corresponde al Tribunal de Defensa de la Competencia la vigilancia del cumplimiento de las normas concurrentes, y la exigencia de las res-

ponsabilidades que se establecen en esta Ley, en caso de incumplimiento, ejerciendo las potestades administrativas que corresponden a estas competencias.

2. El Tribunal de Defensa de la Competencia es un Ente de Derecho Público, dotado de personalidad jurídica, con capacidad de obrar pública y privada, y plena autonomía e independencia en el ejercicio de su competencia, a los fines de esta Ley.

3. El Tribunal de Defensa de la Competencia se rige en el ejercicio de las potestades administrativas que corresponden a sus competencias por el derecho administrativo, y en el resto de su actuación y funcionamiento, por las normas de derecho privado.

4. El Tribunal de Defensa de la Competencia tiene su sede en la capital del Estado, su competencia se extiende a todo el territorio español y goza del tratamiento que corresponde al rango de sus miembros, y de los órganos que lo integran.

Artículo 26. Las competencias del Tribunal.

Con independencia de las competencias que se deriven del ordenamiento jurídico internacional y comunitario y de la jurisdicción ordinaria, el Tribunal de Defensa de la Competencia es el único competente para la vigilancia y el cumplimiento de las normas de la competencia establecidas en esta Ley.

Artículo 27. Competencias del Tribunal en materia de conductas restrictivas.

De acuerdo con esta Ley y sus disposiciones de desarrollo y aplicación, en materia de conductas restrictivas a la competencia o abusivas corresponde al Tribunal de Defensa de la Competencia:

a) La persecución de las conductas prohibidas.

b) Aprobar las directrices de aplicación de los artículos 1, 3 y 4 de esta Ley.

c) Ejercer la potestad sancionadora de la Administración Pública en materia de conductas o prácticas contra la competencia.

d) La iniciación, instrucción y resolución de los procedimientos derivados de estas competencias, así como su terminación convencional.

e) Cualquier otra que atribuya el ordenamiento jurídico interno, comunitario e internacional en materia de defensa de la competencia a las Administraciones Públicas.

Artículo 28. Competencias en materia de concentraciones.

En materia de concentraciones económicas corresponde al Tribunal:

a) La iniciación, instrucción y resolución de los procedimientos establecidos en el capítulo II del título I de esta Ley y los derivados de estas competencias.

b) Ejercer la potestad sancionadora de la Administración Pública en materia de cumplimiento de las normas sobre concentraciones económicas.

c) Aprobar las directrices a que se refiere el artículo 14.5.b) de esta Ley.

d) Cualquier otra que atribuya el ordenamiento jurídico nacional, comunitario e internacional, en materia de defensa de la competencia, a las Administraciones Públicas.

Artículo 29. Competencias en materia de ayudas públicas.

En materia de ayudas públicas corresponde al Tribunal:

a) Examinar, de oficio o a instancia de parte, las ayudas otorgadas a las empresas, con cargo a recursos públicos, en relación con sus efectos sobre las condiciones de competencia.

b) Ser interesado en cualquier procedimiento de concesión de ayudas públicas que se inicie por cualquier Administración Pública.

c) Requerir, a los mismos efectos señalados en el apartado anterior, con carácter previo a su concesión, los expedientes de concesión de ayudas públicas en tramitación en cualquier Administración Pública.

d) La iniciación, instrucción y resolución de los procedimientos establecidos en el capítulo III del título I de esta Ley y los derivados de estas competencias.

e) La remisión de sus actuaciones, cuando proceda a los órganos de control presupuestario y de cuentas de las Administraciones Públicas.

f) Cualquier otra que atribuya el ordenamiento jurídico nacional, comunitario e internacional en materia de defensa de la competencia a las Administraciones Públicas, respecto a las ayudas públicas.

Artículo 30. Competencias para el cumplimiento de los fines que le han sido atribuidos.

En relación con el cumplimiento de los fines que le han sido atribuidos para la ordenación del mercado, el Tribunal de Defensa de la Competencia es competente para:

1. Informar los Proyectos de normas con rango de Ley y los Convenios Internacionales que afecten a la competencia que, preceptivamente, deberá someterle el Gobierno con anterioridad al Dictamen del Consejo de Estado, si procede.

2. Dictaminar, con carácter preceptivo, los proyectos de disposiciones reglamentarias que afecten a la competencia.

3. Dictaminar con carácter preceptivo los proyectos de disposiciones reglamentarias de desarrollo de esta Ley, con anterioridad al Dictamen del Consejo de Estado y sin perjuicio de las observaciones de legalidad de éste.

4. Solicitar legítimamente, sin posibilidad de inadmisión, la iniciación del procedimiento de revisión de oficio por causas de nulidad de las disposiciones administrativas y de los actos administrativos dictados por las Administraciones Públicas, así como la anulación, cuando afecten a la competencia y se den estas causas de nulidad o de anulación.

5. Dirigir propuestas y remitir informes a cualquier órgano constitucional o de las Administraciones Públicas, en materias que afecten a la competencia.

6. Emitir informes sobre materias relativas a la libre competencia a solicitud de cualquier órgano constitucional o de las Administraciones Públicas, o de las

organizaciones empresariales, sindicales o de consumidores y usuarios.

7. Realizar los arbitrajes que le encomienden las Leyes.

8. Estudiar y someter al Gobierno las oportunas propuestas para la modificación de esta Ley y de cualquier otra que afecte directamente a la depuración del ordenamiento jurídico en materia de competencia, conforme a los dictados de la experiencia en la aplicación del derecho nacional y comunitario.

9. Cualquier otra función de carácter consultivo que se corresponda con el objeto constitutivo del Tribunal de Defensa de la Competencia.

Artículo 31. Competencias de investigación.

1. El Tribunal deberá estudiar e investigar los sectores económicos, analizando la situación y grado de competencia de cada uno de ellos, así como la posible existencia de prácticas restrictivas de la competencia. Como consecuencia de los estudios e investigaciones efectuados, propondrá a los poderes públicos la adopción de las medidas conducentes a la remoción de los obstáculos en los que se ampare la restricción.

2. El Tribunal promoverá y realizará estudios y trabajos de investigación en materia de competencia.

3. El Tribunal de Defensa de la Competencia emitirá anualmente un Informe Anual sobre la Competencia, incluidos los mercados sometidos a regulación sectorial, que presentará al Gobierno y a la Comisión de Economía del Congreso de los Diputados antes de su publicación y difusión. Este Informe Anual constituye, además, la Memoria Anual del Tribunal de Defensa de la Competencia.

Artículo 32. Competencias de colaboración internacional.

Al Tribunal de Defensa de la Competencia le corresponde la colaboración de las Administraciones Públicas y la Comisión Europea en la aplicación en España de las reglas comunitarias de la competencia. Asimismo, es el órgano de colaboración con el Gobierno en la cooperación internacional de España, en

materia de competencia, con organismos extranjeros e internacionales.

Artículo 33. Publicidad.

1. El Tribunal de Defensa de la Competencia publicará en el *Boletín Oficial del Estado*, y, en su caso, en el *Diario Oficial de las Comunidades Autónomas*, las resoluciones que adopte e informes que emita en aplicación de esta Ley.

2. Corresponde al Tribunal de Defensa de la Competencia la difusión de las normas y prácticas adecuadas de la competencia, a cuyo efecto editará, en cualquier soporte que estime adecuado, para su conocimiento y difusión:

a) Las normas nacionales e internacionales reguladoras de la competencia, así como las disposiciones de este mismo ámbito que protegen su libre ejercicio. Las resoluciones e informes que dicte en aplicación de esta Ley en su integridad, con excepción, en su caso, de los datos que puedan resultar confidenciales.

b) El Informe Anual de la Competencia y la intervención anual del Presidente en la Comisión de Economía del Congreso.

c) Las directrices que elabore sobre la aplicación e interpretación de esta Ley.

d) Las recomendaciones que el Parlamento remita al Tribunal de Defensa de la Competencia sobre materias de competencia.

e) La información sobre la organización, composición y funcionamiento del Tribunal de Defensa de la Competencia y los estudios e investigaciones que sobre la competencia entienda convenientes editar y difundir.

Artículo 34. Competencia de organización interna.

El Tribunal de Defensa de la Competencia es competente para establecer sus propias normas de funcionamiento interno y de gestión, en uso de su autonomía e independencia, de acuerdo a lo establecido en esta Ley y a los límites previstos en la Constitución y en las Leyes.

CAPÍTULO II

De la organización y funcionamiento del Tribunal de Defensa de la Competencia

SECCIÓN 1.^a DE LA COMPOSICIÓN Y NOMBRAMIENTO DE LOS VOCALES DEL TRIBUNAL

Artículo 35. Composición del Tribunal de Defensa de la Competencia.

1. El Tribunal de Defensa de la Competencia se compone de nueve Vocales, designados por el Gobierno de la Nación para un período no renovable de nueve años, salvo el supuesto previsto en el número 2 de este artículo y de acuerdo a lo establecido en esta sección. El Gobierno designará de entre los Vocales un Presidente y el Pleno del Tribunal elegirá, de acuerdo a sus normas internas de funcionamiento, un Vicepresidente entre sus Vocales.

2. Los Vocales del Tribunal de Defensa de la Competencia se renovarán por terceras partes cada tres años. El Gobierno, simultáneamente a cada renovación por tercios, podrá designar un nuevo Presidente, conservando el anterior la condición de Vocal hasta la extinción de su período máximo de designación. Las vacantes que se produzcan durante el período de duración de la designación de los Vocales se cubrirán por el Gobierno en el plazo de tres meses y tendrán la duración que reste al Vocal cuya vacante se cubre. Si la designación para cubrir la vacante se produce con una antelación inferior a los tres años del vencimiento del plazo de mandato del Vocal sustituido, podrá ser renovada su designación en la renovación ordinaria del Tribunal.

3. Los Vocales del Tribunal de Defensa de la Competencia cesarán en su cargo: *a)* Por renuncia. *b)* Por expiración del término de su mandato. *c)* Por pérdida de la capacidad jurídica para ser Vocal del Tribunal o por incompatibilidad sobrevenida, estimada, por decisión administrativa o judicial firme, de acuerdo al régimen de incompatibilidades de altos cargos. *d)* Por haber sido condenado por delito doloso. *e)* Por incapacidad permanente. *f)* Por decisión del Gobier-

no, previo informe conforme de la Comisión de Economía del Congreso de los Diputados adoptada por mayoría de las tres quintas partes de sus miembros, a propuesta de tres cuartas partes de los Vocales del Tribunal, acordado en Pleno y determinado por incumplimiento grave de los deberes de su cargo.

4. El Presidente y el Vicepresidente cesan en su específica responsabilidad como tales, además, en los supuestos previstos en los casos de renovación por tercios del Tribunal de Defensa de la Competencia, respecto al Presidente o en las normas de funcionamiento interno respecto al Vicepresidente.

5. Los Vocales del Tribunal de Defensa de la Competencia, incluido el Presidente y el Vicepresidente, sólo podrán ser suspendidos en el ejercicio de su cargo, por decisión de la autoridad judicial o administrativa competente:

a) Cuando se dictare contra ellos auto de prisión o de procesamiento por delito doloso. *b)* Cuando se acuerde en expediente disciplinario. *c)* Por sentencia firme condenatoria que imponga la suspensión como pena principal o accesoria.

Artículo 36. La designación de los Vocales del Tribunal de Defensa de la Competencia.

1. Para la designación de los Vocales del Tribunal de Defensa de la Competencia, el Gobierno instruirá un procedimiento de designación, seleccionando a los Vocales entre personas de reconocido prestigio entre los Magistrados, Profesores de Universidad, funcionarios públicos, Abogados, Economistas, miembros del Consejo de Estado y personas procedentes de sectores económicos y empresariales.

2. La designación de los Vocales del Tribunal de Defensa de la Competencia se motivará por el Gobierno, justificando la idoneidad de cada una de las personas seleccionadas y el pluralismo en la composición del Tribunal de Defensa de la Competencia, con expresión de la persona que vaya a designar como Presidente, en su caso, del Tribunal.

3. Con carácter previo a la adopción de la decisión de designación de los

Vocales, el Tribunal y, en su caso, del Presidente, el Gobierno remitirá, preceptivamente, testimonio del procedimiento de designación instruido al Congreso de los Diputados, a efectos de examen de los candidatos por la Comisión de Economía de la Cámara y la emisión de un informe sobre la composición del Tribunal de Defensa de la Competencia. La Comisión de Economía por acuerdo de las tres quintas partes de sus miembros, emitirá su informe, en el que constará su aceptación o veto razonado, en el plazo máximo de tres meses desde la recepción de la comunicación. Transcurrido dicho plazo sin haberse emitido el informe, el Gobierno podrá nombrar a las personas incluidas en la comunicación. Los Vocales del Tribunal de Defensa de la Competencia ejercerán sus cargos con dedicación absoluta y están sujetos al régimen de incompatibilidades establecidas con carácter general para los altos cargos de la Administración General del Estado. Se exceptúa de lo anterior el desempeño ocasional de cargo o actividades en organismos internacionales en representación o por encargo las Administraciones Públicas, libremente aceptada, por los que no se percibirá otras retribuciones, compensaciones u honorarios que pudieran corresponder de acuerdo al régimen de incompatibilidades señalado.

SECCIÓN 2.^a DE LA ORGANIZACIÓN DEL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Artículo 37. Los órganos del Tribunal de Defensa de la Competencia.

1. El Tribunal de Defensa de la Competencia se organiza de acuerdo con lo establecido en esta Ley, la Ley de Organización y Funcionamiento de Administración General del Estado y sus propias normas internas de funcionamiento.

2. Son órganos administrativos del Tribunal de Defensa de la Competencia: a) El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia. b) Las Comisiones Delegadas del Pleno. c) El Presidente del Tribunal. d) El Vicepresidente del Tribunal. f) Los Vocales del Tribunal de Defensa de la Competencia que tengan

delegadas competencias de las establecidas en el artículo 21 de esta Ley. g) El Servicio de Defensa de la Competencia.

3. El Tribunal de Defensa de la Competencia funciona en Pleno con las competencias de esta Ley a él atribuidas. Su ejercicio es irrenunciable, salvo los supuestos de delegación, avocación o revocación que establece y la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Artículo 38. El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia.

1. El Pleno es el órgano colegiado supremo del Tribunal de Defensa de la Competencia, integrado por el Presidente, el Vicepresidente y los Vocales, y constituido en sesión plenaria de sus miembros.

2. Las competencias del Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia son las establecidas en los artículos 27 a 32 de esta Ley, pero se pueden delegar en el Presidente, Vicepresidente o los Vocales del Tribunal, salvo la resolución de los procedimientos en materia de acuerdos o prácticas restrictivas a la competencia, concentraciones y ayudas públicas, incluso su terminación convencional.

3. Tampoco serán delegables: a) La aprobación y remisión de los informes y dictámenes relativos a los proyectos de normas con rango de Ley, los proyectos de disposiciones reglamentarias y los Convenios internacionales que afecten a la competencia. b) El acuerdo de solicitud de la iniciación de los procedimientos de revisión de oficio por causas de nulidad de las disposiciones administrativas y de los actos administrativos dictados por las Administraciones Públicas, así como la anulación, cuando afecten a la competencia y se den estas causas de nulidad o de anulación. c) La aprobación de las propuestas para la modificación de esta Ley y de cualquier otra que afecte directamente a la depuración del ordenamiento jurídico en materia de competencia, conforme a los dictados de la experiencia en la aplicación del derecho nacional y comunitario. d) La aprobación de las directrices a aplicar al ejercicio de

sus competencias. *e)* La aprobación del informe anual de la competencia y del código de conducta.

4. En materia de organización y funcionamiento interno, serán indelegables: *a)* La aprobación de las normas de organización y funcionamiento interno. *b)* La elección del Vicepresidente del Tribunal de Defensa de la Competencia. *c)* La designación del Secretario del Tribunal. *d)* La resolución de las recusaciones, incompatibilidades y correcciones disciplinarias de los miembros del Pleno, sin perjuicio de las competencias generales, en esta materia, establecidas en la Ley de Incompatibilidades de Altos Cargos. *e)* La consideración de incapacidad o incumplimiento grave de sus funciones en el Presidente, el Vicepresidente o los Vocales del Tribunal de Defensa de la Competencia. *f)* Aprobación del anteproyecto anual de presupuesto de gastos e ingresos del Tribunal de Defensa de la Competencia a remitir al Ministerio de Economía y Hacienda. *g)* La aprobación de las relaciones de puestos de trabajo de personal funcionario y de personal laboral para su tramitación legal. *h)* La aprobación del plan de publicación y difusión de las normas y estudios de la competencia. *i)* Los acuerdos de delegación de competencias propias y los de delegación de otros órganos del Tribunal de Defensa de la Competencia.

5. El Pleno se entiende válidamente constituido cuando asistan el Presidente, o, en su caso, el Vicepresidente y, al menos, cuatro Vocales, y estará asistido, en sus sesiones, por un Secretario que pertenecerá al personal al servicio del Tribunal de Defensa de la Competencia, de acuerdo a las normas de funcionamiento interno del Tribunal.

Artículo 39. Las Comisiones Delegadas del Tribunal de Defensa de la competencia.

1. Las Comisiones Delegadas son órganos colegiados del Tribunal de Defensa de la Competencia que el Pleno puede constituir de acuerdo con las normas de organización y funcionamiento interno y la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

2. Los miembros de las Comisiones Delegadas son Vocales del Tribunal de Defensa de la Competencia, aunque pueden integrarse en ellas personal al servicio del Tribunal. La formación de la voluntad colegiada del órgano pertenece, en exclusiva, a los Vocales del Tribunal de Defensa de la Competencia que la compongan.

3. Las Comisiones Delegadas tienen las competencias que le atribuya el Pleno, por delegación. Estas competencias no son delegables.

Artículo 40. El Presidente del Tribunal de Defensa de la Competencia.

1. El Presidente del Tribunal de Defensa de la Competencia ostenta la representación legal del Tribunal, tiene los derechos que corresponden al rango de Secretario de Estado, y ejerce las competencias establecidas en esta Ley y todas aquellas que le delegue el Pleno.

2. Corresponde al Presidente del Tribunal de Defensa de la Competencia: *a)* Legitimar las decisiones del Pleno del Tribunal, adoptadas en las sesiones que presida, con el refrendo del Secretario. *b)* Convocar el Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia y presidir sus sesiones. *c)* Mantener el buen orden y gobierno del Tribunal, velando por el adecuado cumplimiento y aplicación de las normas de organización y funcionamiento del Tribunal. *d)* Dar cuenta al Gobierno de las vacantes que se produzcan en el Tribunal. *e)* Mantener las relaciones externas del Tribunal de Defensa de la Competencia con las Cámaras Legislativas del Estado y con las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, con los órganos jurisdiccionales y con otros órganos reguladores sectoriales de la competencia. *f)* Conceder licencias y permisos al personal del Tribunal. *g)* Ordenar los gastos y autorizar los ingresos. *h)* Resolver los asuntos cuya competencia no esté atribuida al Pleno o a otro órgano del Tribunal.

3. El Presidente del Tribunal de Defensa de la Competencia presentará el Informe Anual de la Competencia mediante comparecencia ante la Comisión de Economía del Congreso de los

Diputados antes del 30 de junio de cada año y dará cuenta de las actividades del Tribunal en ese período, así como de los objetivos del Tribunal en el ejercicio en curso.

4. Las competencias y funciones propias del Presidente no son delegables ni sustituibles, pudiendo ser ejercidas por el Vicepresidente únicamente en los supuestos de suplencia previstos en esta Ley.

Artículo 41. El Vicepresidente y los Vocales del Tribunal de Defensa de la Competencia.

1. El Vicepresidente del Tribunal de Defensa de la Competencia es el Vocal del Tribunal elegido por el Pleno para suplir al Presidente en los casos de vacante, ausencia o enfermedad de éste, y tiene las competencias que le atribuya el Pleno del Tribunal.

2. Los Vocales del Tribunal de Defensa de la Competencia tienen el derecho y la obligación de asistir a las reuniones del Pleno del Tribunal, participar en sus sesiones y adoptar las decisiones del Tribunal en los términos, con las responsabilidades y derechos establecidos en esta Ley y los que se deriven del resto del ordenamiento jurídico que resulte de aplicación. Ejercen, además de las funciones propias de miembro del Pleno, las competencias que el Pleno les delegue, de acuerdo a lo establecido en el artículo 38 de esta Ley.

3. El Vicepresidente y los Vocales del Tribunal de Defensa de la Competencia tienen los derechos correspondientes al rango de Director general.

SECCIÓN 3.^a DEL FUNCIONAMIENTO DEL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Artículo 42. Normas de funcionamiento.

1. El Tribunal de Defensa de la Competencia funciona con sujeción a la Constitución, a esta Ley y al ordenamiento jurídico que resulte de aplicación a través de los órganos establecidos en esta Ley y las unidades funcionales que puedan establecer las normas de organización y

funcionamiento interno que apruebe el Pleno.

2. Las normas de organización y funcionamiento interno establecerán la atribución de las competencias orgánicas en materia de gestión de personal y servicios comunes del Tribunal de Defensa de la Competencia.

3. El personal al servicio del Tribunal de Defensa de la Competencia se registrará por las normas propias del derecho laboral, salvo los que ocupen puestos de trabajo que tengan atribuido el ejercicio de potestades administrativas, que estarán reservados a funcionarios públicos.

4. La selección, nombramiento y, en su caso, contratación del personal al servicio del Tribunal de Defensa de la Competencia, con excepción del Director del Servicio de Defensa de la Competencia, se hará mediante convocatoria pública y de acuerdo a los principios de mérito y capacidad. Únicamente podrá nombrarse mediante el procedimiento de libre designación al personal directivo del Tribunal, sin perjuicio, en ningún caso, de los principios mencionados de mérito y capacidad. Dicho personal estará sujeto al régimen de incompatibilidades establecido con carácter general para el personal al servicio de las Administraciones Públicas.

Artículo 43. Financiación y control del Tribunal de Defensa de la Competencia.

1. Constituyen recursos financieros del Tribunal de Defensa de la Competencia: *a)* Las transferencias que le efectúe el Ministerio de Economía y Hacienda incluidas en el Programa Presupuestario del Tribunal de Defensa de la Competencia de los Presupuestos Generales del Estado. *b)* Las tasas y precios públicos que perciba por la realización de sus actividades. *c)* Los bienes y valores que pueden constituir su patrimonio y los productos y rentas de éstos. *d)* Cualesquiera otros recursos que pueda obtener de acuerdo con el régimen jurídico aplicable y lo establecido en las Leyes.

2. Estarán afectos a los servicios del Tribunal de Defensa de la Competencia los bienes inmuebles y el material que precise para el cumplimiento de su fines,

asignados por el Ministerio de Economía y Hacienda.

3. El importe que resulte de la gestión anual de la Tasa por Estudio y Análisis de las Operaciones de Concentración se aplicará a los fines del Tribunal de Defensa de la Competencia.

4. El Tribunal de Defensa de la Competencia elaborará anualmente el Anteproyecto de Presupuesto de Gastos e Ingresos, con la estructura que le señale, a efectos de programas presupuestarios, el Ministerio de Economía y Hacienda, para su remisión a éste, de acuerdo con las competencias presupuestarias de este Departamento ministerial, para su inclusión en el Proyecto de Presupuestos Generales del Estado y posterior remisión a las Cortes Generales.

5. El régimen de modificaciones presupuestarias durante el ejercicio se ajustará a lo establecido para los Departamentos ministeriales en la Ley General Presupuestaria.

6. El control económico y financiero del Tribunal de Defensa de la Competencia se llevará a cabo, exclusivamente, mediante comprobaciones periódicas o procedimientos de auditoría, a cargo de la Intervención General del Estado y mediante las funciones propias del Tribunal de Cuentas.

Artículo 44. Relaciones con los órganos reguladores.

1. Los órganos reguladores sectoriales podrán dirigir a los operadores económicos instrucciones en los términos previstos en su Ley reguladora para salvaguardar la competencia en sus mercados.

2. Lo dispuesto en el apartado anterior se entiende sin perjuicio de las atribuciones del Tribunal de Defensa de la Competencia para la aplicación de las normas contenidas en esta Ley.

3. La instrucción de los expedientes para la persecución de las conductas prohibidas por esta Ley podrá ser realizada por dichos órganos reguladores, en los términos que reglamentariamente se establezca.

4. Los órganos reguladores sectoriales colaborarán en todo caso con el Tribunal de Defensa de la Competencia en

la instrucción de los expedientes por infracción de las normas recogidas en esta Ley.

5. En todos los procedimientos previstos en esta Ley se solicitará el informe preceptivo de los órganos reguladores sectoriales cuando, por razón de la materia, el procedimiento afecte a las competencias de dichos órganos. También se solicitará ese informe cuando se dicten las directrices que afecten a los sectores correspondientes.

Artículo 45. Relaciones con los órganos de la jurisdicción ordinaria.

El Tribunal de Defensa de la Competencia deberá informar, previa consulta de los órganos de la jurisdicción ordinaria, sobre la existencia de prácticas restrictivas de la competencia prohibidas por los artículos 1, 3 y 4 de esta Ley. En el informe, el Tribunal determinará si las prácticas objeto de la consulta pueden considerarse conductas autorizadas por la Ley y, en su caso, si pueden ser susceptibles de exención.

Artículo 46. Código de Conducta.

El Tribunal de Defensa de la Competencia elaborará un Código de Conducta donde se recojan, entre otras, las normas sobre las reuniones que el Presidente del Tribunal y sus Vocales celebren con representantes de los poderes públicos, otras instituciones, públicas o privadas, nacionales o internacionales, y las empresas.

CAPÍTULO III

Del Servicio de Defensa de la Competencia

Artículo 47. Adscripción y funciones.

El Servicio de Defensa de la Competencia es el órgano del Tribunal de Defensa de la Competencia encargado de la instrucción de los expedientes por conductas prohibidas por esta Ley. La materia de concentraciones económicas, tendrá la intervención que se indica en el artículo 22 de esta Ley.

Artículo 48. Del Director del Servicio de Defensa de la Competencia.

El Director del Servicio de Defensa de la Competencia ostenta la jefatura del

mismo. Será nombrado entre funcionarios por el Tribunal de Defensa de la Competencia en la forma que reglamentariamente se establezca.

CAPÍTULO IV

De la colaboración de la Administración y de las facultades de investigación e inspección en la instrucción de los expedientes

Artículo 49. Deberes de colaboración e información.

1. Toda persona natural o jurídica queda sujeta al deber de colaboración con el Tribunal de Defensa de la Competencia y está obligada a proporcionar, a requerimiento de cualquiera de sus órganos, toda clase de datos e informaciones necesarios para la aplicación de esta Ley.

2. El incumplimiento de la obligación establecida en el número anterior será sancionado con multa de 50.000 a 5.000.000 de pesetas, que será impuesta bien por el Pleno del Tribunal, bien por el Director del Servicio de Defensa de la Competencia, según cuál sea la fase del procedimiento en el que se haya producido el incumplimiento.

Artículo 50. Funciones de investigación e inspección.

1. Los funcionarios, debidamente autorizados por el Director del Servicio de Defensa de la Competencia, podrán realizar las investigaciones necesarias para la debida aplicación de esta Ley.

2. Los funcionarios, en el curso de las inspecciones, podrán examinar, obtener copias o realizar extractos de los libros, documentos, incluso de carácter contable, y, si procediera, retenerlos por un plazo máximo de diez días. En el curso de las inspecciones podrán solicitar explicaciones verbales.

Artículo 51. Investigación domiciliaria.

1. El acceso a los locales podrá realizarse con el consentimiento de sus ocupantes o mediante mandamiento judicial.

2. Si hubiera existido consentimiento de los ocupantes, el funcionario habilitado mostrará el oficio y entregará copia

en que conste su designación por el Director del Servicio de Defensa de la Competencia, los sujetos investigados, los datos, documentos y operaciones que habrán de ser objeto de la inspección, la fecha en que la actuación deba practicarse y el alcance de la investigación.

3. El mandamiento judicial lo solicitará el Director del Servicio de Defensa de la Competencia, y en el oficio se harán constar los datos previstos en el número anterior. El Juez o Tribunal competente resolverá en el plazo máximo de cuarenta y ocho horas.

4. De todas las entradas en locales y de la inspección se levantará un acta firmada por el funcionario autorizado y por uno de sus ocupantes, a la que se adjuntará, en su caso, la relación de documentos retenidos temporalmente.

5. El funcionario expedirá una copia del acta a nombre de la persona que haya autorizado la entrada en el local. Si la entrada e inspección se hubiera realizado en virtud de mandamiento judicial, el original del acta y los documentos retenidos, en su caso, se entregarán al Juez o Tribunal correspondiente, el cual diligenciará una copia a nombre del funcionario que ha llevado a cabo la inspección y otra a nombre del ocupante ante el cual se ha realizado la investigación. También se entregará, en su caso, al funcionario la documentación retenida.

6. Los datos e informaciones obtenidos sólo podrán ser utilizados para las finalidades previstas en esta Ley.

TÍTULO III

De la Dirección General de la Competencia

SECCIÓN 1.^a FUNCIONES

Artículo 52. Funciones.

1. La Dirección General de Defensa de la Competencia estará integrada en el Ministerio competente por razón de la materia.

2. La Dirección General de Defensa de la Competencia velará por el mantenimiento en los sectores económicos del mercado interior español de una situación

de competencia efectiva. A tales efectos, la Dirección podrá denunciar ante el Tribunal de Defensa de la Competencia a los operadores económicos que incumplan los mandatos contenidos en esta Ley.

3. También son funciones de la Dirección General de Defensa de la Competencia: *a)* Vigilar la ejecución y cumplimiento de las resoluciones que el Tribunal de Defensa de la Competencia adopte en aplicación de esta Ley. *b)* Llevar el Registro de la Competencia. *c)* Aprobar un programa anual de evaluación de las consecuencias de la aplicación de las reglas de competencia que permita orientar la dedicación de medios, la evolución de la doctrina y los remedios adoptados. *d)* Proponer al Gobierno las directrices de política de defensa de la competencia. *e)* Cooperar, en colaboración con el Tribunal, en materia de competencia, con organismos extranjeros e instituciones internacionales.

SECCIÓN 2.^a DEL REGISTRO DE LA COMPETENCIA

Artículo 53. Carácter público del Registro y actos inscribibles.

El Registro de Defensa de la Competencia será público, y en él se inscribirán los acuerdos, decisiones, recomendaciones y prácticas que el Tribunal haya declarado prohibidos total o parcialmente. También se inscribirán las operaciones de concentración de empresas o toma de control y las decisiones en materia de ayudas públicas. A estos efectos, el Tribunal dará traslado a la Dirección General de la Competencia de sus resoluciones.

TÍTULO IV Del procedimiento

CAPÍTULO I

Del procedimiento en materia de acuerdos y prácticas prohibidas

SECCIÓN 1.^a DEL PROCEDIMIENTO ANTE EL SERVICIO

Artículo 54. Iniciación del procedimiento

1. El procedimiento se inicia por el Servicio de Defensa de la Competencia,

de oficio o a instancia de parte interesada. La denuncia de las conductas prohibidas por esta Ley es pública; cualquier persona, interesada o no, puede formularla ante el Servicio, que iniciará expediente cuando se observen indicios racionales de su existencia. El Presidente del Tribunal de Defensa de la Competencia, el Pleno o una Comisión Delegada podrá ordenar al Servicio la apertura del expediente cuando tuviera conocimiento de hechos que pudieran ser constitutivos de una infracción de esta Ley.

2. La denuncia se presentará en la forma y con el contenido que reglamentariamente se determine, que, como mínimo, deberá contener:

— Nombre o razón social y domicilio del denunciante y, en el caso de que actúe por medio de representante, acreditación de la representación y domicilio a efecto de notificaciones.

— Nombre o razón social y domicilio del denunciado o denunciados.

Hechos de los que se deriva la existencia de infracción y pruebas y, en su caso, de los mismos.

— Intereses legítimos, de acuerdo con el artículo 31 de la Ley 30/1992, para poder ser considerado interesado en el eventual expediente sancionador.

3. Ante la noticia de la posible existencia de una infracción, el Servicio podrá proceder a la instrucción de una información reservada antes de resolver la iniciación de expediente sancionador, incluso con investigación domiciliaria de las empresas implicadas. Cuando el Servicio considere que no hay indicios de infracción de la Ley de Defensa de la Competencia, podrá no iniciar el procedimiento y acordar el archivo de las actuaciones. En las diligencias que se practiquen durante la información reservada deberá contar el alcance de la investigación; la investigación reservada no podrá exceder del plazo de tres meses desde que el Servicio tuvo noticia de la existencia de una posible infracción.

4. En la providencia en que se acuerde la iniciación del expediente se nombrará un Instructor y, en su caso, un Secretario. Todo eso se notificará a los interesados.

5. Iniciado el expediente, se podrá publicar una nota sucinta sobre los extremos fundamentales del mismo, al objeto de que cualquiera pueda aportar información en un plazo que no excederá de quince días. La referida nota podrá publicarse en el *Boletín Oficial del Estado* y, en su caso, en cualquier medio de difusión que garantice una publicidad suficiente.

6. El Servicio, por propia iniciativa o a instancia de los interesados, podrá disponer la acumulación de expedientes cuando entre ellos exista una conexión directa.

Artículo 55. Supuestos de inadmisión y terminación convencional.

1. El Servicio de Defensa de la Competencia podrá proponer al Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia: a) La no iniciación de los procedimientos derivados de la presunta realización de las conductas prohibidas por los artículos 1, 3 y 4, y que por escasa importancia no afecten de manera significativa a las condiciones de competencia. b) La terminación convencional de una investigación que se haya iniciado de oficio o a instancia de parte interesada por posible infracción de los artículos 1, 3 y 4 de la Ley, siempre que la misma no resulte contraria a lo dispuesto en esta Ley y tenga por objeto satisfacer el interés público.

2. En los procedimientos de terminación convencional, el Servicio determinará quiénes son los interesados en el asunto, con el fin de que puedan ser oídos en el curso del mismo. La terminación convencional de los procedimientos no podrá acordarse en aquellos casos en que resulte contraria al ordenamiento jurídico, no tenga por objeto la satisfacción del interés público o resulte perjudicial para terceros. Tampoco podrá acordarse en la terminación convencional una vez dictada la providencia de iniciación del expediente. Las propuestas para la terminación convencional de una investigación deberán establecer, como contenido mínimo, la identificación de las partes intervinientes; el ámbito personal, territorial y temporal; el objeto de los compromisos, y el alcance de los mismos.

Dichos acuerdos deberán ser adoptados por el Director del Servicio y los interesados.

3. La propuesta de terminación convencional deberá ser elevada al Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia para su aprobación. Recibida la propuesta, el Tribunal publicará la propuesta en el *Boletín Oficial del Estado*, para que cualquier interesado pueda personarse en el expediente, y, por plazo de quince días, formular alegaciones. Si el Tribunal considerara razonable los motivos de la oposición, denegará la terminación convencional. Si no se hubiera formulado oposición, este Tribunal decidirá sobre su aprobación o denegación. Si la aprobara, publicará una resolución, y, en caso contrario, ordenará el Servicio la continuación del expediente sancionador.

Artículo 56. Instrucción del expediente sancionador.

1. El Servicio de Defensa de la Competencia practicará los actos de instrucción necesarios para el esclarecimiento de los hechos y la determinación de responsabilidades. Los hechos que puedan ser constitutivos de infracción se recogerán en un pliego de concreción de hechos, que se notificará a los presuntos infractores para que, en un plazo de quince días, puedan contestarlo y, en su caso, proponer las pruebas que consideren pertinentes y, cerrado el período probatorio, efectuar su valoración en el plazo de diez días. Las pruebas propuestas por los presuntos infractores serán recogidas en el informe del Servicio, expresando su práctica o, en su caso, denegación. Contra el acuerdo de denegación, los interesados podrán interponer recurso ante el Tribunal de Defensa de la Competencia.

2. Los interesados podrán, en cualquier momento del procedimiento, aducir alegaciones, que serán tenidas en cuenta por el Servicio al redactar el informe al que se refiere el número siguiente.

3. El Servicio, una vez instruido el expediente, lo remitirá al Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia, acompañándolo de un informe que exprese las conductas observadas, sus antece-

denes, sus autores, los efectos producidos en el mercado, la calificación que le merezcan los hechos y las responsabilidades que corresponden a los autores.

4. Cuando tras la instrucción necesaria el Servicio considere que no se ha acreditado la existencia de prácticas prohibidas, redactará la propuesta de sobreseimiento que se notificará a los interesados para que en el plazo de diez días hagan las alegaciones pertinentes. Posteriormente, el Servicio podrá acordar el sobreseimiento del expediente con archivo de las actuaciones. Contra dicho acuerdo podrá interponerse recurso contencioso-administrativo.

SECCIÓN 2.^a DEL PROCEDIMIENTO ANTE EL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Artículo 57. Admisión a trámite del expediente.

El Tribunal, recibido el expediente, resolverá sobre su admisión en un plazo de cinco días, teniendo en cuenta si se han aportado al mismo los antecedentes necesarios. En otro caso, interesará del Servicio la práctica de las diligencias oportunas, los cuales podrán ser cumplimentados con los que éste considere pertinentes.

Artículo 58. Tramitación.

1. Si el Tribunal admitiese a trámite el expediente lo pondrá de manifiesto a los interesados por el plazo de quince días, dentro del cual podrán realizar las alegaciones que estimen oportunas.

2. Eventualmente, los interesados podrán solicitar la apertura de un período de prueba que excepcionalmente podrá ser acordado por el Tribunal cuando juzgue que ha sido imposible practicar las pruebas propuestas en el período de instrucción ante el Servicio.

Artículo 59. Vista o escrito de conclusiones.

1. El Tribunal acordará la celebración de vista cuando lo estime necesario. En otro caso, concederá a los interesados

un plazo de quince días para formular conclusiones.

2. La celebración de la vista será reservada y contradictoria, y en ella interverán los interesados, sus representantes y el Servicio de Defensa de la Competencia. El Tribunal podrá también requerir la presencia en la vista de aquellas personas que considere necesarias. El Servicio podrá formular el escrito de conclusiones o resumen del expediente.

Artículo 60. Diligencias para mejor proveer.

1. Después de la vista o transcurrido el plazo de formulación de conclusiones, y antes de dictar resolución, el Tribunal podrá acordar, para mejor proveer, la práctica de cualquier diligencia de prueba, incluso la de declaración de los interesados y la de reconocimiento, y recabar nuevos informes del Servicio o de cualquier otro organismo, público o privado, y de autoridades o particulares sobre las cuestiones que el propio Tribunal determine.

2. La providencia que las acuerde establecerá el plazo en que deban practicarse, siempre que fuera posible fijarlo, y la intervención que los interesados hayan de tener.

3. Todas las pruebas acordadas como diligencia para mejor proveer se practicarán ante el Tribunal o ante el Vocal designado a tal fin.

Artículo 61. Audiencia del Instructor y resolución del expediente.

1. El Tribunal, cuando lo estime conveniente, podrá convocar al Instructor para que le ilustre sobre aspectos determinados del expediente. Se oírán en cada caso al Instructor cuando el Tribunal, al dictar resolución, estime que la cuestión sometida a su conocimiento pudiera no haber sido apreciada debidamente por el Servicio, al ser susceptible de otra calificación. La nueva calificación se someterá a los interesados para que en el plazo de quince días formulen las alegaciones que estimen oportunas, con suspensión del plazo para resolver.

2. El Tribunal, concluidas las actuaciones, dictará resolución en el plazo máximo de veinte días.

3. Las resoluciones del Tribunal ponen fin a la vía administrativa.

Artículo 62. Concurrencia con procedimiento ante los órganos comunitarios.

1. El Tribunal podrá aplazar la resolución, a petición de parte, si se acreditase 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.

2. Si se hubiera impuesto sanción por los órganos comunitarios, el Tribunal deberá tenerla en cuenta a efectos de graduar la que corresponda según la presente Ley, pudiendo compensarla, sin perjuicio de declarar la infracción.

SECCIÓN 3.^a DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

Artículo 63. Clases y procedimiento para acordarlas.

1. El Servicio, una vez iniciado el expediente, podrá, en cualquier momento, de oficio o a instancia de los interesados, proponer al Tribunal de Defensa de la Competencia las medidas cautelares necesarias tendientes a asegurar la eficacia de la resolución que en su momento se dicte y, en especial, las siguientes: *a)* Órdenes de cesación o de imposición de condiciones determinadas para evitar el daño que pudieran causar las conductas a que el expediente se refiere. *b)* Fianza de cualquier clase excepto la personal, declarada bastante por el Tribunal para responder de la indemnización de los daños y perjuicios que se pudieran causar. En el caso de que sean los interesados quienes propongan la adopción de medidas cautelares, el Tribunal podría exigir la prestación de fianza a los mismos.

2. El Servicio resolverá expresamente sobre las medidas cautelares en el pla-

zo de quince días. Contra la denegación de las medidas cautelares, los interesados podrán interponer recurso ante el Tribunal. No se podrán dictar medidas cautelares que puedan originar perjuicios irreparables a los interesados o que impliquen violación de derechos fundamentales.

3. El Tribunal oírán a los interesados en el plazo de cinco días y resolverán en el de tres, sobre la procedencia de las medidas.

4. El Tribunal, por sí o a propuesta del Servicio, para asegurar el cumplimiento de las medidas cautelares, podrá imponer multas coercitivas con las garantías y en las cuantías previstas en el artículo 11.

5. El Servicio podrá proponer al Tribunal, de oficio o a instancia de parte, en cualquier momento del expediente, la suspensión, modificación o revocación de las medidas cautelares, en virtud de circunstancias sobrevenidas o que no pudieran ser conocidas al tiempo de su adopción.

6. Las medidas cautelares cesarán, en todo caso, cuando se ejecute la resolución del Tribunal.

SECCIÓN 4.^a DE LAS RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL

Artículo 65. Contenido, aclaración y publicidad.

1. Las resoluciones del Tribunal podrán declarar: *a)* La existencia de prácticas o acuerdos prohibidos. *b)* La existencia de un abuso de posición dominante. *c)* No resultar acreditada la existencia de prácticas prohibidas. *d)* La declaración de que se trata de acuerdos o prácticas exceptuables.

2. Las resoluciones del Tribunal podrán contener: *a)* La orden de cesación de las prácticas prohibidas en un plazo determinado. *b)* La imposición de condiciones u obligaciones determinadas. *c)* La orden de remoción de los efectos de las prácticas prohibidas contrarias al interés público. *d)* La imposición de multas. *e)* Y cualesquiera otras medidas cuya adopción les autoriza la presente Ley.

4. El Tribunal podrá adoptar de oficio o a instancia de parte, aclarar conceptos oscuros o suplir cualquier omisión que contengan sus resoluciones. Las aclaraciones o adiciones podrán hacerse dentro de los cinco días hábiles siguientes a la notificación de la resolución o, en su caso, a la petición de aclaración o adición, que deberá presentarse dentro del plazo improrrogable de tres días siguientes al de la notificación. Los errores materiales y los aritméticos podrán ser rectificadas en cualquier momento.

5. Las resoluciones sancionadoras del Tribunal, una vez notificados a los interesados, se publicarán en el *Boletín Oficial del Estado* y en la forma que aquél estime adecuada, en uno o varios diarios de ámbito nacional y de las provincias donde tengan el domicilio o realicen las prácticas las personas o empresas sancionadas. El coste de la inserción de las resoluciones correrá a cargo de la persona o empresa sancionada. El Tribunal podrá, asimismo, acordar la publicación de sus resoluciones no sancionadoras, en la forma prevista en el párrafo anterior.

SECCIÓN 5.^a DE LOS RECURSOS

Artículo 66. Recurso contra los actos de archivo y de trámite dictados por el Servicio.

Los actos de archivo y de trámite del Servicio que determinen la imposibilidad de continuar un procedimiento, o denieguen la práctica de pruebas, o produzcan indefensión, serán recurribles ante el Tribunal en el plazo de diez días.

Artículo 67. Trámites y resolución.

1. El recurso se presentará ante el Tribunal, el cual ordenará al Servicio que le remita el expediente con su informe en el plazo de tres días.

2. En el caso de que el Tribunal aprecie que el recurso ha sido interpuesto fuera de plazo, lo rechazará sin más trámite.

3. Recibido el expediente, lo pondrá de manifiesto a los interesados, para que en el plazo de quince días aleguen y presenten los documentos y justificaciones que estimen pertinentes.

4. Cumplido el trámite anterior, el Tribunal resolverá en el plazo de diez días.

Artículo 68. Recursos contra las resoluciones del Tribunal.

Contra la adopción de medidas cautelares y las resoluciones definitivas del Tribunal de Defensa de la Competencia no cabe ningún recurso en vía administrativa y sólo podrá interponerse recurso contencioso-administrativo.

CAPÍTULO II

Disposiciones comunes

Artículo 69. Supletoriedad de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Los procedimientos administrativos en materia de defensa de la competencia se regirán por su normativa específica y, supletoriamente, por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Artículo 70. Colaboración de las Administraciones Públicas.

1. Todas las Administraciones Públicas están obligadas a suministrar información y a emitir los informes que se les soliciten.

2. El Tribunal de Defensa de la Competencia, en cualquier fase del procedimiento, podrá recabar la colaboración de las Comunidades Autónomas. A tal efecto, se les dará traslado de las actuaciones integrantes del expediente que sean relevantes para la adecuada prestación de la colaboración recabada.

3. Las Comunidades Autónomas, por su parte, podrán aportar las informaciones y observaciones que consideren oportunas, las cuales se unirán al expediente.

Artículo 71. Deber de secreto.

1. Todos los que tomen parte en la tramitación de los expedientes previstos en esta Ley o que conozcan tales expedientes por razón de profesión o cargo

están obligados a guardar secreto sobre los hechos de que hayan tenido conocimiento a través de ellas.

2. Sin perjuicio de las responsabilidades penales y civiles que pudieran corresponder a los infractores del deber de sigilo, la violación de éste se considerará siempre falta administrativa muy grave.

Artículo 72. Tratamiento de información confidencial.

El Servicio y el Tribunal de Defensa de la Competencia en cualquier momento del expediente podrán ordenar, de oficio o a instancia del interesado, que se mantengan secretos los datos o documentos que consideren confidenciales, formando con ellos pieza separada. Esta confidencialidad se mantendrá en el recurso contencioso-administrativo que se interponga, siempre que sea ratificada por la Audiencia Nacional en dicho recurso.

Artículo 73. Sanciones.

1. Las sanciones impuestas en aplicación de la presente Ley se entenderán sin perjuicio de otras responsabilidades que en cada caso procedan.

2. La recaudación en vía ejecutiva de las multas se efectuará conforme a lo previsto en el Reglamento General de Recaudación.

3. El importe de las multas previstas en esta Ley se ingresará en el Tesoro Público.

Artículo 74. Prejudicialidad del proceso penal.

La instrucción del proceso penal ante los Tribunales de Justicia suspenderá la resolución del expediente administrativo que hubiera sido incoado por los mismos hechos.

Artículo 75. Plazos máximos del procedimiento.

1. El plazo máximo de duración de la fase del procedimiento sancionador que tiene lugar ante el Servicio de Defensa de la Competencia será de doce meses, a contar desde la iniciación formal del mismo hasta la remisión del expediente

al Tribunal de Defensa de la Competencia o de la notificación del acuerdo que, de cualquier modo, ponga término al procedimiento tramitado ante el Servicio. Lo dispuesto en este apartado se entiende sin perjuicio de la posible ampliación del plazo de conformidad con lo establecido en los apartados 5 y 6 del artículo 42 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. En cualquier caso, el plazo a que hace referencia este apartado se interrumpirá en caso de interposición del recurso administrativo previsto en el artículo 66 de esta Ley, o del planteamiento de cuestiones incidentales en que el artículo 42.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, prevé la suspensión, se proceda al cambio de calificación, así como cuando sea necesaria la coordinación con la Unión Europea o la coordinación con autoridades de competencia de otros países. En tales casos, el Servicio deberá dar cuenta de la resolución de interrupción a los interesados. Transcurrido el plazo previsto en este apartado y, en su caso, el plazo resultante de un acuerdo de ampliación, sin que el Servicio hubiera remitido el expediente al Tribunal de Defensa de la Competencia para su resolución o hubiese acordado su sobreseimiento, se procederá, de oficio o a instancia de cualquier interesado, a declarar su caducidad.

2. El Tribunal dictará resolución, y la notificará, en el plazo máximo de seis meses, a contar desde la admisión a trámite del expediente. El plazo se interrumpirá cuando se planteen cuestiones incidentales en que la Ley prevea la suspensión, se interpongan recursos y se acuerde la suspensión por el órgano jurisdiccional competente, se acuerde la práctica de diligencias para mejor proveer por el Tribunal. Transcurridos treinta días desde el vencimiento del plazo anterior, si el Tribunal no ha dictado resolución, procederá de oficio o a instancia de cualquier interesado, a declarar la caducidad del procedimiento.

DISPOSICIONES ADICIONALES

Primera.

1. Se suprime el Servicio de Defensa de la Competencia del Ministerio de Economía y Hacienda, integrándose sus funciones y medios personales y materiales actuales en el Tribunal de Defensa de la Competencia.

2. El Gobierno aprobará, a través del procedimiento correspondiente, la relación de puestos de trabajo de personal funcionario y de personal laboral, a propuesta y de conformidad con el Tribunal de Defensa de la Competencia.

3. El presupuesto de gastos e ingresos del Tribunal de Defensa de la Competencia se formalizará en un programa presupuestario específico incluido en la correspondiente sección del Ministerio de Economía y Hacienda de los Presupuestos Generales del Estado.

Segunda.

1. Se crea la tasa por análisis y estudio de las operaciones de concentración, que se regirá por lo dispuesto en la presente Ley y por las demás fuentes normativas que para las tasas se establecen en el artículo 9 de la Ley 8/1989, de 13 de abril, de Tasas y Precios Públicos.

2. Constituye el hecho imponible de la tasa la realización del análisis y estudio de todo proyecto u operación de concentración de empresas que se lleven a cabo con arreglo al artículo 14 de la Ley.

3. No estará sujeta a la tasa la consulta previa prevista en el artículo 17.5 de esta Ley.

4. Serán sujetos pasivos de las tasas las entidades que resulten obligadas a notificar la operación de concentración.

5. El devengo de la tasa se producirá cuando el sujeto pasivo presente la notificación obligatoria prevista en el artículo 16 de esta Ley por la que se inicia el expediente administrativo, el cual no se tramitará sin que se haya efectuado el pago correspondiente.

6. La cuantía de la tasa regulada en éste será de 500.000 pesetas o 3.005,06 euros, cuando el volumen de ventas global en España del común de los partí-

cipes en el acuerdo de concentración sea igual o inferior a 40.000 millones de pesetas o 240.405 miles de euros; de 1.000.000 de pesetas o 6.010,12 euros cuando sea igual o inferior a 80.000 millones de pesetas o 480,810 miles de euros y de 2.000.000 de pesetas o 12.020 euros cuando el volumen de facturación sea superior a 80.000 millones de pesetas o 480.810 miles de euros.

7. Se producirá la devolución de una cantidad equivalente al 85 por 100 de la tasa pagada cuando recaiga la resolución prevista en el artículo 18.2 de esta Ley.

8. El pago de la tasa se realizará en efectivo en los términos previstos en la normativa vigente en materia de recaudación.

9. La gestión de la tasa se llevará a cabo por el Tribunal de Defensa de la Competencia en los términos que se establezcan en las disposiciones reglamentarias dictadas en desarrollo de la Ley, que podrán prever la obligación para los sujetos pasivos de practicar operaciones de autoliquidación tributaria.

Tercera.

Se deroga el párrafo segundo del artículo 6.2 de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista de 15 de enero de 1996.

Cuarta.

Reglamentariamente se determinarán:

1. Los supuestos en los que los órganos reguladores sectoriales podrán realizar la instrucción de los expedientes por las conductas prohibidas en esta Ley, así como las relaciones entre tales órganos y el Tribunal de Defensa de la Competencia y los supuestos en los que dichos órganos puedan imponer las multas coercitivas previstas en esta Ley.

2. El procedimiento para la consulta prevista en el artículo 2.4 de esta Ley.

3. El procedimiento para el control de las concentraciones.

DISPOSICIONES TRANSITORIAS

Primera.

1. La integración efectiva del Servicio de Defensa de la Competencia en el

Tribunal de Defensa de la Competencia se producirá en el plazo de un mes desde la entrada en vigor de esta Ley.

2. Hasta que no se aprueben las relaciones de puestos de trabajo del Servicio se mantendrán en aplicación las establecidas en el Ministerio de Economía y Hacienda para el Servicio de Defensa de la Competencia.

Segunda.

1. Los procedimientos en curso iniciados de acuerdo con la Ley se resolverán de acuerdo con las normas establecidas en ella.

2. Hasta tanto se dicten las disposiciones reglamentarias en materia de procedimientos de aplicación de esta Ley, se aplicarán, en lo que no se oponga a ella, los procedimientos de la Ley y la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y sus normas de desarrollo del Procedimiento Común.

Tercera.

A la entrada en vigor de esta Ley se procederá a la elección del Presidente y los Vocales del Tribunal de Defensa de la Competencia de acuerdo con las disposiciones de esta Ley. En la elección se hará constar quiénes son designados para un período de tres, de seis años o por un período completo. Los designados por un período de tres años serán reelegibles a la finalización de su mandato.

DISPOSICIÓN FINAL

La presente Ley entrará en vigor a los tres meses de su publicación.

DISPOSICIÓN DEROGATORIA

Queda derogada la Ley 17/1989, de Defensa de la Competencia, y cuantas disposiciones se opongan a lo previsto en la presente Ley.

ENMIENDA NÚM. 3

PRIMER FIRMANTE:

Grupo Parlamentario Vasco (EAJPNV)
Enmienda, de modificación, al artículo 1 del Proyecto de Ley de Reforma de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia.

Se propone suprimir el apartado 3 del artículo 1 del Proyecto.

JUSTIFICACIÓN

Se pretende corregir el defecto técnico de contemplar simultáneamente la misma conducta como supuesto de «exención», en este artículo 1.3, y como supuesto de «autorización», en el artículo 3.2.c), este último identificado ahora según el propio Proyecto. Se propone la supresión del apartado 3 del artículo 1 porque, además de que así se elimina la incertidumbre sobre la interpretación que cabe respecto a la misma conducta, con su sometimiento exclusivo al régimen de autorizaciones no se perjudica el régimen de protección, éste es más correcto para tratar la indeterminación que conlleva la descripción de la conducta (las actuaciones que por su escasa importancia no afecten de manera significativa a la competencia) y se corrige la ubicación formalmente extraña de una actuación del Tribunal que resulta obvia.

ENMIENDA NÚM. 4

PRIMER FIRMANTE:

Grupo Parlamentario Vasco (EAJPNV)
Enmienda, de modificación, al artículo 2 del Proyecto de Ley de Reforma de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia.

Se propone modificar el texto del artículo 2 en el siguiente sentido:

«**Artículo 2.** Conductas autorizadas por Ley.

1. Sin perjuicio de la eventual aplicación de las disposiciones comunitarias en materia de defensa de la competencia, las prohibiciones del artículo 1 no se aplicarán a los acuerdos, decisiones, reco-

mendaciones y prácticas que resulten de la aplicación de una Ley o de norma de eficacia equivalente. Por el contrario, serán de aplicación a las situaciones de restricción de competencia causadas por la actuación de los poderes públicos o las empresas públicas sin dicho amparo legal.

2. El Tribunal de Defensa de la Competencia podrá formular propuesta motivada al Gobierno, a través del Ministerio de Economía y Hacienda, para que adopte o inste a la autoridad pública competente, en su caso, la modificación o supresión de las situaciones de restricción de la competencia establecidas de acuerdo con las normas legales.»

JUSTIFICACIÓN

En el último inciso del párrafo primero del punto 1 se añade «... aplicación de una Ley o de norma de eficacia equivalente» para contemplar la oportuna cobertura que bajo una equivalente «fuerza de obligar» tienen normas como los Decretos-leyes o las propias Normas Forales de los Territorios Históricos del País Vasco. En el párrafo segundo de este mismo punto 1 se suprime la referencia al «ejercicio de otras potestades administrativas» porque constituye una eventual negación del principio de legalidad (todas las potestades públicas reciben amparo en Ley). En el apartado 2 se introduce una matización importante para restringir la capacidad de intervención que se atribuye al Gobierno al ámbito de su competencia, de forma que cuando sea otra Administración Pública la competente, por razón de la materia en la que se desenvuelve el acuerdo o decisión controvertido, únicamente le quepa al Gobierno del Estado una facultad de «instar» la supresión de situaciones de restricción de la competencia.

ENMIENDA NÚM. 5

PRIMER FIRMANTE:

Grupo Parlamentario Vasco (EAJPNV)
Enmienda, de modificación, al artículo 11 del Proyecto de Ley de Reforma

de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia.

Se propone modificar el punto *d)* del texto, así como añadir un nuevo párrafo, todo ello con el siguiente contenido:

«*d)* Al cumplimiento de las resoluciones sancionadoras del Tribunal de Defensa de la Competencia. En todos los supuestos en que, con arreglo a esta Ley, se impongan multas coercitivas, la cuantía máxima de las mismas no superará las cantidades necesarias para asegurar la cobertura económica del objetivo al que responden y, una vez cumplida la resolución del Tribunal, se podrán compensar con la cuantía de la multa resultante, atendiendo a las circunstancias concurrentes sobre las que deberá pronunciarse expresamente el Tribunal.»

JUSTIFICACIÓN

La nueva redacción del punto *d)* constituye una garantía de seguridad jurídica derivada de hacer explícita la finalidad concreta perseguida. El nuevo párrafo que se añade también representa una garantía, en este caso para conocer el límite último del efecto represor que tiene la multa coercitiva.

ENMIENDA NÚM. 6

PRIMER FIRMANTE:

Grupo Parlamentario Vasco (EAJPNV)
Enmienda, de modificación, al apartado 2 del artículo 19 del Proyecto de Ley de Reforma de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia.

Se propone suprimir el último inciso del apartado 2 del artículo 19 («... También se considerarán ayudas cualesquiera otras medidas...»).

JUSTIFICACIÓN

Evitar un evidente exceso de indeterminación en la definición de la conducta reprochable desde el punto de vista del concepto de «ayuda pública», todo ello para preservar la seguridad jurídica con una garantía de interpretación más

estricta de los límites derivados del principio de legalidad.

ENMIENDA NÚM. 7

PRIMER FIRMANTE:

Grupo Parlamentario Vasco (EAJPNV)
Enmienda, de modificación, al apartado 3 del artículo 19 del Proyecto de Ley de Reforma de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia.

Se propone modificar el texto del apartado 3 del artículo 19 en el siguiente sentido:

«3. El Tribunal de Defensa de la Competencia, de oficio o a instancia del Ministro de Economía y Hacienda, podrá analizar en todo momento los criterios de concesión de las ayudas públicas en relación con sus efectos sobre las condiciones de competencia, con el fin de emitir un informe que elevará al Consejo de Ministros y en el que deberá constar obligatoriamente un trámite preceptivo y contradictorio de informe por parte de los poderes o entidades públicas concedentes de la ayuda pública. El Consejo de Ministros, a la vista del expediente, podrá notificar la proposición a los poderes o entidades públicas interesados de la supresión, modificación o adopción de medidas conducentes al mantenimiento o al restablecimiento de la competencia. Dicha propuesta se entenderá sin perjuicio de las competencias que en la materia corresponden a la comisión Europea.»

JUSTIFICACIÓN

Se pretende establecer una configuración equilibrada de la función del Tribunal de Defensa de la Competencia en materia de concesión de ayudas públicas, teniendo en cuenta: Que el objeto del análisis que pueda producirse en todo momento se circunscribe a los «criterios de concesión» de ayudas y en ningún caso a ayudas concretas. Que resulta imprescindible la presencia de una garantía de contradicción o contrainforme al alcance del poder público responsable de la actuación objeto de análisis. Que deben preservarse unas mínimas condiciones de

respeto institucional y, a tal fin, evitar polemizar con la introducción de condiciones sobre publicidad de las actuaciones. Que la actuación del Gobierno en este ámbito tiene un carácter preventivo y únicamente puede alcanzar al plano de la propuesta a los poderes públicos competentes, sin perjuicio todo ello de las competencias de la Comisión Europea.

ENMIENDA NÚM. 8

PRIMER FIRMANTE:

Grupo Parlamentario Vasco (EAJPNV)
Enmienda, de modificación, al apartado 1 del artículo 21 del Proyecto de Ley de Reforma de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia.

Se propone añadir un inciso nuevo al párrafo primero del apartado 1, artículo 21, con el siguiente texto:

«1. El Tribunal de Defensa de la Competencia está integrado... entre juristas, economistas y otros profesionales de reconocido prestigio, en materias afines al ámbito competencial del Tribunal.»

JUSTIFICACIÓN

Introducir el criterio de exigencia de cualificación o especialidad profesional para la designación de los miembros del Tribunal.

ENMIENDA NÚM. 9

PRIMER FIRMANTE:

Grupo Parlamentario Vasco (EAJPNV)
Enmienda, de modificación, al apartado c) del artículo 25 del Proyecto de Ley de Reforma de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia.

Se propone modificar el apartado c) en el siguiente sentido:

«c) Ejercer las atribuciones que se le encomienden en ejecución de la colaboración con la Comisión Europea para la aplicación en España de las reglas comunitarias de la competencia.»

JUSTIFICACIÓN

La modificación del apartado *c)* se justifica en que la redacción dada al Proyecto es interpretable como vulneradora del propio Tratado y de la competencia que el mismo reserva a la Comisión Europea, por lo que entendemos que el Tribunal debería restringir su capacidad de actuación a las atribuciones que deriven de la suscripción previa de instrumentos de colaboración con dicha Comisión.

ENMIENDA NÚM. 10

PRIMER FIRMANTE:

Grupo Parlamentario Vasco (EAJPNV)
Enmienda, de supresión, del apartado *e)* del artículo 25 del Proyecto de Ley de Reforma de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia.

Se propone suprimir el apartado *e)* del artículo 25.

JUSTIFICACIÓN

La supresión del apartado *e)* se justifica en que constituye una incidencia sobre las competencias autonómicas en materia de «comercio interior» que no encuentra habilitación alguna para el Estado desde el ámbito de Defensa de la Competencia, por lo que entendemos inconstitucional que se reserve al Tribunal de Defensa de la Competencia algún tipo de pronunciamiento sobre la apertura de establecimientos comerciales.

ENMIENDA NÚM. 11

PRIMER FIRMANTE:

Grupo Parlamentario Vasco (EAJPNV)
Enmienda, de modificación, al artículo 30 de la Ley de Reforma de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia.

Se propone modificar el artículo 30 de la Ley, que no es objeto de tratamiento en el Proyecto, pasando a tener el siguiente texto:

«**Artículo 30.** Servicio de Defensa de la Competencia.

1. Las funciones que corresponden a la Administración del Estado en materia de ejecución de la legislación de Defensa de la Competencia serán ejercidas por los órganos integrados en el Ministerio competente por razón de la materia e identificadas bajo la denominación de Servicio de Defensa de la Competencia, todo ello sin perjuicio de las funciones que corresponden al Tribunal de Defensa de la Competencia.

2. Las Comunidades Autónomas con competencias en materia de comercio interior, así como en materia de promoción, desarrollo económico y planificación de la actividad económica, podrán crear en el seno de su Administración Servicios de Defensa de la Competencia con las funciones ejecutivas que se relacionan en el artículo siguiente.»

JUSTIFICACIÓN

Se pretende dar entrada al reconocimiento de un ámbito competencial autonómico, que deriva de la reserva en solitario al Estado de la función legislativa en materia de Defensa de la Competencia, por lo que la ejecución de dicha legislación debe configurarse como una competencia compartida. La competencia autonómica resulta de la conexión necesaria de los títulos referente a comercio interior y a promoción y desarrollo económico (así como de otros posibles, como la propia defensa de consumidores y usuarios). Por otra parte, las reservas al Estado de facultades ejecutivas derivarían de aquellos títulos que le encomiendan preservar la unidad de mercado y de orden económico, de donde en ningún caso tendría sentido un monopolio estatal absoluto de todas las facultades.

ENMIENDA NÚM. 12

PRIMER FIRMANTE:

Grupo Parlamentario Vasco (EAJPNV)
Enmienda, de modificación, del artículo 31 del Proyecto de Ley de Reforma

de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia.

Se propone modificar el texto del artículo 31 en el siguiente sentido:

«**Artículo 31.** Funciones de los Servicios de Defensa de la Competencia.

1. Corresponderán al Servicio de Defensa de la Competencia dependiente de la Administración del Estado las siguientes funciones: *a)* Instruir los expedientes por conductas incluidas en esta Ley y cuantos otros le interese el Tribunal de Defensa de la Competencia. *b)* Vigilar la ejecución y cumplimiento de las resoluciones que se adopten en aplicación de esta Ley y, en su caso, declarar la prescripción de la acción para exigir el cumplimiento de las sanciones previstas en el artículo 12 de esta Ley. *c)* Llevar el Registro de Defensa de la Competencia. *d)* Las de cooperación, en materia de competencia, con organismos extranjeros e instituciones internacionales. *e)* Llevar a cabo las funciones de colaboración entre la Administración española y la Comisión Europea en la aplicación en España de las reglas comunitarias de la competencia. Estas funciones se realizarán en coordinación con los órganos competentes de las Comunidades Autónomas. *f)* Las demás funciones que se desarrollen reglamentariamente para la coordinación de las instituciones sectoriales competentes en la regulación de mercados.

2. Corresponderá, asimismo, al Servicio de Defensa de la Competencia de la Administración del Estado, así como a las Comunidades Autónomas, el ejercicio de las siguientes funciones: *a)* Las de estudio e investigación de los sectores económicos, analizando la situación y grado de competencia de cada uno de ellos, así como la de posible existencia de prácticas restrictivas de la competencia. *b)* Las de información, asesoramiento y propuesta en materia de acuerdos y prácticas restrictivas, concentración y asociación de empresas, grado de competencia en el mercado interior y exterior en relación con el mercado nacional, y sobre las demás cuestiones relativas a la defensa de la competencia. A los órganos autonómicos a los que se atribuyan

dichas funciones corresponderá la emisión de informes preceptivos en los expedientes que se tramiten ante el Tribunal de Defensa de la Competencia, siempre que se encuentren afectadas actuaciones directa o indirectamente vinculadas con el ejercicio de competencias autonómicas en materias de comercio interior, promoción, desarrollo económico y planificación de la actividad económica.»

JUSTIFICACIÓN

Respetar y configurar, de acuerdo con las competencias constitucionales, la aplicación de la legislación estatal de defensa de la competencia, quedando únicamente reservadas en exclusiva al Estado la función resolutoria del Tribunal de Defensa de la Competencia y el control de eficacia de sus resoluciones, sin perjuicio de la coordinación con las Comunidades Autónomas en la aplicación de las reglas comunitarias y en la eventual colaboración con la Comisión Europea.

ENMIENDA NÚM. 13

PRIMER FIRMANTE:

Grupo Parlamentario Vasco (EAJPNV)

Enmienda, de supresión, al artículo 31 bis del Proyecto de Ley de Reforma de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia.

Se propone la supresión del artículo 31 bis.

JUSTIFICACIÓN

Por razones de técnica legislativa y seguridad jurídica, así como para evitar los problemas de interpretación y de congelación de rango de la norma, dado que se trata de un contenido propio del desarrollo reglamentario de carácter orgánico.

ENMIENDA NÚM. 14

PRIMER FIRMANTE:

Grupo Parlamentario Vasco (EAJPNV)

Enmienda, de supresión, de los artículos 36 a 50, inclusive, de la Ley de Refor-

ma de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia.

Se propone la supresión de los artículos 36 a 50 de la Ley, hayan sido o no tratados en el Proyecto de Reforma.

JUSTIFICACIÓN

El núcleo de la justificación se centra en la propia previsión del artículo 50, que considera supletorias las reglas del procedimiento administrativo común, así como las reglas básicas del régimen jurídico de las Administraciones Públicas. No encontramos ninguna excepción al régimen ordinario de garantías procedimentales en la propia regulación que contienen los preceptos 36 a 49 sobre procedimiento, por lo que su contenido puede y debe incorporarse en una norma reglamentaria, que respete como es debido el sistema de fuentes del Derecho.

ENMIENDA NÚM. 15

PRIMER FIRMANTE:

Grupo Parlamentario Vasco (EAJPNV)
Enmienda, de adición, al Proyecto de Ley de Reforma de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia.

Se propone incorporar al Proyecto las modificaciones a los artículos 14, 15, 15 bis, 15 ter, 16, 17 y 18 de la Ley, de acuerdo con la redacción dada por el Real Decreto-ley 6/1999, de 16 de abril, de Medidas Urgentes de Liberalización e Incremento de la Competencia, así como incorporar la derogación completa y explícita en la disposición derogatoria del Proyecto de todo el capítulo VIII del citado Real Decreto-ley.

JUSTIFICACIÓN

Establecer una mayor garantía de seguridad jurídica y subsanar los eventuales vicios de inconstitucionalidad que puede presentar la regulación citada, como consecuencia de su incorporación al ordenamiento mediante la figura del Real Decreto-ley. Asimismo, se completa un pronunciamiento expreso sobre la no

incorporación de las modificaciones del artículo 31, sobre las que aparece un nuevo pronunciamiento a consecuencia de su nueva modificación en el Proyecto.

ENMIENDA NÚM. 16

PRIMER FIRMANTE:

Grupo Parlamentario Vasco (EAJPNV)
Enmienda, de supresión, de la disposición final segunda del Proyecto de Ley de Reforma de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia.

Se propone la supresión de la disposición final segunda del Proyecto.

JUSTIFICACIÓN

En concordancia con la enmienda que propone incorporar el contenido regulado sobre esta materia por Real Decreto-ley 6/1999, por lo que en este sentido dejaría de tener razón de ser la habilitación que contiene esta disposición para elaborar un texto refundido.

ENMIENDA NÚM. 17

PRIMER FIRMANTE:

Grupo Parlamentario Federal de Izquierda Unida

A la exposición de motivos, párrafo cuarto. De adición.

Añadir *in fine*:

«... y con la Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones, por la que se introduce la competencia en el ámbito de las telecomunicaciones y los servicios audiovisuales, telemáticos e interactivos».

MOTIVACIÓN

En coherencia con las medidas liberalizadoras adoptadas por el Gobierno y refrendadas por el Parlamento, para el sector de las Telecomunicaciones y los servicios audiovisuales telemáticos e interactivos.

ENMIENDA NÚM. 18**PRIMER FIRMANTE:****Grupo Parlamentario Federal de Izquierda Unida**

A la exposición de motivos. De adición.

Añadir un nuevo párrafo a continuación del quinto del siguiente tenor:

«Asimismo, cuando las condiciones de los mercados y/o del entorno regulatorio donde se manifiesta su actividad se pueden hacer aconsejables, bien por su elevada especificidad o por su rapidez de cambio, órganos específicos, creados mediante la oportuna norma con rango de Ley, dotados de los medios necesarios para el ejercicio de sus competencias con la debida diligencia, agilidad y debidamente coordinados con el Tribunal de Defensa de la Competencia.»

MOTIVACIÓN

La exigencia de que la apertura y liberalización de los mercados tenga rápidos efectos sobre la economía y el empleo, así como que ocasionen una mejora de los servicios y una disminución en el coste para los usuarios, hace necesaria la existencia de órganos especializados.

ENMIENDA NÚM. 19**PRIMER FIRMANTE:****Grupo Parlamentario Federal de Izquierda Unida**

Al artículo duodécimo. De adición.

Se añade *in fine* al artículo 25.c) el siguiente texto:

«... sin perjuicio de las funciones atribuidas a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones».

MOTIVACIÓN

La necesidad de órganos especializados y ágiles conduce a la debida coordinación y mantenimiento de ámbitos de actuación definidos que garantizan el ejercicio de las funciones a ellos atribuidas, sin menoscabo de las genéricas atribuidas al Servicio de Defensa de la Com-

petencia o al Tribunal de Defensa de la Competencia.

ENMIENDA NÚM. 20**PRIMER FIRMANTE:****Grupo Parlamentario Federal de Izquierda Unida**

Al artículo vigésimo octavo. De supresión.

MOTIVACIÓN

El acervo acumulado hasta la fecha, la agilidad en la respuesta y la especialización del órgano se han revelado como uno de los factores determinantes a la hora de mantener un modelo que se ha revelado como adecuado, al posibilitar actuaciones ágiles en un mercado como el de los servicios de telecomunicaciones, audiovisuales, telemáticos e interactivos que presencia actuaciones de los operadores, sobre todo dominantes, que exigen de una imprescindible rápida capacidad de respuesta desde la Autoridad Nacional de regulación.

ENMIENDA NÚM. 21**PRIMER FIRMANTE:****Grupo Parlamentario Federal de Izquierda Unida**

A la disposición adicional primera. De supresión.

MOTIVACIÓN

En coherencia con las medidas liberalizadoras adoptadas por el Gobierno y refrendadas por el Parlamento, para el sector de las Telecomunicaciones.

ENMIENDA NÚM. 22**PRIMER FIRMANTE:****Grupo Parlamentario Federal de Izquierda Unida**

A la disposición adicional segunda. De supresión.

MOTIVACIÓN

En coherencia con las medidas liberalizadoras adoptadas por el Gobierno y refrendadas por el Parlamento, para el sector de las Telecomunicaciones.

ENMIENDA NÚM. 23

PRIMER FIRMANTE:

Grupo Parlamentario Federal de Izquierda Unida

De adición.

Se propone una única disposición adicional con el siguiente título:

«Funciones de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en la Defensa de la Competencia. La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones será el órgano competente en las cuestiones relativas a la defensa de la libre competencia en el mercado de las telecomunicaciones y de los servicios audiovisuales, telemáticos e interactivos a tenor de lo cual le corresponden todas las funciones que esta Ley de Defensa de la Competencia atribuye al Tribunal de Defensa de la Competencia y al Servicio de Defensa de la Competencia. Las actuaciones de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en el ejercicio de las funciones establecidas por esta Ley reflejarán la línea doctrinal establecida por el Tribunal de Defensa de la Competencia, al que anualmente remitirá un informe de las mismas.»

MOTIVACIÓN

Enmienda acorde con el deseo expresado por el legislador en la Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones, donde se crea la CMT al objeto de salvaguardar, en beneficio de los ciudadanos, las condiciones de competencia efectiva en el mercado de las telecomunicaciones y de los servicios audiovisuales, telemáticos e interactivos y se le dota con las funciones descritas en los párrafos *f)* y *g)* del número 2, apartado dos, del artículo 1. La supresión o vaciamiento de dichas funciones por el

mismo Gobierno que las propuso y por el mismo legislador que las aprobó puede suponer un retraso en la consecución de las previsiones que se realizan en la citada Ley y, como consecuencia de ello, la dilación en la llegada de los beneficios de la liberalización de las Telecomunicaciones a los ciudadanos, a las instituciones y a las empresas.

ENMIENDA NÚM. 24

PRIMER FIRMANTE:

Grupo Parlamentario Federal de Izquierda Unida

Al artículo tercero. De adición.

Se incluye un nuevo apartado *d)* con el siguiente texto:

«En todos los casos impliquen una mejora del nivel de empleo, así como de la contratación laboral indefinida.»

MOTIVACIÓN

Incluir una cláusula de protección de los trabajadores que no se contempla en la Ley.

ENMIENDA NÚM. 25

PRIMER FIRMANTE:

Grupo Parlamentario Federal de Izquierda Unida

De adición.

Se crea un nuevo artículo tercero bis con el siguiente texto:

«**Artículo tercero bis.** Modificación del apartado 1 del artículo tres.

Se incluye un nuevo apartado *d)* del siguiente tenor: “*d)* No den lugar a una reducción de empleo ni menoscabo de los derechos de los trabajadores.”»

MOTIVACIÓN

Incluir una cláusula de protección de los trabajadores que no se contempla en la Ley.

ENMIENDA NÚM. 26**PRIMER FIRMANTE:**

Grupo Parlamentario Federal de Izquierda Unida

De adición.

Se crea un nuevo artículo tercero ter con el siguiente texto:

«Artículo tercero ter. Modificación del apartado 2 del artículo seis.

Se añade en la letra a) *in fine* la siguiente expresión: "... incluyendo las relaciones derivadas de aprovisionamientos y de servicios externos".»

MOTIVACIÓN

Precisar y extender la noción de abuso de posición dominante a las prácticas ilícitas que se impongan a los proveedores.

ENMIENDA NÚM. 27**PRIMER FIRMANTE:**

Grupo Parlamentario Federal de Izquierda Unida

Al artículo décimo. De supresión.

Se suprime la nueva redacción del punto 1 del artículo 21.

MOTIVACIÓN

No puede aceptarse la habilitación al Gobierno para variar un aspecto de la Ley como el número de vocales del Tribunal.

ENMIENDA NÚM. 28**PRIMER FIRMANTE:**

Grupo Parlamentario Federal de Izquierda Unida

Al artículo cuarto. De supresión.

MOTIVACIÓN

Se establecen condiciones más restrictivas para que el Tribunal pueda conocer de situaciones de competencia desleal, cerrando el paso a la vía administrativa.

ENMIENDA NÚM. 29**PRIMER FIRMANTE:**

Grupo Parlamentario Federal de Izquierda Unida

Al artículo cuarto. De adición.

Se propone añadir un nuevo punto 3 dentro del artículo 7, falseamiento de la libre competencia por actos desleales, con el siguiente texto:

«3. En todo caso, el Tribunal de Defensa de la Competencia conocerá siempre de los actos de competencia desleal en concepto de violación de normas mediante la infracción de las leyes, cuando la ventaja competitiva adquirida derive de la infracción de la normativa laboral y social o del incumplimiento de las obligaciones tributarias.»

MOTIVACIÓN

Se pretende con la enmienda ampliar las posibilidades de intervención del Tribunal en los casos en que los empresarios se valgan del incumplimiento de la normativa laboral, social y tributaria para competir en condiciones ventajosas.

ENMIENDA NÚM. 30**PRIMER FIRMANTE:**

Grupo Parlamentario Federal de Izquierda Unida

Al artículo vigésimo primero. De adición.

Se propone añadir un nuevo punto 5 bis al artículo 36, iniciación del procedimiento, con el siguiente texto:

«5 bis. El servicio dará traslado a las Comunidades Autónomas de las actuaciones integrantes del expediente cuando afecte a empresas domiciliadas en su ámbito territorial. Las Comunidades Autónomas podrán aportar las informaciones y observaciones que consideren oportunas, las cuales se unirán al expediente.»

MOTIVACIÓN

El punto 5 del mismo artículo que se enmienda establece una posibilidad de

publicidad de extremos fundamentales del expediente. Esta previsión no puede colmar las aspiraciones de las Comunidades Autónomas a las que debe reconocerse el derecho a conocer de las actuaciones del servicio cuando estén afectados los intereses propios.

ENMIENDA NÚM. 31

PRIMER FIRMANTE:

Grupo Socialista del Congreso

A los artículos primero a octavo. De modificación.

El capítulo I del título I de la Ley 16/1989, de 17 de julio de 1989, de Defensa de la Competencia, quedará redactado así:

«CAPÍTULO I

De los acuerdos y prácticas restrictivas o abusivas

SECCIÓN 1.^a DE LAS CONDUCTAS PROHIBIDAS

Artículo 1. Conductas prohibidas.

1. Se prohíbe todo acuerdo, decisión o práctica concertada que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear de forma apreciable la competencia en todo o en parte del mercado nacional.

2. Podrán, en particular, declararse prohibidas las conductas que consistan en: *a)* La fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio. *b)* La limitación o el control de la producción, la distribución, el desarrollo tecnológico o las inversiones. *c)* El reparto del mercado o las fuentes de aprovisionamiento. *d)* La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros. *e)* La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio, no guarden relación con el objeto de tales contratos.

3. Son nulos de pleno derecho los acuerdos, decisiones, recomendaciones y prácticas que, estando prohibidos en virtud de lo dispuesto en los números 1 y 2, no estén amparados en la presente Ley, sin necesidad de declaración previa a tal fin.

Artículo 2. Directrices.

1. El Tribunal de Defensa de la Competencia aprobará las Directrices de aplicación del artículo 1 de la presente Ley. En ellas podrá declarar la exención para aquellos acuerdos, cláusulas de acuerdos, decisiones y prácticas, en principio incluidos en la prohibición, siempre que sus efectos positivos compensen sobradamente los efectos restrictivos sobre la competencia.

2. Las Directrices podrán establecer los criterios según los cuales los acuerdos, decisiones, recomendaciones y prácticas de escasa importancia no serán objeto de persecución por el Tribunal.

3. Las Directrices del Tribunal de Defensa de la Competencia serán publicadas en el *Boletín Oficial del Estado*.

4. En el supuesto de que algún operador económico tuviera dudas acerca de si determinado acuerdo, decisión, recomendación o práctica constituye una infracción del artículo 1 de esta Ley, podrá dirigirse al Tribunal de Defensa de la Competencia para que se pronuncie sobre su inclusión o no en la prohibición.

Artículo 3. Abuso de posición dominante.

1. Queda prohibida la explotación abusiva, por una o varias empresas, de su posición de dominio en todo o en parte del mercado nacional.

2. El abuso podrá consistir, en particular, en: *a)* La imposición, de forma directa o indirecta, de precios u otras condiciones comerciales o de servicio no equitativos. *b)* La limitación de la producción, la distribución o el desarrollo técnico en perjuicio injustificado de las empresas o de los consumidores. *c)* La negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra de productos o de prestación de servicios. *d)* La aplicación en las relaciones comerciales o de ser-

vicio de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros. e) La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio, no guarden relación con el objeto de tales contratos.

3. Se aplicará también la prohibición a los casos en que la posición de dominio en el mercado de una o de varias empresas haya sido establecida por disposición legal.

4. El Tribunal de Defensa de la Competencia podrá aprobar directrices para la aplicación de este precepto, que se publicarán en el *Boletín Oficial del Estado*.

Artículo 4. Falseamiento de la libre competencia por actos desleales.

Constituyen conductas prohibidas, y serán perseguidas por el Tribunal de Defensa de la Competencia, los actos de competencia desleal que por falsear de forma sensible la libre competencia afecten al interés público.

Artículo 5. Amparo legal.

Las prohibiciones previstas en esta Ley no se aplican a las conductas que resulten de una norma con rango de Ley.

Artículo 6. Iniciativa del TDC para impugnar normas anticompetitivas.

1. El Tribunal de Defensa de la Competencia podrá formular propuesta motivada al Gobierno de modificación o supresión de normas que amparen situaciones de restricción de competencia. También podrán formular esas propuestas al órgano de gobierno de una Comunidad Autónoma.

2. El Tribunal de Defensa de la Competencia está legitimado para interponer recurso contencioso-administrativo contra las normas reglamentarias y cualquier acto administrativo que contengan restricciones a la competencia.

Artículo 7. Aplicación de la Ley.

La presente Ley será de aplicación a todas las personas físicas o jurídicas que participen en el mercado.

Artículo 8. Responsabilidad de las empresas controladoras que ejercen influencia dominante.

A los efectos de la aplicación de esta Ley, se entiende que las conductas de una empresa previstas en la misma son también imputables a la empresa que la controla, cuando el comportamiento económico de aquélla es determinado por ésta.

SECCIÓN 2.^a DE LAS SANCIONES

Artículo 9. Intimaciones del Tribunal.

Con independencia de las competencias de la jurisdicción ordinaria, el Tribunal de Defensa de la Competencia podrá requerir a los autores de las conductas descritas en los artículos 1, 3 y 4 para que cesen en las mismas y procedan a la remoción de sus efectos.

Artículo 10. Multas sancionadoras.

1. El Tribunal podrá imponer a los agentes económicos, empresas, asociaciones, uniones o agrupaciones de aquéllos, que, deliberadamente o por negligencia, infrinjan lo dispuesto en los artículos 1, 3 y 4, multas de hasta 150.000.000 de pesetas, cuantía que podrá ser incrementada hasta el 10 por 100 del volumen de ventas correspondiente al ejercicio económico inmediato anterior a la resolución del Tribunal.

2. La cuantía de las sanciones se fijará atendiendo a la importancia de la infracción, para lo cual se tendrá en cuenta: a) La modalidad y alcance de la restricción de la competencia. b) La dimensión del mercado afectado. c) La cuota de mercado de la empresa correspondiente. d) El efecto de la restricción de la competencia sobre los competidores efectivos o potenciales, sobre otras partes en el proceso económico y sobre los consumidores y usuarios. e) La duración de la restricción de la competencia. f) La reiteración en la realización de las conductas prohibidas.

3. Además de la sanción que corresponda imponer a los infractores, cuando se trate de una persona jurídica se podrá imponer una multa de hasta 5.000.000 de

pesetas a sus representantes legales o a las personas que integran los órganos directivos que hayan intervenido en el acuerdo o decisión. Quedan excluidas de la sanción aquellas personas que, formando parte de órganos colegiados de administración, no hubieran asistido a las reuniones o hubieran votado en contra o salvando su voto.

Artículo 11. Multas coercitivas.

El Tribunal, independientemente de las multas sancionadoras, podrá imponer a los agentes económicos, empresas, asociaciones, uniones o agrupaciones de éstas, multas coercitivas de 25.000 a 1.000.000 de pesetas, reiteradas por lapsos de tiempo que sean suficientes para cumplir lo ordenado con el fin de obligarlas a la cesación de una acción prohibida, conforme a lo dispuesto en esta Ley, o a la remoción de los efectos de una infracción, el cumplimiento de los términos de un acuerdo convencional del procedimiento o a la obligación de publicar las resoluciones. Una vez cumplida la resolución del Tribunal, se podrá reducir la cuantía de la multa resultante de su decisión inicial, atendiendo a las circunstancias concurrentes.

Artículo 12. Prescripción de las infracciones y de las sanciones.

1. Prescribirán: *a)* A los cinco años, las infracciones previstas en este texto legal. El término de la prescripción comenzará a correr desde el día en que se hubiera cometido la infracción. *b)* A los cuatro años, la acción para exigir el cumplimiento de las sanciones.

2. La prescripción se interrumpe por cualquier acto del Tribunal de Defensa de la Competencia, con conocimiento formal del interesado, tendente a la investigación, instrucción o persecución de la infracción.

Artículo 13. Otras responsabilidades.

Las sanciones a que se refiere la presente Ley se entenderán sin perjuicio de otras responsabilidades que en cada caso procedan.»

MOTIVACIÓN

— Adaptación de la regulación vigente a las orientaciones de la Comisión Europea en materia de defensa de la competencia.

— Mayor independencia del Tribunal de Defensa de la Competencia.

— Mejora de la sistemática de exposición.

ENMIENDA NÚM. 32

PRIMER FIRMANTE:

Grupo Socialista del Congreso

De adición.

El capítulo II del título I de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, quedará redactado así:

«CAPÍTULO II

De las concentraciones económicas

Artículo 14. Ámbito de aplicación.

1. Toda operación de concentración, tal y como se define en el apartado 2 del presente artículo, deberá ser notificada al Tribunal de Defensa de la Competencia cuando: — El volumen de ventas global en España del conjunto de los partícipes supere en el último ejercicio contable la cantidad de 30.000 millones de pesetas. — Cuando el volumen de negocios en España de la empresa objeto de adquisición supere los 15.000 millones de pesetas.

2. Existe una operación de concentración: *a)* Cuando dos o más empresas anteriormente independientes entre sí se fusionen. *b)* Cuando una o más personas que ya controlen al menos una empresa, o una o más empresas, mediante la toma de participaciones en el capital, o la compra de partes o la totalidad del activo, mediante contrato o por cualquier otro medio, adquiera, directa o indirectamente, el control sobre la totalidad o parte de una o de otras varias empresas. El control se adquiere a resultas de derechos, contratos u otros medios que por sí mismos o en combinación, y teniendo en cuenta los elementos de hecho y de

derecho existentes, concede la posibilidad de ejercer una influencia decisiva sobre las actividades de una empresa, mediante, en particular: — La propiedad o el derecho de uso de la totalidad o parte de los activos de una empresa. — Derechos o contratos que permitan influir decisivamente sobre la composición, las deliberaciones y las decisiones de los órganos de administración de una empresa. c) Cuando se produzca la creación de una empresa en común que desempeñe con carácter estable las funciones de una entidad económica independiente siempre y cuando la operación no tenga por objeto o efecto coordinar el comportamiento competitivo de empresas que continúen siendo independientes.

3. Se considera que no existe operación de concentración cuando: a) Entidades financieras o de crédito adquieran para sí o por cuenta de terceros, con vistas a su reventa en el mercado y por un período que no excederá de veinticuatro meses, participaciones en el capital de una empresa, siempre que dichas entidades no ejerzan los derechos de voto inherentes a dichas participaciones en cuestiones que afecten directa o indirectamente, actual o potencialmente, al comportamiento competitivo en el mercado de la empresa objeto de adquisición. b) El objeto o efecto esencial de la operación sea total o parcialmente la coordinación de la conducta competitiva de las empresas partícipes. En este caso, las empresas podrán dirigirse al Tribunal para que se pronuncie de acuerdo con lo establecido en el artículo 2.5 de esta Ley.

4. Las disposiciones de la presente Ley no afectan a aquellas operaciones de concentración sujetas a la obligación de notificación a la Comisión Europea establecida en el Reglamento (CEE) 4064/89 del Consejo o norma que lo sustituya.

5. El Tribunal de Defensa de la Competencia está facultado para: a) Proponer al Gobierno la revisión de los umbrales cuantitativos establecidos en el apartado 1 del presente artículo. b) Aprobar Directrices relativas a la definición y existencia de una operación de concentración y el concepto de control, la definición de

empresa partícipe en la operación, el procedimiento de cálculo del volumen de negocios a efectos del apartado 1 del presente artículo en general y en lo relativo a determinados sectores de la economía nacional, y cualquier otra materia o cuestión que considere necesario hacer pública. Las Directrices serán objeto de publicación por el Tribunal de Defensa de la Competencia en el *Boletín Oficial del Estado* y vincularán a este último en el ejercicio de las competencias que sobre el control de concentraciones esta Ley le atribuye.

Artículo 15. Principios de evaluación de las operaciones de concentración.

1. El Tribunal de Defensa de la Competencia tiene competencia exclusiva para adoptar las resoluciones previstas en esta Ley relativas al control de concentraciones.

2. Toda operación de concentración que cree o refuerce una posición dominante en el mercado nacional o en una parte sustancial del mismo será declarada prohibida por el Tribunal de Defensa de la Competencia a menos que se demuestre que la concentración no supone un obstáculo significativo a la competencia en dicho mercado.

3. Toda operación de concentración que no cree o refuerce una posición dominante en el mercado nacional o en una parte sustancial del mismo será aprobada por el Tribunal de Defensa de la Competencia.

4. A la hora de evaluar una operación de concentración, el Tribunal de Defensa de la Competencia tendrá en cuenta: a) La necesidad de mantener y desarrollar la competencia efectiva en el mercado nacional, en particular, mediante el examen de la estructura del mercado o mercados afectados por la concentración y de la competencia real o potencial de empresas situadas fuera del mercado nacional. b) La posición en el mercado de las empresas partícipes, su fortaleza económica y financiera, las posibilidades de elección de sus proveedores y usuarios, su acceso a las fuentes de suministro o a los mercados, la existencia de hecho o de derecho de obstáculos al acceso a

dichos mercados o fuentes de suministro, la evolución de la oferta y la demanda de los productos y servicios de que se trate y los intereses de los consumidores. c) La contribución que la concentración pueda aportar al fomento del progreso técnico o económico en el mercado nacional, siempre que dicha aportación supere los efectos restrictivos sobre la competencia de la concentración en cuestión. d) La posible existencia de barreras de entrada.

5. En los casos establecidos en el apartado 2.c) del artículo 14, el Tribunal de Defensa de la Competencia tendrá también en cuenta la presencia significativa y simultánea de dos o más de las empresas fundadoras de la empresa en común en el mismo mercado de producto que el de esta última, o en un mercado relacionado en sentido ascendente o descendente con dicho mercado de producto, o en un mercado próximo estrechamente vinculado a ese mercado de producto.

6. El Tribunal de Defensa de la Competencia, en su caso, podrá entender comprendidas dentro de la operación de concentración, a efectos de la resolución final sobre esta última, las restricciones a la competencia que resulten efectivamente accesorias a la operación, directamente vinculadas a la misma, y necesarias para su realización.

Artículo 16. Notificación de las operaciones de concentración.

1. La notificación de las operaciones de concentración que entren en el ámbito de aplicación del artículo 14 de la presente Ley deberá presentarse ante el Tribunal de Defensa de la Competencia en el plazo de quince días a partir de la fecha de la celebración del acuerdo, de la adquisición de una participación de control o de la publicación de la oferta de compra.

2. Las operaciones de concentración que impliquen una fusión conforme al apartado 2.a) del artículo 14 o la creación de una empresa en común conforme a lo establecido en el apartado 2.c) del mismo artículo deberán ser objeto de notificación conjunta por las empresas par-

ticipantes en la fusión o en la adquisición de control conjunto. En los demás casos, la obligación de notificación recae en la empresa o empresas que adquieran el control.

3. Se determinará reglamentariamente la forma y contenido de la notificación en la cual constarán, en todo caso, los datos necesarios para poder apreciar la naturaleza y efectos de la operación.

4. Una vez que la notificación completa de la operación de concentración haya sido presentada, y luego de que el Tribunal de Defensa de la Competencia haya determinado que la operación en cuestión cae bajo el ámbito de lo establecido en esta Ley, el Tribunal de Defensa de la Competencia hará público el hecho de la notificación, mediante la identificación de las partes interesadas, la naturaleza de la operación y los sectores económicos afectados. El Tribunal de Defensa de la Competencia deberá respetar, en todo caso, los intereses legítimos de las empresas partícipes en lo que respecta a los datos confidenciales de la operación.

Artículo 17. Suspensión de la operación de concentración.

1. Las empresas partícipes no podrán llevar a cabo una operación de concentración ni previamente a su notificación ni antes de que haya sido aprobada por el Tribunal de Defensa de la Competencia en virtud, bien de una resolución expresa o tácita de las contempladas en el apartado 2 del artículo 18, bien una vez adoptada la resolución contemplada en el apartado 3 del artículo 19.

2. Las empresas partícipes en una operación de concentración podrán solicitar motivadamente al Tribunal de Defensa de la Competencia que les dispense de la obligación prevista en el apartado 1 de este artículo. Esta solicitud podrá presentarse previamente a la presentación de la notificación. El Tribunal de Defensa de la Competencia resolverá sobre dicha solicitud teniendo en cuenta los efectos de la suspensión para las empresas afectadas por la operación de concentración o para un tercero, así

como los riesgos que para la competencia efectiva se derivan de la operación. Podrá incluir condiciones y obligaciones impuestas a las empresas.

3. La validez de cualquier contrato o transacción realizada sin respetar la obligación de suspensión establecida en el apartado 1 del presente artículo dependerá de la decisión final que sobre la operación adopte el Tribunal de Defensa de la Competencia o el Gobierno, en el caso contemplado en el apartado 1 del artículo 20.

4. Sin perjuicio de lo establecido en el apartado 1 del artículo 16, reglamentariamente se determinará el procedimiento de notificación obligatoria de las operaciones de adquisición de acciones admitidas a negociación en un mercado de valores cuando resulte preceptiva la realización de una oferta pública conforme al artículo 60 de la Ley 24/1988, del Mercado de Valores.

5. Con carácter previo a la presentación de la notificación podrá formularse consulta al Tribunal de Defensa de la Competencia sobre si una determinada operación supera los umbrales mínimos de notificación obligatoria previstos en el apartado 1 del artículo 14 de esta Ley.

Artículo 18. Examen de la notificación y primera fase del procedimiento.

1. Dentro de los cinco días siguientes a la recepción de la notificación de una operación de concentración, el Tribunal de Defensa de la Competencia informará del hecho al Ministro de Economía y Hacienda.

2. Si el Tribunal de Defensa de la Competencia considera que la operación de concentración no plantea serias preocupaciones en cuanto a sus efectos sobre la competencia en el mercado, adoptará una resolución aprobando la operación de concentración. Esta resolución será notificada a las partes de la operación, al Ministro de Economía y Hacienda y a los terceros que ostenten un interés legítimo personados en el procedimiento. En todo caso, transcurrido un mes desde la presentación de la notificación sin que el Tribunal haya iniciado el procedimiento de investigación establecido en el ar-

tículo 19 de esta Ley, la operación de concentración se considerará aprobada.

3. Las partes podrán presentar al Tribunal de Defensa de la Competencia compromisos o modificaciones de la operación de concentración notificada con vistas a eliminar o atenuar los efectos de la operación. En este caso, el plazo de un mes establecido en el apartado anterior se prorrogará por dos semanas. Si el Tribunal de Defensa de la Competencia aprueba los compromisos o modificaciones de la operación presentados por las partes, los incluirá en su resolución de aprobación de la concentración. Esta decisión será pública, el Tribunal podrá proponer a los notificantes la adopción de ceses de compromisos o modificaciones.

4. El Tribunal de Defensa de la Competencia podrá revocar cualquier resolución adoptada bajo los apartados 2 y 3 del presente artículo cuando: — La resolución se base en información incorrecta suministrada por alguna de las partes. — Las empresas partícipes incumplan alguno de los compromisos u obligaciones impuestos en la resolución. En este caso, el Tribunal de Defensa de la Competencia no estará sujeto a plazo alguno para resolver sobre la operación de concentración.

Artículo 19. Procedimiento de investigación.

1. Si el Tribunal de Defensa de la Competencia considera que una operación de concentración que se le haya notificado puede caer bajo el ámbito de la prohibición establecido en el apartado 1 del artículo 15, informará de inmediato a las partes de su decisión de iniciar el procedimiento de investigación establecido en el presente artículo. El procedimiento de investigación también se iniciará cuando así lo solicite el Ministro de Economía y Hacienda al Tribunal de Defensa de la Competencia.

2. El Tribunal de Defensa de la Competencia deberá resolver sobre la operación de concentración sujeta al procedimiento de investigación dentro de los cuatro meses a contar desde la fecha de la notificación. En el expediente deberá

solicitarse, en su caso, informe a los órganos a los que se refiere el artículo 44 de esta Ley.

3. Cuando el Tribunal de Defensa de la Competencia compruebe que una operación de concentración notificada cumple el criterio establecido en el apartado 3 del artículo 15, llegado el caso tras las modificaciones y compromisos asumidos por las partes, aprobará la concentración mediante resolución. En todo caso, el Tribunal de Defensa de la Competencia podrá, en la resolución que apruebe la operación de concentración, imponer las condiciones y obligaciones que garanticen la competencia y el cumplimiento de los compromisos asumidos por las partes. Esta resolución será pública.

4. Cuando el Tribunal de Defensa de la Competencia compruebe que una operación de concentración notificada cumple el criterio establecido en el apartado 2 del artículo 15, prohibirá la operación de concentración. Informará de ello de inmediato a las partes y al Ministro de Economía y Hacienda. Esta resolución será pública.

5. El Tribunal de Defensa de la Competencia podrá revocar cualquier resolución adoptada bajo el apartado 2 del presente artículo cuando: — La resolución se base en información incorrecta suministrada por alguna de las partes. — Las empresas partícipes incumplan alguno de los compromisos u obligaciones impuestos en la resolución. En este caso, el Tribunal de Defensa de la Competencia no estará sujeto a plazo alguno para resolver sobre la operación de concentración.

6. En los casos que una operación de concentración ya se hubiera realizado, y sin perjuicio de la competencia del Gobierno establecida en el artículo 20, el Tribunal de Defensa de la Competencia podrá adoptar cuantas medidas considere necesarias para restablecer la competencia efectiva en el mercado. En todo caso, ordenará la disolución de la concentración en un plazo que no excederá de seis meses desde la fecha de la orden de disolución. Con objeto de hacer respetar la orden de disolución, el Tribunal de Defensa de la Competencia podrá, en particular: — Imponer a las partes un multa de 1.000.000 de pesetas por día de

retraso en cumplir la orden de disolución. — Desde la fecha de la orden de disolución, prohibir a las partes el ejercicio de los derechos de voto inherentes a las acciones o participaciones en la empresa o empresas objeto de la orden de disolución.

7. Antes de adoptar una resolución de prohibición conforme al apartado 4 del presente artículo, el Tribunal de Defensa de la Competencia deberá dar al Gobierno o Gobiernos de la Comunidad Autónoma en cuyo territorio estén domiciliadas las empresas partícipes la oportunidad de ser oídas.

Artículo 20. Competencia del Gobierno.

1. El Gobierno, a propuesta del Ministro de Economía y Hacienda, podrá autorizar una operación de concentración prohibida por el Tribunal de Defensa de la Competencia si, en el caso en concreto, los efectos en la competencia de la concentración son superados por ventajas reales y efectivas para la economía nacional en su conjunto o cuando la operación de concentración sea indispensable para la consecución de un objetivo de interés general. Antes de adoptar su decisión, el Ministro de Economía y Hacienda deberá solicitar informe al Gobierno o Gobiernos de la Comunidad Autónoma en cuyo territorio estén domiciliadas las empresas partícipes.

2. Las empresas deberán formular la solicitud de aprobación al Ministro de Economía y Hacienda dentro de los quince días siguientes a contar desde la fecha de la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia prohibiendo la operación. En caso de recurso contra la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia, el plazo comenzará a contar desde la fecha en que la resolución de prohibición sea firme. La solicitud se hará pública.

3. El Gobierno deberá adoptar su decisión dentro de los tres meses siguientes a la fecha de la presentación de la solicitud por las empresas partícipes. Transcurrido ese plazo sin que el Ministro de Economía y Hacienda haya adoptado una decisión, se entenderá denegada la solicitud de aprobación.

4. La decisión de aprobación de la concentración podrá ir acompañada de condiciones y obligaciones. El Tribunal de Defensa de la Competencia será responsable de vigilar el cumplimiento de las condiciones y obligaciones impuestas. En casos de incumplimiento de las mismas, el Tribunal de Defensa de la Competencia impondrá a cada una de las empresas afectadas una multa de hasta el 10 por 100 de su respectivo volumen de ventas en España en el ejercicio en que se hubiera producido la operación de concentración.

Artículo 21. Multas.

1. La falta de cumplimiento del deber de notificación será sancionada por el Tribunal de Defensa de la Competencia con multa de hasta 150.000.000 de pesetas. Se aplicará *mutatis mutandis* lo establecido en el artículo 10 de esta Ley.

2. La Dirección General de Defensa de la Competencia vigilará la ejecución y el cumplimiento de las resoluciones que adopte en aplicación de esta Ley. El incumplimiento de las condiciones y obligaciones impuestas en las Resoluciones del Tribunal determinará la imposición a cada una de las empresas afectadas de una multa de hasta 150.000.000 de pesetas, sin perjuicio de las medidas de ejecución previstas en el ordenamiento jurídico. Esta multa será impuesta por el TDC tras un expediente contradictorio que se iniciará cuando tenga conocimiento del incumplimiento bien a instancia de parte, bien por comunicación de la Dirección General de la Competencia.

Artículo 22. Investigación y multas.

1. La investigación, solicitud de información y verificación serán efectuadas de acuerdo con los poderes que se conceden en los artículos 49, 50 y 51 de esta Ley.

2. La falta de colaboración o no entrega de la información solicitada podrá ser mencionada con las multas establecidas en el artículo 49 de esta Ley.

Artículo 23. Reglamento (CEE) 4064/89 del Consejo.

1. El Tribunal de Defensa de la Competencia es la autoridad competente en España a efectos de lo establecido en los artículos 9 y 22.3 del Reglamento 4064/89 del Consejo, sobre control de concentraciones. En caso de aplicación del artículo 9 del Reglamento 4064/89 y una vez que la Comisión Europea haya acordado el reenvío de la operación de concentración al Tribunal de Defensa de la Competencia, se aplicará el procedimiento de investigación establecido en el artículo 19 sin que resulte afectada la competencia del Gobierno conforme a lo establecido en el artículo 20.

2. El Ministro de Economía y Hacienda podrá requerir al Tribunal de Defensa de la Competencia para que formule solicitud a la Comisión Europea de aplicación de los artículos 9 y 22.3 del Reglamento 4064/89 del Consejo.

3. Las Comunidades Autónomas, a través de sus respectivos órganos de gobierno, podrán solicitar al Tribunal de Defensa de la Competencia para que formule solicitud a la Comisión Europea conforme al artículo 9 del Reglamento 4064/89 del Consejo.»

MOTIVACIÓN

— Definición más precisa de las operaciones de concentración y de los criterios que debe utilizar el Tribunal de Defensa de la Competencia para su análisis y valoración.

— Adaptación de los criterios comunitarios en el esquema institucional para la elaboración de directrices.

— Equilibrio entre las funciones atribuidas al Tribunal y la necesaria garantía de seguridad jurídica para los operadores económicos.

ENMIENDA NÚM. 33

PRIMER FIRMANTE:

Grupo Socialista del Congreso

Al artículo noveno. De modificación.

El capítulo III del título I de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, quedará redactado así:

«CAPÍTULO III

Control de las ayudas públicas

Artículo 24. Competencia.

1. Todas las ayudas públicas a empresas públicas o privadas o a determinadas producciones, y con independencia de su forma, quedan sometidas a lo establecido en esta Ley, solamente en la medida en que su concesión y mantenimiento por cualquier órgano de la Administración pueda tener como efecto la restricción de la competencia.

2. El Tribunal de Defensa de la Competencia, de oficio o a instancia de parte, tiene competencia exclusiva para declarar que una ayuda pública o un régimen general de ayudas tiene como efecto la restricción de la competencia en el mercado nacional o en una parte sustancial del mismo. Previamente a dicha declaración, el órgano de la Administración responsable de la concesión deberá ser oído por el Tribunal de Defensa de la Competencia. El informe del Tribunal de Defensa de la Competencia será público.

3. El Tribunal de Defensa de la Competencia acompañará dicha declaración con una recomendación de las medidas que, en su opinión, deberían adoptarse con objeto de que la ayuda pública o el régimen general de ayudas en cuestión cesen de tener un efecto restrictivo de la competencia. Dichas medidas objeto de recomendación podrán incluir, en su caso, la supresión de la ayuda pública si ésta ya se hubiera concedido y las medidas que deberían adoptarse para restablecer la competencia efectiva en el mercado una vez suprimida dicha ayuda, incluyendo el reembolso de la ayuda por los beneficiarios de la misma.

4. Dicha declaración, acompañada de las recomendaciones pertinentes, se elevará dentro de los cinco días siguientes a su adopción al órgano de la Administración responsable de la concesión de la ayuda pública y al Ministro de Economía y Hacienda. Con relación a las ayudas públicas otorgadas por la Administración del Estado, el Gobierno, dentro de los dos meses desde la fecha de la declaración formulada por el Tribunal de Defensa de la Competencia y a la vista

del contenido de la misma, decidirá, en su caso, la adopción de las medidas propuestas en dicha declaración. Si la declaración del Tribunal de Defensa de la Competencia propone la supresión de la ayuda pública en cuestión por sus efectos restrictivos en la competencia, el Gobierno podrá acordar su concesión cuando los efectos restrictivos de la competencia declarados por el Tribunal de Defensa de la Competencia sean superados por ventajas reales y efectivas para la economía nacional en su conjunto aportadas por la ayuda pública en cuestión, o si la ayuda pública de que se trate es indispensable para la consecución de un objetivo de interés general. La decisión del Gobierno será pública. Con relación a las ayudas públicas otorgadas por otras Administraciones, el Gobierno, a la vista del contenido de la declaración formulada por el Tribunal de Defensa de la Competencia, propondrá a dichas Administraciones, en su caso, la supresión o modificación de la ayuda pública o el régimen general de ayudas adoptado, así como las demás medidas conducentes al mantenimiento o restablecimiento de la competencia. La decisión del Gobierno será pública.

5. El Tribunal de Defensa de la Competencia podrá, en todo caso, recabar información de los órganos de la Administración con relación a las ayudas públicas ya otorgadas o a regímenes generales de ayudas ya adoptados. El Tribunal de Defensa de la Competencia podrá solicitar al Ministerio de Economía y Hacienda la iniciación de cuantas acciones sean necesarias con objeto de eliminar los efectos restrictivos en la competencia de una ayuda pública. Ello incluirá, en particular, el inicio de acciones con objeto de declarar la nulidad de los actos administrativos adoptados con relación a la ayuda pública en cuestión y la petición de medidas cautelares que impidan la concesión de una ayuda pública declarada restrictiva de la competencia.

6. Lo establecido en la presente Ley no afecta a las competencias de la Comisión Europea establecidas en el artículo 88 del Tratado de la Comunidad Europea respecto de las ayudas estatales que afectan a los intercambios comerciales

entre los Estados miembros de la Unión Europea. En casos de concurrencia de procedimientos de aplicación, se aplicará lo establecido en el artículo 62 de esta Ley.»

MOTIVACIÓN

— Definición más precisa del concepto de ayuda pública a los efectos de los objetivos pretendidos por esta Ley.

— Respeto al reparto de atribuciones entre los órganos comunitarios, nacionales y autonómicos.

— Refuerzo de las funciones del Tribunal de Defensa de la Competencia.

ENMIENDA NÚM. 34

PRIMER FIRMANTE:

Grupo Socialista del Congreso

A los artículos décimo a vigésimo. De modificación.

El título II de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, quedará redactado así:

«TÍTULO II Del Tribunal de Defensa de la Competencia

CAPÍTULO I

Del Régimen Jurídico del Tribunal de Defensa de la Competencia

Artículo 25. La personalidad del Tribunal de Defensa de la Competencia.

1. Corresponde al Tribunal de Defensa de la Competencia la vigilancia del cumplimiento de las normas concurrenciales y la exigencia de las responsabilidades que se establecen en esta Ley, en caso de incumplimiento, ejerciendo las potestades administrativas que corresponden a estas competencias.

2. El Tribunal de Defensa de la Competencia es un Ente de Derecho Público, dotado de personalidad jurídica, con capacidad de obrar pública y privada y plena autonomía e independencia en el ejercicio de su competencia a los fines de esta Ley.

3. El Tribunal de Defensa de la Competencia se rige, en el ejercicio de las potestades administrativas que corresponden a sus competencias, por el Derecho administrativo y, en el resto de su actuación y funcionamiento, por las normas de Derecho privado.

4. El Tribunal de Defensa de la Competencia tiene su sede en la capital del Estado, su competencia se extiende a todo el territorio español y goza del tratamiento que corresponde al rango de sus miembros y de los órganos que lo integran.

Artículo 26. Las competencias del Tribunal.

Con independencia de las competencias que se deriven del ordenamiento jurídico internacional y comunitario y de la jurisdicción ordinaria, el Tribunal de Defensa de la Competencia es el único competente para la vigilancia y el cumplimiento de las normas de la competencia establecidas en esta Ley.

Artículo 27. Competencias del Tribunal en materia de conductas restrictivas.

De acuerdo con esta Ley y sus disposiciones de desarrollo y aplicación, en materia de conductas restrictivas a la competencia o abusivas corresponde al Tribunal de Defensa de la Competencia:

a) La persecución de las conductas prohibidas. b) Aprobar las directrices de aplicación de los artículos 1, 3 y 4 de esta Ley. c) Ejercer la potestad sancionadora de la Administración Pública en materia de conductas o prácticas contra la competencia. d) La iniciación, instrucción y resolución de los procedimientos derivados de estas competencias, así como su terminación convencional. e) Cualquier otra que atribuya el ordenamiento jurídico interno, comunitario e internacional en materia de defensa de la competencia a las Administraciones Públicas.

Artículo 28. Competencias en materia de concentraciones.

En materia de concentraciones económicas corresponde al Tribunal: a) La iniciación, instrucción y resolución de los

procedimientos establecidos en el capítulo II del título I de esta Ley y los derivados de estas competencias. *b)* Ejercer la potestad sancionadora de la Administración Pública en materia de cumplimiento de las normas sobre concentraciones económicas. *c)* Aprobar las Directrices a que se refiere el artículo 14.5.b) de esta Ley. *d)* Cualquier otra que atribuya el ordenamiento jurídico nacional, comunitario e internacional en materia de defensa de la competencia a las Administraciones Públicas.

Artículo 29. Competencias en materia de ayudas públicas.

En materia de ayudas públicas corresponde al Tribunal: *a)* Examinar, de oficio o a instancia de parte, las ayudas otorgadas a las empresas con cargo a recursos públicos, en relación con sus efectos sobre las condiciones de competencia. *b)* Ser interesado en cualquier procedimiento de concesión de ayudas públicas que se inicie por cualquier Administración Pública. *c)* Requerir, a los mismos efectos señalados en el apartado anterior, con carácter previo a su concesión los expedientes de concesión de ayudas públicas en tramitación en cualquier Administración Pública. *d)* La iniciación, instrucción y resolución de los procedimientos establecidos en el capítulo III del título I de esta Ley y los derivados de estas competencias. *e)* La remisión de sus actuaciones, cuando proceda, a los órganos de control presupuestario y de cuentas de las Administraciones Públicas. *f)* Cualquier otra que atribuya el ordenamiento jurídico nacional, comunitario e internacional en materia de defensa de la competencia a las Administraciones Públicas, respecto a las ayudas públicas.

Artículo 30. Competencias para el cumplimiento de los fines que le han sido atribuidos.

En relación con el cumplimiento de los fines que le han sido atribuidos para la ordenación del mercado, el Tribunal de Defensa de la Competencia es competente para: 1. Informar los Proyectos de normas con rango de Ley y los Convenios

Internacionales que afecten a la competencia que, preceptivamente, deberá someterle el Gobierno con anterioridad al Dictamen del Consejo de Estado, si procede. 2. Dictaminar, con carácter preceptivo, los proyectos de disposiciones reglamentarias que afecten a la competencia. 3. Dictaminar, con carácter preceptivo, los proyectos de disposiciones reglamentarias de desarrollo de esta Ley, con anterioridad al Dictamen del Consejo de Estado y sin perjuicio de las observaciones de legalidad de éste. 4. Solicitar legítimamente, sin posibilidad de inadmisión, la iniciación del procedimiento de revisión de oficio por causas de nulidad de las disposiciones administrativas y de los actos administrativos dictados por las Administraciones Públicas, así como la anulación, cuando afecten a la competencia y se den estas causas de nulidad o de anulación. 5. Dirigir propuestas y remitir informes a cualquier órgano constitucional o de las Administraciones Públicas en materias que afecten a la competencia. 6. Emitir informes sobre materias relativas a la libre competencia a solicitud de cualquier órgano constitucional o de las Administraciones Públicas, o de las organizaciones empresariales, sindicales o de consumidores y usuarios. 7. Realizar los arbitrajes que le encomienden las leyes. 8. Estudiar y someter al Gobierno las oportunas propuestas para la modificación de esta Ley y de cualquier otra que afecte directamente a la depuración del ordenamiento jurídico en materia de competencia, conforme a los dictados de la experiencia en la aplicación del Derecho nacional y comunitario. 9. Cualquier otra función de carácter consultivo que se corresponda con el objeto constitutivo del Tribunal de Defensa de la Competencia.

Artículo 31. Competencias de investigación.

1. El Tribunal deberá estudiar e investigar los sectores económicos, analizando la situación y grado de competencia de cada uno de ellos, así como la posible existencia de prácticas restrictivas de la competencia. Como consecuencia de los estudios e investigaciones efectua-

das propondrá a los poderes públicos la adopción de las medidas conducentes a la remoción de los obstáculos en los que se ampare la restricción.

2. El Tribunal promoverá y realizará estudios y trabajos de investigación en materia de competencia.

3. El Tribunal de Defensa de la Competencia emitirá anualmente un Informe Anual sobre la Competencia, incluidos los mercados sometidos a regulación sectorial, que presentará al Gobierno y a la Comisión de Economía del Congreso de los Diputados antes de su publicación y difusión. Este Informe Anual constituye, además, la Memoria Anual del Tribunal de Defensa de la Competencia.

Artículo 32. Competencias de colaboración internacional.

Al Tribunal de Defensa de la Competencia le corresponde la colaboración de las Administraciones Públicas y la Comisión Europea en la aplicación en España de las reglas comunitarias de la competencia. Asimismo, es el órgano de colaboración con el Gobierno en la cooperación internacional de España, en materia de competencia, con organismos extranjeros e internacionales.

Artículo 33. Publicidad.

1. El Tribunal de Defensa de la Competencia publicará en el *Boletín Oficial del Estado* y, en su caso, en el *Diario Oficial de las Comunidades Autónomas*, las resoluciones que adopte e informes que emita en aplicación de esta Ley.

2. Corresponde al Tribunal de Defensa de la Competencia la difusión de las normas y prácticas adecuadas de la competencia, a cuyo efecto editará, en cualquier soporte que estime adecuado, para su conocimiento y difusión: a) Las normas nacionales e internacionales reguladoras de la competencia, así como las disposiciones de este mismo ámbito que protegen su libre ejercicio. Las resoluciones e informes que dicte en aplicación de esta Ley en su integridad, con excepción, en su caso, de los datos que puedan resultar confidenciales. b) El Informe Anual de la Competencia y la intervención anual del Presidente en la

Comisión de Economía del Congreso. c) Las Directrices que elabore sobre la aplicación e interpretación de esta Ley. d) Las recomendaciones que el Parlamento remita al Tribunal de Defensa de la Competencia sobre materias de competencia. e) La información sobre la organización, composición y funcionamiento del Tribunal de Defensa de la Competencia y los estudios e investigaciones que sobre la competencia entienda convenientes editar y difundir.

Artículo 34. Competencia de organización interna.

El Tribunal de Defensa de la Competencia es competente para establecer sus propias normas de funcionamiento interno y de gestión, en uso de su autonomía e independencia, de acuerdo a lo establecido en esta Ley y a los límites previstos en la Constitución y en las Leyes.

CAPÍTULO II

De la organización y funcionamiento del Tribunal de Defensa de la Competencia

SECCIÓN 1.^a DE LA COMPOSICIÓN Y NOMBRAMIENTO DE LOS VOCALES DEL TRIBUNAL

Artículo 35. Composición del Tribunal de Defensa de la Competencia.

1. El Tribunal de Defensa de la Competencia se compone de nueve Vocales, designados por el Gobierno de la Nación para un período no renovable de nueve años, salvo el supuesto previsto en el número 2 de este artículo y de acuerdo a lo establecido en esta sección. El Gobierno designará, de entre los Vocales, un Presidente y el Pleno del Tribunal elegirá, de acuerdo a sus normas internas de funcionamiento, un Vicepresidente de entre sus Vocales.

2. Los Vocales del Tribunal de Defensa de la Competencia se renovarán por terceras partes cada tres años. El Gobierno, simultáneamente a cada renovación por tercios, podrá designar un nuevo Presidente, conservando el anterior la condición de Vocal hasta la extinción de su período máximo de designa-

ción. Las vacantes que se produzcan durante el período de duración de la designación de los Vocales se cubrirán por el Gobierno en el plazo de tres meses y tendrán la duración que reste al Vocal cuya vacante se cubre. Si la designación para cubrir la vacante se produce con una antelación inferior a los tres años del vencimiento del plazo de mandato del Vocal sustituido, podrá ser renovada su designación en la renovación ordinaria del Tribunal.

3. Los Vocales del Tribunal de Defensa de la Competencia cesarán en su cargo: *a)* Por renuncia. *b)* Por expiración del término de su mandato. *c)* Por pérdida de la capacidad jurídica para ser Vocal del Tribunal o por incompatibilidad sobrevenida, estimada, por decisión administrativa o judicial firme, de acuerdo al régimen de incompatibilidades de altos cargos. *d)* Por haber sido condenado por delito doloso. *e)* Por incapacidad permanente. *f)* Por decisión del Gobierno, previo informe conforme de la Comisión de Economía del Congreso de los Diputados adoptada por mayoría de las tres quintas partes de sus miembros, a propuesta de tres cuartas partes de los Vocales del Tribunal, acordado en Pleno y determinado por incumplimiento grave de los deberes de su cargo.

4. El Presidente y el Vicepresidente cesan en su específica responsabilidad como tales, además en los supuestos previstos en los casos de renovación por tercios del Tribunal de Defensa de la Competencia, respecto al Presidente o en las normas de funcionamiento interno respecto al Vicepresidente.

5. Los Vocales del Tribunal de Defensa de la Competencia, incluido el Presidente y el Vicepresidente, sólo podrán ser suspendidos en el ejercicio de su cargo, por decisión de la Autoridad judicial o administrativa competente: *a)* Cuando se dictare contra ellos auto de prisión o de procesamiento por delito doloso. *b)* Cuando se acuerde en expediente disciplinario. *c)* Por sentencia firme condenatoria que imponga la suspensión como pena principal o accesoria.

Artículo 36. La designación de los Vocales del Tribunal de Defensa de la Competencia.

1. Para la designación de los Vocales del Tribunal de Defensa de la Competencia, el Gobierno instruirá un procedimiento de designación, seleccionando a los Vocales entre personas de reconocido prestigio entre los magistrados, profesores de Universidad, funcionarios públicos, abogados, economistas, miembros del Consejo de Estado y personas procedentes de sectores económicos y empresariales.

2. La designación de los Vocales del Tribunal de Defensa de la Competencia se motivará por el Gobierno, justificando la idoneidad de cada una de las personas seleccionadas y el pluralismo en la composición del Tribunal de Defensa de la Competencia, con expresión de la persona que vaya a designar como Presidente, en su caso, del Tribunal.

3. Con carácter previo a la adopción de la decisión de designación de los Vocales del Tribunal, y, en su caso, del Presidente, el Gobierno remitirá, preceptivamente, testimonio del procedimiento de designación instruido al Congreso de los Diputados a efectos de examen de los candidatos por la Comisión de Economía de la Cámara y la emisión de un informe sobre la composición del Tribunal de Defensa de la Competencia. La Comisión de Economía, por acuerdo de las tres quintas partes de sus miembros, emitirá su informe, en el que constará su aceptación o veto razonado, en el plazo máximo de tres meses desde la recepción de la comunicación. Transcurrido dicho plazo sin haberse emitido el informe, el Gobierno podrá nombrar a las personas incluidas en la comunicación.

4. Los Vocales del Tribunal de Defensa de la Competencia ejercerán sus cargos con dedicación absoluta y están sujetos al régimen de incompatibilidades establecidas con carácter general para los altos cargos de la Administración General del Estado. Se exceptúa de lo anterior el desempeño ocasional de cargo o actividades en organismos internacionales en representación o por encargo de las Administraciones Públicas, libremente

aceptada, por los que no se percibirá otras retribuciones, compensaciones u honorarios que pudieran corresponder de acuerdo al régimen de incompatibilidades señalado.

SECCIÓN 2.^a DE LA ORGANIZACIÓN
DEL TRIBUNAL DE DEFENSA
DE LA COMPETENCIA

Artículo 37. Los órganos del Tribunal de Defensa de la Competencia.

1. El Tribunal de Defensa de la Competencia se organiza de acuerdo con lo establecido en esta Ley, la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado y sus propias normas internas de funcionamiento.

2. Son órganos administrativos del Tribunal de Defensa de la Competencia: *a)* El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia. *b)* Las Comisiones Delegadas del Pleno. *c)* El Presidente del Tribunal. *d)* El Vicepresidente del Tribunal. *f)* Los Vocales del Tribunal de Defensa de la Competencia que tengan delegadas competencias de las establecidas en el artículo 21 de esta Ley. *g)* El Servicio de Defensa de la Competencia.

3. El Tribunal de Defensa de la Competencia funciona en Pleno con las competencias de esta Ley a él atribuidas. Su ejercicio es irrenunciable salvo los supuestos de delegación, avocación o revocación que establece y la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Artículo 38. El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia.

1. El Pleno es el órgano colegiado supremo del Tribunal de Defensa de la Competencia, integrado por el Presidente, Vicepresidente y los Vocales, y constituido en sesión plenaria de sus miembros.

2. Las competencias del Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia son las establecidas en los artículos 27 a 32 de esta Ley, pero se pueden delegar en el Presidente, Vicepresidente o los Vocales del Tribunal, salvo la resolución de los procedimientos en materia de

acuerdos o prácticas restrictivas a la competencia, concentraciones y ayudas públicas, incluso su terminación convencional.

3. Tampoco serán delegables: *a)* La aprobación y remisión de los informes y dictámenes relativos a los proyectos de normas con rango de Ley, los proyectos de disposiciones reglamentarias y los convenios internacionales que afecten a la competencia. *b)* El acuerdo de solicitud de la iniciación de los procedimientos de revisión de oficio por causas de nulidad de las disposiciones administrativas y de los actos administrativos dictados por las Administraciones Públicas, así como la anulación, cuando afecten a la competencia y se den estas causas de nulidad o de anulación. *c)* La aprobación de las propuestas para la modificación de esta Ley y de cualquier otra que afecte directamente a la depuración del ordenamiento jurídico en materia de competencia, conforme a los dictados de la experiencia en la aplicación del Derecho nacional y comunitario. *d)* La aprobación de las Directrices a aplicar al ejercicio de sus competencias. *e)* La aprobación del Informe Anual de la Competencia y del Código de Conducta.

4. En materia de organización y funcionamiento interno, serán indelegables: *a)* La aprobación de las normas de organización y funcionamiento interno. *b)* La elección del Vicepresidente del Tribunal de Defensa de la Competencia. *c)* La designación del Secretario del Tribunal. *d)* La resolución de las recusaciones, incompatibilidades y correcciones disciplinarias de los miembros del Pleno, sin perjuicio de las competencias generales, en esta materia, establecidas en la Ley de Incompatibilidades de Altos Cargos. *e)* La consideración de incapacidad o incumplimiento grave de sus funciones en el Presidente, Vicepresidente o los Vocales del Tribunal de Defensa de la Competencia. *f)* Aprobación del anteproyecto anual de presupuesto de gastos e ingresos del Tribunal de Defensa de la Competencia a remitir al Ministerio de Economía y Hacienda. *g)* La aprobación de las relaciones de puestos de trabajo de personal funcionario y de personal laboral para su tramitación legal. *h)* La aprobación del plan de publicación y

difusión de las normas y estudios de la competencia. *i)* Los acuerdos de delegación de competencias propias y los de delegación de otros órganos del Tribunal de Defensa de la Competencia.

5. El Pleno se entiende válidamente constituido cuando asistan el Presidente o, en su caso, el Vicepresidente y, al menos, cuatro Vocales, y estará asistido, en sus sesiones, por un Secretario que pertenecerá al personal al servicio del Tribunal de Defensa de la Competencia, de acuerdo a las normas de funcionamiento interno del Tribunal.

Artículo 39. Las Comisiones Delegadas del Tribunal de Defensa de la Competencia.

1. Las Comisiones Delegadas son órganos colegiados del Tribunal de Defensa de la Competencia que el Pleno puede constituir de acuerdo con las normas de organización y funcionamiento interno y la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

2. Los miembros de las Comisiones Delegadas son Vocales del Tribunal de Defensa de la Competencia, aunque pueden integrarse en ellas personal al servicio del Tribunal. La formación de la voluntad colegiada del órgano pertenece, en exclusiva, a los Vocales del Tribunal de Defensa de la Competencia que la compongan.

3. Las Comisiones Delegadas tienen las competencias que le atribuya el Pleno, por delegación. Estas competencias no son delegables.

Artículo 40. El Presidente del Tribunal de Defensa de la Competencia.

1. El Presidente del Tribunal de Defensa de la Competencia ostenta la representación legal del Tribunal, tiene los derechos que corresponden al rango de Secretario de Estado y ejerce las competencias establecidas en esta Ley y todas aquellas que le delegue el Pleno.

2. Corresponde al Presidente del Tribunal de Defensa de la Competencia: *a)* Legitimar las decisiones del Pleno del Tribunal, adoptadas en las sesiones que presida, con el refrendo del Secretario.

b) Convocar el Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia y presidir sus sesiones. *c)* Mantener el buen orden y gobierno del Tribunal, velando por el adecuado cumplimiento y aplicación de las normas de organización y funcionamiento del Tribunal. *d)* Dar cuenta al Gobierno de las vacantes que se produzcan en el Tribunal. *e)* Mantener las relaciones externas del Tribunal de Defensa de la Competencia con las Cámaras Legislativas del Estado y con las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, con los órganos jurisdiccionales y con otros órganos reguladores sectoriales de la competencia. *f)* Conceder licencias y permisos al personal del Tribunal. *g)* Ordenar los gastos y autorizar los ingresos. *h)* Resolver los asuntos cuya competencia no esté atribuida al Pleno o a otro órgano del Tribunal.

3. El Presidente del Tribunal de Defensa de la Competencia presentará el Informe Anual de la Competencia mediante comparecencia ante la Comisión de Economía del Congreso de los Diputados antes del 30 de junio de cada año y dará cuenta de las actividades del Tribunal en ese período, así como de los objetivos del Tribunal en el ejercicio en curso.

4. Las competencias y funciones propias del Presidente no son delegables ni sustituibles, pudiendo ser ejercidas por el Vicepresidente únicamente en los supuestos de suplencia previstos en esta Ley.

Artículo 41. El Vicepresidente y los Vocales del Tribunal de Defensa de la Competencia.

1. El Vicepresidente del Tribunal de Defensa de la Competencia es el Vocal del Tribunal elegido por el Pleno para suplir al Presidente en los casos de vacante, ausencia o enfermedad de éste y tiene las competencias que le atribuya el Pleno del Tribunal.

2. Los Vocales del Tribunal de Defensa de la Competencia tienen el derecho y la obligación de asistir a las reuniones del Pleno del Tribunal, participar en sus sesiones y adoptar las decisiones del Tribunal en los términos, con

las responsabilidades y derechos establecidos en esta Ley y los que se deriven del resto del ordenamiento jurídico que resulte de aplicación. Ejercen, además de las funciones propias de miembros del Pleno, las competencias que el Pleno les delegue, de acuerdo a lo establecido en el artículo 38 de esta Ley.

3. El Vicepresidente y los Vocales del Tribunal de Defensa de la Competencia tienen los derechos correspondientes al rango de Director general.

SECCIÓN 3.^a DEL FUNCIONAMIENTO DEL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Artículo 42. Normas de funcionamiento.

1. El Tribunal de Defensa de la Competencia funciona con sujeción a la Constitución, a esta Ley y al ordenamiento jurídico que resulte de aplicación a través de los órganos establecidos en esta Ley y las unidades funcionales que puedan establecer las normas de organización y funcionamiento interno que apruebe el Pleno.

2. Las normas de organización y funcionamiento interno establecerán la atribución de las competencias orgánicas en materia de gestión de personal y servicios comunes del Tribunal de Defensa de la Competencia.

3. El personal al servicio del Tribunal de Defensa de la Competencia se regirá por las normas propias del Derecho laboral, salvo los que ocupen puestos de trabajo que tengan atribuido el ejercicio de potestades administrativas, que estarán reservados a funcionarios públicos.

4. La selección, nombramiento y, en su caso, contratación del personal al servicio del Tribunal de Defensa de la Competencia, con excepción del Director del Servicio de Defensa de la Competencia, se hará mediante convocatoria pública y de acuerdo a los principios de mérito y capacidad. Únicamente podrá nombrarse mediante el procedimiento de libre designación al personal directivo del Tribunal, sin perjuicio, en ningún caso, de los principios mencionados de mérito y capacidad. Dicho personal estará sujeto al régimen de incompatibilidades esta-

blecido con carácter general para el personal al servicio de las Administraciones Públicas.

Artículo 43. Financiación y control del Tribunal de Defensa de la Competencia.

1. Constituyen recursos financieros del Tribunal de Defensa de la Competencia: *a)* Las transferencias que le efectúe el Ministerio de Economía y Hacienda incluidas en el Programa Presupuestario del Tribunal de Defensa de la Competencia de los Presupuestos Generales del Estado. *b)* Las tasas y precios públicos que perciba por la realización de sus actividades. *c)* Los bienes y valores que pueden constituir su patrimonio y los productos y rentas de éstos. *d)* Cualesquiera otros recursos que pueda obtener de acuerdo con el régimen jurídico aplicable y lo establecido en las leyes.

2. Estarán afectos a los servicios del Tribunal de Defensa de la Competencia los bienes inmuebles y el material que precise para el cumplimiento de sus fines, asignados por el Ministerio de Economía y Hacienda.

3. El importe que resulte de la gestión anual de la tasa por estudio y análisis de las operaciones de concentración se aplicará a los fines del Tribunal de Defensa de la Competencia.

4. El Tribunal de Defensa de la Competencia elaborará anualmente el anteproyecto de presupuesto de gastos e ingresos, con la estructura que le señale, a efectos de programas presupuestarios, el Ministerio de Economía y Hacienda para su remisión a éste de acuerdo con las competencias presupuestarias de este Departamento Ministerial, para su inclusión en el proyecto de Presupuestos Generales del Estado y posterior remisión a las Cortes Generales.

5. El régimen de modificaciones presupuestarias durante el ejercicio se ajustará a lo establecido para los Departamentos Ministeriales en la Ley General Presupuestaria.

6. El control económico y financiero del Tribunal de Defensa de la Competencia se llevará a cabo, exclusivamente, mediante comprobaciones periódicas o procedimientos de auditoría, a cargo de

la Intervención General del Estado y mediante las funciones propias del Tribunal de Cuentas.

Artículo 44. Relaciones con los órganos reguladores.

1. Los órganos reguladores sectoriales podrán dirigir a los operadores económicos instrucciones en los términos previstos en su Ley reguladora para salvaguardar la competencia en sus mercados.

2. Lo dispuesto en el apartado anterior se entiende sin perjuicio de las atribuciones del Tribunal de Defensa de la Competencia para la aplicación de las normas contenidas en esta Ley.

3. La instrucción de los expedientes para la persecución de las conductas prohibidas por esta Ley podrá ser realizada por dichos órganos reguladores en los términos que reglamentariamente se establezca.

4. Los órganos reguladores sectoriales colaborarán en todo caso con el Tribunal de Defensa de la Competencia en la instrucción de los expedientes por infracción de las normas recogidas en esta Ley.

5. En todos los procedimientos previstos en esta Ley se solicitará el informe preceptivo de los órganos reguladores sectoriales cuando, por razón de la materia, el procedimiento afecte a las competencias de dichos órganos. También se solicitará ese informe cuando se dicten las directrices que afecten a los sectores correspondientes.

Artículo 45. Relaciones con los órganos de la jurisdicción ordinaria.

El Tribunal de Defensa de la Competencia deberá informar, previa consulta de los órganos de la jurisdicción ordinaria, sobre la existencia de prácticas restrictivas de la competencia prohibidas por los artículos 1, 3 y 4 de esta Ley. En el informe el Tribunal determinará si las prácticas objeto de la consulta pueden considerarse conductas autorizadas por la Ley y, en su caso, si pueden ser susceptibles de exención.

Artículo 46. Código de Conducta.

El Tribunal de Defensa de la Competencia elaborará un Código de Conducta donde se recojan, entre otras, las normas sobre las reuniones que el Presidente del Tribunal y sus Vocales celebren con representantes de los poderes públicos; otras instituciones, públicas o privadas, nacionales o internacionales, y las empresas.

CAPÍTULO III

Del Servicio de Defensa de la Competencia

Artículo 47. Adscripción y funciones.

El Servicio de Defensa de la Competencia es el órgano del Tribunal de Defensa de la Competencia encargado de la instrucción de los expedientes por conductas prohibidas por esta Ley. En materia de concentraciones económicas, tendrá la intervención que se indica en el artículo 22 de esta Ley.

Artículo 48. Del Director del Servicio de Defensa de la Competencia.

El Director del Servicio de Defensa de la Competencia ostenta la jefatura del mismo. Será nombrado entre funcionarios por el Tribunal de Defensa de la Competencia en la forma que reglamentariamente se establezca.

CAPÍTULO IV

De la colaboración de la Administración y de las facultades de investigación e inspección en la instrucción de los expedientes

Artículo 49. Deberes de colaboración e información.

1. Toda persona natural o jurídica queda sujeta al deber de colaboración con el Tribunal de Defensa de la Competencia y está obligada a proporcionar a requerimiento de cualquiera de sus órganos toda clase de datos e informaciones necesarias para la aplicación de esta Ley.

2. El incumplimiento de la obligación establecida en el número anterior será sancionado con multa de 50.000 a

5.000.000 de pesetas, que será impuesta bien por el Pleno del Tribunal, bien por el Director del Servicio de la Competencia, según cuál sea la fase del procedimiento en el que se haya producido el incumplimiento.

Artículo 50. Funciones de investigación e inspección.

1. Los funcionarios debidamente autorizados por el Director del Servicio de Defensa de la Competencia podrán realizar las investigaciones necesarias para la debida aplicación de esta Ley.

2. Los funcionarios, en el curso de las inspecciones, podrán examinar, obtener copias o realizar extractos de los libros, documentos, incluso de carácter contable, y, si procediera, retenerlos por un plazo máximo de diez días. En el curso de las inspecciones podrán solicitar explicaciones verbales.

Artículo 51. Investigación domiciliaria.

1. El acceso a los locales podrá realizarse con el consentimiento de sus ocupantes o mediante mandamiento judicial.

2. Si hubiera existido consentimiento de los ocupantes, el funcionario habilitado mostrará el oficio y entregará copia en que consten su designación por el Director del Servicio de Defensa de la Competencia, los sujetos investigados, los datos, documentos y operaciones que habrán de ser objeto de la inspección, la fecha en que la actuación deba practicarse y el alcance de la investigación.

3. El mandamiento judicial lo solicitará el Director del Servicio de Defensa de la Competencia, y en el oficio se hará constar los datos previstos en el número anterior. El Juez o Tribunal competente resolverá en el plazo máximo de cuarenta y ocho horas.

4. De todas las entradas en locales y de la inspección se levantará un acta firmada por el funcionario autorizado y por uno de sus ocupantes, a la que se adjuntará, en su caso, la relación de documentos retenidos temporalmente.

5. El funcionario expedirá una copia del acta a nombre de la persona que haya autorizado la entrada en el local. Si la entrada e inspección se hubieran reali-

zados en virtud de mandamiento judicial, el original del acta y los documentos retenidos, en su caso, se entregarán al Juez o Tribunal correspondiente, el cual diligenciará una copia a nombre del funcionario que ha llevado a cabo la inspección y otra a nombre del ocupante ante el cual se ha realizado la investigación. También se entregará, en su caso, al funcionario la documentación retenida.

6. Los datos e informaciones obtenidos sólo podrán ser utilizados para las finalidades previstas en esta Ley.

MOTIVACIÓN

— Nueva estructura institucional del sistema de defensa de la competencia que potencie al Tribunal y defina con precisión su estructura, organización y funcionamiento.

— Regulación que garantiza la neutralidad e independencia en la composición del Tribunal y su funcionamiento autónomo al servicio de los intereses generales.

— Introducción del principio de transparencia en la actividad del Tribunal.

— Regulación equilibrada de las relaciones entre los organismos reguladores sectoriales y el Tribunal y entre este último y los órganos de la jurisdicción ordinaria.

ENMIENDA NÚM. 35

PRIMER FIRMANTE:

Grupo Socialista del Congreso

De adición.

Se añade un Título III (nuevo) a la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, con el siguiente texto:

«TÍTULO III

**De la Dirección General
de la Competencia**

SECCIÓN 1.ª FUNCIONES

Artículo 52. Funciones.

1. La Dirección General de Defensa de la Competencia estará integrada en

el Ministerio competente por razón de materia.

2. La Dirección General de Defensa de la Competencia velará por el mantenimiento en los sectores económicos del mercado interior español de una situación de competencia efectiva. A tales efectos, la Dirección podrá denunciar ante el Tribunal de Defensa de la Competencia a los operadores económicos que incumplan los mandatos contenidos en esta Ley.

3. También son funciones de la Dirección General de Defensa de la Competencia: a) Vigilar la ejecución y cumplimiento de las resoluciones que el Tribunal de Defensa de la Competencia adopte en aplicación de esta Ley. b) Llevar el Registro de la Competencia. c) Aprobar un programa anual de evaluación de las consecuencias de la aplicación de las reglas de competencia que permita orientar la dedicación de medios, la evolución de la doctrina y los remedios adoptados. d) Proponer al Gobierno las directrices de política de defensa de la competencia. e) Cooperar, en colaboración con el Tribunal, en materia de competencia, con organismos extranjeros e instituciones internacionales.

SECCIÓN 2.^a DEL REGISTRO DE LA COMPETENCIA

Artículo 53. Carácter público del Registro y actos inscribibles.

El Registro de Defensa de la Competencia será público y en él se inscribirán los acuerdos, decisiones, recomendaciones y prácticas que el Tribunal haya declarado prohibidos total o parcialmente. También se inscribirán las operaciones de concentración de empresas o toma de control y las decisiones en materia de ayudas públicas. A estos efectos el Tribunal dará traslado a la Dirección General de la Competencia de sus resoluciones.»

MOTIVACIÓN

— Coherencia con el esquema institucional propuesto.

ENMIENDA NÚM. 36

PRIMER FIRMANTE:

Grupo Socialista del Congreso

A los artículos 21 a 31. De modificación.

El Título IV (antiguo Título III) de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, quedará redactado así:

«TÍTULO IV Del procedimiento

CAPÍTULO I

Del procedimiento en materia de acuerdos y prácticas prohibidas

SECCIÓN 1.^a DEL PROCEDIMIENTO ANTE EL SERVICIO

Artículo 54. Iniciación del procedimiento.

1. El procedimiento se inicia por el Servicio de Defensa de la Competencia de oficio o a instancia de parte interesada. La denuncia de las conductas prohibidas por esta Ley es pública; cualquier persona, interesada o no, puede formularla ante el Servicio, que iniciará expediente cuando se observen indicios racionales de su existencia. El Presidente del Tribunal de Defensa de la Competencia, el Pleno o una Comisión Delegada, podrá ordenar al Servicio la apertura del expediente cuando tuviera conocimiento de hechos que pudieran ser constitutivos de una infracción de esta Ley.

2. La denuncia se presentará en la forma y con el contenido que reglamentariamente se determine que, como mínimo, deberá contener: — Nombre o razón social y domicilio del denunciante y, en el caso de que actúe por medio de representante, acreditación de la representación y domicilio a efecto de notificaciones. — Nombre o razón social y domicilio del denunciado o denunciados. — Hechos de los que se deriva la existencia de infracción y pruebas y, en su caso, de los mismos. — Intereses legítimos de acuerdo con el artículo 31 de la Ley 30/1992, para poder ser considerado interesado en el eventual expediente sancionador.

3. Ante la noticia de la posible existencia de una infracción, el Servicio podrá proceder a la instrucción de una información reservada antes de resolver la iniciación de expediente sancionador, incluso con investigación domiciliar de las empresas implicadas. Cuando el Servicio considere que no hay indicios de infracción de la Ley de Defensa de la Competencia, podrá no iniciar el procedimiento y acordar el archivo de las actuaciones. En las diligencias que se practiquen durante la información reservada deberá constar el alcance de la investigación. La investigación reservada no podrá exceder del plazo de tres meses desde que el Servicio tuvo noticia de la existencia de una posible infracción.

4. En la providencia en que se acuerde la iniciación del expediente se nombrará un Instructor y, en su caso, un Secretario. Todo eso que se notificará a los interesados.

5. Iniciado el expediente, se podrá publicar una nota sucinta sobre los extremos fundamentales del mismo, al objeto de que cualquiera pueda aportar información en un plazo que no excederá de quince días. La referida nota podrá publicarse en el *Boletín Oficial del Estado* y, en su caso, en cualquier medio de difusión que garantice una publicidad suficiente.

6. El Servicio, por propia iniciativa o a instancia de los interesados, podrá disponer la acumulación de expedientes cuando entre ellos exista una conexión directa.

Artículo 55. Supuestos de inadmisión y terminación convencional.

1. El Servicio de Defensa de la Competencia podrá proponer al Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia: a) La no iniciación de los procedimientos derivados de la presunta realización de las conductas prohibidas por los artículos 1, 3 y 4 y que por escasa importancia no afecten de manera significativa a las condiciones de competencia. b) La terminación convencional de una investigación que se haya iniciado de oficio o a instancia de parte interesada por posible infracción de los artículos 1, 3 y 4 de la

Ley, siempre que la misma no resulte contraria a lo dispuesto en esta Ley y tenga por objeto satisfacer el interés público.

2. En los procedimientos de terminación convencional, el Servicio determinará quiénes son los interesados en el asunto, con el fin de que puedan ser oídos en el curso del mismo. La terminación convencional de los procedimientos no podrá acordarse en aquellos casos en que resulte contraria al ordenamiento jurídico, no tenga por objeto la satisfacción del interés público o resulte perjudicial para terceros. Tampoco podrá acordarse en la terminación convencional una vez dictada la providencia de iniciación del expediente. Las propuestas para la terminación convencional de una investigación deberán establecer como contenido mínimo la identificación de las partes intervinientes, el ámbito personal, territorial y temporal, el objeto de los compromisos y el alcance de los mismos. Dichos acuerdos deberán ser adoptados por el Director del Servicio y los interesados.

3. La propuesta de terminación convencional deberá ser elevada al Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia para su aprobación. Recibida la propuesta, el Tribunal publicará la propuesta en el *Boletín Oficial del Estado* para que cualquier interesado pueda personarse en el expediente y, por plazo de quince días, formular alegaciones. Si el Tribunal considerara razonable los motivos de la oposición, denegará la terminación convencional. Si no se hubiera formulado oposición, este Tribunal decidirá sobre su aprobación o denegación. Si la aprobara, publicará una resolución, y en caso contrario ordenará el Servicio la continuación del expediente sancionador.

Artículo 56. Instrucción del expediente sancionador.

1. El Servicio de Defensa de la Competencia practicará los actos de instrucción necesarios para el esclarecimiento de los hechos y la determinación de responsabilidades. Los hechos que puedan ser constitutivos de infracción se recogerán en un pliego de concreción de hechos que se notificará a los presuntos infractores para que, en un plazo de quince

días, puedan contestarlo y, en su caso, proponer las pruebas que consideren pertinentes y, cerrado el período probatorio, efectuar su valoración en el plazo de diez días. Las pruebas propuestas por los presuntos infractores serán recogidas en el informe del Servicio, expresando su práctica o, en su caso, denegación. Contra el acuerdo de denegación los interesados podrán interponer recurso ante el Tribunal de Defensa de la Competencia.

2. Los interesados podrán, en cualquier momento del procedimiento, aducir alegaciones, que serán tenidas en cuenta por el Servicio al redactar el informe al que se refiere el número siguiente.

3. El Servicio, una vez instruido el expediente, lo remitirá al Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia, acompañándolo de un informe que exprese las conductas observadas, sus antecedentes, sus autores, los efectos producidos en el mercado, la calificación que le merezcan los hechos y las responsabilidades que corresponden a los autores.

4. Cuando, tras la instrucción necesaria, el Servicio considere que no se ha acreditado la existencia de prácticas prohibidas, redactará la propuesta de sobreseimiento que se notificará a los interesados para que en el plazo de diez días hagan las alegaciones pertinentes. Posteriormente el Servicio, podrá acordar el sobreseimiento del expediente con archivo de las actuaciones. Contra dicho acuerdo podrá interponerse recurso contencioso-administrativo.

SECCIÓN 2.^a DEL PROCEDIMIENTO ANTE EL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Artículo 57. Admisión a trámite del expediente.

El Tribunal, recibido el expediente, resolverá sobre su admisión en un plazo de cinco días teniendo en cuenta si se han aportado al mismo los antecedentes necesarios. En otro caso interesará del Servicio la práctica de las diligencias oportunas, las cuales podrán ser cumplimentadas con las que éste considere pertinentes.

Artículo 58. Tramitación.

1. Si el Tribunal admitiese a trámite el expediente lo pondrá de manifiesto a los interesados por el plazo de quince días, dentro del cual podrán realizar las alegaciones que estimen oportunas.

2. Eventualmente los interesados podrán solicitar la apertura de un período de prueba que excepcionalmente podrá ser acordado por el Tribunal cuando juzgue que ha sido imposible practicar las pruebas propuestas en el período de instrucción ante el Servicio.

Artículo 59. Vista o escrito de conclusiones.

1. El Tribunal acordará la celebración de vista cuando lo estime necesario. En otro caso, concederá a los interesados un plazo de quince días para formular conclusiones.

2. La celebración de la vista será reservada y contradictoria, y en ella intervendrán los interesados, sus representantes y el Servicio de Defensa de la Competencia. El Tribunal podrá también requerir la presencia en la vista de aquellas personas que considere necesarias. El Servicio podrá formular el escrito de conclusiones o resumen del expediente.

Artículo 60. Diligencias para mejor proveer.

1. Después de la vista o transcurrido el plazo de formulación de conclusiones, y antes de dictar resolución, el Tribunal podrá acordar, para mejor proveer, la práctica de cualquier diligencia de prueba, incluso la de declaración de los interesados y la de reconocimiento, y recabar nuevos informes del Servicio o de cualquier otro organismo, público o privado, y de autoridades o particulares sobre las cuestiones que el propio Tribunal determine.

2. La providencia que las acuerde establecerá el plazo en que deban practicarse, siempre que fuera posible fijarlo, y la intervención que los interesados hayan de tener.

3. Todas las pruebas acordadas como diligencia para mejor proveer se practicarán ante el Tribunal o ante el Vocal designado a tal fin.

Artículo 61. Audiencia del Instructor y resolución del expediente.

1. El Tribunal, cuando lo estime conveniente podrá convocar al Instructor para que le ilustre sobre aspectos determinados del expediente. Se oirá en cada caso al Instructor cuando el Tribunal, al dictar resolución, estime que la cuestión sometida a su conocimiento pudiera no haber sido apreciada debidamente por el Servicio, al ser susceptible de otra calificación. La nueva calificación se someterá a los interesados para que en el plazo de quince días formulen las alegaciones que estimen oportunas, con suspensión del plazo para resolver.

2. El Tribunal, concluidas las actuaciones, dictará resolución en el plazo máximo de veinte días.

3. Las resoluciones del Tribunal ponen fin a la vía administrativa.

Artículo 62. Concurrencia con procedimiento ante los órganos comunitarios.

1. El Tribunal podrá aplazar la resolución, a petición de parte, si se acreditase 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.

2. Si se hubiera impuesto sanción por los órganos comunitarios, el Tribunal deberá tenerla en cuenta a efectos de graduar la que corresponda según la presente Ley, pudiendo compensarla, sin perjuicio de declarar la infracción.

SECCIÓN 3.^a DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

Artículo 63. Clases y procedimiento para acordarlas.

1. El Servicio, una vez iniciado el expediente, podrá en cualquier momento, de oficio o a instancia de los interesados, proponer al Tribunal de Defensa de la Competencia las medidas cautelares necesarias tendentes a asegurar la eficacia

de la resolución que en su momento se dicte y, en especial, las siguientes: a) Órdenes de cesación o de imposición de condiciones determinadas para evitar el daño que pudieran causar las conductas a que el expediente se refiere. b) Fianza de cualquier clase, excepto la personal, declarada bastante por el Tribunal para responder de la indemnización de los daños y perjuicios que se pudieran causar. En el caso de que sean los interesados quienes propongan la adopción de medidas cautelares, el Tribunal podría exigir la prestación de fianza a los mismos.

2. El Servicio resolverá expresamente sobre las medidas cautelares en el plazo de quince días. Contra la denegación de las medidas cautelares los interesados podrán interponer recurso ante el Tribunal. No se podrán dictar medidas cautelares que puedan originar perjuicios irreparables a los interesados o que impliquen violación de derechos fundamentales.

3. El Tribunal oirá a los interesados en el plazo de cinco días y resolverá en el de tres, sobre la procedencia de las medidas.

4. El Tribunal, por sí o a propuesta del Servicio, para asegurar el cumplimiento de las medidas cautelares, podrá imponer multas coercitivas con las garantías y en la cuantía previstas en el artículo 11.

5. El Servicio podrá proponer al Tribunal, de oficio a instancia de parte, en cualquier momento del expediente, la suspensión, modificación o revocación de las medidas cautelares en virtud de circunstancias sobrevenidas o que no pudieran ser conocidas al tiempo de su adopción.

6. Las medidas cautelares cesarán, en todo caso, cuando se ejecute la resolución del Tribunal.

SECCIÓN 4.^a DE LAS RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL

Artículo 65. Contenido, aclaración y publicidad.

1. Las resoluciones del Tribunal podrán declarar: a) La existencia de prácticas o acuerdos prohibidos. b) La

existencia de un abuso de posición dominante. *c)* No resultar acreditada la existencia de prácticas prohibidas. *d)* La declaración de que se trata de acuerdos o prácticas excepcionales.

2. Las resoluciones del Tribunal podrán contener: *a)* La orden de cesación de las prácticas prohibidas en un plazo determinado. *b)* La imposición de condiciones u obligaciones determinadas. *c)* La orden de remoción de los efectos de las prácticas prohibidas contrarias al interés público. *d)* La imposición de multas. *e)* Y cualesquiera otras medidas cuya adopción les autoriza la presente Ley.

3. El Tribunal podrá adoptar, de oficio o a instancia de parte, aclarar conceptos oscuros o suplir cualquier omisión que contengan sus resoluciones. Las aclaraciones o adiciones podrán hacerse, dentro de los cinco días hábiles siguientes a la notificación de la resolución o, en su caso, a la petición de aclaración o adición, que deberá presentarse dentro del plazo improrrogable de tres días siguientes al de la notificación. Los errores materiales y los aritméticos podrán ser rectificadas en cualquier momento.

4. Las resoluciones sancionadoras del Tribunal, una vez notificadas a los interesados, se publicarán en el *Boletín Oficial del Estado* y, en la forma que aquél estime adecuada, en uno o varios diarios de ámbito nacional y de las provincias donde tengan el domicilio o realicen las prácticas las personas o empresas sancionadas. El coste de la inserción de las resoluciones correrá a cargo de la persona o empresa sancionada. El Tribunal podrá, asimismo, acordar la publicación de sus resoluciones no sancionadoras, en la forma prevista en el párrafo anterior.

SECCIÓN 5.^a DE LOS RECURSOS

Artículo 66. Recurso contra los actos de archivo y de trámite dictados por el Servicio.

Los actos de archivo y de trámite del Servicio que determinen la imposibilidad de continuar un procedimiento o denieguen la práctica de pruebas o produzcan

indefensión serán recurribles ante el Tribunal en el plazo de diez días.

Artículo 67. Trámites y resolución.

1. El recurso se presentará ante el Tribunal, el cual ordenará al Servicio que le remita el expediente con su informe en el plazo de tres días.

2. En el caso de que el Tribunal aprecie que el recurso ha sido interpuesto fuera de plazo, lo rechazará sin más trámite.

3. Recibido el expediente lo pondrá de manifiesto a los interesados para que en el plazo de quince días aleguen y presenten los documentos y justificaciones que estimen pertinentes.

4. Cumplido el trámite anterior, el Tribunal resolverá en el plazo de diez días.

Artículo 68. Recursos contra las resoluciones del Tribunal.

Contra la adopción de medidas cautelares y las resoluciones definitivas del Tribunal de Defensa de la Competencia no cabe ningún recurso en vía administrativa y sólo podrá interponerse recurso contencioso-administrativo.

CAPÍTULO II

Disposiciones comunes

Artículo 69. Supletoriedad de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Los procedimientos administrativos en materia de defensa de la competencia se regirán por su normativa específica y, supletoriamente, por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Artículo 70. Colaboración de las Administraciones Públicas.

1. Todas las Administraciones Públicas están obligadas a suministrar información y a emitir los informes que se les soliciten.

2. El Tribunal de Defensa de la Competencia, en cualquier fase del procedi-

miento, podrá recabar la colaboración de las Comunidades Autónomas. A tal efecto se les dará traslado de las actuaciones integrantes del expediente que sean relevantes para la adecuada prestación de la colaboración recabada.

3. Las Comunidades Autónomas, por su parte, podrán aportar las informaciones y observaciones que consideren oportunas, las cuales se unirán al expediente.

Artículo 71. Deber de secreto.

1. Todos los que tomen parte en la tramitación de los expedientes previstos en esta Ley o que conozcan tales expedientes por razón de profesión o cargo están obligados a guardar secreto sobre los hechos de que hayan tenido conocimiento a través de ellas.

2. Sin perjuicio de las responsabilidades penales y civiles que pudieran corresponder a los infractores del deber de sigilo, la violación de éste se considerará siempre falta administrativa muy grave.

Artículo 72. Tratamiento de información confidencial.

El Servicio y el Tribunal de Defensa de la Competencia en cualquier momento del expediente podrán ordenar, de oficio o a instancia del interesado, que se mantengan secretos los datos o documentos que consideren confidenciales, formando con ellos pieza separada. Esta confidencialidad se mantendrá en el recurso contencioso administrativo que se interponga siempre que sea ratificada por la Audiencia Nacional en dicho recurso.

Artículo 73. Sanciones.

1. Las sanciones impuestas en aplicación de la presente Ley se entenderán sin perjuicio de otras responsabilidades que en cada caso procedan.

2. La recaudación en vía ejecutiva de las multas se efectuará conforme a lo previsto en el Reglamento General de Recaudación.

3. El importe de las multas previstas en esta Ley se ingresará en el Tesoro Público.

Artículo 74. Prejudicialidad del proceso penal.

La instrucción del proceso penal ante los Tribunales de Justicia suspenderá la resolución del expediente administrativo que hubiera sido incoado por los mismos hechos.

Artículo 75. Plazos máximos del procedimiento.

1. El plazo máximo de duración de la fase del procedimiento sancionador que tiene lugar ante el Servicio de Defensa de la Competencia será de doce meses a contar desde la iniciación formal del mismo hasta la remisión del expediente al Tribunal de Defensa de la Competencia o de la notificación del acuerdo que, de cualquier modo, ponga término al procedimiento tramitado ante el Servicio. Lo dispuesto en este apartado se entiende sin perjuicio de la posible ampliación del plazo de conformidad con lo establecido en los apartados 5 y 6 del artículo 42 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. En cualquier caso, el plazo a que hace referencia este apartado se interrumpirá en caso de interposición del recurso administrativo previsto en el artículo 66 de esta Ley, o del planteamiento de cuestiones incidentales en que el artículo 42.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, prevé la suspensión, se proceda al cambio de calificación, así como cuando sea necesaria la coordinación con la Unión Europea o la coordinación con autoridades de competencia de otros países. En tales casos, el Servicio deberá dar cuenta de la resolución de interrupción a los interesados. Transcurrido el plazo previsto en este apartado y, en su caso, el plazo resultante de un acuerdo de ampliación, sin que el Servicio hubiera remitido el expediente al Tribunal de Defensa de la Competencia para su resolución o hubiese acordado su sobreseimiento, se procederá, de oficio o a instancia de cualquier interesado, a declarar su caducidad.

2. El Tribunal dictará resolución, y la notificará, en el plazo máximo de seis meses a contar desde la admisión a trámite del expediente. El plazo se interrumpirá cuando se planteen cuestiones incidentales en que la Ley prevea la suspensión, se interpongan recursos y se acuerde la suspensión por el órgano jurisdiccional competente, o se acuerde la práctica de diligencias para mejor proveer por el Tribunal. Transcurridos treinta días desde el vencimiento del plazo anterior, si el Tribunal no ha dictado resolución, procederá de oficio o a instancia de cualquier interesado, a declarar la caducidad del procedimiento.»

MOTIVACIÓN

— Coherencia con el esquema institucional propuesto.

— Simplificación de los procedimientos y acortamiento de los plazos.

— Equilibrio entre intereses públicos y privados en la regulación de los procedimientos de terminación convencional.

ENMIENDA NÚM. 37

PRIMER FIRMANTE:

Grupo Socialista del Congreso

A las disposiciones adicionales primera y segunda. De modificación.

Las disposiciones adicionales de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, quedarán redactadas así:

«DISPOSICIONES ADICIONALES

Primera.

1. Se suprime el Servicio de Defensa de la Competencia del Ministerio de Economía y Hacienda, integrándose sus funciones y medios personales y materiales actuales en el Tribunal de Defensa de la Competencia.

2. El Gobierno aprobará a través del procedimiento correspondiente la relación de puestos de trabajo de personal funcionario y de personal laboral, a propuesta y de conformidad con el Tribunal de Defensa de la Competencia.

3. El presupuesto de gastos e ingresos del Tribunal de Defensa de la Competencia se formalizará en un programa presupuestario específico incluido en la correspondiente sección del Ministerio de Economía y Hacienda de los Presupuestos Generales del Estado.

Segunda.

1. Se crea la tasa por análisis y estudio de las operaciones de concentración, que se regirá por lo dispuesto en la presente Ley y por las demás fuentes normativas que para las tasas se establecen en el artículo 9 de la Ley 8/1989, de 13 de abril, de Tasas y Precios Públicos.

2. Constituye el hecho imponible de la tasa la realización del análisis y estudio de todo proyecto u operación de concentración de empresas que se lleven a cabo con arreglo al artículo 14 de la Ley.

3. No estará sujeta a la tasa la consulta previa prevista en el artículo 17.5 de esta Ley.

4. Serán sujetos pasivos de las tasas, las entidades que resulten obligadas a notificar la operación de concentración.

5. El devengo de la tasa se producirá cuando el sujeto pasivo presente la notificación obligatoria prevista en el artículo 16 de esta Ley por la que se inicia el expediente administrativo, el cual no se tramitará sin que se haya efectuado el pago correspondiente.

6. La cuantía de la tasa regulada en éste será de 500.000 pesetas o 3.005,06 euros cuando el volumen de ventas global en España del común de los partícipes en el acuerdo de concentración sea igual o inferior a 40.000 millones de pesetas o 240.405 miles de euros; de 1.000.000 de pesetas o 6.010,12 euros cuando sea igual o inferior a 80.000 millones de pesetas o 480.810 miles de euros, y de 2.000.000 de pesetas o 12.020 euros cuando el volumen de facturación sea superior a 80.000 millones de pesetas o 480.810 miles de euros.

7. Se producirá la devolución de una cantidad equivalente al 85 por 100 de la tasa pagada cuando recaiga la resolución prevista en el artículo 18.2 de esta Ley.

8. El pago de la tasa se realizará en efectivo en los términos previstos en la

normativa vigente en materia de recaudación.

9. La gestión de la tasa se llevará a cabo por el Tribunal de Defensa de la Competencia en los términos que se establezcan en las disposiciones reglamentarias dictadas en desarrollo de la Ley, que podrán prever la obligación para los sujetos pasivos de practicar operaciones de autoliquidación tributaria.

Tercera.

Se deroga el párrafo segundo del artículo 6.2 de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista de 15 de enero de 1996.

Cuarta.

Reglamentariamente se determinarán:

1. Los supuestos en los que los órganos reguladores sectoriales podrán realizar la instrucción de los expedientes por las conductas prohibidas en esta Ley, así como las relaciones entre tales órganos y el Tribunal de Defensa de la Competencia y los supuestos en los que dichos órganos puedan imponer las multas coercitivas previstas en esta Ley.

2. El procedimiento para la consulta prevista en el artículo 2.4 de esta Ley.

3. El procedimiento para el control de las concentraciones.»

MOTIVACIÓN

— Coherencia con el esquema institucional propuesto.

— Adecuar la tasa a los supuestos de hecho que se pueden presentar.

— Modernización de la regulación sobre el comercio minorista.

ENMIENDA NÚM. 38

PRIMER FIRMANTE:

Grupo Socialista del Congreso

A la disposición derogatoria. De modificación.

La disposición derogatoria de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, quedará redactada así:

«DISPOSICIÓN DEROGATORIA

Queda derogada la Ley 17/1989, de Defensa de la Competencia, y cuantas disposiciones se opongan a lo previsto en la presente Ley.»

MOTIVACIÓN

— Coherencia con otras modificaciones propuestas.

ENMIENDA NÚM. 39

PRIMER FIRMANTE:

Grupo Socialista del Congreso

A la disposición transitoria. De modificación.

Las disposiciones transitorias de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, quedarán redactadas así:

«DISPOSICIONES TRANSITORIAS

Primera.

1. La integración efectiva del Servicio de Defensa de la Competencia en el Tribunal de Defensa de la Competencia se producirá en el plazo de un mes desde la entrada en vigor de esta Ley.

2. Hasta que no se aprueben las relaciones de puestos de trabajo del Servicio se mantendrán en aplicación las establecidas en el Ministerio de Economía y Hacienda para el Servicio de Defensa de la Competencia.

Segunda.

1. Los procedimientos en cursos iniciados de acuerdo con la Ley se resolverán de acuerdo con las normas establecidas en ella.

2. Hasta tanto se dicten las disposiciones reglamentarias en materia de procedimientos de aplicación de esta Ley, se aplicarán, en lo que no se oponga a ella, los procedimientos de la Ley y la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y sus normas de desarrollo del Procedimiento Común.

Tercera.

A la entrada en vigor de esta Ley se procederá a la elección del Presidente y los Vocales del Tribunal de Defensa de la Competencia de acuerdo con las disposiciones de esta Ley. En la elección se hará constar quiénes son designados para un período de tres, de seis años o por un período completo. Los designados por un período de tres años serán reelegibles a la finalización de su mandato.»

MOTIVACIÓN

— Coherencia con otras modificaciones propuestas.

ENMIENDA NÚM. 40**PRIMER FIRMANTE:****Grupo Socialista del Congreso**

A las disposiciones finales primera, segunda y tercera. De modificación.

La disposición final de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, quedará redactada así:

«DISPOSICIÓN FINAL

La presente Ley entrará en vigor a los tres meses de su publicación.»

MOTIVACIÓN

— Prudencia en la adaptación de la nueva regulación.

ENMIENDA NÚM. 41**PRIMER FIRMANTE:****Grupo Socialista del Congreso**

A la exposición de motivos. De modificación.

La exposición de motivos de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, quedará redactada así:

«EXPOSICIÓN DE MOTIVOS**I**

La evolución de la competencia económica desde 1989, fecha en la que se

promulgó la vigente Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, aconseja un cambio gradual de la legislación en la materia para adaptarla a las exigencias del siglo XXI. En efecto, el próximo siglo contemplará con probabilidad la consolidación del mercado interior europeo y de su moneda, el euro; presenciará el incremento del fenómeno denominado «globalización de los intercambios económicos», y observará la consagración de los procesos de liberalización económica española. Todo ello en el contexto de una sociedad cada vez más rápida, exacta y múltiple. Sin duda, tales transformaciones económicas y sociales exigen una respuesta del legislador que permita el diseño de una normativa de defensa de la competencia útil y, al mismo tiempo, flexible. Los modelos de defensa de la libre competencia europeos se han caracterizado hasta la fecha por su falta de flexibilidad. Así las cosas, la valoración de las políticas empresariales en los mercados se ha realizado, como regla, atendiendo a la conducta de los empresarios olvidando su explicación económica y su impacto en los mercados. La crisis de tales modelos se justifica a medida que el contexto económico y social ha cambiado: un mundo y una sociedad abiertas requieren otra política jurídica de la competencia que, arropada en la levedad, pueda desprenderse de vetustos ropajes. La comprensión del funcionamiento económico de los mercados y la explicación de las estrategias empresariales utilizadas en los mismos deben convertirse en piezas fundamentales de la interpretación y aplicación de las normas de defensa de la competencia. Procede, no obstante, recordar que los vientos de libertad económica pueden dirigir a los participantes en el mercado de la lucha por el cliente a la lucha contra el cliente. Y que el régimen de la libre competencia puede devorarse a sí mismo, resucitando la plaga secular de los monopolios privados o de los oligopolios incontrolados. A este respecto, interesa constatar que las medidas de liberalización incorporadas a la legislación española deben acompañarse de instrumentos útiles de protección de la competencia. De esta manera, a través de una intervención

gradual de la autoridad de competencia en el mercado que permita controlar al poder económico privado los beneficios de la liberalización alcanzarán a los consumidores.

II

Las novedades más importantes que presenta la Ley son las siguientes: 1. En materia de conductas prohibidas se introducen algunas modificaciones en la descripción de las conductas tipificadas, suprimiendo en el artículo 1 la mención a las conductas conscientemente paralelas que podría dar lugar a interpretaciones que permitiera la sanción de conductas sin la presencia de un elemento consensual. Al mismo tiempo se introduce la exigencia de que para que exista conducta prohibida se precisa que la afectación de la competencia sea apreciable, en coincidencia con el concepto de la apreciación sensible de la competencia elaborado por la Comisión Europea y el Tribunal de Justicia. En orden de exenciones y autorizaciones se produce una profunda modificación del régimen existente, en línea con los documentos de la Comisión Europea tales como el Libro Verde sobre las restricciones verticales en la política comunitaria de la Competencia, la Comunicación de la Comisión sobre esa misma materia, o el Libro Blanco sobre la modernización de la aplicación de los artículos 85 y 86 TCEE. Se suprime el anquilosado régimen existente —exenciones por categorías y autorizaciones singulares— sustituyéndolo por la publicación de unas directrices en las que constarán los criterios de exención. Para los supuestos singulares —que deberán ser excepcionales— se prevé un sistema de consulta. Las exenciones que el Gobierno quiera proponer deberán constar en una norma con rango de Ley. Se sigue en este apartado la línea liberalizadora propuesta en los informes del TDC según los cuales para liberalizar bastará con un Decreto, mientras que para imponer nuevas restricciones se precisará una Ley. Con la nueva redacción de quienes pueden ser autores de las conductas prohibidas se pretende aclarar los supuestos en los que la legis-

lación de la competencia se aplica a las Administraciones Públicas, es decir, en los supuestos en los que éstas actúan como operadores económicos. Se separa así igualmente esta debatida cuestión de la relativa al amparo legal. 2. En materia de concentraciones, la Ley adopta el criterio de la notificación obligatoria de las operaciones en función de umbrales cuantitativos del volumen de ventas para evitar los problemas detectados en la práctica que se asocian a la utilización de la cuota de mercado como variable de referencia. La competencia para adoptar resoluciones se atribuye al Tribunal aunque el Gobierno se reserva la posibilidad de autorizar una operación prohibida por el Tribunal en el supuesto de que existan motivos de interés general o claros efectos positivos para la economía nacional. Las amplias funciones atribuidas al Tribunal para iniciar procedimiento de investigación e imponer sanciones por incumplimientos de la obligación de notificación o para restablecer la competencia efectiva en caso de una operación no autorizada se equilibran de forma armónica con el sometimiento de las actuaciones del Tribunal a determinados criterios para la evaluación de las operaciones, a un procedimiento garante de los derechos de las partes y a la publicidad de sus resoluciones. 3. La Ley consagra un sistema de control de las ayudas públicas que mejora considerablemente el régimen de la Ley de 1989. En efecto, la Ley dispone que las ayudas públicas quedan sometidas a lo previsto en la misma en la medida que su concesión y mantenimiento por cualquier órgano de la Administración pueda tener como efecto la restricción de la competencia. Asimismo, el texto alternativo recoge la competencia exclusiva del TDC para declarar el efecto restrictivo de la ayuda, declaración que se realizará en un informe público que contiene una recomendación de las medidas que deberían adoptarse para impedir ese efecto. La declaración y las recomendaciones se dirigen al órgano de la Administración concedente de la ayuda y al Ministerio de Economía y Hacienda. La Ley limita, además, la discrecionalidad del Gobierno en la concesión de la ayuda sometiéndola al informe del TDC que proponga su supre-

sión. En todo caso, los preceptos de la Ley son coherentes con la actual distribución de competencias entre los órganos comunitarios y nacionales. 4. El sistema institucional de aplicación de la Ley experimenta cambios importantes. Aunque el sistema sancionador se residencia en manos del TDC, el texto alternativo contempla al SDC como un órgano del TDC encargado de la instrucción de los expedientes; y, en connivencia con ello, prevé que el Director del Servicio sea nombrado por el propio TDC. Esta medida se sitúa en el contexto de otras del texto alternativo que pretenden reforzar la independencia del TDC y definir con mayor rigor sus competencias. La composición y nombramiento de los vocales del TDC resultan, igualmente, modificados con la finalidad de regular un sistema transparente de nombramiento de los vocales que garantice el pluralismo en la composición del TDC. La transparencia en el funcionamiento del Tribunal se garantiza por medio de la obligación de comparecencia anual del Presidente del TDC ante las Cortes Generales y la obligación del TDC de elaborar un código de conducta. 5. La Ley contempla las relaciones del TDC con los órganos reguladores y con los órganos de la jurisdicción ordinaria. Se respeta la función importante desempeñada por los órganos reguladores en la salvaguardia de la competencia en sus mercados. Por ello, prevé que estos órganos puedan dictar instrucciones y la posibilidad de imponer multas coercitivas para proteger la competencia en sus mercados. La intermediación de la actuación de tales órganos aconseja esta solución. Todo ello, se entiende sin perjuicio de la competencia del TDC para la aplicación de la Ley y de la necesaria actividad de colaboración de los órganos reguladores con el TDC. Las relaciones del Tribunal con los órganos de la jurisdicción ordinaria se apoyan en la distinción entre interés público e interés privado en la persecución de las conductas contrarias a la libre competencia. El interés público queda salvaguardado con la concesión al TDC de una competencia exclusiva para la aplicación del sistema sancionador contenido en la Ley. El interés privado se tutela a través de la atribución a la jurisdicción ordinaria de competencia para la decla-

ración de nulidad de las conductas colusorias y para otorgar la pertinente indemnización de daños y perjuicios. 6. En materia de procedimiento se introducen las novedades resultantes de la integración del Servicio en el Tribunal de Defensa de la Competencia. Esta nueva estructura permite la agilización del procedimiento y el acortamiento de los plazos, evitando la duplicidad de trámites. Una importante novedad consiste en la introducción de la posibilidad de la terminación convencional de los procedimientos ya prevista en la Ley 30/1992. Teniendo en cuenta la concurrencia en los procedimientos en materia de la competencia de intereses públicos y privados se establecen garantías para que tanto uno como los otros queden protegidos, con la publicidad en cualquier caso de las resoluciones en las que se aprueben.»

MOTIVACIÓN

— Coherencia con el articulado del texto alternativo propuesto.

ENMIENDA NÚM. 42

PRIMER FIRMANTE:

Grupo Parlamentario de Coalición Canaria

Al artículo primero.

Modificación del apartado 3 del artículo uno Suprimir, al final del texto: «... de manera significativa...».

JUSTIFICACIÓN

Este párrafo contradice todo el resto del artículo 1 de la Ley que se reforma, que dice claramente: «Se prohíbe todo acuerdo, decisión...» Deja al arbitrio de criterios personales, cuándo la infracción es significativa y cuándo no lo es. Además va en contra de las últimas teorías, ya avaladas por la realidad, según las cuales no se pueden combatir eficazmente los grandes delitos si no se combaten al mismo tiempo los pequeños. Es la conocida teoría del cristal roto, y si lo que se pretende es descargar el trabajo, o no sobre-

cargar, al Servicio de Defensa de la Competencia, no es de recibo.

ENMIENDA NÚM. 43

PRIMER FIRMANTE:

Grupo Parlamentario de Coalición Canaria

Al artículo tercero.

Modificación del apartado 2 del artículo tres. Suprimir en el apartado c): «... de manera significativa...».

JUSTIFICACIÓN

La misma que para la enmienda anterior.

ENMIENDA NÚM. 44

PRIMER FIRMANTE:

Grupo Parlamentario de Coalición Canaria

Al artículo cuarto.

Modificación del artículo 7. Supresión.

JUSTIFICACIÓN

Vuelve a insistir en que el Tribunal de Defensa de la Competencia conocerá de los actos de la competencia desleal cuando distorsionen gravemente las condiciones de competencia del mercado. Y esa grave distorsión afecte al interés público. Si se quiere que esto sea así, habría que introducirlo en el artículo 1 de la Ley que se reforma, en vez de estar rebajándolo una y otra vez en las propuestas, o quitar «gravemente» y «grave», a las que hasta ahora nos hemos referido.

ENMIENDA NÚM. 45

PRIMER FIRMANTE:

Grupo Parlamentario de Coalición Canaria

Al artículo decimocuarto.

Modificación del artículo veintisiete. Modificación. En el apartado d), dice: «Nombrar y cesar al Secretario». Debe decir: «Nombrar y acordar el cese del Secretario».

JUSTIFICACIÓN

Mejor redacción gramatical, pues «cesar» es verbo intransitivo.

ENMIENDA NÚM. 46

PRIMER FIRMANTE:

Grupo Parlamentario de Coalición Canaria

Al artículo decimoquinto.

Modificación del artículo veintiocho. Suprimir, al final del apartado a): «... y presidirlo».

JUSTIFICACIÓN

Salvo que lo que se quiera decir es que si el Presidente está ausente, el Pleno se suspende, lo lógico es que sea el Presidente quien presida el Pleno.

ENMIENDA NÚM. 47

PRIMER FIRMANTE:

Grupo Parlamentario de Coalición Canaria

Al artículo vigésimo segundo.

Adición de un nuevo artículo treinta y seis bis Suprimir, al final del texto: «... de manera significativa...».

JUSTIFICACIÓN

La misma que la expuesta en la enmienda al artículo uno, apartado 3.

ENMIENDA NÚM. 48

PRIMER FIRMANTE:

Grupo Parlamentario Popular en el Congreso

Al párrafo 8 de la Exposición de Motivos. De modificación.

Se modifica el párrafo 8 de la Exposición de Motivos, quedando redactado de la siguiente forma: «Al objeto de colaborar con la Administración de Justicia, y posibilitar una más rápida tramitación de los procesos, el Tribunal de Defensa de la Competencia podrá elaborar, a

petición de los órganos jurisdiccionales competentes, un informe no vinculante sobre los efectos que las conductas contrarias a la presente Ley pudieran tener sobre los mercados, sectores y operadores afectados, y concretamente, sobre la procedencia y cuantía de un eventual derecho de indemnización de los daños y perjuicios irrogados.»

JUSTIFICACIÓN

Adecuación de la Exposición de Motivos al nuevo texto del artículo 13 que se incluye en la redacción actual del Proyecto de Ley.

ENMIENDA NÚM. 49

PRIMER FIRMANTE:

Grupo Parlamentario Popular en el Congreso

Al artículo décimo del Proyecto de Ley por el que se daba nueva redacción al apartado 1 del artículo veintiuno de la Ley. De modificación.

Se modifica el artículo décimo del Proyecto de Ley por el que se daba nueva redacción al apartado 1 del artículo veintiuno de la Ley, quedando redactado de la siguiente forma: «1. El Tribunal de Defensa de la Competencia está integrado por ocho vocales y un Presidente nombrados por el Gobierno a propuesta del Ministro de Economía y Hacienda, entre juristas, economistas y otros profesionales de reconocido prestigio. El Gobierno, previo Informe del Tribunal de Defensa de la Competencia, y en el supuesto de que el incremento de tareas del Tribunal así lo exigiera, mediante Real Decreto, podrá incrementar el número de vocales del Tribunal de Defensa de la Competencia. En la misma disposición podrá determinarse el quórum de constitución del Tribunal previsto en el artículo 24 de esta Ley.»

JUSTIFICACIÓN

La finalidad del precepto no pretendía ser otra que facilitar el incremento del número de Vocales del Tribunal en el

caso de que, como consecuencia de las reformas de la Ley de Defensa de la Competencia recientemente introducidas, se produjese un aumento sustancial del número de expedientes tramitados.

ENMIENDA NÚM. 50

PRIMER FIRMANTE:

Grupo Parlamentario Popular en el Congreso

Al artículo vigésimo segundo del Proyecto de Ley por el que se adiciona un nuevo artículo 36 bis a la Ley.

Modificación del apartado 2. El artículo vigésimo segundo del Proyecto de Ley por el que se adiciona un nuevo artículo 36 bis a la Ley, modificación del apartado 2, quedando redactado de la siguiente forma: «2. En los procedimientos de terminación convencional, el Servicio determinará quiénes son los interesados en el asunto, con el fin de que pudieran ser oídos en el curso del mismo. La terminación convencional de los procedimientos no podrá acordarse en aquellos casos en que resulte contraria al ordenamiento jurídico y resulte perjudicial para terceros. Tampoco podrá acordarse la terminación convencional una vez notificado el pliego de concreción de hechos. Los acuerdos para la terminación convencional de una investigación deberán establecer como contenido mínimo la identificación de las partes intervinientes, el ámbito personal, territorial y temporal, el objeto de los compromisos y el alcance de los mismos. Dichos acuerdos deberán ser adoptados por el Director del Servicio y los interesados. Quienes acrediten interés legítimo, y no hubieren tomado parte en los acuerdos de terminación convencional, podrán interponer contra los mismos el recurso ante el Tribunal de Defensa de la Competencia previsto en el artículo 47 de esta Ley.»

JUSTIFICACIÓN

La terminación convencional es una posibilidad procedimental que, como se puso de manifiesto en la tramitación del Anteproyecto de Ley a través de varios

informes emitidos, no puede quedar indefinidamente abierta a lo largo de los procedimientos de modo que las partes modulen su posición al respecto en función de los resultados de la investigación. No obstante, la fijación de un plazo excesivamente breve podrá disminuir la eficacia práctica de este instrumento, ampliamente utilizado en otros ordenamientos. A tal fin, se amplía el plazo en que es posible alcanzar un acuerdo de terminación convencional hasta el momento de la notificación del pliego de concreción de hechos manteniendo la existencia de un límite temporal a la utilización de este régimen anormal de terminación de los procedimientos.

ENMIENDA NÚM. 51

PRIMER FIRMANTE:

Grupo Parlamentario Popular en el Congreso

Al nuevo artículo veinticuatro bis del Proyecto de Ley por el que se modifica el apartado 2 del artículo 40 de la Ley. De adición.

Nuevo artículo veinticuatro bis del Proyecto de Ley por el que se modifica el apartado 2 del artículo 40 de la Ley, quedando redactado de la siguiente forma: «2. El Tribunal podrá disponer la práctica de cuantas pruebas estime procedentes siempre que no sean reproducción de las practicadas ante el Servicio de Defensa de la Competencia, dando intervención a los interesados...»

JUSTIFICACIÓN

Una de las razones que explican la duración de los procedimientos tramitados desde el Tribunal de Defensa de la Competencia se encuentra en la práctica habitual de las partes personadas en aquéllos de reproducir ante él pruebas ya practicadas ante el Servicio y cuyo resultado ya obra en el expediente. A fin de evitarlo, se declaran inadmisibles las pruebas que pretendan practicarse ante el Tribunal cuando sean reproducción de las ya realizadas ante el Servicio. No se trata de limitar las facultades del Tribunal a la

hora de admitir la práctica de pruebas, puesto que, de hecho, es previsible un cierto desplazamiento de la actividad probatoria de las partes a la fase del procedimiento que se tramita ante el órgano que finalmente resolverá, que es el Tribunal de Defensa de la Competencia. La razón de configurar este principio de inadmisibilidad con carácter radical estriba en que si existe la posibilidad legal de que el Tribunal de Defensa de la Competencia pueda admitir la práctica de una prueba que constituya una mera reproducción de otras ya practicadas ante el Servicio, su denegación daría lugar, ineludiblemente, a la posible interposición de un recurso, con lo que el efecto dilatorio que la parte podría perseguir se alcanzaría igualmente.

ENMIENDA NÚM. 52

PRIMER FIRMANTE:

Grupo Parlamentario Popular en el Congreso

Al apartado 6 del artículo 57 de la Ley tal como se recoge en el artículo 31 del Proyecto de Ley. De modificación.

Se modifica el apartado 6 del artículo 57 de la Ley, tal como se recoge en el artículo 31 del Proyecto de Ley, quedando redactado de la siguiente forma: «6. La cuantía de la tasa regulada en este precepto será de 500.000 pesetas o 3.005,06 euros, cuando el volumen de ventas global en España del conjunto de los partícipes en el acuerdo de concentración sea igual o inferior a 40.000 millones de pesetas o 240.404.841,75 euros; de 1.000.000 de pesetas o 6.010,12 euros, cuando sea igual o inferior a 80.000 millones de pesetas o 480.809.683,51 euros, y de 2.000.000 de pesetas o 12.020 euros, cuando el volumen de facturación sea superior a 80.000 millones de pesetas o 480.809.683,51 euros.»

JUSTIFICACIÓN

Corregir un error de transcripción material del Proyecto de Ley a la hora de expresar dos cifras denominadas en euros.

ENMIENDA NÚM. 53**PRIMER FIRMANTE:****Grupo Parlamentario Popular en el Congreso**

A la Disposición Final Tercera. De modificación.

Se modifica la Disposición Final Tercera, entrada en vigor, quedando redactada de la siguiente forma: «La presente Ley entrará en vigor a los tres meses de su completa publicación en el *Boletín Oficial del Estado*, a excepción de lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 56, que entrará en vigor el 1 de enero del año 2001, y en el apartado 2 del artículo 56, ya en vigor desde el 1 de enero de 1998, en virtud de la disposición transitoria duodécima de la Ley 66/1997, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social.»

JUSTIFICACIÓN

La tramitación del Proyecto de Ley de Defensa de la Competencia no permite asegurar su entrada en vigor el 1 de enero del año 2000 y, aunque aquélla se produjese, los órganos de defensa de la competencia y los propios interesados necesitan de un mínimo período de adaptación a la nueva normativa. En consecuencia, y por imperativo del principio de seguridad jurídica, se considera prudente asegurar que entre la publicación y correlativo conocimiento de la Ley de Reforma de la Ley de Defensa de la Competencia y su efectiva entrada en vigor, exista un período de *vacatio legis* de, al menos, tres meses. En materia de duración máxima de los procedimientos ante los órganos de defensa de la competencia, lo cierto es que la entrada en vigor de la modificación introducida por la Ley 66/1997 se ha producido recientemente, por lo que añadir un nuevo acortamiento del plazo en el espacio de un año puede perjudicar el funcionamiento eficaz de las unidades involucradas. Por otra parte, sería conveniente acompañar la aplicación de esta reforma con la necesaria incorporación de nuevos efectivos al Servicio de Defensa de la Competencia. A fin de permitir una

transición ordenada, se considera aconsejable retrasar la aplicación efectiva de la reforma en este punto hasta el 1 de enero del año 2001. Al no producirse un acortamiento similar en los procedimientos que se tramitan ante el Tribunal de Defensa de la Competencia (el plazo máximo permanece fijado en un año), no es necesario introducir modificación alguna en este punto.

ENMIENDA NÚM. 54**PRIMER FIRMANTE:****Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió)**

Que presenta el Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió) al Proyecto de Ley de Reforma de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, a los efectos de modificar la letra *d*) del artículo 11 de la mencionada Ley, a que se refiere el artículo sexto.

Redacción que se propone: «Artículo sexto. Artículo 11. El Tribunal de Defensa (...) *d*) A la publicación de la resolución sancionadora, en los términos del artículo 46.5 de esta Ley.»

JUSTIFICACIÓN

Mejora técnica, en aras de la claridad del precepto.

ENMIENDA NÚM. 55**PRIMER FIRMANTE:****Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió)**

Que presenta el Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió) al Proyecto de Ley de Reforma de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, a los efectos de adicionar un texto en el apartado 2 del artículo 19 de la mencionada Ley, a que se refiere el artículo noveno.

Redacción que se propone: «Artículo noveno. Artículo 19.2. A los efectos de esta Ley (...) en condiciones de mercado. También se considerarán ayudas cualesquiera otras medidas de efecto equivalente al de las anteriores, aprobadas por

poderes o entidades públicas, que distorsionen la libre competencia.»

JUSTIFICACIÓN

Evitar cualquier confusión sobre el ámbito de aplicación del precepto, circunscrito a las ayudas de carácter público.

ENMIENDA NÚM. 56

PRIMER FIRMANTE:

Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió)

Que presenta el Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió) al Proyecto de Ley de Reforma de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, a los efectos de suprimir el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 21 de la mencionada Ley, a que se refiere el artículo décimo.

JUSTIFICACIÓN

No parece oportuno dejar a la libre discreción del Gobierno, que ya tiene en sus manos el nombramiento del Presidente del Tribunal y de sus Vocales, la potestad de modificar la composición del Tribunal y su quórum de constitución, que han de seguir regulados por Ley.

ENMIENDA NÚM. 57

PRIMER FIRMANTE:

Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió)

Que presenta el Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió) al Proyecto de Ley de Reforma de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, a los efectos de adicionar un nuevo apartado 1 bis en el artículo 21 de la mencionada Ley, a que se refiere el artículo décimo.

Redacción que se propone: «Artículo décimo. Artículo veintiuno.1 bis). Con carácter previo a la designación de los Vocales y, en su caso, del Presidente, el Gobierno deberá remitir la propuesta de designación al Congreso de los Diputados a efectos de su comparecencia previa

al nombramiento ante la Comisión de Economía, Comercio y Hacienda. Celebrada la comparecencia, la Comisión deberá remitir un informe en el que conste la aceptación, o el veto razonado en su caso del candidato o candidatos. Transcurridos tres meses desde la recepción de la comunicación inicial del Gobierno sin que la Comisión de Economía, Comercio y Hacienda haya emitido su informe, el Gobierno podrá designar libremente a los candidatos sin más trámite.»

JUSTIFICACIÓN

En consonancia con repetidas resoluciones del Congreso de los Diputados, parece oportuno que el Parlamento tenga un papel activo en el proceso de designación de los candidatos a Vocales y a Presidente del Tribunal.

ENMIENDA NÚM. 58

PRIMER FIRMANTE:

Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió)

Que presenta el Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió) al Proyecto de Ley de Reforma de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, a los efectos de adicionar *in fine* un texto en el primer párrafo del apartado 1 del artículo 21 de la mencionada Ley, a que se refiere el artículo décimo.

Redacción que se propone: «Artículo décimo. Artículo veintiuno. 1. El Tribunal de Defensa de la Competencia (...) entre juristas, economistas y otros profesionales de reconocido prestigio en materias afines al ámbito de competencias del Tribunal.»

JUSTIFICACIÓN

Precisar que la selección de miembros del Tribunal debe hacerse entre profesionales de prestigio relacionados directa o indirectamente con las materias de que se ocupa el Tribunal.

ENMIENDA NÚM. 59**PRIMER FIRMANTE:****Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió)**

Que presenta el Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió) al Proyecto de Ley de Reforma de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, a los efectos de modificar el apartado 3 del artículo 21 de la mencionada Ley, a que se refiere el artículo décimo.

Redacción que se propone: «Artículo décimo. Artículo veintiuno. 3. Los Vocales del Tribunal tendrán la consideración de altos cargos. Cuando el nombramiento recaiga en personas al servicio de las Administraciones Públicas en activo, éstas pasarán a la situación de servicios especiales o a la que proceda según la legislación aplicable.»

JUSTIFICACIÓN

De conformidad con la sugerencia del Consejo de Estado, deberían contemplarse toda clase de situaciones particulares, incluida en su caso la de los Magistrados del Tribunal Supremo.

ENMIENDA NÚM. 60**PRIMER FIRMANTE:****Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió)**

Que presenta el Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió) al Proyecto de Ley de Reforma de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, a los efectos de adicionar un nuevo artículo décimo bis.

Redacción que se propone: «Artículo décimo bis. De adición de un nuevo apartado 3 en el artículo 23. Artículo veintitrés.3. El Vocal que hubiere sido nombrado por razón de cese anticipado de otro vocal cesará a la terminación del mandato de su antecesor.»

JUSTIFICACIÓN

Establecer que en caso de vacante de un Vocal del Tribunal de Defensa de la

Competencia, antes de la finalización del período para el cual fue nombrado, el nuevo Vocal ejercerá el cargo por el tiempo restante.

ENMIENDA NÚM. 61**PRIMER FIRMANTE:****Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió)**

Que presenta el Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió) al Proyecto de Ley de Reforma de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, a los efectos de modificar el apartado 3 del artículo 24 de la mencionada Ley, a que se refiere el artículo undécimo.

Redacción que se propone: «Artículo undécimo. Artículo 24.3. El Tribunal aprobará un reglamento de régimen interior (...) (Resto igual).»

JUSTIFICACIÓN

Por considerar que no debe quedar al arbitrio del Tribunal la aprobación de un reglamento de régimen interior.

ENMIENDA NÚM. 62**PRIMER FIRMANTE:****Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió)**

Que presenta el Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió) al Proyecto de Ley de Reforma de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, a los efectos de adicionar *in fine* un texto en el apartado c) del artículo 25 de la mencionada Ley a que se refiere el artículo duodécimo.

Redacción que se propone: «Artículo duodécimo. Artículo veinticinco. Compete al Tribunal (...) c) Aplicar en España (...) de su Derecho derivado, sin perjuicio de las funciones atribuidas a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en sus normas reguladoras.»

JUSTIFICACIÓN

Conviene evitar confusiones de interpretación que puedan ir en detrimento de las competencias que a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones le otorga la Ley 12/1997, de 24 de abril.

ENMIENDA NÚM. 63**PRIMER FIRMANTE:**

Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió)

Que presenta el Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió) al Proyecto de Ley de Reforma de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, a los efectos de adicionar una nueva letra *j*) en el artículo 25 de la mencionada Ley, a que se refiere el artículo duodécimo.

Redacción que se propone: «Artículo duodécimo. Artículo veinticinco. Compete al Tribunal (...) *j*) Elaborar los informes y estudios previstos en el artículo 26 de la presente Ley en el ejercicio de su función consultiva.»

JUSTIFICACIÓN

Determinar, con mayor precisión, las competencias del Tribunal en consonancia con lo dispuesto en el artículo 26 de la Ley objeto de modificación.

ENMIENDA NÚM. 64**PRIMER FIRMANTE:**

Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió)

Que presenta el Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió) al Proyecto de Ley de Reforma de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, a los efectos de adicionar un texto en el apartado 1 del artículo 26 de la mencionada Ley a que se refiere el artículo decimotercero.

Redacción que se propone: «Artículo decimotercero. Artículo veintiséis. 1. El Tribunal de la Defensa (...) las Corporaciones Locales, las Cámaras de Comer-

cio, y las Organizaciones empresariales, sindicales o de consumidores y usuarios.»

JUSTIFICACIÓN

Incluir a las Cámaras de Comercio, en consonancia con las funciones de representación, promoción y defensa de los intereses generales del comercio, la industria y la navegación que les atribuye su Ley reguladora.

ENMIENDA NÚM. 65**PRIMER FIRMANTE:**

Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió)

Que presenta el Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió) al Proyecto de Ley de Reforma de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, a los efectos de modificar el apartado 3 del artículo 26 de la referida Ley, a que se refiere el artículo decimotercero.

Redacción que se propone: «Artículo decimotercero. Artículo 26. Funciones consultivas. 3. El Tribunal informará los proyectos o proposiciones de Ley por los que se modifiquen o deroguen, total o parcialmente las leyes relacionadas con la competencia y normas que las desarrollen.»

JUSTIFICACIÓN

Concretar con mayor claridad, el ámbito legislativo sobre el cual deberá informar el Tribunal de Defensa de la Competencia en ejercicio de sus funciones consultivas.

ENMIENDA NÚM. 66**PRIMER FIRMANTE:**

Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió)

Que presenta el Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió) al Proyecto de Ley de Reforma de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, a los efectos de adicionar un texto en la letra *k*) del artículo 31 de la

mencionada Ley a que se refiere el artículo decimosexto.

Redacción que se propone: «Artículo decimosexto. Artículo treinta y uno. Son funciones del Servicio de Defensa (...) k) Dirigir informes (...), Corporaciones Locales, Cámaras de Comercio, y organizaciones empresariales sindicales o de consumidores y usuarios.»

JUSTIFICACIÓN

Es oportuno incluir a las Cámaras de Comercio, en consonancia con las funciones de representación, promoción y defensa de los intereses generales del comercio, la industria y la navegación que les atribuye su Ley reguladora.

ENMIENDA NÚM. 67

PRIMER FIRMANTE:

Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió)

Que presenta el Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió) al Proyecto de Ley de Reforma de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, a los efectos de modificar el título del artículo decimoséptimo.

Redacción que se propone: «Artículo decimoséptimo. Modificación del artículo treinta y uno bis.»

JUSTIFICACIÓN

Por razones de mejora sistemática, el Proyecto de Ley no debería añadir un nuevo artículo con la misma numeración que otro en vigor, toda vez que el Real Decreto-ley 6/1999, de 16 de abril, de Medidas Urgentes de Liberalización e Incremento de la Competencia, incorporó en su artículo 10, apartado tres, un nuevo artículo 31 bis a la Ley 16/1989.

ENMIENDA NÚM. 68

PRIMER FIRMANTE:

Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió)

Que presenta el Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió) al Proyecto

de Ley de Reforma de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, a los efectos de modificar la letra b) del artículo 31 bis de la mencionada Ley a que se refiere el artículo decimoséptimo.

Redacción que se propone: «Artículo decimoséptimo. Artículo treinta y uno bis. 1. Corresponde al Director (...) b) proponer al Ministro de Economía y Hacienda, la adopción de reglamentos (...) (resto igual).»

JUSTIFICACIÓN

Por razones de congruencia con el resto del precepto que se enmienda, se considera más oportuno incluir la referencia del Ministro en concreto, al cual se deberá dirigir la propuesta.

ENMIENDA NÚM. 69

PRIMER FIRMANTE:

Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió)

Que presenta el Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió) al Proyecto de Ley de Reforma de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, a los efectos de adicionar un texto en el apartado 2 del artículo 36 de la mencionada Ley, a que se refiere el artículo vigésimo primero.

Redacción que se propone: «Artículo vigésimo primero. Artículo treinta y seis.2. La denuncia se presentará (...) — Nombre o razón social (...) notificaciones. — Nombre o razón social (...) denunciado/s. — Hechos (...) de los mismos. Intereses legítimos de acuerdo con el artículo 31 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, para poder ser considerado interesado en el eventual expediente sancionador. A estos efectos, también se presumirá el interés legítimo el de las Asociaciones de Consumidores legalmente constituidas de conformidad con la legislación vigente.»

JUSTIFICACIÓN

Resulta oportuno presumir que, en todo caso, tienen interés legítimo a los efectos del procedimiento las Asociaciones de Consumidores, en consonancia con las funciones que les reconoce el artículo 2.1.c), de la Ley 26/1984, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

ENMIENDA NÚM. 70

PRIMER FIRMANTE:

Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió)

Que presenta el Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió) al Proyecto de Ley de Reforma de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, a los efectos de suprimir el texto «incluso con investigación domiciliaria de las empresas implicadas» en el apartado 3 del artículo 36 de la mencionada Ley, a que se refiere el artículo vigésimo primero.

JUSTIFICACIÓN

La investigación domiciliaria que la propia Ley establece como posible sólo con el consentimiento de los interesados o con mandamiento judicial parece incompatible con la información reservada que prevé este artículo. Si se precisa investigación domiciliaria, estamos ante la instrucción del expediente propiamente dicha.

ENMIENDA NÚM. 71

PRIMER FIRMANTE:

Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió)

Que presenta el Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió) al Proyecto de Ley de Reforma de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, a los efectos de adicionar *in fine* un texto en el tercer párrafo del apartado 1 del artículo 37 de la mencionada

Ley a que se refiere el artículo vigésimo tercero.

Redacción que se propone: «Artículo vigésimo tercero. Artículo treinta y siete.1. El servicio (...) su valoración. Las pruebas propuestas por los presuntos infractores serán acogidas en el informe del Servicio, expresando su práctica o, en su caso, denegación, mediante resolución debidamente motivada.»

JUSTIFICACIÓN

Incorporar la necesidad de motivación, en consonancia con lo que deben ser las garantías mínimas exigibles en un procedimiento sancionador.

ENMIENDA NÚM. 72

PRIMER FIRMANTE:

Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió)

Que presenta el Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió) al Proyecto de Ley de Reforma de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, a los efectos de adicionar un nuevo artículo vigésimo cuarto bis.

Redacción que se propone: «Artículo vigésimo cuarto bis. Modificación del apartado 5 del artículo 46. Artículo cuarenta y seis.5. El texto de las resoluciones sancionadoras del Tribunal, incluida su parte dispositiva, se publicará de forma completa en el *Boletín Oficial del Estado*, en uno o varios diarios de ámbito estatal y de las provincias donde tengan el domicilio o realicen las prácticas las personas o empresas sancionadas, una vez notificadas a los interesados, sean o no firmes. El coste de la inserción de las resoluciones correrá a cargo de la persona o empresa sancionada. El Tribunal podrá, asimismo, acordar la publicación de sus resoluciones no sancionadoras, en la forma prevista en el párrafo anterior.»

JUSTIFICACIÓN

Por considerar conveniente que las resoluciones sancionadoras del Tribunal

de Defensa de la Competencia, incluso en el caso de que no fueren firmes, sean conocidas en sus exactos términos para evitar que la parte interesada pueda proceder a su manipulación, todo ello sin perjuicio de que una eventual sentencia posterior sea también publicada.

ENMIENDA NÚM. 73

PRIMER FIRMANTE:

Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió)

Que presenta el Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió) al Proyecto de Ley de Reforma de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, a los efectos de modificar el artículo 50 de la mencionada Ley a que se refiere el artículo vigésimo séptimo.

Redacción que se propone: «Artículo vigésimo séptimo. Artículo cincuenta. En todo lo no previsto por su normativa específica, será de aplicación a los procedimientos administrativos en materia de defensa de la competencia la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.»

JUSTIFICACIÓN

Mejora técnica.

ENMIENDA NÚM. 74

PRIMER FIRMANTE:

Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió)

Que presenta el Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió) al Proyecto de Ley de Reforma de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, a los efectos de suprimir el nuevo artículo 51 bis a que se refiere el artículo vigésimo octavo.

JUSTIFICACIÓN

De conformidad con la enmienda de supresión de la disposición adicional primera, por cuanto con este artículo se

vaciarían buena parte de las atribuciones de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en materia de defensa de la competencia. Por otro lado, la formulación del artículo es contradictoria con las competencias de ejecución que en este ámbito reconocen la mayoría de los Estatutos de Autonomía.

ENMIENDA NÚM. 75

PRIMER FIRMANTE:

Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió)

Que presenta el Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió) al Proyecto de Ley de Reforma de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, a los efectos de modificar el título del artículo trigésimo.

Redacción que se propone: «Artículo trigésimo. Modificación del artículo cincuenta y seis.»

JUSTIFICACIÓN

Por razones de mejora sistemática, el Proyecto de Ley no debería añadir un nuevo artículo con la misma numeración que otro en vigor, toda vez que la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, incorporó en su artículo 100, un nuevo artículo 56 a la Ley 16/1989.

ENMIENDA NÚM. 76

PRIMER FIRMANTE:

Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió)

Que presenta el Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió) al Proyecto de Ley de Reforma de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, a los efectos de suprimir la disposición adicional primera.

JUSTIFICACIÓN

No se alcanza a comprender cómo se explica la necesidad de modificar de forma tan sustancial un régimen acordado y consensuado por todas las fuerzas par-

lamentarias, como fue el de la Ley de Liberalización de las Telecomunicaciones. Según este diseño, aprobado mediante Ley 12/1997, de 24 de abril, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones recibió atribuciones específicas en materia de defensa de la competencia en un sector determinado cuya importancia es innecesario destacar. Ninguna de las razones que entonces llevaron a la atribución de competencias claras y precisas en este ámbito a la Comisión ha desaparecido, y sería inoportuno, además de seriamente perjudicial para el interés público, intentar ahora un complejo cambio de rumbo a base de vaciar de algunas de sus principales funciones a la Comisión.

ENMIENDA NÚM. 77

PRIMER FIRMANTE:

Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió)

Que presenta el Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió) al Proyecto de Ley de Reforma de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, a los efectos de adicionar una nueva disposición transitoria segunda, pasando la actual a ser la primera.

Redacción que se propone: «Disposición transitoria segunda (nueva). Los miembros del Tribunal de Defensa de la Competencia, que a la entrada en vigor de la presente Ley estén en el ejercicio de sus funciones, continuarán en el mismo hasta la finalización del período para el cual fueron designados.»

JUSTIFICACIÓN

Establecer que los actuales miembros del Tribunal de Defensa de la Competencia finalicen el período para el cual fueron elegidos.

ENMIENDA NÚM. 78

PRIMER FIRMANTE:

Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió)

Que presenta el Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió) al Proyecto

de Ley de Reforma de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, a los efectos de modificar la disposición final segunda del referido texto.

Redacción que se propone: «Disposición final segunda. Texto refundido. El Gobierno, en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de esta Ley, elaborará un texto refundido de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, incorporando la regulación contenida en esta Ley, así como el Capítulo VIII del Real Decreto-ley 6/1999, de 16 de abril, de Medidas Urgentes para la liberalización e incremento de la competencia, en todo cuanto no haya quedado modificado por la misma. La presente delegación incluye (...) (Resto igual).»

JUSTIFICACIÓN

Por razones de seguridad jurídica, y dado que no se ha optado por incorporar a la presente Ley todo el contenido que en materia de defensa de la Competencia se reguló en el Decreto-ley 6/1999, de 16 de abril, de Medidas Urgentes para la liberalización e incremento de la competencia, es indispensable hacer referencia a este texto en este mandato al Gobierno.

ENMIENDA NÚM. 79

PRIMER FIRMANTE:

Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió)

Uno. El apartado 1 del artículo 6 queda redactado de la siguiente forma:

«1. Queda prohibida la explotación abusiva por una o varias empresas: a) De su posición de dominio en todo o en parte del mercado nacional. b) De la situación de dependencia económica en la que puedan encontrarse sus empresas, clientes o proveedores que no dispongan de alternativa equivalente para el ejercicio de su actividad. Esta situación se presumirá cuando un proveedor, además de los descuentos habituales, debe conceder a su cliente de forma regular otras ventajas adicionales que no se conceden a compradores similares.»

JUSTIFICACIÓN

En 1989, y en la tramitación del Proyecto de Ley de Defensa de la Competencia, se recogía por primera vez en nuestro sistema legal la figura de «situación de dependencia económica». Una cosa es que Contiente/Pryca tenga cerca del 20 por 100 del total de ventas españolas de productos de alimentación (posición dominante) y otra es que una empresa láctea pueda tener el 50 por 100 de sus ventas en el Grupo Contiente/Pryca (situación de dependencia). Sin embargo, en su trámite del Senado desapareció esa consideración, saliendo la Ley tal como se conoce. La redacción que se propone recoge nuevamente la misma redacción original, por otro lado, copiada de la regulación francesa. Tan sólo se ha añadido a la misma la cuarta enmienda alemana que con fecha 26 de abril de 1989 incorporó a la Ley Alemana sobre Limitaciones de la Competencia, presunciones para simplificar la prueba de la existencia de abusos en posición de dependencia económica y en ese sentido, esa cuarta enmienda indica que «se presume que un proveedor de un determinado tipo de productos o servicios se encuentra en estado de dependencia con relación a un distribuidor, cuando éste, además de los descuentos habituales, obtiene regularmente ventajas particulares que no se conceden a compradores similares». Prácticamente, la redacción que se ha incorporado en el texto anterior.

ENMIENDA NÚM. 80

PRIMER FIRMANTE:

Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió)

Dos. Al apartado 2 del artículo 6 se le añaden dos nuevos epígrafes f) y g) con la siguiente modificación:

«f) La ruptura, aunque sea de forma parcial, de una relación comercial establecida sin que haya existido preaviso escrito y preciso con una antelación mínima de seis meses, salvo que se deba a incumplimientos graves de las condiciones pactadas por el proveedor o en caso de fuerza mayor. g) Obtener o intentar obtener, bajo la amenaza de ruptura de las relaciones comerciales, precios, condiciones de pago, modalidades de venta, pago de cargos adicionales y otras condiciones de cooperación comercial no recogidas en las condiciones generales de venta que se tengan pactadas.»

JUSTIFICACIÓN

Una de las actitudes más execrables de los grandes comerciantes son los abusos que cometen sobre sus proveedores, derivados de la posición de dependencia de ellos frente a su posición dominante. Constantemente, se han venido denunciando, en el Observatorio de la Distribución Comercial, imposiciones ilegítimas o actitudes conculcando los contratos de compraventa preexistentes, que normalmente las utilizan cuando un gran comerciante compra otra reseña comercial. El Gobierno francés contempló pronto estos claros abusos y, finalmente, en 1996 recogió una modificación de las tantas veces citada Ley 86/1243, prohibiendo la «desreferenciación brutal» o su amenaza. En el artículo 36 del texto refundido de esa Ley se reconoce como prácticas prohibidas sujetas a la obligación de reparar el perjuicio que haya podido crearse, la obtención o la tentativa de obtener, bajo la amenaza de una ruptura brutal de las relaciones comerciales de ventajas comerciales adicionales y la de romper brutalmente una relación comercial establecida.

SENTENCIA 208/1999 DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE 11 DE NOVIEMBRE

El Pleno del Tribunal Constitucional, compuesto por don Pedro Cruz Villalón, Presidente, don Carles Viver Pi-Sunyer, don Julio Diego González Campos, don Manuel Jiménez de Parga y Cabrera, don Tomás S. Vives Antón, don Pablo García Manzano, don Pablo Cachón Villar, don Fernando Garrido Falla, don Vicente Conde Martín de Hijas, don Guillermo Jiménez Sánchez y doña María Emilia Casas Baamonde, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En los recursos de inconstitucionalidad acumulados núms. 2009/1989 y 2027/1989, promovidos, respectivamente, por el Gobierno Vasco y el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña contra la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia. Han sido parte el Abogado del Estado, en la representación del Gobierno que legalmente ostenta, y los Letrados don Javier Balza Aguilera y don Mikel Legarda Uriarte en representación del Gobierno Vasco, así como el Letrado don Ramón Riu i Fortuny en representación del Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña. Ha sido Ponente el Magistrado don Tomás S. Vives Antón, quien expresa el parecer del Tribunal.

I. ANTECEDENTES

1. Los representantes del Gobierno Vasco, mediante escrito registrado en este Tribunal el 17 de octubre de 1989, interpusieron recurso de inconstitucionalidad contra los artículos 4, 7, 9, 10.1 y 4, 11, 12.2, 20, 25.a) y c), 31.a) y b), 33.1, 34.2 y 3, Título III (arts. 36 a 48) y disposición transitoria primera, apartado 1, de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), por considerar que dichos

preceptos no respetan el orden constitucional de distribución de competencias.

El 18 de octubre de 1989, el representante del Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña interpuso, asimismo, recurso de inconstitucionalidad contra los artículos 4, 7, 9, 10.1 y 4, 11, 12.2, 20, 25.a) y c), 30, 31, 32.1, 33.1, 34.2 y 3, 35, Título III, Capítulo I (arts. 36 a 49), 53 y disposición transitoria primera, apartado 1, por cuanto los preceptos impugnados han invadido el ámbito de competencias que corresponde a la Generalidad.

2. Mediante sendas Providencias de la Sección Primera y de la Sección Segunda, ambas de 30 de octubre de 1989, se acordó admitir a trámite los recursos de inconstitucionalidad promovidos por el Gobierno Vasco y por el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña, dar traslado de la demanda y documentos presentados, conforme prevé el artículo 34 LOTC, al Congreso de los Diputados y al Senado, así como al Gobierno, a fin de que en el plazo de quince días pudiesen personarse en el procedimiento y formular alegaciones, así como publicar la incoación del recurso en el *Boletín Oficial del Estado*.

3. El Abogado del Estado, en la representación del Gobierno que legalmente ostenta, mediante escrito registrado en este Tribunal el día 6 de noviembre de 1989, solicitó la acumulación de los citados recursos de inconstitucionalidad en razón a que su conexión objetiva justificaba, de acuerdo con el artículo 83 LOTC, su tramitación y decisión conjunta, y el otorgamiento de un nuevo plazo de quince días para realizar las correspondientes alegaciones.

4. El Presidente del Congreso de los Diputados, mediante escritos registrados el día 17 de noviembre de 1989, comunicó a este Tribunal que ni se personaría ni formularía alegaciones en los procedimientos a los recursos de inconstitucionalidad promovidos contra la Ley de Defensa de la Competencia, poniéndose a disposición del Tribunal.

5. La Sección Segunda, mediante Providencia de 24 de noviembre de 1989, acordó incorporar a las actuaciones el escrito del Abogado del Estado de 6 de noviembre de 1989 y dar traslado del mismo a las representaciones procesales del Gobierno Vasco y del Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña al objeto de que, en el plazo común de diez días, aleguen lo que estimen procedente sobre la solicitada acumulación.

Mediante escritos registrados en este Tribunal con fechas 5 de diciembre de 1989 y 13 de diciembre de 1989, las representaciones del Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña y del Gobierno Vasco, respectivamente, manifiestan su conformidad a la acumulación de ambos procedimientos.

6. El Pleno del Tribunal, mediante Auto de 19 de diciembre de 1989, acordó la acumulación de ambos recursos de inconstitucionalidad, así como la concesión de un nuevo plazo de quince días al Abogado del Estado para que formule sus alegaciones.

El Abogado del Estado, mediante escrito registrado el día 16 de enero de 1990, solicitó prórroga de ocho días de plazo para formular alegaciones. La Sección Primera, mediante Providencia de 17 de enero de 1990, acordó conceder la prórroga de ocho días solicitada por el Abogado del Estado.

7. La representación del Gobierno Vasco fundamenta la inconstitucionalidad de la Ley de Defensa de la Competencia con base en las siguientes alegaciones:

a) Comienza enmarcando la LDC en la necesaria revisión de la Ley anterior, Ley 110/1963, de 20 de julio, de Represión de Prácticas Restrictivas de la Competencia (LRPRC) como consecuencia del principio de directa aplicación del Derecho Comunitario, en concreto del artículo 3.f) del Tratado de Roma, que prevé el «establecimiento de un sistema de garantías contra el falseamiento de la libre competencia en el mercado común», que se concretará en las previsiones sobre la incompatibilidad del mercado común con los acuerdos, decisiones y prácticas entre empresas que puedan afectar al comercio entre Estados miembros y que puedan impedir, restringir o falsear el juego de la libre competencia, así como suponer la explotación abusiva por parte de una o más empresas de una posición dominante en el mercado común o en una parte sustancial del mismo. También pone de manifiesto cómo la Exposición de Motivos relaciona directamente la defensa de la competencia con el artículo 38 CE, que reconoce el principio de libertad de empresa en el marco de la economía de mercado, e implica a los poderes públicos en su protección, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación.

El marco legal de defensa de la competencia se fundamenta en la referencia explícita a una serie de supuestos, actos o acuerdos que puedan incidir negativamente en la libre competencia alterando las reglas del orden económico: conductas prohibidas (art. 1), salvo que se deriven de una ley o sean expresamente autorizadas; abuso de posición dominante (art. 6); actos de competencia desleal que falsean de manera sensible la libre competencia (art. 7); las concentraciones económicas que puedan afectar al mercado mediante su posición de dominio (art. 14); y, por último, las ayudas públicas a empresas (art. 19).

La LDC atribuye al Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC) y al Servicio de Defensa de la Competencia (SDC) la aplicación de la Ley. Se trata de órganos administrativos de carácter único y con competencia en todo el territorio nacional. Ambos órganos ejercen sus competencias según los procedimientos regulados en la propia LDC, correspondiendo al Servicio la instrucción de los expedientes y al Tribunal su resolución.

b) La representación del Gobierno Vasco analiza a continuación la materia «defensa de la competencia», a fin de proceder a su encuadramiento competencial y poner de manifiesto la invasión que la LDC lleva a cabo respecto del acervo competencial de la Comunidad Autónoma del País Vasco.

Tras incidir de nuevo en la conexión de esta materia con el artículo 38 CE pone de relieve que la defensa de la competencia aparece como una necesaria defensa y no como una restricción de la libertad de empresa y de la economía de mercado, que se verían amenazadas por el juego incontrolado de las tendencias naturales de éste. Cita la STC 88/1986, fundamento jurídico 4.º, a fin de resaltar que la defensa de la competencia obedece a la necesidad de que la intervención pública asegure la pervivencia de concurrencia en el mercado. La intervención pública se produce desde una doble perspectiva. En primer lugar, mediante el establecimiento de un código de conductas que ordenan la actividad de los agentes económicos, conductas que resultan prohibidas, salvo que concurren determinados supuestos que permitan su autorización. En segundo lugar, encomendándose a órganos administrativos el cumplimiento de las normas antedichas.

Los artículos 149.1 CE y concordantes no atribuyen competencias al Estado en materia de «defensa de la competencia», lo que permite su asunción por las Comunidades Autónomas en sus Estatutos, de acuerdo con el artículo 149.3 CE. En este sentido el artículo 10.27 EAPV atribuye a la Comunidad Autónoma del País Vasco la competencia exclusiva en materia de «comercio interior, sin perjuicio de la política general de precios, la libre circulación de bienes en el territorio del Estado y de la legislación sobre defensa de la competencia».

Dicho precepto debe ser interpretado en el sentido de que la Comunidad Autónoma del País Vasco ha asumido la competencia exclusiva sobre la totalidad de la materia «comercio interior», salvo las exclusiones que se relacionan en el mismo precepto, entre las que se encuentra la referencia a la «legislación de defensa de la competencia». Por tanto, el precepto sólo excluye de la competencia autonómica en materia de comercio interior alguno de sus sectores o componentes, en este caso la «legislación de defensa de la competencia». En definitiva, la materia «defensa de la competencia» aparece como sector de un sustrato material, más general, formado por el concepto de comercio interior, de modo que «comercio interior» no es «defensa de la competencia», pero sí al contrario.

La vinculación entre ambas materias se deduce también de la propia organización administrativa del Ministerio de Comercio, pues es una constante apreciable en las reorganizaciones de dicho Ministerio la existencia en su organigrama de servicios de defensa de la competencia, citando en tal sentido los Decretos 446/1976, de 5 de marzo, y 300/1978, de 2 de marzo.

Por tanto, de acuerdo con el artículo 10.27 EAPV, la Comunidad Autónoma del País Vasco dispone de las competencias de ejecución en materia de «defensa de la competencia», pues el único límite a la competencia autonómica en materia de comercio interior es la «legislación de defensa de la competencia», dicción que debe interpretarse en sentido material, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional (SSTC 33/1981,

18/1982, 35/1982, 57/1982 y 7/1987) y que no puede extenderse al ámbito de su aplicación administrativa, como hace la LDC.

Se rechaza, pues, el criterio mantenido por el Grupo Parlamentario Socialista durante la tramitación del proyecto de LDC, consistente en rechazar que las Comunidades Autónomas hubieran asumido cualquier tipo de potestad en la materia y sosteniendo que la competencia estatal se extendía tanto a la función legislativa como a la ejecución administrativa.

La titularidad autonómica de las funciones ejecutivas en materia de defensa de la competencia se argumenta también a partir de la jurisprudencia constitucional ya recaída.

Así, la STC 71/1982, fundamento jurídico 15, señaló lo siguiente: «El artículo 10.27 (y también el art. 10.28) EAPV excluye de la competencia atribuida a esta Comunidad, en el marco de lo previsto en el artículo 149.3 CE, la legislación sobre defensa de la competencia.»

De la referencia al artículo 149.3 CE, deduce la representación del Gobierno Vasco que la doctrina constitucional apela al «principio dispositivo», en cuya virtud el Estatuto Autonómico del País Vasco excluyó solamente la «legislación de defensa de la competencia» pero no su ejecución.

La distinción entre los aspectos legislativos y ejecutivos en esta materia se contiene también en la propia STC 88/1986, fundamento jurídico 4.º, al señalar que «la defensa de la competencia en un aspecto normativo comprende toda la legislación ordenada a la defensa de la libertad de competencia...» y al referirse a las competencias reservadas al Estado en relación con las competencias de la Comunidad Autónoma de Cataluña en materia de defensa del consumidor y del usuario, declaró que «precisamente entre éstas se cuenta la legislación sobre la defensa de la competencia».

c) Teniendo en cuenta el razonamiento expuesto, la representación del Gobierno Vasco considera que la Ley de Defensa de la Competencia invade las competencias de la Comunidad Autónoma del País Vasco en lo relativo a la gestión en su territorio de la legislación de defensa de la competencia contenida en aquella Ley. La invasión competencial se produce en cuatro ámbitos determinados: los actos de control atribuidos al SDC y al TDC, las autorizaciones que se atribuyen al propio Tribunal, la organización administrativa centralizada y con competencia en todo el territorio nacional encargada de aplicar la LDC y los procedimientos administrativos a que se sujetan dichos órganos.

En lo relativo a los actos de control, se consideran contrarios al orden constitucional de competencias los artículos 7, relativo al control de los actos de competencia desleal por el Tribunal de Defensa de la Competencia; 9, sobre requerimientos a los sujetos para que cese la realización de conductas prohibidas; 10.1, que atribuye al Tribunal la imposición de

multas por infracción de lo previsto en la LDC; 11, sobre las multas coercitivas que puede imponer el Tribunal, y 12.2, sobre las potestades de investigación, instrucción o persecución del Tribunal que interrumpen la prescripción.

Respecto a las autorizaciones que la LDC atribuye al Tribunal, se impugnan los artículos 4, que atribuye al Tribunal la competencia para autorizar los acuerdos, recomendaciones y prácticas a que se refiere el artículo 1 LDC; 10.1, sobre sanciones por incumplimiento de las autorizaciones; 10.4, por encomendar al Tribunal el examen de la solicitud de autorizaciones; 25.c), en cuanto que prevé que el Tribunal autorice las conductas del artículo 1 LDC cuando se cumplan determinadas condiciones, y disposición transitoria primera c), sobre autorizaciones atribuidas al Tribunal en el régimen transitorio.

Sobre los aspectos orgánicos se impugnan los artículos 20, 25.a), 31.a) y b), 33.1 y 34.2 y 3. Todos ellos atribuyen potestades al Servicio y al Tribunal de Defensa de la Competencia en todo el territorio nacional, sin excepcionar los supuestos en que las prácticas contrarias a la libre competencia se produzcan en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma del País Vasco.

Por último, se impugna el Título III (arts. 36 a 48) LDC, regulador del procedimiento para la aplicación de aquélla, por considerar que aquél resulta accesorio y complementario de la función ejecutiva autonómica, sin perjuicio de las limitaciones derivadas de las competencias estatales derivadas del artículo 149.1.1 CE o sobre el procedimiento administrativo común.

d) La demanda contiene una última precisión sobre el alcance de las competencias de ejecución de la Ley de Defensa de la Competencia que se reclaman para la Comunidad Autónoma del País Vasco. Dichas competencias se refieren a las prácticas que principalmente tengan lugar en el territorio de referida Comunidad Autónoma o vayan dirigidas a alterar la libre competencia en el mercado intracomunitario. Quedan fuera del ámbito de ejecución reclamado las prácticas dirigidas a un ámbito supracomunitario o que, estando implicadas en el ámbito autonómico, incidan o repercutan sobre el conjunto del mercado nacional. En razón a lo expuesto, la representación del Gobierno Vasco solicita del Tribunal que dicte Sentencia y declare la inconstitucionalidad de los preceptos impugnados a que se ha hecho referencia.

8. La representación del Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña alegó lo siguiente:

a) Para delimitar desde la perspectiva competencial el concepto de defensa de la competencia es necesario hacer referencia al ordenamiento comunitario, pues el objetivo de alcanzar un mercado común europeo tenía presente, desde el propio Tratado de Roma, en su artículo 3.f), que la competencia no podía ser falseada. Este principio se concretó en los artículos 85 y 86 del propio Tratado que prohíben determinadas con-

ductas de los agentes económicos, así como la explotación abusiva de una posición dominante en el mercado común o en parte sustancial del mismo. Principios que se han desarrollado en el Reglamento (CEE) 17/1962. Esta normativa comunitaria, que es directamente aplicable en España y que ha sido incorporada a la LDC, se ha materializado, desde la perspectiva de su aplicación, en la concurrencia de la Comisión de la CEE y de las autoridades nacionales, siempre con respeto del principio de autonomía institucional de los Estados miembros.

Esta concurrencia competencial pone de relieve que la CEE no ha asumido todas las competencias para la aplicación de la normativa en esta materia, sin que por ello quiebre el principio de unidad del mercado comunitario. Lo cual es lógico, pues dicha unidad se garantiza a través de la vigencia de una misma normativa sin que su aplicación por diversas Administraciones altere la homogeneidad necesaria. Sin embargo, se aprecia que la LDC no ha reconocido en absoluto las competencias autonómicas para la aplicación de la misma, puesto que todo el ámbito de la ejecución administrativa se encuentra centralizado, sin que existan condicionantes al ejercicio de dichas competencias autonómicas derivadas de la normativa comunitaria.

Tampoco pueden oponerse al ejercicio de las competencias autonómicas para la aplicación de la LDC los principios constitucionales relativos a la unidad de mercado, libre circulación de bienes o las competencias estatales de dirección general de la economía. Respecto al principio de unidad de mercado la STC 88/1986 ha declarado lo siguiente:

«... de la Constitución se deriva la unicidad del orden económico nacional, que trae como consecuencia la existencia de un mercado único. Esta unidad de mercado supone, por lo menos, la libertad de circulación sin traba por todo el territorio nacional de bienes, capitales, servicios y mano de obra y la igualdad de las condiciones básicas de ejercicio de la actividad económica. Tal unidad, sin embargo, y como ha señalado también el Tribunal, no significa uniformidad, ya que la misma configuración del Estado español y la existencia de Entidades con autonomía política, como son las Comunidades Autónomas, supone necesariamente una diversidad de regímenes jurídicos. La compatibilidad entre la unidad económica de la Nación y la diversidad jurídica que deriva de la autonomía ha de buscarse, pues, en un equilibrio entre ambos principios, equilibrio que, al menos, y en lo que aquí interesa, admite una pluralidad y diversidad de intervenciones de los poderes públicos en el ámbito económico...» (STC 88/1986, fundamento jurídico 6.º).

Estos criterios son de aplicación al caso presente, máxime cuando la uniformidad está garantizada por la existencia de una normativa común. Además la unidad del mercado no puede desconocer que en el seno del mercado nacional existen mercados de muy diversa escala. No se trata sólo de que cada categoría de productos tenga su propio mercado, sino también del hecho de la existencia de mercados locales o circunscritos a ámbitos territoriales de reducidas dimensiones. Y si bien ciertas prác-

ticas colusorias pueden afectar a la integridad del mercado nacional, en otros casos ello no es así y no debería impedirse la intervención autonómica. Las potestades estatales de intervención al amparo del artículo 149.1.13 CE también deben interpretarse restrictivamente para no vaciar las competencias autonómicas.

Por último, rechaza que las competencias de ejecución autonómicas en la materia controvertida puedan resultar afectadas por la competencia estatal en materia de «legislación mercantil», artículo 149.1.6 CE, no sólo porque esta última materia no se relaciona, funcionalmente, con las competencias de ejecución antedichas, sino también porque, materialmente, las conductas tipificadas en la LDC no son reconducibles a las relaciones contractuales calificadas como mercantiles.

b) La titularidad de la Comunidad Autónoma de Cataluña sobre las competencias de gestión en materia de defensa de la competencia se sostiene a partir de lo establecido en el artículo 12.1.5 EAC (RCL 1979\3029 y ApNDL 1910; LCAT 1979\318) que prevé:

«12.1. De acuerdo con las bases y la ordenación de la actividad económica general y la política monetaria del Estado, corresponde a la Generalidad, en los términos de lo dispuesto en los artículos 38, 131 y en los números 11 y 13 del apartado 1 del artículo 149 CE, la competencia exclusiva en las siguientes materias:

5. “Comercio interior, defensa del consumidor y del usuario, sin perjuicio de la política general de precios y de la legislación sobre la defensa de la competencia”.

La representación autonómica deduce de este precepto estatutario varias consecuencias. En primer lugar, que la competencia autonómica sobre el comercio interior es exclusiva, de modo que la competencia estatal de ordenación de la economía (art. 149.1.13 CE) se sitúa en otro plano, esto es, referida únicamente a medidas coyunturales que puedan tener repercusión para la economía en su conjunto. En segundo lugar, que, en sentido estricto, dicha competencia exclusiva sobre el comercio interior tiene sólo los límites enunciados en el propio apartado 12.1.5 EAC, es decir, los de la legislación sobre la defensa de la competencia y los de la política general de precios. En tercer lugar, que esos límites a la competencia autonómica de carácter exclusivo sobre el comercio interior se sitúan en el ámbito de dicha materia: es decir, que la materia “defensa de la competencia”, comprendida dentro de la materia comercio, ha sido atribuida a la Generalidad, con la única excepción de la legislación que, por la vía del artículo 149.3 CE, revierte a la competencia estatal. Este criterio ya ha sido asumido por la STC 71/1982, fundamento jurídico 15, que declaró, en relación con el artículo 12.1.5 del Estatuto Vasco, que dicho precepto “excluye de la competencia atribuida a esta Comunidad, en el marco de lo previsto en el artículo 149.3 CE, la legislación sobre la defensa de la competencia”.»

En apoyo de este encuadramiento competencial se cita también la STC 88/1986, fundamento jurídico 4.º, que consideró que las materias «de-

fensa de la competencia» y «protección de los consumidores» constituyen dos aspectos de la «ordenación del mercado», materia esta última que ha sido enunciada en el bloque de la constitucionalidad mediante el concepto material de «comercio». Es decir, la intervención pública en el «comercio» adopta diversas perspectivas, diferenciables teleológicamente (defensa de los consumidores, defensa de la competencia, etc.), pero integradas en la materia «comercio» a que se refiere el artículo 12.1.5 EAC.

De otra parte, ello viene avalado también porque nuestro ordenamiento ha venido conectando la defensa de la competencia al contenido del comercio interior desde el punto de vista jurídico-administrativo, ya que la intervención de los poderes públicos en el ámbito del comercio interior, a partir de la segunda mitad del siglo actual, abarca entre otras cuestiones la relativa a la protección y defensa de la competencia. Así se comprueba en el Decreto 626/1966, de 17 de marzo, organización administrativa que se mantiene, en líneas generales, en el Decreto 446/1976, de 5 de marzo, sobre estructura orgánica del Ministerio de Comercio, de donde pasa al Real Decreto 300/1978, de 2 de marzo, por el que se reestructura y se atribuyen funciones a la Dirección General de Consumo y de la Disciplina de Mercado.

En la misma orientación, cabe señalar que el límite a la competencia autonómica sobre el comercio interior relativo a la política general de precios no se contradice con las competencias de la Generalidad sobre los demás aspectos de la política de precios que quedan fuera de dicha «política general», según se desprende de los Reales Decretos 1386/1978, de 23 de junio, y 2687/1980, de 3 de octubre, de traspasos del Estado a la Generalidad de Cataluña en esta materia. Por último, se descarta el argumento de que la materia «defensa de la competencia» no se incluya en la materia «comercio interior» por el hecho de que también se refiere a actividades industriales, ya que en todo caso éstas también tienen como referencia al mercado.

c) La Ley de Defensa de la Competencia, al atribuir toda su aplicación a órganos administrativos dependientes de la Administración del Estado con competencia en todo el territorio nacional, impidiendo correlativamente el ejercicio de sus competencias ejecutivas a las Comunidades Autónomas competentes, según se desprende de los debates parlamentarios, incurre en inconstitucionalidad por menoscabo de aquellas competencias. Los preceptos impugnados por estar afectados por la tacha antedicha son los siguientes:

Artículos 20 y 25.1 y c): Los mismos configuran al TDC como órgano adscrito al Ministerio competente por razón de la materia, reservándosele la integridad de las funciones de ejecución de la LDC en todo el territorio nacional. Se destaca su naturaleza de órgano administrativo adscrito a la Administración del Estado, siendo su actuación típicamente administrativa, lo que conlleva la vulneración de las competencias autonómicas.

Artículo 4: Encomienda al Tribunal de Defensa de la Competencia la autorización de los acuerdos, decisiones, recomendaciones y prácticas

a que se refiere el artículo 1 en los supuestos y con los requisitos del artículo 3, pudiendo modificarlas o revocarlas. Estas autorizaciones se insertan plenamente en la facultad ejecutiva, vulnerando con ello la competencia de la Generalidad de Cataluña.

Artículos 7, 9, 10.1 y 4, 11 y 12.2: Todos ellos prevén actuaciones de carácter ejecutivo por parte del Tribunal de Defensa de la Competencia (conocimiento de actos de competencia desleal, requerimientos a quienes las realicen, imposición de sanciones y multas coercitivas, actuaciones que interrumpen la prescripción, etc.), que desconocen las competencias autonómicas de ejecución en la materia.

Artículos 30 y 31: Hallándose referidos al Servicio de Defensa de la Competencia, incurrir en la misma problemática que los correspondientes al TDC, toda vez que se atribuyen a dicho Servicio funciones de carácter ejecutivo relativos a la mera instrucción de expedientes, tratándose también en este caso de un órgano adscrito al Ministerio competente de la Administración del Estado.

Artículos 32.1, 33.1, 34.2 y 3, 35; Título III, Capítulo I, 53 y disposición transitoria primera, apartado 1: Regulan las actuaciones del TDC y SDC, excluyendo la existencia de órganos autonómicos equivalentes, que les vicia igualmente de incompetencia.

Por último, la demanda precisa, respecto al alcance de las competencias de ejecución de la Generalidad en materia de defensa de la competencia, que no es preciso aportar una definición en positivo sobre dicho alcance y de los criterios que para ello deban establecerse, con el consiguiente reparto entre las instancias estatal y autonómica, pues ello es función que corresponde al legislador. Como consecuencia de todo ello, solicita del Tribunal que dicte Sentencia, declarándose la inconstitucionalidad de los preceptos recurridos de la LDC.

9. El Abogado del Estado expone lo siguiente en su escrito de alegaciones:

a) Comienza manifestando su discrepancia respecto del planteamiento impugnatorio del Gobierno Vasco y del Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña, basado en su titularidad sobre las competencias de gestión en materia de defensa de la competencia. Considera la representación estatal que en dicha materia tanto la competencia legislativa como la ejecutiva pertenecen íntegramente al Estado. En tal sentido, indica que los Estatutos de Autonomía no contienen atribución expresa alguna de la competencia ejecutiva en materia de defensa de la competencia, siendo el requisito de la expresa atribución estatutaria condición imprescindible para ostentar tal competencia, además de que el artículo 149.1 CE no la haya reservado al Estado.

Por el contrario, afirma que la falta de atribución expresa en los Estatutos de Autonomía de la ejecución de la legislación de defensa de la competencia determina, ex artículo 149.3 CE, que también corresponda

al Estado dicha competencia de ejecución. La expresión «sin perjuicio de la legislación de defensa de la competencia» no supone una exclusión clara de la función ejecutiva y descarta que las competencias autonómicas puedan basarse en atribuciones implícitas.

Asimismo rechaza que la materia «defensa de la competencia» esté incluida en la más general del «comercio interior», por lo que no resulta convincente que la competencia autonómica de carácter exclusivo sobre esta última materia tenga el límite correspondiente a una parte de su contenido material, el relativo a la «defensa de la competencia», si bien sólo respecto de la legislación, habiendo asumido en consecuencia la ejecución de la misma.

La no inclusión de la materia «defensa de la competencia» en la de «comercio interior», y la diferenciación entre aquélla y la de «defensa del consumidor», la sustenta también la representación estatal en que tienen incardinaciones constitucionales diferentes. Mientras la «defensa de la competencia» se conecta con el artículo 38 CE, el «comercio interior» y la «defensa de los consumidores» se relacionan con el artículo 51 CE. La jurisprudencia constitucional ha puesto de relieve los fines diferentes de las materias citadas en las SSTC 71/1982 y 88/1986.

La STC 88/1986, tras considerar a la «legislación de defensa de la competencia» como una forma de intervención en el mercado, declaró que «junto a esta forma de intervención del Estado en la regulación del mercado, que deriva de los mismos términos del artículo 38, pueden encontrarse otras, de relevancia para el caso que nos ocupa, que se fundan en preceptos constitucionales específicos como el artículo 51, en sus apartados 1 y 3, en cuanto atribuye a los poderes públicos la defensa de los consumidores y usuarios y se prevé que, a tal efecto, la ley regulará el comercio interior y el régimen de autorización de los productos comerciales» (STC 88/1986, fundamento jurídico 4.º).

La representación estatal destaca que, en consonancia con su planteamiento, la misma STC 88/1986 recurre a criterios teleológicos y no de especialidad para distinguir si la naturaleza de una intervención pública en el mercado se conecta con la «defensa de la competencia» o con la «defensa de los consumidores y usuarios»: «Por todo ello, en orden a la determinación de la identidad o naturaleza de una intervención de los poderes públicos en la disciplina de libre mercado y su consiguiente adscripción a uno u otro título competencial, resulta particularmente necesario acudir a criterios teleológicos, precisando el objetivo predominante de la norma» (STC 88/1986, fundamento jurídico 4.º).

En conclusión, el Abogado del Estado considera que la exclusión del acervo competencial autonómico de la «legislación de defensa de la competencia» conlleva la de toda la materia, incluida la función ejecutiva, ya que por todo lo indicado no cabe acudir al criterio delimitador entre «legislación-ejecución».

b) Subsidiariamente, para el caso de que no se apreciara el razonamiento expuesto, el Abogado del Estado considera que la competencia estatal sobre la ejecución de la «legislación de defensa de la competencia» se sustenta en el alto grado de discrecionalidad técnica que exige la aplicación de la LDC, que difícilmente admitiría su territorialización sin producir desigualdades sustanciales y, por tanto, la quiebra de los artículos 139.1 y 149.1.1, en relación con el artículo 38, todos ellos de la CE. El elevado margen de discrecionalidad en la aplicación de la LDC se desprende de la generalidad de las conductas a que se refiere su artículo 1, así como de la amplitud con que se enuncian sus consecuencias («impedir, restringir o falsear la competencia en todo o en parte del territorio nacional»). El mecanismo de autorizaciones singularizadas refuerzan esa impresión.

c) Por último, alega que la pretensión de los recursos resulta inadmisibles aunque se aceptase el criterio de que corresponde a las Comunidades Autónomas las competencias de ejecución en materia de defensa de la competencia, ya que dichos recursos, al aceptar que pueden darse supuestos de restricción o falseamiento de la competencia que, aun afectando al mercado intraautonómico, afecten también al mercado nacional, siendo por ello de competencia estatal, están realmente solicitando una sentencia interpretativa que obligaría al Tribunal a fijar el punto de conexión pertinente. Tras ello, se solicita que el Tribunal dicte Sentencia desestimatoria de los recursos de inconstitucionalidad, declarando la constitucionalidad de la LDC.

10. Por Providencia de 10 de noviembre de 1999, se señaló, para deliberación y votación de esta Sentencia, el día 11 del mismo mes y año.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. En los recursos de inconstitucionalidad promovidos por el Gobierno Vasco y el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña contra la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), el primero ha impugnado los artículos 4, 7, 9, 10.1 y 4, 11, 12.2, 20, 25.a) y c), 31.a) y b), 33.1, 34.2 y 3, 36 a 48 y disposición transitoria primera, apartado 1. Ámbito normativo de la impugnación con el que sustancialmente coincide el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña, al concretarla a los artículos 4, 7, 9, 11, 12.2, 25.a) y c), 30, 31, 32.1, 33.1, 34.2 y 3, 35, el Título Tercero, Capítulo I (arts. 36 a 49) y la disposición transitoria primera, apartado 1, de la referida Ley. Las Comunidades Autónomas recurrentes recaban para sí la competencia respecto de las facultades ejecutivas que se regulan en los preceptos antedichos, sin desconocer que al Estado corresponde la «dirección general de la economía», tal como aduce el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña; más concretamente, el Gobierno Vasco limita su reivindicación «a aquellas

prácticas que principalmente tengan lugar en territorio de la Comunidad Autónoma o vayan dirigidas a alterar la libre competencia en el mercado intracomunitario» quedando fuera, por tanto, las supracomunitarias y las que, aun discurriendo en el territorio de la Comunidad, incidan sobre el conjunto del mercado nacional.

En relación con los preceptos a los que se contrae la impugnación, ha de advertirse que en virtud del artículo 10 del Real Decreto-ley 6/1999, de 16 de abril, de Medidas Urgentes de Liberalización e Incremento de la Competencia, se han modificado, de un lado, los artículos 14, 15, 16, 17, 18 y 31 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, y, de otro, se han incluido los nuevos artículos 15 bis, 15 ter y 31 bis, así como un segundo párrafo de su disposición final. De suerte que si hemos de atender a «la incidencia real de la modificación o derogación» de una disposición legal y no a «criterios abstractos» (SSTC 385/1993, fundamento jurídico 2.º, y 196/1997, fundamento jurídico 2.º) resulta, de un lado, que la efectuada por el Real Decreto-ley 6/1999, de 16 de abril, sólo afecta, de los preceptos impugnados, al artículo 31 LDC. Y, de otro lado, si se repara, en primer lugar, en que nos encontramos ante un conflicto sobre el ámbito de las competencias respectivas del Estado y de las Comunidades Autónomas que se configura como pretensión de inconstitucionalidad por el rango legal de la norma controvertida, como a continuación se expondrá, y, en segundo término, en el contenido del artículo 31 hoy vigente de la LDC, sobre funciones del Servicio de Defensa de la Competencia, que sigue atribuyendo a este organismo central funciones ejecutivas reivindicadas por las Comunidades Autónomas recurrentes, la conclusión necesariamente ha de ser la persistencia de la controversia competencial respecto al mencionado precepto, de conformidad con una reiterada jurisprudencia de este Tribunal (SSTC 329/1993, 165/1994 y 196/1997, entre otras).

2. En los presentes recursos de inconstitucionalidad subyace una controversia competencial respecto al ámbito de aplicación de la Ley 16/1989, de 17 de julio, pues pese a que las partes admitan sin reserva alguna que corresponde al Estado la potestad de normación en materia de «defensa de la competencia», el debate radica en la determinación de la Administración competente para la ejecución de los preceptos de la LDC.

a) En efecto, las representaciones de las Comunidades Autónomas recurrentes sostienen, en esencia, que los antes mencionados preceptos de la LDC han invadido las competencias de ejecución que sus respectivos Estatutos les reconocen respecto de la «legislación de la defensa de la competencia». De un lado, porque esta materia no está incluida en la relación de competencias del Estado que se contiene en el artículo 149.1 CE y, en los respectivos Estatutos de Autonomía, aquél sólo ha asumido la competencia relativa a la «legislación» *ex* artículo 149.3 CE. De otro, porque la atribución a las recurrentes de la competencia de ejecución es consecuencia de estar integrada la materia «defensa de la competencia» en la de «comercio interior», de la cual forma parte; materia esta que

una y otra Comunidad Autónoma asumieron con carácter exclusivo en sus Estatutos (art. 10.27 EAPV y art. 12.1.5 EAC, respectivamente).

De lo que resulta que, al atribuir la Ley impugnada las funciones ejecutivas en todo el territorio nacional a dos órganos de la Administración del Estado, el Tribunal de Defensa de la Competencia y el Servicio de Defensa de la Competencia, ha configurado un sistema de aplicación de sus previsiones completamente centralizado, invadiendo así sus competencias de ejecución en la materia. En concreto las de control, autorización y sanción, así como el procedimiento al que someten su actuación los citados Tribunal de Defensa de la Competencia y Servicio de Defensa de la Competencia, por entender que corresponde a las Comunidades Autónomas recurrentes, respecto a las funciones ejecutivas que reivindican. Si bien cabe advertir que esta reivindicación competencial no se formula en términos absolutos, ya que las representaciones de las recurrentes admiten que algunas actuaciones de ejecución quedan en el ámbito de la competencia estatal.

b) Frente a este planteamiento, el Abogado del Estado alega que los preceptos de la LDC impugnados por las Comunidades Autónomas son enteramente conformes con el bloque de la constitucionalidad. En primer lugar, porque si las atribuciones de competencias a las Comunidades Autónomas han de ser explícitas y no implícitas, es incuestionable que los respectivos Estatutos de las recurrentes no les han atribuido competencias de ejecución en materia de «defensa de la competencia». En segundo término, puesto que si bien esta materia no se encuentra incluida en el artículo 149.1 CE, tampoco cabe admitir, como se pretende por las Comunidades Autónomas recurrentes, que forme parte integrante de la de «comercio interior», ya que posee una sustantividad propia. De suerte que, en definitiva, corresponde al Estado tanto la competencia legislativa como la ejecutiva en materia de «defensa de la competencia» en atención a la cláusula residual del artículo 149.3 CE. Alegando asimismo, si bien con carácter subsidiario, que el Estado también puede invocar los artículos 139.1 y 149.1.1 en relación con el artículo 38 CE en atención a las particularidades de esta materia.

Dicho esto y antes de pasar al examen de la controversia competencial dos consideraciones son convenientes, con carácter previo. La primera, para poner de relieve, en lo que al presente caso interesa, cuál es el contenido y la finalidad general de la LDC. En segundo término, dado que la materia «defensa de la competencia» es objeto de regulación no sólo por la Ley 16/1989, de 17 de julio, y otras disposiciones internas, sino también por normas de Derecho comunitario, para precisar, en lo que aquí importa, las relaciones entre una y otra normativa.

3. En cuanto a lo primero, como extremos más relevantes del contenido y finalidad de la LDC conviene retener los siguientes:

a) El antecedente inmediato de la LDC es la Ley 110/1963, de 20 de julio, de Represión de Prácticas Restrictivas de la Competencia, cuyos

defectos trata de superar la primera según se afirma en su Exposición de Motivos, en la que también se alude a «las normas comunitarias de política de competencia» como inspiración de la nueva Ley. Esto es, los artículos 85 a 94 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (TCE), hecho en Roma el 25 de marzo de 1957 y en vigor para España desde el 1 de enero de 1986, así como los diversos actos normativos en esta materia adoptados por los órganos comunitarios. Antecedentes que podrían haberse prolongado a la legislación norteamericana sobre libre competencia, pues sabido es que ciertos preceptos del TCE, como es el caso de los artículos 85 y 86 en relación con el 3.g), están inspirados en los artículos 1 y 2 de la Sherman Act de 1890, a la que seguiría la Clayton Act de 1914. De lo que se desprende, pues, que un dato determinante para la adopción de la LDC de 1989 ha sido la entrada en vigor para España en 1986 de las normas comunitarias que regulan esta materia, con el objetivo de adaptar nuestra legislación a esta normativa.

b) La finalidad específica de la Ley según su Exposición de Motivos es la de «garantizar la existencia de una competencia suficiente y protegerla contra todo ataque contrario al interés público». Agregando a continuación que este objetivo es «compatible con las demás leyes que regulan el mercado». Lo que pone de relieve que la normativa de defensa de la competencia, de un lado, está dirigida a salvaguardar un interés general, la ordenación o el buen funcionamiento del mercado. Y lo lleva a cabo mediante ciertas reglas y el establecimiento de procedimientos de control por entidades públicas que permiten que los agentes económicos que concurren en el mismo lo hagan en condiciones que garanticen su libertad de participación; excluyendo, correlativamente, aquellas conductas que puedan interferir ese marco de libertad de los concurrentes y, de este modo, afectar al mencionado interés general. De otro lado, que esta finalidad específica es la que caracteriza a la disposición legal aquí examinada, ya que en la ordenación del mercado también concurren otros sectores normativos con un contenido propio y al servicio asimismo de intereses generales, extremo sobre el que se volverá más adelante.

c) Consecuente con esta finalidad específica, la LDC regula, en primer término, la libre competencia entre empresas, prohibiendo las conductas que puedan producir el efecto de impedirla, restringirla o falsearla así como el abuso de una posición dominante en el mercado por una o varias empresas, si bien se establecen posibles excepciones y autorizaciones de dichas conductas. Pues al igual que la normativa comunitaria en la que se inspira, la defensa de la libre competencia en el mercado no se concibe en términos absolutos, sino con la finalidad de que se produzca una competencia «eficaz» (Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 25 de octubre de 1977, asunto 25/76, Metro SB-Grossmarkte GH & Co. c. Comisión) o «suficiente» según la Exposición de Motivos de la Ley. Dato que se proyecta en el Capítulo primero del Título I al establecerse allí un régimen de autorizaciones y de sanción de las infracciones. Asimismo, en el Capítulo segundo del mismo Título de la LDC

se regulan las concentraciones de empresas, estableciendo un procedimiento de control de estas operaciones, pues si bien pueden constituir un factor de dinamismo y racionalización del mercado, también pueden ser, en contrapartida, cauces para falsear la libre competencia desde una posición dominante en el mismo. Y en el Capítulo tercero, que cierra la parte sustantiva de la Ley, se regulan las ayudas otorgadas a las empresas con cargo a recursos públicos, en la medida que éstas también pueden falsear la libre competencia de las empresas en el mercado.

d) Los Títulos II y III de la LDC se refieren, respectivamente, a los órganos a los que se confía la defensa de la libre competencia —el Tribunal de Defensa de la Competencia y el Servicio de Defensa de la Competencia, como ya se ha dicho— y al procedimiento para la aplicación de esta normativa. Respecto a dichos órganos ha de tenerse en cuenta, de un lado, su carácter administrativo, dado que el primero está «adscrito orgánicamente al Ministerio competente por razón de la materia» —si bien ejerce sus funciones «con plena independencia»— y el segundo está «integrado» en dicho Departamento ministerial (arts. 20 y 36). De otro, en cuanto a sus funciones, que al SDC le corresponde la instrucción de los expedientes relativos a esta materia, mientras el TDC ejerce funciones que se extienden a la fase resolutoria de los mismos, tanto respecto a las autorizaciones como a las sanciones previstas en la Ley, pudiendo ser recurridas en la vía judicial contencioso-administrativa tanto la adopción de medidas cautelares como las resoluciones definitivas del TDC (art. 48), como ya se declaró por este Tribunal respecto a la Ley anterior en la stc 80/1983. Y en relación con el procedimiento, el Capítulo primero del Título III regula el relativo a acuerdos y prácticas prohibidas y autorizadas ante el SDC y el TDC y el Capítulo segundo establece ciertas disposiciones comunes.

e) En suma, la LDC establece un conjunto de intervenciones de los poderes públicos para evitar aquellas prácticas y situaciones «que puedan afectar o dañar seriamente a un elemento tan decisivo en la economía de mercado como es la concurrencia entre empresas, apareciendo así la defensa de la competencia como una necesaria defensa, y no como una restricción, de la libertad de empresa y de la economía de mercado, que se verían amenazadas por el juego incontrolado de las tendencias naturales de éste» (stc 88/1986, fundamento jurídico 4.º). Y estas intervenciones, obvio es, inciden sobre «las relaciones jurídico-privadas de los empresarios mercantiles», ya que, como se dijo tempranamente en la stc 37/1981, fundamento jurídico 3.º, «toda la actividad económica, y dentro de ella la actividad que, en el sentido más amplio, podemos designar como actividad mercantil, aparece disciplinada hoy en las sociedades que siguen el modelo de la economía de mercado, por un conjunto de normas en donde se mezclan de manera inextricable el Derecho público y el Derecho privado».

4. Respecto a la segunda cuestión, esto es, la relativa a las relaciones entre las normas internas y las de Derecho comunitario en la regulación

de la materia, ha de tenerse presente que la finalidad de unas y otras es la de garantizar el libre juego en el mercado de los agentes económicos que en él participan; aunque el mercado afectado por las conductas y situaciones prohibidas, en uno y otro caso, tenga ámbitos distintos. Pues los efectos restrictivos de la libre competencia que, con independencia de su origen, determinan la aplicación de la normativa comunitaria son aquellos que se producen «dentro del Mercado Común» y, por tanto, son «susceptibles de afectar el comercio entre los Estados miembros» (arts. 85 y 86 TCE). Mientras que las legislaciones de éstos serán aplicables en relación con el mercado nacional, siempre que los efectos de las conductas o situaciones prohibidas no desborden este ámbito.

Lo anterior no obsta, sin embargo, a que la dimensión puramente interna y la dimensión comunitaria de la protección de la libre competencia sean interdependientes y se articulen en unos términos que han sido precisados tanto por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Sentencias de 13 de febrero de 1969, asunto 14/68, *Walt Wilhem y otros c. Bundeskartellamt*, y de 10 de julio de 1980, asunto 253/78, *Fiscal de la República c. Bruno Guiry y Guerlain, S. A.*, entre otras decisiones) como por las disposiciones de los Reglamentos CEE 17/62 y 1310/97 del Consejo. Relaciones entre una y otra normativa y la correspondiente actuación de órganos comunitarios y órganos de los Estados miembros de la Comunidad Europea que se evidencian en el artículo 44 LDC, en el que se ha previsto la concurrencia de procedimientos ante el TDC y los órganos comunitarios.

Ahora bien, pese a la indudable relevancia de la normativa comunitaria en esta materia, es claro que las relaciones que muy sumariamente se han indicado no condicionan nuestro examen, pues éste ha de llevarse a cabo teniendo en cuenta exclusivamente la distribución de competencias resultante del bloque de la constitucionalidad. En efecto, el Derecho comunitario no es canon de constitucionalidad, como reiteradamente hemos declarado (SSTC 132/1989, 65/1990, 28/1991, 64/1991, 111/1993 y 13/1998, entre otras). De suerte que la incorporación de España a las Comunidades Europeas como Estado miembro el 1 de enero de 1986 no ha modificado dicha distribución competencial. Y por ello hemos declarado desde la STC 252/1988 que la ejecución de las normas comunitarias en el Ordenamiento Jurídico español corresponde a quien, materialmente, ostente la competencia específica para la ejecución del Derecho comunitario (SSTC 236/1991, fundamento jurídico 9.º, y 79/1992, fundamento jurídico 1.º, entre otras).

Si bien no cabe ignorar que la propia interpretación del sistema de distribución competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas tampoco se produce en el vacío (STC 102/1995, fundamento jurídico 5.º) y, por tanto, no sólo es útil, sino también obligado para su correcta aplicación el prestar atención al modo en que una determinada institución jurídica ha sido configurada por la normativa comunitaria.

5. Para analizar la controversia competencial que se somete a nuestra decisión, resulta conveniente partir de que la materia «defensa de la competencia», como tal, no se halla atribuida expresamente al Estado por la Constitución. Por consiguiente, en la medida en que el conjunto de competencias atribuidas al Estado por la Constitución no lo impidan, podrá corresponder a las Comunidades Autónomas en virtud de sus propios Estatutos.

Resulta, pues, indispensable, tomar como punto de partida los preceptos de los Estatutos de Autonomía que las Comunidades Autónomas recurrentes invocan en defensa de sus respectivas competencias. Tales preceptos rezan, literalmente, así:

Artículo 10 EAPV:

«La Comunidad Autónoma del País Vasco tiene competencia exclusiva en las siguientes materias: ... 27. Comercio interior, sin perjuicio de la política general de precios, la libre circulación de bienes en el territorio del Estado y de la legislación sobre defensa de la competencia. Ferias y mercados interiores. Denominaciones de origen y publicidad, en colaboración con el Estado. 28. Defensa del consumidor y del usuario en los términos del apartado anterior.»

Artículo 12.1 EAC:

«De acuerdo con las bases y la ordenación de la actividad económica general y la política monetaria del Estado, corresponde a la Generalidad, en los términos de lo dispuesto en los artículos 38, 131 y en los números 11 y 13 del apartado 1 del artículo 149 CE, la competencia exclusiva en las siguientes materias ... 5. Comercio interior, defensa del consumidor y del usuario, sin perjuicio de la política general de precios y de la legislación sobre la defensa de la competencia. Denominaciones de origen en colaboración con el Estado.»

La simple lectura de los preceptos transcritos pone de manifiesto que, en ambos, la competencia sobre comercio interior se atribuye a las Comunidades Autónomas recurrentes sin perjuicio de la legislación del Estado sobre defensa de la competencia. De ese dato infieren las Comunidades recurrentes que la materia «defensa de la competencia» se halla incardinada en «comercio interior» y que, por lo tanto, al reservarse al Estado en los Estatutos respectivos la «legislación» sobre defensa de la competencia, la ejecución queda, sin más, y con las limitaciones que luego veremos, atribuida a las Comunidades Autónomas. Realmente, de no leerse el precepto como proponen los recurrentes, no se entendería fácilmente.

En efecto, la cláusula «sin perjuicio», que sigue a la atribución a las Comunidades Autónomas recurrentes de la competencia de comercio interior implica una salvedad. Y sólo tiene sentido hacer esa salvedad en comercio interior si esta competencia, al menos abstractamente, puede incidir sobre la política general de precios, la libre circulación de bienes

en el territorio del Estado y la defensa de la competencia. Esa incidencia comporta que la norma atributiva de la competencia sobre comercio interior puede entrar en conflicto (siquiera sea ese conflicto meramente conceptual o aparente) con la libre circulación de bienes en el territorio del Estado, la política general de precios y la defensa de la competencia.

A eliminar ese posible conflicto se encamina la salvedad aludida y ninguna otra puede ser su función. De modo que, de no entenderse así la referida cláusula, habría que llegar a la conclusión de que se trata de una simple redundancia, tanto más inaceptable cuanto que preceptos del todo semejantes se contienen en la mayoría de los Estatutos de Autonomía (arts. 30.1.4 del Estatuto de Autonomía para Galicia, 18.1.6 del Estatuto de Autonomía para Andalucía, 34.1.5 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana, 31.3 del Estatuto de Autonomía de Canarias, 35.19 del Estatuto de Autonomía de Aragón, 31.11 del Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha, 26.3.1.2 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid, 24.13 del Estatuto de Autonomía para Cantabria, 10.34 del Estatuto de Autonomía para la Región de Murcia, 10.1.14 del Estatuto de Autonomía del Principado de Asturias, art. 8.1.6 del Estatuto de Autonomía para La Rioja, 10.38 del Estatuto de Autonomía de las Illes Balears, 32.10 del Estatuto de Autonomía de Castilla y León y 56.d) de la Ley Orgánica 13/1982 de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra).

La incidencia potencial de la atribución de la competencia de comercio interior, que lleva a efectuar la salvedad a la que nos estamos refiriendo, es distinta según se trate de la libre circulación de bienes en el territorio del Estado (donde, de no existir la cláusula de salvaguarda, pudiera consistir en una transgresión) o de la política general de precios o la defensa de la competencia. Por lo que se refiere a estos dos últimos supuestos, el conflicto se plantea, no entre una materia y un principio estructural, sino entre materias y, por lo tanto, sólo puede radicar en que, al menos en el plano conceptual o abstracto, se solapen, siquiera sea parcialmente, sus ámbitos de aplicación respectivos.

Esto es lo que ocurre con la política general de precios, ya que, conceptualmente hablando, toda política de precios podría incardinarse en comercio, y parecen obvias las razones que han llevado al legislador estatutario a excluir de ese ámbito la política general. Pues bien, algo parecido (aunque no exactamente idéntico) ocurre con defensa de la competencia. Para entenderlo así basta recordar que desde la STC 71/1982 (fundamento jurídico 15) hemos definido la defensa de la competencia diciendo que «comprende toda la legislación ordenada a la defensa de la libertad de competencia, mediante la prevención y, en su caso, la represión, de las situaciones que constituyen obstáculos creados por decisiones empresariales para el desarrollo de la competencia en el mercado»; y, congruentemente, en las SSTC 88/1986 (fundamento jurídico 4.º) y 264/1993 (fundamento jurídico 4.º), hemos caracterizado la defensa de la competencia y la protección de los consumidores como «los dos aspectos de la orde-

nación del mercado», caracterización que comporta inmediatamente la definición de una y otra (defensa de la competencia y protección de los consumidores) como especies del género de las competencias de ordenación del mercado. Desde ese punto de partida, y siendo el comercio un elemento esencial e ineludible del mercado, parece claro que una competencia de ordenación del mercado habrá de constituir, al menos parcialmente, un modo de intervención pública en el comercio y ser, sólo en esa medida, conceptualmente comercio.

De lo dicho se infiere con claridad que queda excluido del presente conflicto todo lo relativo a la materia mercantil, sobre la que recae la competencia estatal *ex* artículo 149.1.6 CE, que hemos incardinado específicamente en el ámbito del Derecho privado (SSTC 37/1981, fundamento jurídico 3.º, y 88/1986, fundamento jurídico 5.º).

6. Aun prescindiendo de esa conclusión, del simple hecho de que la totalidad de la defensa de la competencia no haya quedado reservada al Estado, sino sólo la legislación, cabría deducir inmediatamente que las competencias ejecutivas en materia de defensa de la competencia han de estimarse, en alguna medida, atribuidas a las Comunidades Autónomas; conclusión a la que podría llegarse por un mero razonamiento a contrario: la atribución de la legislación al Estado comportaría, de suyo, la asunción, con el alcance que luego se dirá, de la ejecución por las Comunidades Autónomas recurrentes, en tanto no resulte incluida en otras competencias estatales.

Pero, establecido que la materia «defensa de la competencia» puede quedar, al menos en parte, incluida en la de «comercio interior» y destacado el hecho de que, en tal materia, los Estatutos de Autonomía reconocen al Estado (como no podía ser menos según más adelante se dirá), la competencia de legislación, ha de concluirse nítidamente que, con ello, las Comunidades Autónomas recurrentes han asumido competencias ejecutivas en la materia, cuestión que, a tenor de las consideraciones anteriores, ha quedado zanjada desde el momento en que tales competencias han quedado, al menos en parte, incluidas en la de «comercio interior».

Sin embargo, sentado lo anterior, no queda con ello resuelto el conflicto que se nos plantea. Pues si bien en este proceso constitucional no se discute el alcance que deba darse a los conceptos «legislación» y «ejecución» como criterio de deslinde competencial, cuestión sobre la que existe una reiterada jurisprudencia constitucional elaborada en torno a diversos preceptos constitucionales y estatutarios, como hemos recordado últimamente en la STC 103/1997, fundamento jurídico 4.º (SSTC 33/1981, 18/1982, 35/1982, 7/1985, 249/1988, 180/1991, 360/1992 y 196/1997, fundamento jurídico 7.º); sino que se parte de entender «legislación» como regulación material y no se pone en duda, de otro lado, que la función ejecutiva atribuida a las Comunidades Autónomas por sus respectivos Estatutos de Autonomía cuando al Estado corresponde la legislación sobre una materia comprenda, en principio, los actos administrativos de ésta (es decir, la potestad de administrar, así como, en su caso, la de

dictar reglamentos internos de organización de los correspondientes servicios, como hemos declarado tempranamente —SSTC 18/1982, 35/1982 y 39/1982—, ya que se admite pacíficamente por las partes que las facultades de inspección, control y sanción, así como la ordenación de la actividad de los servicios en materia de defensa de la competencia pertenecen al ámbito de la función ejecutiva, lo cierto es que, como el Abogado del Estado aduce y las propias Comunidades Autónomas recurrentes, con los distintos matices a que se aludió en el fundamento jurídico 1.º, admiten los aspectos más relevantes de la ejecución han de atribuirse al Estado en razón de sus competencias *ex* artículo 149.1, números 1 y 11 y, básicamente, 1.13 CE.

Hemos de partir de que la competencia del Estado en la materia «defensa de la competencia» no dimana exclusivamente de la atribución estatutaria, como con olvido del encabezamiento del pertinente precepto estatutario (art. 12 EAC) argumenta la representación del Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña; sino que, como hemos destacado en multitud de ocasiones (SSTC 18/1982, fundamento jurídico 1.º; 69/1982, fundamento jurídico 1.º; 77/1985, fundamento jurídico 4.º; 20/1988, fundamento jurídico 3.º; 56/1990, fundamento jurídico 5.º; 178/1994, fundamento jurídico 4.º, y 173/1998, fundamento jurídico 6.º), los Estatutos han de interpretarse en el marco predeterminado por la Constitución y, por lo tanto, la distribución competencial resultante ha de integrar como presupuesto las competencias que la Constitución reconoce al Estado.

Descartando por su especificidad la competencia estatal *ex* artículo 149.1.11 CE, dados los términos generales en que se plantea aquí la controversia, y el artículo 149.1.1 CE, por su carácter esencialmente normativo, procede analizar las competencias que al Estado corresponden en la materia a tenor del artículo 149.1.13 CE (bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica).

Para efectuar ese análisis ha de partirse de que la defensa de la competencia constituye, a la vez, un presupuesto y un límite necesario de la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado, reconocida en el artículo 38 CE. Como dijimos en la tan citada STC 88/1986 «el reconocimiento de la economía de mercado por la Constitución, como marco obligado de la libertad de empresa, y el compromiso de proteger el ejercicio de ésta —art. 38, inciso segundo— por parte de los poderes públicos supone la necesidad de una actuación específicamente encaminada a defender tales objetivos constitucionales. Y una de las actuaciones que pueden resultar necesarias es la consistente en evitar aquellas prácticas que puedan afectar o dañar seriamente a un elemento tan decisivo en la economía de mercado como es la concurrencia entre empresas, apareciendo así la defensa de la competencia como una necesaria defensa, y no como una restricción, de la libertad de empresa y de la economía de mercado, que se verían amenazadas por el juego incontrolado de las tendencias naturales de éste» (fundamento jurídico 4.º).

Desde esta perspectiva, se halla naturalmente relacionada con la necesaria unidad de la economía nacional y la exigencia, que tantas veces hemos subrayado, de que exista un mercado único que permita al Estado el desarrollo de su competencia constitucional de bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica (art. 149.1.13 CE) (SSTC 96/1984, fundamento jurídico 3.º; 64/1990, fundamento jurídico 10, y 118/1996, fundamento jurídico 7.º): sin «la igualdad de las condiciones básicas de ejercicio de la actividad económica (arts. 139.1 y 149.1.1 CE)... no es posible alcanzar en el mercado nacional el grado de integración que su carácter unitario impone» (STC 64/1990, fundamento jurídico 3.º). Parece, pues, innecesario destacar el carácter básico que, desde la competencia estatal *ex* artículo 149.1.13, reviste cuanto a la defensa de la competencia se refiere, pues nos hallamos ante un elemento definitorio del mercado. De modo que no sólo la normación, sino todas las actividades ejecutivas que determinen la configuración real del mercado único de ámbito nacional habrán de atribuirse al Estado, al que corresponderán, por lo tanto, las actuaciones ejecutivas en relación con aquellas prácticas que puedan alterar la libre competencia en un ámbito supracomunitario o en el conjunto del mercado nacional, aunque tales actos ejecutivos hayan de realizarse en el territorio de cualquiera de las Comunidades Autónomas recurrentes. Así lo reconoce expresamente el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma del País Vasco y así lo hemos proclamado en múltiples resoluciones (v. gr., SSTC 1/1982, fundamento jurídico 1.º; 96/1984, fundamento jurídico 6.º; 29/1986, fundamento jurídico 4.º; 95/1986, fundamento jurídico 4.º; 152/1988, fundamento jurídico 4.º; 75/1989, fundamento jurídico 3.º; 188/1989, fundamento jurídico 4.º, y 197/1996, fundamento jurídico 4.º). A lo que hay que añadir que, como hemos dicho en múltiples ocasiones, al Estado, en virtud de su competencia específica *ex* artículo 149.1.13 CE (SSTC 144/1985, fundamento jurídico 11, y 118/1996, fundamento jurídico 8.º) le corresponde articular los mecanismos de coordinación que estime necesarios.

Además el Estado, en virtud de sus competencias normativas, puede y debe articular los mecanismos de coordinación que garanticen la uniformidad de la disciplina de la competencia en todo el mercado nacional y, desde luego, establecer los criterios de conexión pertinentes, siempre que resulten constitucional y estatutariamente correctos (STC 243/1994, fundamento jurídico 3.º) y los imprescindibles mecanismos de colaboración e información recíproca (SSTC 100/1991, fundamento jurídico 5.º; 236/1991, fundamento jurídico 6.º; 243/1994, fundamento jurídico 7.º, y 196/1997, fundamento jurídico 11).

La competencia ejecutiva que, en materia de defensa de la competencia, cabe atribuir a las Comunidades Autónomas en virtud de la asunción de comercio interior se halla, pues, limitada a aquellas actuaciones ejecutivas que hayan de realizarse en su territorio y que no afecten al mercado supracomunitario. De modo que no sólo la normación, sino todas las actividades ejecutivas que determinen la configuración real del

mercado con trascendencia extracomunitaria habrán de atribuirse al Estado, al que corresponderán, por lo tanto, las actuaciones ejecutivas en relación con aquellas prácticas que puedan alterar la libre competencia en un ámbito supracomunitario o en el conjunto del mercado nacional, aunque tales actuaciones se realicen en el territorio de cualquiera de las Comunidades Autónomas recurrentes; pero, con esas limitaciones, la competencia ejecutiva atribuida a las Comunidades Autónomas por sus respectivos Estatutos no puede resultar enervada por la legislación del Estado.

7. De cuanto se ha expuesto se desprende que la Ley impugnada es conforme a la Constitución en tanto representa un ejercicio de la competencia estatal sobre legislación en defensa de la competencia y en tanto, además, atribuye al Estado la ejecución respecto de prácticas restrictivas de la competencia que, teniendo lugar en un ámbito territorial no superior al de la Comunidad Autónoma, puedan afectar a la libre competencia en el conjunto del mercado nacional o en ámbitos supracomunitarios. Su inconstitucionalidad, en cambio, habrá de declararse en la medida en que atribuya al Estado la totalidad de la competencia ejecutiva, invadiendo, de ese modo, las competencias de tal índole que, a tenor de cuanto se ha dicho, han de reconocerse a las Comunidades Autónomas recurrentes.

La pretensión de universalidad, en la atribución al Estado de las competencias ejecutivas queda patente ya en la Exposición de Motivos, donde se atribuye al Tribunal y al Servicio de Defensa de la Competencia la totalidad de la función aplicativa. Y se infiere del texto de la Ley en la medida en que se menciona a las Comunidades Autónomas para asignarles posibilidades y deberes de colaboración (art. 51 LDC) sin que, en ningún momento se les atribuya el más mínimo sector de la función ejecutiva. Positivamente, el artículo 7 (falseamiento de la libre competencia por actos desleales) atribuye la función ejecutiva en la materia que regula exclusivamente al Tribunal de Defensa de la Competencia al referirla a los actos que la falsean «en todo o en parte del mercado nacional». Formulado de ese modo, el precepto desconoce que, si se trata de actos realizados dentro del territorio de una Comunidad Autónoma y que carezcan de trascendencia sobre el mercado supraautonómico, la competencia ejecutiva, desde la perspectiva constitucional y estatutaria corresponde a las Comunidades Autónomas recurrentes. Y lo mismo cabe decir del artículo 4 (autorizaciones singulares por el Tribunal), que se remite al artículo 1 de la Ley, en el que se contiene la misma cláusula antedicha (en todo o en parte del mercado nacional); y de los artículos 9 (intimaciones del Tribunal), 10 (multas sancionadoras), 25, en sus apartados a) y c) (competencia), en cuanto todos ellos remiten al artículo 1 de la Ley y, por lo tanto, se proyectan sobre todo o parte del mercado nacional sin excluir el ámbito en el que la ejecución ha de corresponder a las Comunidades Autónomas. En esta medida, y sólo en cuanto supone desconocimiento de las competencias autonómicas, la cláusula «en todo o

en parte del mercado nacional», que dichos preceptos contienen expresamente o por remisión, ha de ser declarada contraria al orden constitucional de competencias.

Determinado, con esa declaración de inconstitucionalidad, el alcance de la competencia estatal de ejecución en la materia, el resto de los preceptos impugnados habría de ser estimado conforme a la Constitución, dado que se limitarían a regular la actuación de órganos estatales en el ámbito de las competencias del Estado, excepción hecha de la disposición transitoria primera, apartado 1. En cuanto a dicha disposición, dadas las competencias que aquí se reconocen a las Comunidades Autónomas recurrentes y el hecho de que sus efectos se agotaron hace tiempo, cabe afirmar que el recurso ha perdido su objeto y, consecuentemente, dar por finalizado el proceso respecto a ella sin necesidad de realizar ningún otro pronunciamiento.

8. Dados los términos en que se declara la inconstitucionalidad de los preceptos a que se hace referencia en el fundamento jurídico anterior, ha de diferirse la nulidad de los mismos hasta el momento en que, *establecidos por el Estado los criterios de conexión pertinentes*, puedan las Comunidades Autónomas recurrentes ejercer las competencias ejecutivas que aquí se les reconocen. Pues, de lo contrario, se produciría en la defensa de la competencia un vacío no conforme con la Constitución, pues los intereses constitucionalmente relevantes que con ella se tutelan podrían verse desprotegidos en el ámbito en el que la potestad ejecutiva correspondiese a las Comunidades Autónomas.

El Estado de las Autonomías configurado por nuestra Constitución no alcanzará, en esta materia, su diseño acabado en tanto el orden de competencias que se desprende de la Constitución y los Estatutos no alcance plena realización. Del hecho de que no se acuerde la nulidad inmediata de aquellos preceptos de la Ley que se declaran inconstitucionales se infiere la persistencia de una situación anómala, en la que las competencias controvertidas pueden seguir siendo ejercitadas por el Estado. Esa situación es, desde luego, provisional y, por supuesto, debe acabar cuanto antes. «La lealtad constitucional obliga a todos» (stc 209/1990, fundamento jurídico 4.º), y en este caso especialmente al Estado, a ponerle fin en el plazo más breve posible.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

1.º Estimar parcialmente los recursos de inconstitucionalidad interpuestos por el Gobierno Vasco y el Consejo Ejecutivo de la Generalidad

de Cataluña y, en consecuencia, declarar inconstitucional la cláusula «en todo o en parte del mercado nacional», contenida expresamente o por remisión en los artículos 4, 7, 9, 10, 11 y 25.a) y c), en la medida en que desconoce las competencias ejecutivas de la legislación estatal sobre defensa de la competencia atribuidas a las Comunidades Autónomas recurrentes en sus respectivos Estatutos, difiriendo su nulidad hasta el momento en que, establecidos por la Ley estatal los criterios de conexión pertinentes, puedan las Comunidades Autónomas ejercitarlas.

2.º Declarar, en cuanto a la disposición transitoria primera, apartado 1, de la Ley impugnada, la pérdida sobrevenida del objeto del recurso.

3.º Desestimar el recurso en todo lo demás.

Publíquese esta Sentencia en el *Boletín Oficial del Estado*.

Dada en Madrid, a once de noviembre de mil novecientos noventa y nueve.—Pedro Cruz Villalón.—Carles Viver Pi-Sunyer.—Julio Diego González Campos.—Manuel Jiménez de Parga y Cabrera.—Tomás S. Vives Antón.—Pablo García Manzano.—Pablo Cachón Villar.—Fernando Garrido Falla.—Vicente Conde Martín de Hijas.—Guillermo Jiménez Sánchez.—María Emilia Casas Baamonde. Firmado y rubricado.

VOTO PARTICULAR

que formula el Magistrado don Julio Diego González Campos a la Sentencia dictada en los recursos de inconstitucionalidad contra la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, al que se adhieren los Magistrados don Manuel Jiménez de Parga y Cabrera y don Vicente Conde Martín de Hijas.

Respetuosamente discrepo tanto de los razonamientos que se contienen en los fundamentos jurídicos 5.º y siguientes, como del fallo de la Sentencia, por entender, en atención a las razones que a continuación expondré, que los recursos de inconstitucionalidad interpuestos contra determinados preceptos de la Ley 16/1989 debían haber sido desestimados, por corresponder al Estado tanto la potestad normativa como la de ejecución en materia de defensa de la competencia.

1. Los elementos centrales de la fundamentación de la Sentencia sobre los que radica mi discrepancia, brevemente expuestos, son los siguientes:

a) Respecto a los criterios empleados para el deslinde competencial, la Sentencia ha justificado la atribución a las Comunidades Autónomas recurrentes de la competencia ejecutiva en materia de «defensa de la competencia» con base en una interpretación, ciertamente novedosa por su naturaleza conceptual, de la cláusula «sin perjuicio» contenida en los artículos 10.27 y 12.1.5, respectivamente del EAPV y del EAC. Cuando en

contraste con tal planteamiento hemos declarado que «en orden a la determinación de la identidad o naturaleza de una intervención de los poderes en la disciplina del libre mercado y su consiguiente adscripción a uno y otro título competencial, resulta particularmente necesario acudir a criterios teleológicos, precisando el objeto predominante de la norma» [STC 88/1986, fundamento jurídico 4.º, doctrina que se reitera en la STC 264/1993, fundamento jurídico 4.º.A)]. Y en atención a su finalidad específica para la disciplina del mercado y su vinculación con la garantía de la libertad de empresa del artículo 38 CE, hemos diferenciado la materia «defensa de la competencia» de otras que también concurren en dicha ordenación, como es el caso de la «protección de los consumidores» (SSTC 71/1982, 88/1986, 225/1993 y 228/1993) e incluso del «comercio interior» [SSTC 71/1982, fundamento jurídico 15; 225/1993, fundamento jurídico 7.º.B) y 264/1993, fundamento jurídico 4.º.A)]. De lo que se desprende, en definitiva, que en atención a dicho criterio, era procedente concluir que la materia «defensa de la competencia» no puede quedar integrada en la de «comercio interior», salvo que se aporte una justificación ulterior, que la Sentencia no contiene; pues incluso se ha prescindido, sorprendentemente, del examen de los argumentos expuestos por las Comunidades Autónomas recurrentes para fundamentar su pretensión.

b) Respecto a la interpretación conceptual que se lleva a cabo en el fundamento jurídico 5.º de la Sentencia, basta exponer a continuación cuáles son sus elementos esenciales para que pueda apreciarse que, en buena lógica, la conclusión a la que se llega sólo es una *petitio principii*. Se parte, en efecto, de considerar que la función de la cláusula «sin perjuicio» en los antes mencionados preceptos estatutarios no es otra que la de eliminar un posible conflicto, «siquiera sea éste meramente conceptual o aparente», entre la materia «comercio interior» que las Comunidades Autónomas han asumido en sus Estatutos y, en lo que aquí importa, la materia «defensa de la competencia». De lo que se pasa seguidamente a afirmar, sin que se aporte justificación al respecto, que tal conflicto «sólo puede radicar en que, al menos en el plano conceptual o abstracto, se solapan, siquiera sea parcialmente, sus ámbitos de aplicación respectivos». Sin que se precise en modo alguno cuáles son los concretos aspectos en los que se produce ese solapamiento y cuáles no, como era obligado. Y, por último, con base en la referencia hecha en las SSTC 88/1986 y 264/1993 a «dos aspectos de la ordenación del mercado», se pretende corroborar lo anterior sosteniendo que si el comercio es un elemento esencial del mercado, una competencia de ordenación del mercado —como es la de «defensa de la competencia», aunque ello no se explicita— «habrá de constituir, al menos parcialmente, un modo de intervención pública en el comercio y ser, sólo en esa medida, conceptualmente comercio».

Con la particularidad de que si bien en el fundamento jurídico 6.º inicialmente se afirma que cabe prescindir de esa conclusión, sin embargo,

la inclusión o el solapamiento de una materia en la otra a partir de este razonamiento conceptual vuelve a operar decisivamente para la delimitación competencial —junto al dato de que en los Estatutos de Autonomía sólo se reserve al Estado la competencia en materia de «legislación de defensa de la competencia»—, puesto que más adelante se afirma que ha quedado «establecido que la materia “defensa de la competencia” puede quedar, al menos en parte, incluida en la de “comercio interior”». Cuando esto, precisamente, es lo que era preciso demostrar, máxime si este extremo constituía el presupuesto de las pretensiones de las Comunidades Autónomas recurrentes y, además, sus alegaciones en favor de tal inclusión eran muy distintas de las expuestas en la Sentencia.

c) Por último, la atribución de las Comunidades Autónomas recurrentes de la competencia ejecutiva en materia de «defensa de la competencia» reposa en la distinción general entre legislación y ejecución. Lo que ha de compartirse, si bien el contenido y la finalidad de las actuaciones ejecutivas en esta materia debieran haber merecido un examen detenido. Pero lo que me importa destacar es que en el fundamento jurídico 6.º de la Sentencia de la que discrepo se limita la competencia ejecutiva atribuida a las Comunidades Autónomas, a cuyo fin se hace intervenir la competencia del Estado *ex* artículo 149.1.13 CE.

La introducción de este título competencial genera, a mi entender, una cierta confusión en el razonamiento. Y la razón es que si se hace valer a un tiempo en favor del Estado tanto la competencia exclusiva de «legislación de defensa de la competencia» como la de «bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica», ello implica, en atención a la segunda, que habrá de corresponder a las Comunidades Autónomas recurrentes el desarrollo normativo y la ejecución en materia de defensa de la competencia, salvo que se justifique que, para preservar el carácter básico de la materia, excepcionalmente ha de extenderse la competencia estatal a ambos aspectos, lo que no se lleva a cabo en la Sentencia. Cuando en realidad la limitación de la competencia ejecutiva atribuida a las Comunidades Autónomas, sin necesidad de hacer intervenir el título competencial del Estado *ex* artículo 149.1.13 CE, se deriva naturalmente del ámbito de la competencia de aquéllas. Pues si dicho ámbito es indudablemente el del «comercio interior», resulta obvio que la competencia ejecutiva de la Comunidad Autónoma sólo podrá ser ejercida en relación con aquellas conductas restrictivas o vulneradoras de la libre competencia que, con independencia del lugar donde se produzcan, afecten «en todo o en parte» al mercado de dicha Comunidad Autónoma.

A lo que cabe agregar que si la intervención del título competencial del artículo 149.1.13 CE se basa tanto en la necesaria unidad de la economía como en la exigencia de que exista un mercado nacional único y, en consecuencia, se estima que al Estado corresponde no sólo la normación en materia de defensa de la competencia, sino «todas las competencias que determinen la configuración real del mercado único del

ámbito nacional», como se expresa en el fundamento jurídico 6.º de la Sentencia, esta nueva perspectiva de examen, a mi parecer, no sólo entra en contradicción con el planteamiento inicial de carácter conceptual y con las conclusiones alcanzadas, sino que, en buena lógica, debiera haber conducido a un resultado muy distinto en el fallo.

2. En efecto, dado que los preceptos estatutarios aquí considerados reservan al Estado la «legislación de defensa de la competencia», conviene tener presente, en primer lugar, que nos hallamos ante un supuesto en que la ley estatal interviene, por expresa previsión de los Estatutos, para delimitar las competencias asumidas por las Comunidades Autónomas (SSTC 25/1986 y 45/1998). Y al respecto hemos declarado que «cuando el Estatuto cierra el proceso de delimitación competencial remitiendo a las prescripciones de una ley estatal», en tal caso «el reenvío operado atribuye a la ley estatal la delimitación positiva del contenido de las competencias autonómicas» (STC 76/1983, fundamento jurídico 4.º). A lo que cabe agregar que, en virtud de la cláusula «sin perjuicio» de dichos preceptos estatutarios, no sólo se reservan al Estado competencias que no están expresamente incluidas en el artículo 149.1 CE, sino que, además, mediante esa reserva se pone de manifiesto que las competencias estatales inciden decisivamente sobre la competencia asumida por la Comunidad Autónoma, al igual que incide el principio incluido en dicha reserva y, asimismo, otros preceptos constitucionales relevantes.

3. La cláusula «sin perjuicio», por tanto, no puede ser interpretada aisladamente, sino en relación con el bloque de la constitucionalidad. Lo que se evidencia con claridad en el apartado 1 del artículo 27 EAC —y otro tanto cabe decir respecto al artículo 10.27 del EAPV— puesto que dicho precepto contiene una expresa referencia bien a otros preceptos constitucionales (arts. 38 y 131 CE), bien a la reserva al Estado de conformidad con el artículo 149.1 CE de otras competencias que, en los términos de la STC 15/1989, fundamento jurídico 1.º, tienen por objeto aquellas materias que «la Constitución toma como punto de referencia para fijar las competencias mínimas que, por corresponder al Estado, quedan al margen del ámbito de disponibilidad de los Estatutos de Autonomía». Como es el caso de la competencia estatal *ex* artículo 149.1.13 CE.

Lo que se corrobora contemplando los antecedentes legislativos de los preceptos aquí considerados, de los que prescinde la Sentencia de la que discrepo. Pues merece ser recordado que, dentro del procedimiento de elaboración de los Estatutos de Autonomía del artículo 151.2 CE, la Asamblea de Parlamentarios Vascos propuso la inclusión en el entonces artículo 10.26, como competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma, de las materias «comercio interior y defensa de los consumidores». Pero el Grupo Centrista de UCD formuló desacuerdo, entre otros, con el citado artículo 10.26, en cuanto pudiera contradecir ciertos preceptos constitucionales o «atentar a la necesidad funcional de un espacio económico único y común con facultades públicas únicas y comunes». Lo que condujo, en el informe de la Ponencia conjunta, al texto hoy vigente del

artículo 10.26 EAPV. Y otro tanto ocurrió, tras similar desacuerdo del mismo Grupo Parlamentario, con el entonces artículo 12.4 del Texto remitido por la Asamblea de Parlamentarios de Cataluña, que sólo hacía referencia en dicho apartado a la materia «comercio interior».

4. De lo que resulta, a mi entender, que la «legislación de defensa de la competencia» que se reserva al Estado en virtud de la cláusula «sin perjuicio» de los preceptos estatutarios aquí considerados necesariamente ha de ponerse en relación con los «principios básicos del orden económico», así como con ciertos preceptos constitucionales. Máxime si así se pone de relieve con claridad en el artículo 12.5 EAC, como se ha indicado, ya que la competencia exclusiva en materia de «comercio interior» se asume «de acuerdo con las bases y la ordenación de la actividad económica general y la política monetaria del Estado [y]... en los términos de lo dispuesto en los artículos 38 y 131 y en los números 11 y 13 del apartado 1 del artículo 149 de la Constitución...».

a) A este fin ha de determinarse, en primer lugar, el significado de la relación establecida en el citado precepto estatutario entre su inciso inicial, donde se hace expresa referencia al artículo 38 CE y, de otra parte, la reserva en favor del Estado de la «legislación sobre defensa de la competencia», contenida en su apartado 5. Y para esclarecer dicho significado es apropiado recordar, en lo que aquí importa, ciertos pronunciamientos de nuestra jurisprudencia. Pues en la STC 37/1981, fundamento jurídico 3.º, se declaró en relación con la legislación mercantil que «sólo a través de sus órganos centrales puede el Estado determinar cuál es el ámbito propio de la actividad libre del empresario y sólo la legislación emanada de esos órganos centrales puede regular la forma en que nacen y se extinguen los derechos y obligaciones a que el ejercicio de esa actividad puede dar lugar y el contenido necesario de aquéllos y éstas». Y en la STC 88/1986, fundamento jurídico 4.º, tras declarar, en términos generales, que «el reconocimiento de la economía de mercado por la Constitución, como marco obligado de la libertad de empresa, y el compromiso de proteger el ejercicio de ésta, artículo 38, inciso segundo, por parte de los poderes públicos supone una actuación específicamente encaminada a defender tales objetivos constitucionales», se alude a la defensa de la competencia en cuanto «forma de intervención del Estado en la regulación del mercado, que deriva de los mismos términos del artículo 38» de la Norma Fundamental, con independencia de que junto a esta materia «pueden encontrarse otras... que se fundan en preceptos constitucionales específicos, como el artículo 51, en sus apartados 1 y 3».

b) De esta doctrina se desprende la existencia de una estrecha correspondencia entre la libertad de empresa como presupuesto estructural para la ordenación del mercado y la necesaria intervención del Estado para garantizar su ejercicio. Lo que exige actuaciones no sólo normativas, sino también de ejecución, encaminadas a la defensa de la libre competencia, dado que para garantizar la libertad de empresa es preciso establecer no sólo prohibiciones generales de determinadas conductas,

sino también adoptar concretas medidas para su investigación y sanción, así como posibles autorizaciones singulares de innegable carácter ejecutivo. Por lo que cabe entender que el legislador estatutario, al formular la reserva en favor del Estado de la «legislación de defensa de la competencia», haciendo una previa referencia al artículo 38 CE, excluyó la escisión de esta materia entre su ámbito normativo y el de ejecución para atribuir uno y otro a titulares distintos, por estimar que ello no sólo sería artificial en atención al estar el segundo ámbito indisolublemente unido al primero para que la defensa de la competencia sea efectiva, sino también porque tal escisión podría afectar negativamente a la garantía que contiene el artículo 38 CE. Si se quiere, dicho en otros términos, porque sólo mediante la reserva en favor del Estado tanto de la competencia normativa como de la de ejecución en materia de «defensa de la competencia» podía quedar asegurada la tutela de uno de los aspectos fundamentales del orden económico.

c) Lo que entronca igualmente con la exigencia, derivada de la llamada «constitución económica», de que «el orden económico nacional sea uno en todo el ámbito del Estado», en cuanto «presupuesto necesario para que el reparto de competencias entre el Estado y las distintas Comunidades Autónomas no conduzca a resultados disfuncionales y desintegradores», según se declaró en la STC 1/1982, fundamento jurídico 1.º, y se ha reiterado en muchas posteriores (SSTC 71/1982, 32/1983, 28/1986 y 88/1986, entre otras). Pues no cabe olvidar, como antes se ha expuesto, que en los orígenes de los preceptos estatutarios aquí considerados se formuló desacuerdo respecto a su inicial redacción en cuanto pudieran contradecir los preceptos constitucionales que establecen reservas competenciales en favor del Estado «o atentar a la necesidad funcional de un espacio económico y común con facultades públicas únicas y comunes».

De suerte que si como consecuencia de este desacuerdo luego se introdujo por la Ponencia conjunta la reserva en favor del Estado de la «legislación sobre defensa de la competencia», también cabe entender que se hizo para garantizar no sólo una normación común en esta materia en todo el territorio nacional, sino también para el ejercicio de «facultades públicas únicas y comunes» en su aplicación. Máxime si, como antes se ha dicho, la defensa de la competencia ha de garantizarse no sólo mediante normas prohibitivas de ciertas conductas o situaciones al requerir, asimismo, la adopción de autorizaciones singulares y que se lleve a cabo un efectivo control y la sanción de las infracciones, lo que en estos dos últimos casos requiere la intervención de unos órganos únicos. Órganos que, conviene recordarlo, fueron creados por la normativa de defensa de la competencia que se inicia con la Ley 110/1963, de 20 de julio; un dato que, aunque haya de ser relativizado por la diferente configuración del Estado en ese momento, también puede explicar el posterior reenvío de los Estatutos de Autonomía a la «legislación de defensa de la competencia» con un alcance global.

5. Por último, a la misma conclusión negativa respecto a las pretensiones de las Comunidades Autónomas recurrentes podía haberse lle-

gado desde otro planteamiento distinto del precedente y que permite explicar que los preceptos estatutarios aquí considerados, al atribuir al Estado sólo la «legislación de defensa de la competencia», nada expliciten respecto a la ejecución en esta materia.

Como ha alegado el Abogado del Estado, si de conformidad con la cláusula primera del artículo 149.3 CE una Comunidad Autónoma sólo tiene «las competencias que haya asumido en el Estatuto de Autonomía» y, en el presente caso, como se desprende del tenor de los preceptos estatutarios aquí considerados, las recurrentes no han asumido expresamente la competencia de ejecución en materia de «defensa de la competencia», la conclusión ha de ser que «esta competencia, con carácter general, corresponde al Estado» (STC 38/1982, fundamento jurídico 2.º, y, en el mismo sentido SSTC 42/1983, fundamento jurídico 4.º; 82/1984, fundamento jurídico 2.º; 84/1984, fundamento jurídico 1.º, y 123/1984, entre otras). Pues no cabe olvidar, en efecto, que en virtud de la segunda cláusula del precepto constitucional antes mencionado al Estado corresponde, sin necesidad de que exista una expresa determinación en el artículo 149.1 CE o en los Estatutos de Autonomía, la competencia sobre las materias que no hayan sido asumidas en éstos por las Comunidades Autónomas. Lo que supone, según los expresivos términos de la STC 146/1992, fundamento jurídico 1.º, que «el fondo competencial del Estado no resulta de las atribuciones específicas resultantes de la Constitución y de los Estatutos, como es el caso de las Comunidades Autónomas, sino el que resulta, a partir de un fondo genérico, de las «sustracciones» al mismo operadas por los Estatutos en el marco de la Constitución. En este sentido bien puede decirse que la competencia estatal no es sino una competencia «residual», si bien con un «núcleo duro» garantizado por la Constitución».

Madrid, a quince de noviembre de mil novecientos noventa y nueve.—Julio Diego González Campos.—Manuel Jiménez de Parga y Cabrera.—Vicente Conde Martín de Hijas.—Firmado y rubricado.

VOTO PARTICULAR

concurrente que formula el Magistrado don Fernando Garrido Falla a la Sentencia que resuelve los recursos de inconstitucionalidad acumulados números 2009 y 2027, de 1989, interpuestos contra determinados preceptos de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia.

He contribuido con mi voto a la aprobación de la presente Sentencia en tanto en cuanto participo de la opinión de que, siendo el comercio interior parte integrante del mercado, en su ordenación puede haber cabida para que determinadas competencias ejecutivas en defensa de la competencia queden «en alguna medida atribuidas a las Comunidades Autónomas» (F. 6.º), en particular, «si se trata de actos realizados dentro del territorio de una Comunidad Autónoma y que carezcan de trascen-

dencia supraautonómica» (F. 7.º). Pues, en efecto, si se da esta circunstancia, podemos estar dentro del título competencial «comercio interior» atribuido a la exclusiva competencia de las Comunidades Autónomas recurrentes por sus Estatutos de Autonomía.

Pero, dicho esto, he de manifestar mis discrepancias con respecto a algunas de las líneas argumentales que han conducido a la parte resolutoria de la Sentencia. En efecto:

1.º Subrayo, de entrada, que la defensa de la competencia es un principio estructural en el sistema de «libertad de empresa en el marco de la economía de mercado» (art. 38 CE), sistema cuyo funcionamiento podría convertirse en anárquico sin una adecuada ordenación de la competencia en la totalidad de los sectores económicos (industrial, comercial, agrícola y de servicios) que componen el mercado nacional. De acuerdo con el artículo 149.1.13 de nuestra Constitución, pertenece al Estado el título competencial (de carácter horizontal, según cierta terminología) para imponer tal ordenación. Cosa distinta, como quedó dicho, es que pueda reservarse la ejecución, en los términos expresados y siempre que se trate de comercio interior (es decir, intracomunitario y sin repercusión exterior), a las Comunidades Autónomas.

2.º Es cierto que en los Estatutos de Autonomía de las Comunidades recurrentes (y en las que no han recurrido también) se atribuye a su competencia exclusiva el «comercio interior... sin perjuicio de la política general de precios, la libre circulación de bienes en el territorio del Estado y de la legislación sobre defensa de la competencia». Pero difiero de la interpretación que al término «sin perjuicio» se da en el fundamento jurídico 5.º de la Sentencia y que, desde luego, me parece no equivalente a «con excepción» o «con la salvedad de...» (para extraerlos del ámbito conceptual del comercio interior). A lo que se apunta con dicho sintagma es a la delimitación exterior con respecto a cuestiones fronterizas que, con argumentos que cabalmente —y a mi juicio erróneamente— la Sentencia comparte, pudieran dar lugar a confusión.

Como quedó dicho en el apartado anterior, la regulación de la competencia (es decir, su defensa) afecta no sólo a los comerciantes, sino a la totalidad de los sectores (industrial, de servicios...) que integran el mercado nacional y, sobre todo, actúa en un plano diferente y previo al de la regulación de las relaciones entre comerciantes y usuarios. Dicho de otra forma, el término «comercio» hace referencia, en primer lugar, al conjunto de relaciones que pueden darse entre comerciantes y usuarios —o entre aquéllos entre sí— cuyo objeto es el trueque o compraventa de mercancías. La regulación de estas relaciones puede ser objeto del Derecho mercantil en cuyo caso la competencia exclusiva corresponde al Estado *ex* artículo 149.1.6 CE, o de legislación administrativa en defensa del consumidor, cuya competencia corresponde a las Comunidades Autónomas recurrentes en virtud del título competencial «comercio interior» que se contiene en sus Estatutos de Autonomía; de hecho las Comunidades Autónomas han dictado leyes de comercio interior —ninguna

de las cuales, por cierto, trata de defensa de la competencia— y establecen oficinas para atender las reclamaciones de consumidores y usuarios. En cambio, la «defensa de la competencia», como su propio nombre indica (y resulta ocioso recordarlo) atiende a un problema que es anterior, y constituye presupuesto, respecto de las susodichas relaciones, a saber: el de las relaciones recíprocas entre las distintas empresas (industriales, comerciales, de servicios) que constituyen el mercado nacional, por lo que el título competencial para su ordenación está en el artículo 149.1.13 CE. El hecho de que esta regulación afecte también al comercio y a las relaciones de los comerciantes entre sí no debe confundirnos.

3.º Cuando se redactaron y aprobaron los Estatutos de Autonomía la expresión «legislación sobre defensa de la competencia» tenía un valor entendido, tanto desde la perspectiva de nuestro Ordenamiento jurídico (donde ya existía una normación desde 1963), como desde el punto de vista del Derecho comparado. Obviamente el acento no se ponía sobre el término «legislación» como opuesto a «ejecución», sino sobre el contenido de la legislación ya existente sobre la materia y que incluía, pues sería absurdo entenderlo de otra manera, todo el «mecanismo» creado para conseguir la finalidad perseguida por el legislador, incluido, por supuesto, el Tribunal de Defensa de la Competencia con las competencias que se le atribuían.

4.º En cuanto al fallo (que he votado) mis reservas mentales tienen que ver con el hecho de que, por la vía de un recurso de inconstitucionalidad, hemos resuelto, en puridad, un conflicto de competencias planteado por dos singulares Comunidades Autónomas que ha de tener inevitablemente, sin embargo, efectos *erga omnes*.

Madrid a quince de noviembre de mil novecientos noventa y nueve.—Fernando Garrido Falla.—Firmado y rubricado.

DECENTRALISED ENFORCEMENT OF COMMUNITY COMPETITION LAW

John TEMPLE LANG *

BACKGROUND

1. The background to the Commission's consultation document «White paper on modernisation of the rules implementing Articles 85 and 86 of the EC Treaty»¹.

Decentralisation is now possible²:

— a majority of Member States now have effective antitrust authorities, national laws based on EC antitrust rules, and eight have express power to apply Community competition rules. These authorities at least are in a position to carry out the original intention in the EC Treaty that Community competition law would be enforced partly by national authorities;

— a large body of caselaw, of the Community courts and the Commission, now exists;

— new group exemptions and new guidelines are planned on both vertical and horizontal agreements;

* A Director in the Directorate General for Competition, European Commission; Professor, Trinity College, Dublin; Senior Visiting Research Fellow, University of Oxford; Barrister. All opinions expressed are purely personal. JTL/rg/29/11/99.

¹ OJ No C 132/1, May 12, 1999.

² See generally SCHAUB, *EC competition system proposals for reform*, in HAWK (ed.), 1998, Fordham Corporate Law Institute (1999); TEMPLE LANG, *General Report on national application of European Competition Law*, in XVIII Congress of the Fédération Internationale pour le Droit Européen (Stockholm, 1998), vol. II and vol. IV; BRAAKMAN (ed.), *The application of Articles 85 and 86 of the EC Treaty by National Courts in the Member States* (European Commission, 1997); TEMPLE LANG, *European Community Constitutional Law and the enforcement of Community antitrust law*, in HAWK (ed.), 1993, Fordham Corporate Law Institute (1994, New York), 525-604 and 1994, Fordham Corporate Law Institute (1995), p. 595; TEMPLE LANG, *EEC competition actions in Member States' Courts - claims for damages, declarations and injunctions for breach of Community antitrust law*, in HAWK (ed.), 1983, Fordham Corporate Law Institute (1984, New York), 219-304; BEHRENS (ed.), *EEC competition rules in national courts* (Nomos, Baden-Baden, 1994); LÄSSIG, *Dezentrale Anwendung des Europäischen Kartellrechts* (1997); TEMPLE LANG, «The core of the constitutional law of the Community - Article 5 EC», in GORMLEY (ed.), *Current and future perspectives in EC competition law* (1997), 41-72; JONES, *Private Enforcement of Antitrust Law in the EU, UK and USA* (Oxford UP, 1999).

— the duties of cooperation of national authorities and courts under Article 10 EC (ex-5) are more clearly understood; e.g. *Iberian UK v. BPB Industries*, 1996 2 CMLR 601; *Hasselblad v. Orbison*, 1984 3 CMLR 679.

Decentralisation is desirable:

— approximately 60 % of all cases are brought before DG IV by notification, but the most serious infringements, and practices of dominant companies, are rarely notified;

— for linguistic reasons, and to avoid multiple procedures.

Decentralisation is needed:

— the number of cases brought before the Commission and the elaborate procedures imposed by Regulation 17 make it impossible for the Commission to deal with them all by formal decision, and impossible for it to find enough time to detect and prohibit serious secret cartels;

— enlargement of the Community by an additional five, ten or more new States is likely to occur in the next few years.

More generally, we have to take into account monetary union, globalisation, the European single market, and the politico-legal principle of subsidiarity.

AIMS

2. These objectives are appropriate:

— to eliminate all unnecessary notifications, to the Commission and to national authorities;

— to facilitate handling of cases at national level wherever practical, including applying Article 81(3);

— to coordinate the actions of national authorities and minimise differences between national and Community antitrust laws;

— to enable the law to be enforced more effectively against the most serious practices;

— to simplify as far as possible the procedures imposed by Regulation 17;

— to ensure that national courts efficiently and fully protect rights given by Community antitrust law and to try to ensure that the conclusions arrived at are the same everywhere;

— to avoid forum shopping;

— this will necessitate arrangements for allocating cases between the Commission and national authorities, to ensure that the same results will be reached whoever deals with a case, and to avoid multiple procedures. These will have to be flexible and informal, as long as there are substantial

differences between the effectiveness of the different authorities. Tests like the «centre of gravity» of a case are not easy to apply quickly and clearly;

— personally I think that, in the longer term, harmonisation of national authorities' procedures and powers (definition of confidentiality, complainants' rights, access to files, rights of defence, lawyer client privilege, etc.), of civil remedies in national courts for breach of Community anti-trust law, and of the size of fines imposed for breach of Community anti-trust law, would be desirable.

BASIC CHANGES

3. All this involves changing Regulation 17 fundamentally:

— more group exemptions and more guidelines from the Commission to align the actions of national authorities applying Community law, and national law based on Community law. (The decentralisation proposals should be seen as linked to the Commission's changes in substantive rules on vertical and horizontal agreements);

— giving national authorities power to withdraw the benefit of group exemptions;

— the Commission's proposal is to reduce the number of notifications by treating Article 81(3) as applicable without any administrative decision (i.e. *exception légale*, reversing the choice made in 1961). This would have the effect of eliminating notification of certain categories of agreements (so that administrative approval of individual agreements would not be necessary; Article 81(3) could be applied by national courts without previous administrative decisions). So Article 81(3) would be treated primarily as a legal issue, not one of policy (except for group exemptions).

So the most important proposals is to empower all national authorities to apply Article 81(3);

— exclusive Commission jurisdiction in cases still individually notified to the Commission;

— strengthening the investigatory powers of the Commission.

STRENGTHENING NATIONAL COMPETITION AUTHORITIES

4. At national level, some strengthening of national authorities and courts is needed (legislation is needed either at Community level or at national level or both, to make some of these changes). Adoption of the Commission's proposals will put pressure on national governments to make improvements in these respects:

- all national authorities should have express power to apply Community law;
- with enough staff to handle their workload efficiently;
- with procedures enabling them to decide cases in a reasonable time;
- with sufficient independence, professionalism and objectivity (compare the requirements for regulatory authorities under telecommunications directives);
- with procedures enabling them to enforce the law effectively (including interim measures); (but this does not necessarily mean that the competition authority itself needs to take decisions, provided that court procedures are quick enough);
- effective and timely judicial review of all decisions of national authorities at the request of all interested parties (this means that the court with jurisdiction must allow review sufficient to allow all relevant points of EC law to be raised so that EC law issues can be referred to Luxembourg under Article 234 (ex-177); the European Convention on Human Rights also requires full review on appeal, but is not directly applicable). The rights of complainants to appeal against regulations will probably need to be harmonised;
- safeguards to ensure that no national competition or regulatory authority approves any price or practice which is contrary to Community antitrust law (Ahmed Saeed, 1989 ECR 803, Asjes 1986 ECR 1425). (They would have power to apply Article 81(3)). This means a minimum application of Community rules;
- to end all obstacles to enforcement by national authorities (e.g. exemption of some sectors from their jurisdiction) and allowing them to use evidence obtained by the Commission (reversing the Spanish Banks judgment);
- improved arrangements for closer cooperation between national authorities and the Commission, and for making decisions of national authorities available in other languages (e.g. on websites);
- enabling national authorities to give confidential information to the Commission and to one another, and to pass cases to one another;
- clearer recognition that national courts must fully protect rights given by Community antitrust law (declaratory actions, class actions, fewer delays, interlocutory injunctions, remedies against unlawfully obtained advantages).
- perhaps, national rules giving the Commission a right to appeal in national courts against decisions of the national competition authority or judgments of lower courts;

— clarification and probably harmonisation of the rights of complainants before national competition authorities, and of the extent of the duty of authorities to apply Community competition law;

— specialised commercial/competition courts? Economists as advisers to national courts? A standing national *amicus curiae* on EC law issues, or on economic issues?

CHANGES IN REGULATION 17

5. These are the basic legislative changes proposed in the White Paper on procedural issues:

— national authorities will have power to apply Article 81(3), and national courts will be able to apply it without any previous administrative action;

— except for mergers and joint ventures coming under the Merger Regulation (perhaps extended to cover some additional joint ventures), notifications to the Commission will no longer be made, and the Commission will no longer be obliged to give individual exemptions under Article 81(3);

— national competition authorities will have power to withdraw the benefit of group exemptions, but will not otherwise be free to prohibit agreements subject to a group exemption;

— the Commission will have a (new) power to adopt favourable decisions taking note of commitments given by the parties, making them binding on the parties and enforceable by third parties;

— national authorities will be free to use evidence obtained by the Commission, and to give confidential evidence they have obtained to other national authorities so that they can apply EC law;

— national authorities and courts will inform the Commission when they plan to apply EC law, to help ensure consistent application;

— Commission inspections could be authorised by the Court of Justice or the Court of First Instance. The Commission will be empowered to question individuals. Fines for misleading and incomplete information will be increased;

— Interim measures procedures will be clarified and made quicker and more efficient, and used more frequently.

ARRANGEMENTS FOR COOPERATION AND CONSISTENT APPLICATION

6. Application of Article 81(3) by national authorities will necessitate:

- an effective (probably pragmatic, informal) system for allocating cases between national authorities. Complainants will not need to choose the «right» authority if cases can be transferred easily;

- arrangements for resolving differences of opinion between national authorities arising during consultation over individual cases (one possibility is that the Commission could take over the case);

- perhaps, giving other national authorities, and companies not parties to the agreement in question, the right to get judicial review in national courts of the decisions of each national authority.

Where there will have to be some criteria, it does not seem wise to have legally binding rules on allocation of cases because:

- different solutions may be needed in different Member States, depending on the size, workload and efficiency of the national competition authority;

- litigation over the correct allocation of cases would cause expense and delay;

- an adequate set of rules would be complex;

- cases must be allocated on the basis of the facts as they appear initially;

- cases under Article 86 (now 82) may turn out to be about Article 90 (now 86).

CONCERNS

7. Concerns have been expressed about:

- the ability of national courts to apply Article 81(3). In fact, Article 86 now 82) cases, which courts already deal with, are more difficult than Article 81(3) cases. Insofar as these concerns are justified in any given Member State, there are a variety of measures which could be taken.

These include arranging for national competition authorities to consider and investigate genuinely difficult cases before the courts deal with the (and for courts to adjourn to allow this): submissions by competition authorities to courts: appointing economic advisers to sit with judges: a standing national *amicus curiae* on EC competition issues, or on economic issues, or on all EC law issues: a specialised competition law court: some economic training for judges.

The idea of a Community Law Adviser or «National Advocate General» in each Member State, advising if a national court requested advice, has advantages: for all EC law issues, not only competition law: could advise on economic issues as well as law: could advise on the application of law to facts: would reduce the number of references to the Court of Justice under Article 177 (now 234): could improve the drafting of Article 177 questions: would improve and speed up the application of EC law by national courts.

It is for each Member State to see which, if any, of these possibilities is necessary and appropriate. One should recognise that there are some cases which should not be dealt with by a national court or even a national competition authority if the evidence is not in the jurisdiction;

— uniform application of EC law: there will be some discussion or coordination of national authorities' decisions. In practice, differences are more likely over the application of the law to the facts than over purely legal issues. The Commission will have power to take over a case if necessary: national authorities will be subject to judicial review and references to Luxembourg: until now differences in national competition laws have not caused serious complaints. National authorities will be able to intervene in national courts, and to consult the Commission, and have a duty to avoid conflicts. If unclear divergences arise, the Commission and national authorities can consult on how to end them; Commission guidelines or Notices could be used;

— legal certainty: the right to notify and the (theoretical) right to receive a formal decision from the Commission would disappear. However, some lawyers now advise that notification is not worthwhile. The legal effects of administrative letters are less than that of formal decisions.

There is now a lot of caselaw of the Courts in Luxembourg, and many exemption decisions from the Commission. More group exemptions and notices are planned. The Commission will plan to adopt guidelines and decisions as precedents on new problems. Companies with small market shares will anyway be under group exemptions.

National procedures will no longer be interfered with by inability to apply Article 81(3). Companies with large market shares can afford to pay lawyers and to rely on their advice (and their joint ventures will come under the 1998 amendment to the Merger Regulation). In many other areas of law, companies rely on their lawyers and have no right to obtain an official authorisation. Although Article 82 is much harder to advise on than Article 81, companies hardly ever notify under Article 82. An equivalent of us business review letters is being considered, written at the Commission's discretion and before agreements are signed, e.g. in cases involving very large capital expenditure financed by consortia of banks. There has been no objection raised when national laws do not provide for notification (the UK authorities allow, but discourage, notifications).

BENEFITS

8. All this should lead to:

- reduced costs to industry (no unnecessary notifications, no multiple procedures, no unnecessary differences between national laws, one compliance programme for the whole Community);
- more responsibility for lawyers (they will have to advise their clients whether their plans are lawful, not merely advise that they should be notified). More reliance will be placed on compliance programmes;
- companies may wish to notify under national law agreements which can no longer be notified under Community law;
- greater need to clarify lawyers' rules of ethics (duty not to mislead Community and national authorities and courts, duty not to help clients to break the law). This will need an effective response from European lawyers' organisations, not given until now;
- regarding national competition authorities as a network or a coordinated team;
- EC law will be able to replace national competition laws as far as national authorities want, apart from the need for an effect on interstate trade.

FUTURE ROLE OF THE COMMISSION

9. These proposals would have the effect of putting national competition authorities in many respects on a basis of equality with the Commission (except, of course, that they would have jurisdiction only in their own Member State). However, the Commission would:

- continue to be responsible for policy for the Community as a whole, and investigations in several Member States, and for large mergers and joint ventures;
- resolve differences of opinion between national authorities;
- the Commission will also deal with international cooperation concerning antitrust cases:
 - if asked to, under positive comity rules,
 - in WTO,
 - in OECD,
 - under bilateral agreements with non-Member States (USA, Canada) on cooperation in competition matters.

IMPLICATIONS FOR NATIONAL LAWS

10. The Commission has not tried to assess the implications of these reforms for national competition laws. They are matters for national parliaments and governments. Some national authorities question the value of notification regimes except with very new competition laws.

However, it seems to me that in the long term these proposals, if adopted, would lead to demands for harmonisation of:

- the right of complainants;
- procedures and penalties of national competition authorities;
- the civil consequences of violating Community competition law (damages, injunctions, declarations);
- further alignment of national competition laws (due to *inter alia* the judgments of *Leur-Bloom* (1997 ECR I 4161) and *Bonner* (1998 ECR I - November 26, 1998). Already, national competition authorities may not authorise any practice which is contrary to Community competition law (*Ahmed Saeed*, 1989, ECR 803) and probably cannot prohibit a practice exempted by the Commission [*Advocate General Tesouro in BMW* (1995 ECR I 3439) and *Volkswagen* (1995 ECR I 3477)].

LES OPERATEURS-CÂBLE ET LA CONCURRENCE EN EUROPE

Présentation par Jean-François PONS

Directeur Général Adjoint

DEVANT L'ECCA À BRUXELLES LE 18 NOVEMBRE 1999

Cette présentation, à laquelle MM. Christian HOCEPIED et Jacques LOVERGNE ont largement contribué, a été faite à titre personnel et ne saurait donc engager la Commission européenne.

Le câble n'est pas une activité nouvelle. L'âge de votre association (l'ECCA) - 44 ans - le démontre. Le secteur du câble se trouve toutefois à la croisée des chemins aujourd'hui du fait de l'évolution des technologies - la numérisation a démultiplié la capacité des réseaux - de la libéralisation du marché des télécommunications et du phénomène de convergence. Cette situation demande aux câblo-opérateurs de se resituer: veulent-ils rester dans leur activité traditionnelle de fourniture d'accès aux télévisions ou se lancer dans le marché des télécommunications et plus largement de la Société de l'information? A cet égard, la question est si la «fenêtre d'opportunité» des câblo-opérateurs européens va durer. En effet, le lancement de services ADSL par les opérateurs historiques de télécommunications dans plusieurs Etats membres enlève une partie de l'avantage compétitif des réseaux câblés en matière de largeur de bande.

1. DÉVELOPPEMENT ET PERSPECTIVES DES RÉSEAUX CÂBLÉS DANS LA COMMUNAUTÉ

Je comprends que vous représentez 17 pays différents ainsi que 5 pays d'Europe de l'Est. Vous pourrez donc témoigner qu'il y a peu de secteurs où des différences aussi prononcées existent entre Etats membres. Certains Etats membres sont presque entièrement câblés (Belgique, Allemagne, Pays-Bas), d'autres marquent un retard très important (Italie, Grèce). La même diversité se constate pour les taux de pénétration et dans certains cas le pourcentage baisse. Cette baisse est due à la concurrence du satellite. Enfin, il y a aussi des différences quant à la technologie utilisée et la gamme de services offerts.

Une remarque générale peut être faite pour l'ensemble de la Communauté: la rentabilité des réseaux câbles reste modeste. Une des raisons est que les opérateurs sont encore en train de développer leurs réseaux et de les mettre aux normes numériques, ceci exige des investissements très importants et explique l'existence de cash flow négatifs.

2. IMPORTANCE DU CÂBLE POUR LA CONCURRENCE DANS LES TÉLÉCOMMUNICATIONS ET LA SOCIÉTÉ DE L'INFORMATION

Près de deux ans après la libéralisation complète des télécommunications dans la Communauté, nous observons toujours l'absence de concurrence effective au niveau de l'accès local, sauf dans les Etats membres où les opérateurs de réseaux de télévision par câble ont investi et offrent la téléphonie vocale en concurrence avec l'ancien monopole. Les réseaux de télévision par câble fournissent en effet une solution de remplacement viable au niveau de l'infrastructure locale. Il faut néanmoins qu'ils ne soient pas détenus ou contrôlés par l'opérateur en place, comme c'était le cas dans plusieurs Etats membres.

En Belgique, en Espagne, aux Pays-Bas, en Autriche et au Royaume-Uni, il existe une offre de téléphonie vocale sur le câble, mais qui est loin d'être déjà généralisée à l'ensemble de la population. Seul dans ce dernier pays, la téléphonie vocale sur le câble semble avoir réellement percé à l'heure actuelle.

En fait certains exploitants de réseaux câblés semblent considérer qu'il existe une plus grande demande pour l'accès à haut débit à Internet (données) plutôt que pour la téléphonie vocale. C'est une des raisons pour lesquelles les Pays-Bas ont opté en faveur du dégroupage de la boucle locale. Même une coopération entre quatre câblo-opérateurs y a été annoncée qui permettrait d'assurer la couverture d'environ 70 % de la population ; seuls deux câblo-opérateurs (qui couvrent 25 % de la population) offrent actuellement des services téléphoniques. En revanche, l'offre de services de téléphonie par le câble est inexistante ou très réduite au Danemark, en Allemagne, en Grèce, en France, en Irlande, au Luxembourg, au Portugal, en Finlande et en Suède. Enfin, il existe des incertitudes liées à des infrastructures concurrentes en tout ou en partie:

- l'établissement de boucles locales sans fil, qui pourraient concurrencer le câble sur le dernier kilomètre;

- la mise en place, par les opérateurs téléphoniques de services en mode ADSL;

- le dégroupage de la ligne d'abonné existante de l'opérateur historique pour permettre aux nouveaux opérateurs de l'utiliser pour atteindre le consommateur final. Ce dégroupage permettra aux nouveaux entrants de mettre en oeuvre leurs propres technologies XDSL pour donner ainsi à leurs clients un accès aux services à large bande, et en particulier à l'Internet.

3. LA DIRECTIVE CÂBLE ET LE PROBLÈME DE LA VENTE DES RÉSEAUX-CÂBLES DES OPÉRATEURS DOMINANTS

Si le câble veut jouer un rôle significatif pour l'offre de services de télécommunications, les investissements doivent, compte tenu de la rapide évolution technique, avoir lieu sans délais. Manifestement, ce ne sont pas seulement des questions financières et techniques qui entrent en jeu sur ce plan, mais aussi la question de savoir si l'opérateur en place du réseau fixe détient ou contrôle encore des parts clés dans la télévision par câble.

Quand la même entreprise contrôle réseau de télécommunications et réseau de télévision par câble, elle n'a en effet aucun motif pour investir dans les travaux nécessaires pour adapter le câble aux besoins des télécommunications.

C'est pourquoi la Commission a adopté le 23 juin dernier la directive 99/64/CE qui requiert que les organismes de télécommunications ne fassent pas appel pour l'exploitation de leurs réseaux publics de télécommunications à la même entité juridique que pour l'exploitation de leurs réseaux câblés. Cette séparation juridique distinctes conduira à une plus grande transparence dans les actifs et des coûts et facilitera le contrôle de la rentabilité et la gestion de l'exploitation des réseaux câblés. Le considérant 12 de cette directive ajoute en outre que la Commission examinera au cas par cas s'il serait compatible avec le principe de proportionnalité d'imposer aux Etats membres l'obligation de prendre des mesures supplémentaires. Les décisions à prendre dans des cas particuliers pourraient prévoir des mesures allant jusqu'à l'ouverture du capital du câblo-opérateur à des tiers ou l'obligation de céder l'entreprise en totalité. Ainsi dans le cas de concentrations entre opérateurs concurrents, une telle obligation de cession peut être nécessaire afin de maintenir un même degré de concurrence (exemple: décision récente sur Telia-Telenor).

Enfin, la Commission doit également surveiller les conditions de cession des réseaux câblés. Il convient en effet d'éviter que des clauses anti-concurrentielles soient insérées dans les appels d'offres ou les contrats de vente, tel que le fait de ne pas transférer certains actifs (tels que des droits de retransmission) indispensables pour une gestion efficace des réseaux câblés.

4. AUTRES QUESTIONS DE CONCURRENCE INTÉRESSANT LES CABLO-OPÉRATEURS

a) *Le «guichet unique» en matière de droits d'auteur*

L'ECCA a posé le problème de l'application de la directive cab/sat¹. Elle se plaint d'une discrimination à la défaveur de la retransmission par le câble; un radiodiffuseur distribuant ses programmes par satellite peut libérer les droits d'auteur en un seul lieu pour l'ensemble des territoires couverts par le satellite. Ce lieu est le pays d'où est émis le signal vers le satellite.

Je note à cet égard que l'ECCA ne met pas en cause le niveau des redevances réclamées par les sociétés de droits d'auteur. Elle demande de disposer d'un guichet unique en vue de réduire les coûts de transaction. Il existerait en effet une solution pour rétablir l'équilibre et la neutralité selon le mode de diffusion utilisé, si le radiodiffuseur pouvait également libérer les droits d'auteur pour la diffusion sur le câble en même temps qu'il libère les droits pour la diffusion par satellite («guichet unique»). Il lui suffirait ensuite de sous-licencier le câblo-opérateur local.

Il résulte du comportement des sociétés de droits d'auteur que cette solution économiquement rationnelle ne peut intervenir en raison du refus de certaines d'entre-elles de négocier avec les radiodiffuseurs et de n'accepter de licencier que des câblo-opérateurs.

De plus, alors que dans le passé les sociétés de droits d'auteur avaient conclu un accord sur une base régionale pour libérer en un seul point les droits de diffusion sur le câble pour l'ensemble de la zone. On assiste ces dernières années à une renationalisation de l'organisation administrative.

L'ECCA considère que ces deux pratiques (refus de négocier et renationalisation) constituent des abus de position dominante. Nous sommes en train d'examiner cette question. Je note cependant qu'à ce jour il n'y a pas eu de plainte formelle et que la renationalisation est en quelque sorte le choix du législateur communautaire dans la directive Sat/Cab pour la libération des droits sur le câble».

b) *L'accès aux contenus*

Permettez-moi d'utiliser la décision Kirch/Bertelsmann pour illustrer la philosophie d'action de la Commission.

¹ Directive 93/83 du 27 septembre 1993 relative à la coordination de certaines règles du droit d'auteur et des droits voisins du droit d'auteur applicables à la radiodiffusion par satellite et à la retransmission par câble - JO L248 du 6 octobre 1993.

L'objectif de la fusion était de favoriser le développement de la chaîne payante de Bertelsmann, Premiere, en y incluant les activités numériques du groupe Kirch et en utilisant la technologie du décodeur de Kirch.

Cette opération aurait complètement bouleversé la configuration du marché de la télévision payante numérique en Allemagne. Seule chaîne à péage jusqu'en 1996, avant le lancement par Kirch d'une chaîne concurrente, Premiere aurait retrouvé sa position de monopole tant en ce qui concerne l'offre de programmes que les services techniques et commerciaux et une seule technologie, celle du groupe Kirch, aurait été disponible.

Il est donc clair que cette opération, si elle avait été autorisée, aurait non seulement créé une situation de monopole en Allemagne dans le domaine de la télévision payante. Elles auraient également instauré de très fortes barrières à l'entrée pour tout nouvel entrant potentiel au moins à trois niveaux : les programmes, le décodeur et le câble.

Les propositions des parties, à l'occasion des négociations avec la Commission, ont porté sur les deux derniers sujets. Ils proposaient d'y laisser accéder les entreprises tierces et donc en particulier les câblodistributeurs.

Les engagements proposés ne permettaient pas aux câblodistributeurs d'offrir des programmes de télévision payante assortis des mêmes possibilités concurrentielles que Premiere. En effet, ils n'avaient pas le droit d'agir en qualité de diffuseurs de programmes de télévision payante et d'offrir, par exemple, des programmes régionaux qu'ils auraient eux-mêmes mis sur pied. Au contraire, leur offre de programmes supplémentaires se limitait exclusivement à la commercialisation de chaînes tierces.

De plus, les câblodistributeurs privés n'avaient pas le droit de commercialiser les offres de Premiere en matière de programmes à la carte payables à la séance, ni de faire leurs propres offres de tels programmes. Du fait de l'absence d'exclusivité des droits de diffusion attachés à ces programmes, les offrir serait cependant le moyen le plus simple de permettre la diffusion indépendante de programmes de télévision payante.

En outre, la combinaison des bouquets de programmes de Premiere qu'ils offriraient devait être la même que celle de la chaîne. Ils dépendraient donc entièrement d'elle en ce qui concerne le groupage des programmes, leur principal moyen d'action.

En outre, les câblodistributeurs devaient fournir à Premiere les données de leur fichier clientèle sans que Premiere soit soumise à aucune obligation réciproque. La cession d'un fichier clientèle est pourtant chose totalement inhabituelle dans cette branche et confère à la chaîne un avantage concurrentiel important.

La fixation des prix en fonction du prix de cession de Premiere, déduction faite des économies que lui vaut la commercialisation de ses pro-

grammes par des tiers, présentait le risque pour les câblodistributeurs de ne pas pouvoir commercialiser ces programmes d'une manière rentable. La question de savoir qui déterminait les économies de coûts et selon quels critères celles-ci sont définies restait entière.

La probabilité pour les câblo-opérateurs de pouvoir proposer et distribuer une offre de programmes alternative était donc trop aléatoire et il n'était pas possible dans ces conditions d'accepter cette opération.

c) *Une réglementation des infrastructures technologiquement neutre*

Dans sa communication du 10 novembre 1999 «Review 99», la Commission plaide pour un cadre réglementaire qui soit neutre par rapport à la technique utilisée. La Commission estime pour cette raison que la même approche doit s'appliquer aux réseaux câblés qu'aux réseaux des opérateurs de télécommunications: les États membres devraient imposer une «obligation de négocier l'accès» aux exploitants de la télévision par câble notifiés comme «puissants» sur le marché de l'offre de large bande (ou une obligation d'accorder l'accès dans le cas d'un opérateur dominant), avec une possibilité d'intervention de l'ARN si les négociations commerciales échouent. La communication prévoit que des recommandations pourraient être éventuellement publiées à l'intention des ARN afin d'assurer une approche commune dans l'ensemble de la Communauté.

CONCLUSION

La Commission a toujours soutenu le développement de la «Société de l'Information» en particulier par la libéralisation des télécommunications, car ce secteur a de fortes potentialités d'innovation, de croissance, au profit des ménages et des entreprises, et de création d'emplois. Le câble est une infrastructure essentielle de ce secteur, susceptible de jouer un rôle proconcurrentiel important et stimulant. La Commission continuera à veiller à ce que l'application des règles de concurrence conforte ce rôle.

Se recoge en esta parte del *Anuario* una selección de obras, monografías artículos de revista, tanto españoles como extranjeros, de interés en materia de competencia. La selección se ciñe a las publicaciones aparecidas en el año 1999 y a las publicadas en 1998 que no pudieron ser incluidas en el volumen anterior de este *Anuario*. Se presenta, en primer lugar, una selección de las obras referidas al Estado español. A continuación, se presenta la selección correspondiente a la Unión Europea. Como en el *Anuario de la Competencia de 1998* se han ordenado en distintos epígrafes, para dotar la bibliografía de mayor utilidad. De este modo, las publicaciones referidas a la Unión Europea quedan ordenadas en los siguientes epígrafes:

- Política de la competencia. Orientaciones generales.
- Artículos 81 y 82 TCE.
- Restricciones verticales de la competencia.
- Órganos de aplicación del Derecho de la competencia.
- Control de concentraciones.
- Ayudas públicas.
- Competencia y regulación sectorial.
- Competencia y servicio público.

I. ESPAÑA

«Anuario jurídico de la Universidad Autónoma de Madrid: privatización y liberalización de servicios», *Boletín Oficial del Estado*.

ÁLVAREZ-PALACIOS ARRIGHI, Gabriela Isabel, «Comentario a la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia recaída en el expediente R 335/98, Colegios Notariales», *Anuario de la competencia 1998*, Fundación ICO, Madrid, Marcial Pons, 1999, p. 321.

ARAUJO BOYD, Marcos, «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», *Anuario de la competencia 1998*, Fundación ICO, Madrid, Marcial Pons, 1999, p. 159.

ARIAS SALGADO, Rafael, «Un auténtico mercado libre de telecomunicaciones», *Dirección y progreso*, 1999, p. 3.

BACHES OPI, Sergio, «Distribución selectiva de relojes y piezas de recambio (comentario a la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 13 de mayo de 1998, expediente 379/1996)», *Revista general de Derecho*, núm. 654, 1999, p. 2484.

— «La internacionalización del Derecho de defensa de la competencia en el seno de la organización mundial del comercio: el final de una utopía», *Revista general de Derecho*, 1999, p. 2321.

- BALLBÉ, Manuel, «La competencia entre Universidades», *Anuario de la competencia 1998*, Fundación ICO, Madrid, Marcial Pons, 1999, p. 177.
- BEL, Germa, «Posprivatización, reforma regulatoria y beneficio de los consumidores: *laissez faire* versus competencia?», *Revista de ciencias sociales*, 1999, p. 111.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Alberto, «La protección de la libre competencia y la propiedad intelectual», *Derecho de la competencia europeo y español*, 1999, p. 49.
- BUENDÍA SIERRA, José Luis, «Las empresas públicas ante el Derecho de la competencia: el artículo 90 del Tratado CE», *Derecho de la competencia europeo y español*, 1999, p. 245.
- CABRILLO, Francisco, «La regulación de la defensa de la competencia en una economía en transformación», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 204, 1999, p. 62.
- CALVIÑO SANTAMARÍA, Nadia, «Acuerdos y prácticas restrictivas en el Derecho comunitario y español de la competencia: acuerdos verticales», *Derecho de la competencia europeo y español*, 1999, p. 55.
- CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis, y GOÑI URRIZA, Natividad, *El control de las concentraciones de empresas en Europa*, Madrid, 1999, 376 p.
- CANDELARIO MACIAS, Marial Isabel, «Conservación de la empresa versus libre competencia», *Revista general de Derecho*, núm. 655, 1999, p. 3535.
- CASES PALLARÉS, Lluís (dir.), *Anuario de la competencia 1998*, Fundación ICO, Madrid, Marcial Pons, 1999, 654 p.
- CHAMORRO GONZÁLEZ, Irene, «La noción de posición de dominio y su determinación», *Derecho de la competencia europeo y español*, 1999, p. 91.
- COTO MILLÁN, Pablo, e INGLADA, Vicente, «Análisis del transporte marítimo en España (1974-1999): competencia y regulación», *Papeles de Economía Española*, núm. 82, 1999, p. 59.
- CREMADES, Javier, «La liberalización de las telecomunicaciones en un mundo global», *La Ley Actualidad*, 1999.
- CRUZ FERRER, Juan de la, *La Liberalización de los servicios públicos y el sector eléctrico: modelos y análisis de la Ley 54/1995*, Madrid, Marcial Pons, 1999, 503 p.
- DÍEZ SÁNCHEZ, Juan José, «Sobre el supuesto monopolio profesional de los agentes de la propiedad industrial», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 102, 1999, p. 195.
- ESTACHE, Antonio, y CAMPOS, Javier, «Privatización y regulación de infraestructuras: los casos de la electricidad y el agua», *Revista economistas*, 1999, p. 402.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, Juan Manuel, «Conductas prohibidas autorizadas y autorizaciones singulares», *Anuario de la competencia 1998*, Fundación ICO, Madrid, Marcial Pons, 1999, p. 97.
- «Debate acerca de la organización administrativa protectora de la libre competencia. Apuntes al proyecto de ley de reforma parcial», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 204, 1999, p. 79.

- FERNÁNDEZ ORDÓÑEZ, Miguel Ángel, «Los problemas de competencia del sector eléctrico en 1998», *Anuario de la competencia 1998*, Fundación ICO, Madrid, Marcial Pons, 1999, p. 83.
- «La protección de la competencia desde los órganos sectoriales», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 204, 1999, p. 93
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., «Del servicio público a la liberalización desde 1950 hasta hoy», *Revista de Administración Pública*, núm. 150, 1999, p. 57.
- FOLGUERA CRESPO, J.; NAVARRO VARONA, E., y MUÑOZ DE JUAN, M. (Coords.), *Legislación sobre Derecho de la competencia español y comunitario*, Madrid, Civitas, 1999, 675 p.
- FONSECA FERRANDIS, Fernando E., *La liberalización del suelo en España, presupuestos y marco jurídico-constitucional*, 1999, Madrid, Marcial Pons, 270 p.
- GALLEGU ANABITARTE, A., y RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M.^a, «La nueva regulación del mercado de gas natural», *Revista de Administración Pública*, núm. 148, 1999, p. 41.
- GARAT PÉREZ, Javier, «Procedimientos de infracción: instrucción y alegaciones», *Derecho de la competencia europeo y español*, 1999, p. 115.
- GARCÍA DE COCA, José Antonio, *Liberalización de la actividad funeraria*, Derecho (Universidad de Valladolid) 37, 1998, 161 p.
- GÓMEZ-REINADO Y CARNOTA, Enrique; CHAPELA PÉREZ, María Rosa, y ABEL VILELA, Fernando Adolfo de, *Código de defensa de la competencia: normativa española y comunitaria*, Legislación, 1999, 994 p.
- GONZÁLEZ MAESTRE, Miguel, y LÓPEZ CUÑAT, Javier, *Delegación y fusiones endógenas en oligopolio*, Universidad Autónoma de Barcelona y Universidad de Alicante, 1999.
- GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago, «Jurisdicción contencioso-administrativa y Tribunal de defensa de la competencia», *Boletín económico de ICE*, 1999, p. 17.
- HOLTMANN YDOATE, Monika, «Derecho de la libre competencia en la organización mundial del comercio: los acuerdos sobre subvenciones y antidumping», *Noticias de la Unión Europea*, 1999, p. 39.
- JANSSON, Eva, *Libre competencia frente a la regulación en la distribución de medicamentos: teoría y evidencia empírica para el caso español*, Document de treball (Universitat Autònoma de Barcelona), 1999.
- LLOBREGAT HURTADO, María Luisa, *La Protección del secreto empresarial en el marco del Derecho de la competencia: una aproximación al concepto de secreto empresarial en Derecho norteamericano*, Barcelona, Cedecs Derecho privado, 1999, 277 p.
- MARÍN, Pedro L., «Liberalización y competencia en el sector eléctrico», *Revista economistas*, 1999, p. 62.
- MARTÍ, J. E., *La negación de la evidencia. Competencia desigual entre entes públicos y empresas privadas de televisión*, Barcelona, 1999, 137 p.
- MARTÍNEZ SERRANO, José Antonio, y SANCHIS, Amparo, «La introducción de competencia en los sectores de red», *Revista economistas*, 1999, p. 90.
- MYRO, Rafael, y QUIRÓS, Cipriano, «El inicio de la competencia en el mercado telefónico», *Revista economistas*, 1999, p. 72.

- ORTELLS RAMOS, Manuel, y BELLIDO PENADÉS, Rafael, *Las medidas cautelares en Derecho de la competencia: la práctica del Tribunal de Defensa de la Competencia y de los tribunales civiles*, Valencia, Tirant monografías, 1999, p. 175.
- ORTIZ BLANCO, LUIS; COHEN, Simón, y VAN MIERT, Karel, *Derecho de la competencia europeo y español: curso de iniciación*, La Unión Europea Estudios y Documentos, 3, 1999, p. 320.
- ORTUÑO BAEZA, M.^a Teresa, y DORAL ÁLVAREZ, Antonio, *Derecho de la propiedad intelectual e industrial y Derecho de la competencia: normativa interna, comunitaria e internacional*, Ciencias jurídicas, legislación, Código civil, 1999, p. 1790.
- PALAU RAMÍREZ, Felipe, *Descuentos promocionales: un análisis desde el Derecho contra la competencia desleal y la normativa de ordenación del comercio*, Idelco, 1998, p. 331.
- PEDRAZ CALVO, Mercedes, «Los colegios profesionales y la Ley de Defensa de la Competencia», *Anuario de la competencia 1998*, Fundación ICO, Madrid, Marcial Pons, 1999, p. 137.
- «La tramitación de los recursos contencioso-administrativos contra las resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia. Cuestiones planteadas en la Ley 29/1998», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 204, 1999, p. 87
- PÉREZ-BUSTAMANTE, Rogelio, «Fundamentos históricos y jurídicos del Derecho de la competencia en la Unión Europea y en Esoala: introducción general», *Derecho de la competencia europeo y español*, 1999, p. 17.
- PÉREZ-BUSTAMANTE, Köster, *Código de Derecho de la competencia*, edición concordada anotada por Rafael Allessalazar Corcho, Jaime, Legislación, p. 588.
- PETITBÓ, Amadeo, *Mercados y competencia: efectos de liberalización y desregulación sobre la eficacia económica y el bienestar*, Reial Acadèmia de Doctors, DL, 1999, p. 89.
- PETITBÓ, Amadeo, y MAUDES, Antonio, «Interconexión y competencia en las telecomunicaciones», *Revista economistas*, 1999, p. 80.
- PETITBÓ JUAN, Amadeo, y BERENGUER FUSTER, Luis, «La aplicación del Derecho de la competencia por órganos jurisdiccionales y administrativos», *Anuario de la competencia 1998*, Fundación ICO, Madrid, Marcial Pons, 1999, p. 25.
- PETITBÓ JUAN, Amadeo, y VILALTA FERRER, Maite, «Public grants for industry», *Información comercial española (revista de economía)*, 1999, p. 51.
- PORTERO SÁNCHEZ, Luis Manuel, «Reflexiones sobre cuotas de mercado, posición dominante colectiva y competencia en el Transporte Marítimo», *Revista general del Derecho*, núm. 657, 1999, p. 7087.
- REVUELTA, Javier, «Planteamientos y estrategias en el inicio de la liberalización», *Revista dirección y progreso*, 1999, p. 9.
- RIERA, Pere, «Liberalización del mercado del suelo. Rigideces y competencia en el sistema urbanístico español», *Anuario de la competencia 1998*, Fundación ICO, Madrid, Marcial Pons, 1999, p. 229.
- RIPOLL, Rafael, *Libre competencia y ayudas a las empresas públicas: normativa de la Unión Europea, guía práctica*, 1998, p. 263.

- RODRÍGUEZ MIGUEL, José Antonio, «Libre competencia en internet: un recorrido por el servidor web de la Unión Europea», *Revista galega de economía*, 1998, p. 285.
- RODRÍGUEZ TAPIA, José Miguel, «Propiedad intelectual y competencia», *Derecho de la competencia europeo y español*, 1999, p. 75.
- ROMERO Rey, Carlos, «Consideración sobre la venta a pérdida en el ordenamiento jurídico español», *Actualidad jurídica Aranzadi*, núm. 416, 1999, p. 1.
- RUIZ PERIS, Juan Ignacio, *El privilegio del grupo*, Valencia, 1999, 440 p.
- SANZ SANZ, Inmaculada, «Consideraciones acerca del eventual abuso de posición de dominio de la entidad gestora de los derechos de los productos fonográficos», *Anuario de la competencia 1998*, Fundación ICO, Madrid, Marcial Pons, 1999, p. 259.
- SCHAUB, Alexander, «Globalisation and competition policy», *Información comercial española. Revista de economía*, 1999, p. 19.
- SORIANO GARCÍA, José Eugenio; ÁLVAREZ-PALACIOS ARRIGHI, Gabriela Isabel, y SÁNCHEZ GUTIÉRREZ, María Matilde, *El Tribunal de Defensa de la Competencia ante los tribunales de justicia*, Pamplona, 1999, 594 p.
- SOUVIRÓN MORENILLA, José María, *El Proceso de liberalización y la nueva regulación de las telecomunicaciones*, Biblioteca Comares de ciencia jurídica, 1999, p. 286.
- TEIJELO CASANOVA, Cristina, «Comercio y competencia: ¿hasta dónde puede llegar la OMC?», *Información comercial española. Revista de economía*, 1998, p. 39.
- TRIGO PORTELA, Joaquín, «Alianzas estratégicas: su efecto en la competencia y la organización industrial», *Anuario de la competencia 1998*, Fundación ICO, Madrid, Marcial Pons, 1999, p. 191.
- URÍA FERNÁNDEZ, FRANCISCO, «Aspectos jurídicos más revelantes de la reforma de la legislación de competencia», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 204, 1999, p. 67.
- VANO VANO, María José, «La liberalización del sistema eléctrico español. Desregulación y neoregulación», *Revista de Derecho mercantil*, 1999, p. 219.
- VIVES, Xavier, «La defensa de la competencia en el sector bancario», *Anuario de la competencia 1998*, Fundación ICO, Madrid, Marcial Pons, 1999, p. 71.

II. UNIÓN EUROPEA

1. POLÍTICA DE LA COMPETENCIA. ORIENTACIONES GENERALES

- ALESSI, Riccardo; CANNIZZARO, ENZO, y PIAZZA, LORENZO, *Codice della concorrenza: norme italiane e comunitarie per la tutela della concorrenza del mercato*, Torino, 718 p.
- ARHEL, Pierre, «Droit international de la concurrence: s'orienté-t-on vers des négociations?», *Revue du marché commun et de l'Union européenne*, núm. 4225, p. 84.
- ARMANI, Enrico Maria, «One step beyond in the application of the essential facility theory», *Competition policy newsletter*, núm. 3, 1999, p. 15.

- ATTEW, Mark, «The soft harmonisation of Irish law : applying European principles in an Irish context», *Irish journal of European law*, núm. 1-2, 1999, p. 3.
- BARRANTES GAMBOA, J. E., y RIVERO SÁNCHEZ, J. M., *Derecho y jurisprudencia en materia de competencia y defensa efectiva del consumidor*, San José, Costa Rica, 1999, 444 p.
- BASTIAN, Eva-Marina, «Sanktionensysteme im Recht des unlauteren Wettbewerbs», *Neuordnung des Wettbewerbs*, 1999, p. 199.
- BASTIANON, Stefano, «A proposito della dottrina delle essential facilities: tutela della concorrenza o tutela dell'iniziativa economica?», *Mercato concorrenza regole*, núm. 1, 1999, p. 149
- «L'arbitrabilità delle controversie antitrust tra diritto nazionale e diritto comunitario», *Il foro italiano*, núm. 11, 1999, pt. IV, col. 471.
- BAUR, Jürgen F., «Kartellrecht und Politik», *Festschrift für Bernhard Großfeld*, zum. 65. Geburtstag, 1999, p. 73.
- BESER, Simone, «Weißbuch der kommission zur Modernisierung der Wettbewerbsregeln: der große Wurf?», *European law reporter*, núm. 6, 1999, p. 240.
- BELLAMY, Christopher, «The europeanisation of United Kingdom competition law», *The europeanisation of United Kingdom competition law*, 1999, p. 1.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Alberto, «La protección de la libre competencia y la propiedad intelectual», *Derecho de la competencia europeo y español*, 1999, p. 49.
- BERGÉ, Jean Sylvestre, «Paradoxes et droit communautaire: observations sur l'interaction des catégories juridiques à partir de données récentes tirées des droits intellectuels et du droit de la concurrence», *Journal du droit international*, núm. 1, 1999, p. 85.
- BISHOP, Simon, y WALKER, Mike, *Economics of EC competition Law: concepts, application and measurement*, London, 1999, 356 p.
- BOULTER, Louise, y BENDELL, Tony, «Competition risks in benchmarking», *European competition law review*, núm. 8, 1999, p. 434.
- BUENDÍA SIERRA, José Luis, «Las empresas públicas ante el Derecho de la competencia: el artículo 90 del Tratado CE», *Derecho de la competencia europeo y español*, 1999, p. 215.
- BULLARD, Alfredo, «Las normas de protección de la libre competencia en el Perú», *Anuario de la competencia 1998*, Fundación ICO, Madrid, Marcial Pons, 1999.
- CALLIESS, Christian, «Subsidiaritäts - und Solidaritätsprinzip in der Europäischen Union: Vorgaben für die Anwendung von Art. 5 (ex Art, 3b) EGV nach den Vertrag von Amsterdam 2, aktualisierte un überarbeitete Aufi», *Shriften des Europa-Instituts der Universität des Saarlandes. Rechtswissenschaft*; Bd. 10, 1999, p. 406.
- CANDELA SORIANO, María Mercedes, «Derecho comunitario y fijación del precio de los libros en las zonas lingüísticas comunes», *Revista de Derecho comunitario europeo*, núm. 5, 1999, p. 167.
- CASES PALLARES, Lluís (dir.), *Anuario de la competencia 1998*, Fundación ICO, Madrid, Marcial Pons, 1999, 654 p.

- CASTELOS, Maria, «Ancillary restraints in joint ventures: a comparative US/EC anti-trust analysis of ancillary restraints», *Direito e justiça*, tomo 2, 1999, p. 193 y tomo 3, 1999, p. 123.
- CLARKE, Philip, y CORONES, S. G., *Competition law and policy. Cases and materials*, Oxford, 1999, 736 p.
- COLEMAN, M., y GRENFELL, M., *The Competition Act 1998. Law and Practice*, Oxford, 1999, 692 p.
- COMISIÓN EUROPEA, *XXVIII Informe sobre la política de competencia 1998 (Publicado en relación con el Informe General sobre la actividad de la Unión Europea 1998)*, Bruselas, OPOCE, 1999, 441 p.
- DARMON, Marco, y NICOLELLA, Mario, «A propos du Livre blanc de la Commission sur la modernisation des règles d'application des articles 85 et 86 du traité CE», *Gazette du Palais*, núm. 192, 1999, p. 25.
- DE VITA, Manfredi, «Modelli comunitari e disciplina nazionale della concorrenza», *Il diritto dell'Unione europea*, núm. 4, 1998, p. 821.
- DESAI, Kiran S., «EC Competition Law and Trade Union», *European competition law review*, núm. 3, 1999, p. 175.
- DOHERTY, Barry, «EC competition law before the Irish courts: the first 25 years», *European competition law review*, núm. 2, 1999, p. 78.
- DREHER, Meinrad, «Bestehender Wettbewerb und Auftraggeberbegriff des Kartellvergaberechts», *Wirtschaft und Wettbewerb*, núm. 3, 1999, p. 244.
- DUCREY, Patrik, «Der Einfluss des EU Wettbewerbsrechts auf die Liberalisierung der schweizerischen Infrastrukturmärkte», *Der Einfluss des europäischen Rechts auf die Schweiz: Festschrift für Professor Roger Zäch*, zum 60. Geburtstag, 1999, p. 281.
- DUFOUR, Olivia, «Assurance et OMC: les engagements de la Communauté européenne», *Les petites affiches*, núm. 83, 1999, p. 12.
- EMMERICH, Volker, *Kartellrecht*, Muenchen, 1999, 514 p.
- FAULL, J., y NIKPAY, A., *The EC Law of Competition*, Oxford, 1999, 962 p.
- FAURE, Michael G., «Community environmental law and the harmonisation of conditions of competition: an economic perspective», *Revue des affaires européennes = Law & European affairs*, núm. 3-4, 1999, p. 327.
- FELS, Allan, «The Australian Competition policy reforms», *Anuario de la competencia 1998*, Fundación ICO, Madrid, Marcial Pons, 1999.
- FIW, Seminar, «Schwerpunkte des Kartellrechts 1998: Referate des XXVI. FIW-Seminars mit zusätzlichen Beiträgen», *FIW - Schriftenreihe Heft 178*, 1999, p. 119.
- FLEISCHER, Holger, y WEYER, Hartmut, «Neues zur «essential facilities» - Doktrin im europäischen Wettbewerbsrecht», *Wirtschaft und Wettbewerb*, núm. 4, 1999, p. 350.
- FURSE, Mark, «The role of EC law in UK reform proposals», *European competition law review*, núm. 2, 1999, p. 134.
- GARCÍA LÓPEZ, Ricardo, *La liberalización del comercio de servicios en la OMC: una perspectiva europea*, Biblioteca jurídica Cuatrecasas, 1999, 294 p.

- GINER PARREÑO, César A., «Algunas claves de las actividades del grupo de trabajo de la OMC sobre la interacción entre el comercio y la política de la competencia», *Anuario de la competencia 1998*, Fundación ICO, Madrid, Marcial Pons, 1999, p. 241.
- GREEN, Nicholas, y ROBERTSON, Aidan, *The europeanisation of United Kingdom competition law*, Oxford, 1999, 107 p.
- GRISAY, Dominique, «Droit de la concurrence international: de l'extra-territorialité à la multilatéralité?: réflexion basée à partir du Droit européen de la concurrence», *L'observateur de Bruxelles*, núm. 34, 1999, p. 51 y núm. 35, 1999, p. 51.
- HAY, Donald A., «Is more like Europe better?: an economic evaluation of recent changes in UK competition policy», *The europeanisation of United Kingdom competition law*, 1999, p. 35.
- HAYTON, David J., *Modern international developments in trust law*, The Hague, 1999, 346 p.
- HEERMANN, Peter W., «Das deutsche Wettbewerbsrecht und die "Keck" - Rechtsprechung des EuGH: Mißverständnisse und Argumentationsdefizite rund um den Begriff der "Verkaufsmodalitäten"», *Wettbewerb in Rech und Praxis*, núm. 4, 1999, p. 381.
- HUBER, Andrea, y MAYERHOFEN, Martina VON, «Review 1999 der EU - Beibehaltung des status quo oder echte Reform des europäischen Regelwerks für den TK - Sektor?», *Multimedia und Recht*, núm. 10, 1999, p. 593.
- IDOT, Laurence, «A propos des engagements en droit de la concurrence: quelques réflexions sur la pratique communautaire et française», *Cahiers de Droit Européen*, vol. 35, núm. 5-6, 1999, p. 569.
- JALABERT, Nathalie, «Livre blanc sur la modernisation de l'application des articles 81 & 82: quel avenir pour le droit de la concurrence communautaire? = The White Paper on modernization of the rules implementing articles 81 & 82: wich future for EC competition law», *Revue de droit des affaires internationales = International business law journal*, núm. 5, 1999, p. 497.
- JONES, C. A., *Private Enforcement of Antitrust Law in the EU, UK and USA*, Oxford, 1999, 264 p.
- KATZENBERGER, Paul, «Kollisionsrecht des unlauteren Wettbewerbs», *Neuordnung des Wettbewerbs*, 1999, p. 218.
- KLOTZ, Robert, y ZURKINDEN, Philipp, «Die Anwendung des Kartellrechts auf kleine und mittlere Unternehmen: ein Vergleich zwischen der EU und der Schweiz», *Wirtschaft und Wettbewerb*, núm. 2, 1999, p. 120.
- KORAH, Valentine, *An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice*, reimpresión sexta ed., 1997, Oxford, 1999, 368 p.
- LYONS, Timothy, «Tax competition: a national debate», *The EC tax journal*, 1999, p. 183.
- MAHER, Imelda, *Competition law: alignment and reform*, Dublin, 1999, 514 p.
- MAILLO GONZÁLEZ-ORÚS, Jerónimo, «Beyond the scope of Article 90 of the EC Treaty: activities excluded from the EC competition rules», *European public law*, núm. 3, 1999, p. 387.

- MARINI, Luca, «Privatizzazioni e liberalizzazione delle condizioni concorrenziali nella Comunità europea», *Diritto del commercio internazionale*, núm. 1, 1999, p. 167.
- MERCIER, Pierre, «Grands principes du droit de la concurrence: droit communautaire, droit suisse», *Dossier de droit européen*, núm. 7, 1999, p. 846
- MIDDLETON, Kirsty G., «Competition reform in the UK: harmonisation with the Community model», *The juridical review*, núm. 4, 1999, p. 225.
- MOIR, Gordon, «The new competition regime in the UK: EU law for all?», *European current law*, núm. 4, 1999, p. XI.
- MÖSCHEL, Wernhard, «Europäisches Kartellrecht in liberalisierten Wirtschaftssektoren», *Wirtschaft und Wettbewerb*, núm. 9, p. 832.
- NAVARRO VARONA, Eburne, «Comunicaciones recientes de la comisión europea en materia de competencia», *Revista general del Derecho*, núm. 654, 1999, p. 2351.
- NAZERALI, Julie, y COWAN, David, «Importing the EU Model into UK competition law: a blueprint for reform or a step into "Euroblivion"?», *European competition law review*, núm. 2, 1999, p. 55.
- ORTIZ BLANCO, Luis, y COHEN, Simón, «Derecho de la competencia europeo y español: curso de iniciación», *La Unión Europea. Estudios y documentos*, 3, 1999, p. 320.
- PERA, Alberto, y CASSINIS, Paolo, «Evoluzione della politica della concorrenza in Italia nel 1998 e nei primi mesi del 1999: gli aspetti maggiormente innovativi», *Anuario de la competencia 1998*, Fundación ICO, Madrid, Marcial Pons, 1999,
- PÉREZ-BUSTAMANTE, Rogelio, «Fundamentos históricos y jurídicos del Derecho de la competencia en la Unión Europea y en España: introducción general», *Derecho de la competencia europeo y español*, 1999, p. 17.
- PLAIDY, Cécile, «L'accord entre les communautés européennes et les Etats-Unis concernant la mise en oeuvre du principe de courtoisie active: une étape vers l'internationalisation du droit de la concurrence», *Contrats, concurrence, consommation*, núm. 11, 1999, p. 4.
- PRETO, Antonio, «Le libere professioni italiane nella Comunità europea tra mercato interno e diritto della concorrenza», *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, núm. 5, 1999, p. 1031.
- RILEY, Alan J., «A second competition revolution?», *European current law*, núm. 7, 1999, p. 11.
- ROBERTSON, Aidan, «UK and EC competition laws: will they operate in complete harmony?», *The europeanisation of United Kingdom competition law*, 1999, p. 89.
- RODGER, Barry J., «The Commission White Paper on modernisation of the rules implementing Articles 81 and 82 of the EC Treaty», *European law review*, núm. 6, 1999, p. 653.
- RODRÍGUEZ MIGUEL, José Antonio, «Libre competencia en internet: un recorrido por el servidor web de la Unión Europea», *Revista galega de economía*, 1998, p. 285.

- SCHAUB, Alexander, «EC competition system: proposals for reform», *Fordham international law journal*, vol. 22, núm. 3, 1999, p. 853.
- SCHMIDT, André, «Die europäische Wettbewerbspolitik nach dem Vertrag von Amsterdam», *Wirtschaft und Wettbewerb*, núm. 2, 1999, p. 133.
- SCHMIDT, Wulff-Axel, «Art. 30 EG - Vertrag als Grenze der Anwendbarkeit des nationalen Wettbewerbsrechts: eine Untersuchung unter Berücksichtigung der neueren Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs», *Europäische Hochschulschriften Reihe 2, Rechtswissenschaft = European University studies Series 2, Law = Publications universitaires européennes. Serie 2*, 1999, p. 241.
- SEBASTIO, Francesca, «La libertà di concorrenza secondo la disciplina civilistica e la normativa pubblicistica a tutela della concorrenza e del mercato», *Giustizia civile*, núm. 6, 1999, p. 1654.
- «Libera concorrenza, pubblicità e concorrenza sleale, decettività del marchio», *Giustizia civile*, núm. 3, 1999, p. 706.
- SOUTY, François, *Le droit de la concurrence de l'Union Européenne*, 2e ed., Paris, Clefs Politique, 1999, p. 160.
- STOCKENHUBER, Peter, *Europäisches Kartellrecht*, Manz Kurz gefaßt, 1999, 201 p.
- TEJEIDO CASANOVA, Cristina, «Comercio y competencia: ¿hasta dónde puede llegar la OMC?», *Información comercial española, Revista de economía*, 1999, p. 39.
- TREMML, Bernd, y MEISTERERNST, Andreas, «Antitrust law in the European Community», *Key aspects of German business law*, 1999, p. 171.
- VAGUE, Max, «De l'évaluation juridique préventive des stratégies d'entreprises au regard du droit communautaire de la concurrence», *Les petites affiches*, núm. 19, 1999, p. 7.
- VEGIS, Emmanuelle, «La théorie des "essential facilities": genèse d'un fondement autonome visant des interdictions d'atteinte à la concurrence?», *Revue de droit commercial belge - Tijdschrift voor Belgisch Handelsrecht*, núm. 1, 1999, p. 4.
- WESSELING, Rein, «The Commission White Paper on modernisation of EC anti-trust law: unspoken consequences and incomplete treatment of alternative options», *European competition law review*, núm. 8, 1999, p. 420.
- WILS, Wouter P. J., «Notification, clearance and exemption in EC competition law: an economic analysis», *European law review*, núm. 2, 1999, p. 139.
- WOLF, Dieter, «Aktuelle Entwicklungen der Wettbewerbspolitik 1998», *Anuario de la competencia 1998*, Fundación ICO, Madrid, Marcial Pons, 1999,

2. ARTÍCULOS 81 Y 82 TCE

- ALBER, Siegbert, «Neuere Entwicklungen der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes Recht, politik und Wirtschafts - und Wettbewerbsrechts», *Schriftenreihe Europäisches Recht, Politik und Wirtschaft Bd. 218 Neuere Entwicklungen auf dem Gebiet des europäischen Wettbewerbsrechts*, 1999, p. 23.
- «Neuere Entwicklungen der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes auf dem Gebiet des europäischen Wirtschafts - und Wettbewerbsrechts»,

- Schriftenreihe Europäisches Recht*, Politik und Wirtschaft Bd. 218 neuere Entwicklungen auf dem Gebiet des europäischen Wettbewerbsrechts, 1999, p. 23
- ALESE, Femi, «The economic theory of non - collusive oligopoly and the concept of concerted practice under article 81», *European competition law review*, núm. 7, 1999, p. 379.
- ARHEL, Pierre, «Lutte contre les discriminations abusives en Europe», *Revue du marché commun et de l'Union européenne*, núm. 431, 1999, p. 530.
- ARRANZ LESMES, Eva, y ORTEGA NÚÑEZ, María Isabel, «Los procedimientos especiales», *Derecho de la competencia europeo y español*, 1999, p. 125.
- ART, Jean-Yves, «Developments in EC competition law in 1998: an overview», *Common market law review*, núm. 5, 1999, p. 971.
- BAKER, Simon, y COSCELLI, Andrea, «The role of market shares in differentiated product markets», *European competition law review*, núm. 8, 1999, p. 412.
- BELLO MARTÍN-CRESPO, María Pilar, «Los acuerdos de menor importancia en la nueva comunicación de la Comisión», *Noticias de la Unión Europea*, núm. 169, 1999, p. 43.
- BELOFF, Michael J., «The sporting exception in EC competition law», *European current law*, núm. 10, 1999, p. 11.
- BISACRE, Josephine, «A European perspective on small business and the law», *European business law review*, núm. 7-8, 1999, p. 340.
- BREIT, Ingrid, y RUNGG, Ivo, «Der einstweilige Rechtsschutz in Wettbewerbs-sachen in der Rechtsprechungspraxis des EuG», *Wirtschaftsrechtliche Blätter*, núm. 4, 1999, p. 137.
- BRODEY, Martin, y PÖLSTER, Stephan, «Interconnection and competition», *Vers un cadre commun = Towards a common framework*, 1999, p. 29.
- BURCHARD, Friedrich von, «Netzzugang im Bereich der Gasversorgung», *Schriftenreihe Europäisches Recht*, Politik und Wirtschaft Bd. 227 Der Netzzugang für Dritte im Wirtschaftsrecht, 1999, 191 p.
- CASTILLA FERNÁNDEZ-FÁBREGAS, Ramón, «Los procedimientos administrativos de autorización de actividades en virtud de los artículos 85 y 86 del Tratado CE», *Derecho de la competencia europeo y español*, 1999, p. 115.
- CHAMORRO GONZÁLEZ, Irene, «La noción de posición de dominio y su determinación», *Derecho de la competencia europeo y español*, 1999, p. 91.
- COURIVAUD, Henri, «Le droit de la concurrence face à la première mise en marche et à la commercialisation des produits agricoles», *Revue de droit rural*, núm. 270, 1999, p. 83.
- COYET, Johan, «Kommissionens vitbok om modernisering av reglerna om tillämpning av artiklarna 81 och 82 i EG-fördraget: eller är det dags för EGS konkurrensrätt att kasta av sig livstyccket?», *Europarättslig tidskrift*, núm. 4, 1999, p. 593.
- CHIEFFI, Ilaria, «La posizione dominante», *Concorrenza e mercato*, núm. 7, 1999, p. 98.
- DANNECKER, Gerhard, «Leitlinien der Europäischen Kommission zur Bussgeldbemessung in Kartellverfahren», *Der Einfluss des europäischen Rechts auf die Schweiz: Festschrift für Professor Roger Zäch*, zum 60. Geburtstag, 1999, p. 661.

- DE FALCO, Vincenzo, «La legislazione in materia di concorrenza in Belgio: profili pubblicistici», *La concorrenza in Europa*, 1998, p. 243.
- «L'evoluzione del sistema di tutela della concorrenza in Olanda: un difficile approccio alla normativa comunitaria», *La concorrenza in Europa*, 1998, p. 283.
- DECOCO, André, «De l'application de la Convention européenne aux procédures communautaires de concurrence pouvant aboutir à des amendes ou à des astreintes», *Mélanges en hommage à Louis Edmond Pettiti*, 1998, p. 289.
- DONNER, Andreas, «Die Entwicklung des Wettbewerbsrechts in den Europäischen Gemeinschaften: vom "Ulmer - Gutachten" zum Grünbuch "Kommerzielle Kommunikationen"», *Festschrift für Wilhelm Nordemann*, 1999, p. 25.
- ERHART, Michael, «EG - Kartellrecht: die große Vertriebsbindungsreform Kommt», *Ecolex*, núm. 1, 1999, p. 69.
- ERNST, Ulrich, «Lobbying and competition law», *European journal of law reform*, núm. 1, 2000, p. 27.
- D'ERRICO, Natalia, «I più recenti sviluppi della politica della concorrenza della Commissione europea in materia di intese e pratiche concordate», *Concorrenza e mercato*, núm. 7, 1999, p. 3.
- DEUTSCHLAND MONOPOLKOMMISSION, *Kartellpolitische Wende in der Europäischen Union?: zum Weißbuch der Kommission vom 28. April 1999: Sondergutachten der Monopolkommission gemäß Paragr. 44 Abs. 1 Satz 4 GWB*, Baden-Baden, Nomos, 1999, 55 p.
- FALCE, Valeria, «Abusi di posizione dominante», *Concorrenza e mercato*, núm. 7, 1999, p. 53.
- GARCÍA CANO, Sandra, «La aplicación extraterritorial del Derecho de la competencia en los Estados Unidos y en la Comunidad Europea: trayectoria jurisprudencial», *Noticias de la Unión Europea*, núm. 169, 1999, p. 55.
- GIARDINA, Andrea, «Rispetto del diritto comunitario della concorrenza e regole nazionali concernenti il principio dispositivo e l'effetto di cosa giudicata del lodi parziali non impugnati», *Rivista dell'arbitrato*, núm. 2, 1999, p. 307.
- GRAYSTON, John (ed.), *European economics & law: competition, single market, trade*, London, Palladian, 1999, 153 p.
- GRIFFIN, Joseph P., «Extraterritoriality in US and EU antitrust enforcement», *Anti-trust law journal*, núm. 2, 1999, p. 159.
- GRISAY, Dominique, «Droit de la concurrence international de l'extra - territorialité à la multilatéralité?: réflexion basée sur le droit européen de la concurrence», *L'observateur de Bruxelles*, núm. 34, 1999, p. 55.
- HELLMANN, Hans-Joachim, «Die neue Bußgeldpraxis der Kommission», *Wirtschaft und Wettbewerb*, núm. 3, 1999, p. 333.
- HOEREN, Thomas, «Europäisches Kartellrecht zwischen Verbots und Mißbrauchsprinzip: Überlegungen zur Entstehungsgeschichte des Art. 85 EGV», *Festschrift für Bernhard Großfeld*, zum 65. Geburtstag, 1999, p. 405.
- HUGHES, Mark, «Articles 86 of the EC Treaty: state monopolies and competition», *Irish journal of European law*, núm. 1-2, 1999, p. 18.

- IDOT, Laurence, «À propos des engagements en droit de la concurrence: quelques réflexions sur la pratique communautaire et française», *Cahiers de droit européen*, núm. 5-6, 1999, p. 569.
- «La transparence dans les procédures administratives: l'exemple du droit de la concurrence», *La transparence dans l'Union européenne*, 1999, p. 121.
- JONES, Clifford, *Private enforcement of antitrust law in the EU, UK and USA*, Oxford, Oxford University Press, 1999, 263 p.
- KELLER, Jan, «Service public und Art. 86 Abs. 2 EGV», *Europäische Hochschulschriften*. Reihe 2 Rechtswissenschaft = *European University studies. Series 2, law* = *Publications universitaires européennes. Série 2, Droit* Bd. 2751, 1999, p.235.
- LAFUENTE SÁNCHEZ, Raúl, «La aplicación de las normas comunitarias de la competencia a los sistemas de pagos transfronterizos», *Noticias de la Unión Europea*, núm. 169, 1999, p. 71.
- LLOBREGAT HURTADO, María Luisa, *La Protección del secreto empresarial en el marco del Derecho de la competencia: una aproximación al concepto de secreto empresarial en Derecho norteamericano*, Barcelona, Cedecs Derecho privado, 1999, p. 277.
- MECHELLI, Stefano, «Il mercato rilevante», *Concorrenza e mercato*, núm. 7, 1999, p. 90.
- MERCIER, Pierre, *Grands principes du droit de la concurrence: droit communautaire, droit suisse*, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, Bruxelles, Bruylant, 1999, 846 p.
- MONTAG, Frank, «The case for a reform of Regulation 17/62: problems and possible solutions from a practitioner's point of view», *Fordham international law journal*, vol. 22, núm. 3, 1999, p. 819.
- MONTAG, Frank, y LEIBENATH, Christoph, «Aktuelle Entwicklungen im Bereich des Art. 82 EG», *Europäisches Wirtschafts & Steuerrecht*, núm. 8, 1999, p. 281.
- MÖSCHEL, Wernhard, «Strompreis und kartellrechtliche Kontrolle», *Wirtschaft und Wettbewerb*, núm. 1, 1999, p. 5.
- NAVARRO VARONA, Edurne, «Novedades en la aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado de Roma en el ámbito de los derechos de propiedad industrial e intelectual», *Derecho de la competencia europeo y español*, 1999, p. 67.
- «Los sectores especiales en el Derecho comunitario de la competencia: telecomunicaciones, transporte, agricultura, carbón y acero, banca, seguros y energía», *Derecho de la competencia europeo y español*, 1999, p. 197.
- NICOLAIDES, Phedon, «The role of the State in the single European market: how to reconcile social responsibility with competition?», *Services of general interest in the EU*, 1999, p. 19.
- NORDBERG, Christian, «Geldbußen im EG - Kartellverfahren», *Wirtschaftsrechtliche Blätter*, núm. 10, p. 433.
- ORGANNI, EROS, «La disciplina della concorrenza in Irlanda: tutela della concorrenza o difesa dei concorrenti?», *La concorrenza in Europa*, 1998, p. 189.
- PADROS REIG, Carles, «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)», *Anuario de la competencia 1998*, Fundación ICO, Madrid, Marcial Pons, 1999, p. 303.

- PANTZ, Dominique, «Les politiques communautaires d'ajustement structurel des marchés: concurrence, compétitivité et contestabilité», *Revue du marché unique européen*, núm. 4, 1999, p. 103.
- PARREÑO CASTRO, Rebeca, «El marco de la libre competencia: exenciones por categorías de los acuerdos de franquicia», *Noticias de la Unión Europea*, núm. 169, 1999, p. 79.
- PARSCHALK, Martin, y ZUSER, Alexander, «European and Austrian regulation of network access and interconnection», *Computer and telecommunications law review*, núm. 4, 1999, p. 98.
- PEÑA CALTELLOT, Miguel Ángel, «Un ejemplo reciente de la aplicación del artículo 85 del Tratado de la Comunidad Europea: las "alianzas estratégicas" en el sector de las telecomunicaciones», *Derecho de la competencia europeo y español*, 1999, p. 37.
- PERASSI, Marino, «Norme bancarie uniformi e scelte comparative della clientela: primi orientamenti della Corte di giustizia», *Rivista delle società*, núm. 5, 1999, pt. II, p. 483.
- PILLITTERI, Roberto, «La Corte di giustizia circoscrive rigorosamente i confini di applicazione della c. d. "essential facilities doctrine" nella repressione dell'abuso di posizione dominante», *Diritto del commercio internazionale*, núm. 4, 1999, p. 1024.
- RICHARDSON, Russell, «Guidance without guidance: a European revolution in fining policy?: the Commission's new guidelines on fines», *European competition law review*, núm. 7, 1999, p. 360.
- RITTNER, Fritz, «Zurück zum Mißbrauchsprinzip im EG - Kartellrecht?: zum Weißbuch der EG - Kommission», *Der Betrieb*, núm. 29, 1999, p. 1485.
- RODRÍGUEZ TAPIA, José Miguel, «Propiedad intelectual y competencia», *Derecho de la competencia europeo y español*, 1999, p. 75.
- RUIZ CALZADO, Xavier, «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)», *Anuario de la competencia 1998*, Fundación ICO, Madrid, Marcial Pons, 1999, p. 335.
- RUIZ, Nuno de Azevedo Mimoso, «A aplicação do direito comunitário da concorrência em Portugal», *Documentação e direito comparado*, núm. 77/78, 1999, p. 7.
- SAGGIO, Antonio, y IANNONE, Celestina, «Le informazioni riservate e i segreti commerciali nel diritto comunitario della concorrenza», *Divenire sociale e adeguamento del diritto: studi in onore di Francesco Capotorti*, vol. II, 1999, p. 395.
- SAUTER, Herbert, «EG - Kartellrecht: Recht der Bundesrepublik Deutschland und der Europäischen Gemeinschaften: Textausgabe 3. Aufl.», *Beck = sche Textausgaben*, 1999, p. 900.
- SCHWARZE, Jürgen, «Neuere Entwicklungen auf dem Gebiet des europäischen Wettbewerbsrechts», *Schriftenreihe Europäisches Recht*, Politik und Wirtschaft Bd. 218, 1999, p. 134.

- «Neuere Entwicklungen im europäischen Wettbewerbsrecht», *Schriftenreihe Europäisches Recht, Politik und Wirtschaft* Bd. 218 Neuere Entwicklungen auf dem Gebiet des europäischen Wettbewerbsrechts, 1999, p. 11.
- SEBASTIANI, Camilla, «Posizione dominante e competenze antitrust nel settore delle comunicazioni», *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, núm. 3, 1999, p. 653.
- SIRAGUSA, Mario, *Regole giuridiche ed evoluzione tecnologica*, 1999.
- SPINK, Paul M., «Enforcing EC competition law: fixing the quantum of fines», *The journal of business law*, núm. 3, 1999, p. 219.
- SHEEHAN, Eileen, «Unilateral refusals to deal and the role of the essential facility doctrine: a US/EC comparative analysis», *World competition*, vol. 22, núm. 4, 1999, p. 67.
- SPINK, Paul M., «Recent guidance on fining policy», *European competition law review*, núm. 2, 1999, p. 101.
- TAIILI, Virpi Eija, y VANHAMME, Jan, «The «power of appraisal» (pouvoir d'appréciation) of the Commission of the European Communities vis-à-vis the powers of judicial review of the Communities' Court of Justice and Court of First Instance», *Fordham international law journal*, vol. 22, núm. 3, 1999, p. 885.
- TAYLOR, Paul M., *EC and UK competition law and compliance: a practical guide*, London, 1999, p. 602.
- TOWNSEND, John M., «The case for site licences», *European competition law review*, núm. 3, 1999, p. 169.
- VEGA-PENICHER LÓPEZ, Luis, «Ejercicio abusivo de acciones judiciales: un posible abuso de posición dominante», *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, núm. 202, 1999, p. 20.
- VOGT, Stefan, «Die Entwicklung des Wettbewerbsrechts in den Jahren 1997 bis 1999», *Neue juristische Wochenschrift*, núm. 49, 1999, p. 3601.
- WÆLBROECK, Michael, «Meeting competition: is this a valid defence for a firm in a dominant position?», *Divenire sociale e adeguamento del diritto: studi in onore di Francesco Capotorti*, vol. II, 1999, p. 481.
- WIEDEMANN, Gerhard, y BUMILLER, Ursula, *Handbuch des Kartellrechts*, 1999, 1836 p.
- WOUDE, Marc H. van der.; JONES, Christopher, y SOLIS, Elena, *EC competition law handbook 1999-2000*, London, Sweet & Maxwell, 1999, 956 p.
- ZAMPINI, Florence, «Convention européenne des droits de l'home et droit communautaire de la concurrence», *Revue du marché commun et de l'Union européenne*, núm. 432, 1999, p. 628.
- ZAMBRANO, Claudio, «Principi ed orientamenti dell'Autorità garante in materia di intese nel corso del 1998», *Concorrenza e mercato*, núm. 7, 1999, p. 35.
- ZIMMER, Daniel, y RUDO, Joachim, «Anforderungen an die Inlandsauswirkung bei Anwendung des Art. 85 EGV durch nationale Wettbewerbsbehörden», *Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts (IPRAX)*, núm. 2, 1999, p. 89.

3. RESTRICCIONES VERTICALES DE LA COMPETENCIA

- ACKERMANN, Thomas, «Die neuen EG - Wettbewerbsregeln für vertikale Beschränkungen», *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, núm. 24, 1999, p. 741.
- BLAUROCK, Uwe, «Vertikale Wettbewerbsbeschränkungen», *Schriftenreihe Europäisches Recht, Politik und Wirtschaft* Bd. 218 Neuere Entwicklungen auf dem Gebiet des europäischen Wettbewerbsrechts, 1999, p. 71.
- BORTOLOTTI, Fabio, «The revision of the block exemptions on vertical restraints: a critique to the Commission's market share approach = La révision des règlements d'exemption sur les ententes verticales: une critique à l'approche de la Commission basée sur les parts de marché», *Revue de droit des affaires internationales = International business law journal*, núm. 2, 1999, p. 207.
- BRICKLEY, James, «A incentive conflicts and contractual restraints: evidence from franchising», *Journal of Law and Economics*, vol. 42, núm. 2, 1999, p. 745.
- BRINKER, Ingo, «Vertikale Wettbewerbsbeschränkungen: Anmerkungen zum neuen Regelungsausatz der Kommission», *Schriftenreihe Europäisches Recht, Politik und Wirtschaft* Bd. 218 Neuere Entwicklungen auf dem Gebiet des europäischen Wettbewerbsrechts, 1999, p. 59.
- CALVIÑO SANTAMARÍA, Nadia, «Acuerdos y prácticas restrictivas en el Derecho comunitario y español de la competencia: acuerdos verticales», *Derecho de la competencia europeo y español*, 1999, p. 55.
- FRIGNANI, Aldo, *Il contratto di franchising*, Milano, Giuffrè, 1999, 356 p.
- GLOOR, Peter, y STAEHELIN, Matthias, «Vertikale Vereinbarungen im schweizerischen Kartellrecht und die "rule of reason"», *Der Einfluss des europäischen Rechts auf die Schweiz: Festschrift für Professor Roger Zäch*, zum. 60. Geburtstag, 1999, p. 2999.
- GRISAY, Dominique, «Droit européen de la distribution sélective: vers une révolution copernicienne?: rôle de l'avocat conseil», *L'observateur de Bruxelles*, 1999, p. 22.
- HIRSBRUNNER, Simon, «Neue Regeln über vertikale Wettbewerbsbeschränkungen in der Europäischen Gemeinschaft», *Aktuelle juristische Praxis*, núm. 10, 1999, p. 1288.
- KALLFASS, Herman H., «Vertikale Verträge in der Wettbewerbspolitik der EU», *Wirtschaft und Wettbewerb*, núm. 3, 1999, p. 20.
- KLADOS, Charalabos, «Wettbewerbsrechtlicher Schutz selektiver Vertriebssysteme», *Wettbewerb in Recht und Praxis*, núm. 6, 1999, p. 586.
- LEQUILLER, Pierre (France-Assemblée nationale. Délégation pour l'Union européenne), «Un cadre communautaire pour les «accords verticaux», *Documents d'information de l'Assemblée nationale. Onzième législature*, núm. 1539, 1999, p. 41.
- LESGUILLONS, Henry M., «Retrait du bénéfice de l'application du règlement d'exemption restrictions verticales par les autorités compétentes des Etats membres = Withdrawal of the benefit of the block exemption regulation on vertical restraints by member states' competent authorities», *Revue de droit des affaires internationales = International business law journal*, núm. 5, 1999, p. 509.

- LIESEGANG, Helmuth, «Die konkurrenzschutzpflicht des Franchisegebers», *Betriebs - Berater*, núm. 17, 1999, p. 857.
- NAZERALI, Julie, y COWAN, David, «Reforming EU distribution rules: has the Commission found vertical reality?», *European competition law review*, núm. 3, 1999, p. 159.
- O'TOOLE, Francis, «The EC Green Paper on vertical restraints: option IV defended», *European competition law review*, núm. 1, 1999, p. 225.
- RINALDI, Raimondo, «Brevi note sulla nuova proposta di regolamento della Commissione CE in tema di accordi verticali», *Diritto del commercio internazionale*, núm. 3, 1999, p. 781.
- RINALDI, Raimondo, y RAPUANO, Rita, «La politica comunitaria della concorrenza e le intese verticali: un nuovo approccio», *Diritto del commercio internazionale*, núm. 2, 1999, p. 423.
- SOLER MASOTA, Paz, «Libro verde sobre las restricciones verticales en política de competencia comunitaria», *Revista general del Derecho*, 1999, núm. 658-659, p. 8871.
- SORIANO, José Eugenio, «Hacia un cambio de las ideas sobre restricciones verticales», *Anuario de la competencia 1998*, Fundación ICO, Madrid, Marcial Pons, 1999, p. 125.
- WELLENHOFER-KLEIN, Marina, «Das neue Kartellverbot und seine Abgrenzung zu den Vertikalvereinbarungen», *Wirtschaft un Wettbewerb*, núm. 6, 1999, p. 557.

4. ÓRGANOS DE APLICACIÓN

- AMMANNATI, Laura, *La concorrenza in Europa : sistemi organizzativi e autorità di garanzia*, Padova, Cedam, 1998, 354 p.
- ARAUJO BOYD, Marcos, «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», *Anuario de la competencia 1998*, Fundación ICO, Madrid, Marcial Pons, 1999, p. 159.
- BENEYTO, José María, «Hacia un nuevo Derecho de la competencia : el libro blanco de la Comisión sobre modernización y descentralización en la aplicación de los artículos 85 y 86», *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, núm. 202, 1999, p. 9.
- BORNKAMM, Joachim, «Awendung Europäisches Kartellrechts durch die Gerichte und die Behörden der Mitgliedstaaten», *Schriftenreihe Europäisches Recht, Politik und Wirtschaft Bd. 218 Neuere Entwicklungen auf dem Gebiet des europäischen Wettbewerbsrechts*, 1999, p. 47.
- CABRERA ZARAGOZA, Susana, «Aplicación de los artículos 85 y 86 por las autoridades nacionales de defensa de la competencia: instrumentos de cooperación», *Derecho de la competencia europeo y español*, 1999, p. 135.
- DRAETTA, Ugo, «La giurisdizione internazionale della Commissione in materia di controllo delle concentrazioni», *Diritto del commercio internazionale*, núm. 4, 1999, p. 785.

- FERNÁNDEZ LÓPEZ, Juan Manuel, «Aplicación jurisdiccional de los artículos 85.1 y 86 del Tratado de Roma», *Derecho de la competencia europeo y español*, 1999, p. 147.
- GAETA, Francesco, «La comunicazione sulla cooperazione tra la Commissione europea e le autorità antitrust nazionali», *Rivista di diritto europeo*, núm. 3, 1998, p. 563.
- GOLETTI, Giovanni Battista, «La Commissione CE quale amicus curiae», *Il foro amministrativo*, núm. 5, 1999, p. 947.
- GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, Fernando, «Los recursos ante el TJCE en materia de aplicación del Derecho de la competencia comunitario», *Derecho de la competencia europeo y español*, 1999, p. 141.
- KERSE, Christopher S., «Enforcing Community competition policy under Articles 88 and 89 of the EC Treaty: new powers for UK competition authorities», *European competition law review*, núm. 1, 1997, p. 17.
- KLIMISCH, Annette, y KRUEGER, Birgit, «Decentralised application of EC competition law: current practice and future prospects», *European law review*, núm. 5, 1999, p. 463.
- LADDIE, Hugh, «Community competition law in English courts», *European Community law in the English courts*, 1998, p. 165.
- LAMPERT, Thomas, «International co-operation among competition authorities: current status, developments and possible strategies for transnationally operation companies», *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, núm. 4, 1999, p. 107.
- NAZERALI, Julie, y COWAN, David, «Modernising the enforcement of EU competition rules: can the Commission claim to be preaching to the converted?», *European competition law review*, núm. 8, 1999, p. 442.
- NEERGAARD, Ulla B., «State action and European competition rules: a new path?», *Maastricht journal of European and comparative law*, núm. 4, 1999, p. 380.
- «Decentralisering af EU-konkurrencerettens anvendelse», *EU-ret & menneskeret*, núm. 5, 1999, p. 183.
- PACE, Lorenzo Federico, «L'evoluzione della tutela amministrativa della concorrenza nel diritto antitrust nazionale e comunitario», *Il diritto dell'Unione europea*, núm. 2, 1999, p. 355.
- PARISI, John J., «Enforcement co-operation among antitrust authorities», *European competition law review*, núm. 3, 1999, p. 133.
- PERA, Alberto, y CASSINIS, Paolo, «Applicazione decentrata de diritto comunitario della concorrenza: la recente esperienza italiana e le prospettive della modernizzazione», *Diritto del commercio internazionale*, núm. 3, 1999, p. 701.
- RADICATI DI BROZOLO, Luca G., «Arbitrato, diritto della concorrenza, diritto comunitario e regole di procedura nazionali», *Rivista dell'arbitrato*, núm. 4, 1999, p. 665.
- RILEY, Alan J., «The modernisation of DGIV», *European current law*, núm. 2, 1999, p. 4.
- TEMPLE LANG, John, «Decentralised application of Community competition law», *World competition*, vol. 22, núm. 4, 1999, p. 3.

ZINSMEISTER, Ute, «Die dezentrale Anwendung des EG - Wettbewerbsrechts durch die nationalen Kartellbehörden in der Praxis», *Wirtschaft und Wettbewerb*, núm. 2, 1999, p. 115.

ZINSMEISTER, Uter; RIKKERS, Evelyne, y JONE, Tim, «The application of Articles 85 and 86 of the EC Treaty by national competition authorities», *European competition law review*, núm. 5, 1999, p. 275.

5. CONTROL DE CONCENTRACIONES

AMSTUTZ, Marc, «Oligopole, Fusionskontrolle und evolutorische Ökonomik», *Der Einfluss des europäischen Rechts auf die Schweiz: Festschrift für Professor Roger Zäch*, zum. 60. Geburtstag, 1999, p. 193.

ATHIJSSEN, Pierre, «Oligopolistic dominance under the EC merger regulation», *Beiträge zum deutschen und europäischen Recht: Freundesgabe für Jürgen Gündisch*, 1999, p. 161.

BARTOSCH, Andreas, «Die Entscheidung der Kommission im Fall WorldCom-MCI: eine kritische Analyse der Entscheidungspraxis der Kommission», *NW-CoR*, núm. 6, 1999, p. 364.

BAVASSO, Antonio F., «Gencor: a judicial review of the Commission's policy and practice: many lights and some shadows», *World competition*, vol. 22, núm. 4, 1999, p. 45.

BECHTOLD, Rainer, «Die Europäische Fusionskontrolle: Erfahrungen aus der Praxis», *Schriftenreihe Europäisches Recht, Politik und Wirtschaft* Bd. 218 Neuere Entwicklungen auf dem Gebiet des europäischen Wettbewerbsrechts, 1999, p. 117.

— «Gemeinschaftsunternehmen nach der neuen Fusionskontroll-VO», *FIW Schriftenreihe: Heft 178 Schwepunkte des Kartellrechts 1998*, 1999, p. 77.

BERGAU, Torsten, y MÜLLER-TAUTPHAEUS, Ken, «Europäische Fusionskontrolle», *European law reporter*, núm. 9, 1999, p. 370.

BLORET, Kélig, y NOÛET, Gwenaëlle, «Les concentrations communautaires dans le secteur des télécommunications», *Revue de la concurrence et de la consommation*, núm. 109, 1999, p. 5.

BRIONES ALONSO, Juan F., *El control de concentraciones en la Unión Europea: la práctica de la Comisión Europea y las novedades introducidas en el Reglamento (CEE) 4064/89 por el Reglamento (CE) 1310/97*, Madrid, 1999, 599 p.

CAHILL, Dermot «The EC Merger regulation: a review of recent developments», *Commercial law practitioner*, núm. 10, 1999, p. 272.

CAMESASCA, Peter D., «The explicit efficiency defence in merger control: does it make the difference», *European competition law review*, núm. 1, 1999, p. 14.

CHAVEZ, John Anthony, «Joint ventures in the European Union and the us», *The antitrust bulletin*, núm. 4, 1999, p. 959.

DALLE VEDOVE, Giampaolo, *Concentrazioni e gruppi nel Diritto antitrust*, Padova, 1999, 400 p.

DEUTSCHLAND MONOPOLKOMMISSION, *Kartellpolitische Wende in der Europäischen Union?: zum Weißbuch der Kommission vom 28. April 1999: Sondergutachten*

- der Monopolkommission gemäß Paragr. 44 Abs. 1 Satz 4 GWB, Baden-Baden, Nomos, 1999, 55 p.
- DRAUZ, Götz, «Neuere Entwicklungen der EU - Fusionskontrolle unter Einschluß der zum 1. März 1998 eingetretenen Änderungen», *Schriftenreihe Europäisches Recht*, Politik und Wirtschaft Bd. 218 Neuere Entwicklungen auf dem Gebiet des europäischen Wettbewerbsrechts, 1999, p. 103.
- DUURSMA, Dieter, «Fusionskontrolle bei Banken: europäische und nationale Regelungen der Zusammenschlußkontrolle; Aussi: Dissertation - Universität Linz, 1999», *Diskussionsreihe Bank & Börse*; Bd. 12, 1999, p. 183.
- GONZÁLEZ-DÍAZ, Francisco Enrique, «Recent developments in EC merger control law: the Gencor judgment», *World competition*, vol. 22, núm. 3, 1999, p. 3.
- HALLIDAY, Jennifer, «The recognition, status and form of the efficiency defence to a merger: current situation and prospects for the future», *World competition*, vol. 22, núm. 4, 1999, p. 91.
- HARMJANZ, Jan Dietrich, *Auflagen und Bedingungen: eine vergleichende Darstellung des EG -Fusionskontrollrechts und des us amerikanischen Antitrustrechts zu consent decrees*, Hannoversches Forum der Rechtswissenschaften Bd. 11, 1999, 366 p.
- HIRSBRUNNER, Simon, «Referral of mergers in EC merger control», *European competition law review*, núm. 7, 1999, p. 372.
- «Die Entwicklung der europäischen Fusionskontrolle in den Jahren 1997 und 1998», *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, núm. 13, 1999, p. 389.
- IMMENGA, Ulrich, «Zur extraterritorialen Anwendung der europäischen Fusionskontrolle», *Der Einfluss des europäischen Rechts auf die Schweiz: Festschrift für Professor Roger Zäch*, zum 60. Geburtstag, 1999, p. 347.
- JESTAEDT, Thomas, y SCHELLING, Nicola, «Regionalbeihilfen im Binnemarkt», *Europäisches Wirtschafts - & Steuerrecht*, núm. 1, 1999, p. 1.
- LAUFKÖTTER, Regina, «Die Rolle des Dritten im neuen Recht der Zusammenschlußkontrolle», *Wirtschaft und Wettbewerb*, núm. 7-8, 1999, p. 671.
- LUZ, Kathleen, «The Boeing - McDonnell Douglas merger: competition law, parochialism, and the need for a globalized antitrust system», *The George Washington journal of international law and economics*, núm. 1, 1999, p. 155.
- MAPELLI, Paolo, y STELLA, Francesco, «Concentrazioni tra imprese e failing company defense: un confronto tra l'esperienza statunitense e l'esperienza comunitaria», *Giurisprudenza commerciale*, núm. 1, 1999, p. 49.
- MATHIJSESN, Pierre, «Oligopolistic dominance under the EC merger regulation», *Beiträge zum deutschen und europäischen Recht: Freundesgabe für Jürgen Gündisch*, 1999, p. 161.
- MEERDINK, Eelco, «Supervision of concentrations in the Netherlands: convergence with the European model», *European competition law review*, núm. 2, 1999, p. 109.
- MONTI, Giorgio, y ROUSSEVA, Ekaterina, «Failing firms in the framework of the EC merger control regulation», *European law review*, núm. 1, 1999, p. 38.
- MORAIS, Luis Miguel, «La politique communautaire de contrôle des concentrations et la dominance oligopolistique: le cas Nestlé - Perrier», *Documentação e direito comparado*, núm. 75-76, 1999, p. 7.

- NARANJO SELFA, José Antonio, «Fusión y Derecho de la competencia: aplicación del principio de mantenimiento de la empresa en crisis», *Noticias de la Unión Europea*, núm. 174, 1999, p. 49.
- OPGENHOFF, Carolin, «Behandlung von Gemeinschaftsunternehmen nach der EG - Fusionskontrollverordnung», *Europäisches Wirtschafts & Steuerrecht*, núm. 10, 1999, p. 372.
- PLAZAS, José Machado, «Il controllo sulle concentrazioni di imprese nel diritto portoghese: un particolare riferimento al procedimento amministrativo di controllo», *La concorrenza in Europa*, 1998, p. 315.
- PORTER ELLIOTT, G., «The Gencor judgment: collective dominance, remedies and extraterritoriality under the Merger Regulation», *European Law Review*, vol. 24, núm. 6, 1999, p. 638.
- SALQUE, Christine, «La stratégie industrielle des groupes européens de l'aéronautique, de l'espace et de la défense face à la concurrence internationale: création d'entreprises communes et respect du droit communautaire de la concurrence», *Revue du marché unique européen*, núm. 4, 1999, p. 45.
- SCHNELLE, Ulrich, y BARTOSCH, Andreas, «Entwicklung der fusionskontrollrechtlichen Kommissionspraxis im Medien - und Telekommunikationssektor», *Betriebs - Berater*, núm. 38, 1999, p. 1933.
- SCHULZE STEINEN, Petra, «Einführung der Fusionskontrolle im finnischen Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen», *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, núm. 10, 1999, p. 303.
- STELLA, Francesco, «Concentrazioni tra imprese ed efficiencias defense: note sull'ammissibilità della difesa nell'ordinamento comunitario», *Rivista delle società*, núm. 5, 1999, pt. I, p. 597.
- TESAURO, Claudio, «Crisi dell'impresa e posizione dominante collettiva nella disciplina delle concentrazioni», *Il foro italiano*, núm. 5, 1999, pt IV, col. 184.
- VAN MIERT, Karel, «L'évolution du contrôle communautaire des concentrations», *Cahiers de droit européen*, núm. 5-6, 1999, p. 513.
- VERLOOP, Peter, *Merger control in the EU*, The Hague, 1999, p. 500.
- WAAL, Allard de, «Fusions et opérations assimilées: les dispositions françaises à l'épreuve du Droit communautaire = Reorganizations: the compliance of french domestic rules with European legislation», *Revue de droit des affaires internationales = International business law journal*, núm. 7, 1999, p. 884.
- WAGEMANN, Markus, «Die europäische Fusionskontrolle aus der Sicht einer nationalen Wettbewerbsbehörde», *Schriftenreihe Europäisches Recht, Politik und Wirtschaft* Bd. 218 Neuere Entwicklungen auf dem Gebiet des europäischen Wettbewerbsrechts, 1999, p. 134.

6. AYUDAS PÚBLICAS

- AHLBORN, Christian, «Unequal twins: reform of the state aid rules under Article 94», *Understanding state aid policy in the European Community*, 1999, p. 231.
- ARTURO, Claudio, «Zum Rechtsschutz im Beihilfenrecht: gemeinschaftsrechtlicher und privatrechtlicher Rahmen staatlicher Beihilfen», *Schriftenreihe zum öffentlichen Recht und zu den politischen Wissenschaften*; Bd. 2, 1999, p.134.

- BACON, Kelyn, «Differential taxes, state aids and the Lunn Poly case», *European competition law review*, núm. 7, 1999, p. 384.
- BÄR-BOUYSSIÈRE, Bertlod, «Neue Entwicklungen im europäischen Beihilfenrecht», *Schriftenreihe Europäisches Recht, Politik und Wirtschaft* Bd. 218 Neuere Entwicklungen auf dem Gebiet des europäischen Wettbewerbsrechts, 1999, p. 79
- BARTOSCH, Amdreas, «The financing of public broadcasting and EC state aid law: an interim balance», *European competition law review*, núm. 4, 1999, p. 197.
- BELOQUI URMENETA, Lucía, «Ayudas públicas y medidas generales», *Derecho de la competencia europeo y español*, 1999, p. 261.
- BELOTTI, Gianluca, «Il nuovo regolamento comunitario di procedura degli aiuti di Stato», *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, núm. 3, 1999, p. 535.
- BERG, Wilfried, «Subventionsverfahren und Subventionsvergabe zwischen Effizienz und Formalismus», *Subventionsrecht und Subventionspolitik*, 1999, p. 97.
- BERGAU, Torsten, y MÜLLER-TAUTPHAEUS, Ken, «Europäische Fusionskontrolle», *European law reporter*, núm. 9, 1999, p. 370.
- BESTAGNO, Francesco, «Il controllo comunitario degli aiuti di Stato nel recente regolamento di procedura», *Diritto del commercio internazionale*, núm. 2, 1999, p. 339.
- BORRIES, Rimer von, «Statements: grundsätzliche Aspekte des europäischen Beihilfenrecht», *Schriftenreihe Europäisches Recht, Politik un Wirtschaft* Bd. 218 Neuere Entwicklungen auf dem Gebiet des europäischen Wettbewerbsrechts, 1999, p. 95.
- BUENDÍA SIERRA, José Luis, *Exclusive rights and state monopolies under EC law*, Oxford, Clarendon, 1999, p. 458.
- CASTILLA FERNÁNDEZ-FÁBREGAS, Ramón, «El procedimiento de control administrativo de las ayudas de Estado: el artículo 93 del Tratado CE», *Derecho de la competencia europeo y español*, 1999, p. 281.
- CHARBIT, Nicolas, «Quels rapports entre aides communautaires régionales et politique de concurrence?», *Les petites affiches*, núm. 8, 1999, p. 15.
- CIRENEI, Maria Teresa, «La riforma dell'amministrazione straordinaria alla luce della disciplina comunitaria degli aiuti: fine di un contenzioso?», *Diritto del commercio internazionale*, núm. 3, 1999, p. 525.
- COX, Guy, «Horizontal guidelines: do they facilitate job creation?: the example of employment subsidies», *Understanding state aid policy in the European Community*, 1999, p. 119.
- ENCHELMAIER, Stefan, «The new regulation 659/1999 on the Commission's procedure in state aid cases», *European current law*, núm. 12, 1999, p. 11.
- ERLBACHER, Friedrich, «Der Rechtsschutz im Beihilfverfahren durch die Europäischen Gerichte», *Ecolex*, núm. 3, 1999, p. 220.
- FALK, Hermann, «Die materielle Beurteilung des deutschen Stromeinspeisungsgesetzes nach europäischem Beihilferecht», *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, núm. 18, 1999, p. 738.

- FISCHER, Hans Georg, «Die neue Verfahrensordnung zur Überwachung staatlicher Beihilfen nach Art. 93 (jetzt Art. 88) EGV», *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, núm. 34, 1999, p. 1426.
- FRIESEN, Alexander von, «Umgestaltung des öffentlichrechtlichen Bankensektors angesichts des europäischen Beihilfenrechts», *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, núm. 19, 1999, p. 581.
- GONELLI, Patrizia, «The co-ordination between Community and regional legislation in implementation of articles 92 and 93 of the Treaty of the European Union», *National legislation in the European framework*, 1998, p. 274.
- GROPPI, Tania, «Disciplina comunitaria degli aiuti alle imprese e leggi regionali», *Le regioni*, núm. 3, 1999, p. 568.
- GUINIER, Alfons, «Do state aid guidelines facilitate improvements in competitiveness?: the example of maritime transport», *Understanding state aid policy in the European Community*, 1999, p. 129.
- HAKENBERG, Waltraud, y TREMMEL, Ernst, «Die Rechtsprechung des EuGH und EuGJ auf dem Gebiet der staatlichen beihilfen in den Jahren 1997 und 1998», *Europäisches Wirtschafts- & Steuerrecht*, núm. 5, 1999, p. 167.
- HANCHER, Leigh; OTTERVANGER, Tom R., y SLOT, Pieter Jan, *EC state aids*, London, 1999, p. 669.
- HARINGS, Lothar, «Europäisches Beihilfenkontrolle zwischen Konkurrentenschutz und Staatenbezogenheit», *Europäisches Wirtschafts & Steuerrecht*, núm. 8, 1999, p. 286.
- INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE, *Recommended Code of Practice for Competition Authorities on Searches and Subpoenas of Computer Records*, International Chamber of Commerce, *International Legal Materials* vol. 38, núm. 3, 1999, p. 755.
- JESTAEDT, Thomas, y SHELLING, Nicola, «Regionalbeihilfen im Binnenmarkt», *Europäisches Wirtschafts - & Steuerrecht*, núm. 1, 1999, p. 1.
- KARYDIS, Georges, «Le régime juridique de la plainte en droit communautaire de la concurrence et des aides d'Etat», *Revue européenne de droit public*, núm. 1, 1999, p. 147.
- KEPPENNE, Jean Paul, «Guide des aides d'Etat en Droit communautaire: réglementation, jurisprudence et pratique de la Commission», *Pratique du droit communautaire = European law in practice*, 1999, p. 693.
- KLETTER, Mark, «Die neue Verfahrensordnung im Beihilfenrecht», *European law reporter*, núm. 6, 1999, p. 255.
- KOENIG, Christian, y KÜHLING, Jürgen, «Reform des EG Beihilfenrechts aus der Perspektive des mitgliedstaatlichen Systemwettbewerbs: Zeit für eine Neuausrichtung?», 1999.
- KÖLBL-VOGT, Jasmin, «Auswirkungen des EG-Beihilfenverbotes auf Landesbürgschaften», *Wissenschaftliche Beiträge aus dem Tectum-Verlag*, Reihe Rechtswissenschaften, Bd. 4, 1999, p. 167.
- KRUSE, Eberhard, «Bemerkungen zur gemeinschaftlichen Verfahrensordnung für die Beihilfekontrolle», *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, núm. 10, 1999, p. 1049.

- «Die Rechtsstellung Dritter im Beihilfekontrollverfahren: eine Rezension und zugleich ein Ausblick auf die neue Verfahrensverordnung nach Art. 94 EG-Vertrag», *Europarecht*, núm. 1, 1999, p. 119.
- LÁMBARRI GÓMEZ, Carlos, y FERNÁNDEZ EZKURDIA, Eduardo, «Regional development guidelines: do they really help regional development?», *Understanding state aid policy in the European Community*, 1999, p. 159.
- LÜBBIG, Thomas, «Les nouveaux règlements du Conseil en matière d'aides d'Etat», *Gazette du Palais*, núm. 192, 1999, p. 4.
- «Neue Entwicklungen im Beihilfenrecht der Europäischen Gemeinschaften», *Wirtschaft und Wettbewerb*, núm. 3, 1999, p. 249.
- MARIANO, Marco, «La disciplina comunitaria degli aiuti di Stato e le misure del «pacchetto Treu», *Rivista italiana di diritto del lavoro*, núm. 1, 1999, p. 11.
- MARTÍNEZ, Catalina, «La fusión de las auditorías: Price Waterhouse y Coopers & Lybrand», *Anuario de la competencia 1998*, Fundación ICO, Madrid, Marcial Pons, 1999, p. 291.
- MEDERER, Wolfgang, «Konsolidierung des europäischen Beihilfenrechts», *Ecolex*, núm. 3, 1999, p. 207.
- NICOLAIDES, Phedon, y BILAL, Sanoussi, «State aid rules: do they promote efficiency?», *Understanding state aid policy in the European Community*, 1999, p. 29.
- NUEVO LÓPEZ, Pablo, «Las ayudas autorizadas», *Derecho de la competencia europeo y español*, 1999, p. 267.
- NÚÑEZ-MÜLLER, Marco, «The Community framework for state aid for research and development: the recent practice of the Court and the Commission», *Understanding state aid policy in the European Community*, 1999, p. 101.
- NÚÑEZ-MÜLLER, Marco, y KAMANN, Hans Georg, «Erweiterter Beteiligtenschutz im Beihilfenrecht der EG: die Untätigkeitsklage», *Europäisches Wirtschafts & Steuerrecht*, núm. 9, 1999, p. 332.
- PAGLIARETTA, Elena, «Il Regolamento (CE) núm. 659/1999, del Consiglio sulle modalità di applicazione dell'art. 88 del Trattato, CE», *Il diritto dell'Unione europea*, núm. 2, 1999, p. 392.
- PECHSTEIN, Matthias, «Das Flächenenergieprogramm verstößt gegen das EG-Beihilferecht», *Neue juristische Wochenschrift*, núm. 20, 1999, p. 1429.
- PINTO, Carlo, «EC state aid rules and tax incentives: a u-turn in Commission policy», *European taxation*, núm. 8, 1999, p. 295.
- PITSCHAS, Rainer, «Grundlagen und Entwicklungen des deutschen Subventionsrechts: eine kritische Zwischenbilanz», *Subventionsrecht und Subventionspolitik*, 1999, p. 17.
- PLAZZOTTA, Manuela, *Il recupero degli aiuti statali incompatibili con il Trattato CE*, Tesi, Università degli studi di Trieste, 1999, p. 284.
- PLENDER, Richard O., «The Philip Morris Case in retrospect», *Divenire sociale e adeguamento del diritto: studi in onore di Francesco Capotorti*, vol. II, 1999, p. 319.
- RICHTER, Sefan Klaus, «El fomento de la energía eólica y el derecho de ayudas europeo», *Deutsch-Spanische Beiträge zum Energierecht*, 1999, p. 75.

- «Windkraftförderung und europäisches Beihilferecht», *Deutsch-Spanische Beiträge zum Energierecht*, 1999, p. 45.
- RUIZ CALZADO, Xavier, «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)», *Anuario de la competencia 1998*, Fundación ICO, Madrid, Marcial Pons, 1999, p. 335.
- SANDULLI, Giorgio, «Aiuti di Stato per la grandi imprese in crisi e normativa comunitaria», *Giustizia civile*, núm. 3, 1999, p. 623.
- SCHNELLE, Ulrich, y BARTOSCH, Andreas, «Entwicklung der fusionskontrollrechtlichen Kommissionspraxis im Medien und Telekommunikationssektor», *Betriebs - Berater*, núm. 38, 1999, p. 1933.
- SCHÖN, Wolfgang, «Taxation and state aid law in the European Union», *Common market law review*, núm. 5, 1999, p. 911.
- SINNAEVE, Adinda, y SLOT, Pieter Jan, «The new regulation on state aid procedures», *Common market law review*, núm. 6, 1999, p. 1153.
- SINNAEVE, Adinda, «State aid control: objectives and procedures», *Understanding state aid policy in the European Community*, 1999, p. 13.
- «Die neue Verfahrensordnung in Beihilfensachen», *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, núm. 9, 1999, p. 270.
- «State aid procedures: the reform project», *Understanding state aid policy in the European Community*, 1999, p. 209.
- SLOT, Pieter Jan, «EC policy on state aid: are the procedures user-friendly?: the rights of third parties», *Understanding state aid policy in the European Community*, 1999, p. 81.
- «State aid in the energy sector in the EC: the application of the market economy investor principle», *Understanding state aid policy in the European Community*, 1999, p. 143.
- STOLBA, Matthias, «Europäisierung staatlicher Beihilfen: direkte und indirekte Kollisionen: Rückforderung Staatshaftung»; «Aussi: Dissertation - Universität Augsburg, 1998», *Europäische Hochschulschriften, Reihe 2, Rechtswissenschaft = European University studies; Series 2, Law = Publications universitaires européennes; Série 2, Droit*; Bd. 2595, 1999, p. 433.
- TRIANTAFULLOU, Demetrios, «Europäisierte Privatrechtsgestaltung im Bereich der Beihilfenaufsicht», *Die öffentliche Verwaltung*, núm. 2, 1999, p. 51.
- UNIVERSITÉ DE LIÈGE, Faculté de droit. Institut d'études juridiques européennes; Université de Liège. Faculté de droit. Commission droit et vie des affaires, *Les aides d'état en droit communautaire et en droit national: séminaire organisé à Liège, jeudi 14 et vendredi 15 mai 1998*, Bruxelles, Bruylant, 1999, 440 p.
- VENTURA, Ricardo, «Il tramonto della legge Prodi: diritto comunitario e aiuti alle imprese», *Giurisprudenza italiana*, núm. 3, 1999, p. 545.
- VERLOOP, Peter, *Merger control in the EU*, Deventer, 1999, p. 500.
- VISSER, Klaas-Jan, «Commission expresses its view on the relation between state aid and tax measures», *EC tax review*, núm. 4, 1999, p. 224.

- VLACHOS, George S., «Essai de clarification du régime du contrôle des aides d'Etat en Droit communautaire: lère partie», *Les petites affiches*, núm. 203, 1999, p. 15.
- WIMMER, Norbet, y KAHL, Arno, «Öffentliche Verantwortung versus Privatisierung am Beispiel des Betriebes der Bundesländerflughäfen», *Österreichische Juristen - Zeitung*, núm. 5, 1999, p. 161.
- WINTER, Jan, «The rights of complainants in state aid cases: judicial review of Commission decisions adopted under Article 88 EC», *Common market law review*, núm. 3, 1999, p. 521.
- WISHLADE, Fiona G., «Competition policy, cohesion and coherence?: Member State regional policies and the new regional aid guidelines», *Understanding state aid policy in the European Community*, 1999, p. 173.
- WOUTERS, Jan, y VAN HEES, Bruno, «Les entreprises publiques et les règles européennes en matière d'aides d'Etat», *Revue du marché unique européen*, núm. 2, 1999, p. 35.

7. COMPETENCIA Y REGULACIÓN SECTORIAL

- ARMANI, Enrico Maria, «Alitalia-KLM: a new trend in assessing airline alliances?», *Competition policy newsletter*, núm. 3, 1999, p. 19.
- BARTOSCH, Andreas, y KOENIG, Christian, «Die Pflichten der EU-Beitrittsstaaten zur Übernahme des gemeinschaftlichen Besitzstandes im Bereich der Mobilfunkfrequenzvergabe», *Zeitschrift für Urheber und Medienrecht*, núm. 12, 1999, p. 865.
- BARTOSCH, Andreas, «EC telecommunications law: what aid does article 90(2) of the EC Treaty offer to the former monopolists», *Computer and telecommunications law review*, núm. 1, 1999, p. 12.
- BASTIANON, Stefano, «Tariffe professionali e diritto antitrust: tutto già risolto?», *Il diritto dell'Unione europea*, núm. 2, 1999, p. 397.
- BELLODI, Leonardo, «Telecomunicazioni e concorrenza nel diritto comunitario», *Jus gentium europaeum*, 3, 1999, p. 503.
- BENDER, Gunnar, «Cross-Media-Ownership: multimediale Konzentration und ihre Kontrolle», *Schriftenreihe Kommunikation & Recht*, Bd. 1, 1999, p. 392.
- BERGER, Ernst Georg, y GRAMLICH, Ludwig, «Corporate Networks im Telekommunikationsrecht», *Computer und Recht*, núm. 3, p. 150.
- BERLINGUER, Aldo, «Professione intellettuale, impresa e concorrenza nel dialogo diritto interno-diritto comunitario: premesse per uno studio», *Rivista di diritto civile*, núm. 6, 1999, pt. II, p. 637.
- BLOMBERG, Jenny, y ERIKSSON, Robert, *The Swedish alcohol monopoly*, Stockholm University, Institute for European Law, 1999, 68 p.
- BLORET, Kélig, y NOUËT, Gwenaëlle, «Les concentrations communautaires dans le secteur des télécommunications», *Revue de la concurrence et de la consommation*, núm. 109, 1999, p. 57.
- BONELLI, Franco, y CASSESE, Sabino, «La disciplina giuridica delle telecomunicazioni», *Contratti & commercio internazionale*, 1999, p. 1088.

- BOVET, C., *Libéralisation des télécommunications. Concentrations d'entreprises, Journée du Droit de la concurrence 1998*, Zurich, 1999, 128 p.
- CARDARELLI, Maria Cecilia, «Concorrenza e stabilità nel settore del credito», *Giurisprudenza commerciale*, núm. 3, 1999, p. 346.
- CASSESE, Sabino, «La liberalizzazione delle telecomunicazioni», *La disciplina giuridica delle telecomunicazioni*, 1999, p. 53.
- CHARBIT, Nicolas, «L'Europe de l'électricité: transposition comparée de la directive CE 96/92 au 15 mars 1999», *Gazette du Palais*, núm. 162-163, 1999, p. 7.
- COCUZZA, Claudio, y TERNO, Daniela E., «La televisione a pagamento tra legge Maccanico e disciplina antitrust», *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, núm. 1, 1999, p. 129.
- CONTICELLI, Martina, «Licenze e slots: la liberalizzazione del settore ferroviario: il commento», *Giornale di diritto amministrativo*, núm. 1, 1999, p. 90.
- DEPOORTER, Ben W. F., *Telecom & Internet: recht in beweging*, 1999, p. 411.
- DESELAERS, Wolfgang, y KOENIG, Michael, «The wto Millennium Round and the audiovisual sector», *International trade law & regulation*, núm. 6, 1999, p. 147.
- DUURSMA, Dieter, «Fusionskontrolle bei Banken: europäische und nationale Regelungen der Zusammenschlußkontrolle», *Diskussionsreihe Bank & Börse*; Bd. 12, 1999, p. 183.
- EKLUND, Elisabeth, «Following the rules of the game?: a competition law study of the collective sale of sports broadcasting rights», *EUI working papers LAW*, núm. 99/1, p. 93.
- FALK, Hermann, «Die materielle Beurteilung des deutschen Stromeinspeisungsgesetzes nach europäischem Beihilferecht», *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, núm. 18, 1999, p. 738.
- FERNÁNDEZ ORDÓÑEZ, Miguel Ángel, «Los problemas de competencia del sector eléctrico en 1998», *Anuario de la competencia 1998*, Fundación ICO, Madrid, Marcial Pons, 1999, p. 83.
- FONT GALARZA, Andrés, «The British Interactive Broadcasting decision and the application of competition rules to the new digital interactive television services», *Competition policy newsletter*, núm. 3, 1999, p. 7.
- FRENI, Elisabetta, «La privatizzazione delle imprese pubbliche operanti nel settore delle telecomunicazioni», *La disciplina giuridica delle telecomunicazioni*, 1999, p. 289.
- FREY, Dieter, «Fernsehen und audiovisueller Pluralismus im Binnemarkt der EG Aussi: Dissertation - Universität Bonn, 1998 u.d.T.: Das Fernsehen im Binnemarkt der Europäischen Gemeinschaft und der audiovisuelle Pluralismus», *Schriftenreihe Europäisches Recht, Politik und Wirtschaft* Bd. 212, 1999, p. 284.
- FRIGNANI, Aldo, y ROSSI, Giuseppe, «Regole statiche, regole dinamiche e questioni aperte in tema di applicazione della disciplina antitrust al settore assicurativo», *Diritto del commercio internazionale*, núm. 2, 1999, p. 241.
- GHEZZI, Federico, y MAGNANI, Paola, *Banche e concorrenza: riflessioni sull'esperienza antitrust statunitense, comunitaria e italiana*, Milano, EGEA, 1999, 339 p.
- GIACCHETTI, Salvatore, «Privatizzazioni: la nuova frontiera dell'interesse pubblico», *Il Consiglio di Stato*, núm. 9, p. 1379.

- GIBBONS, Thomas, *Convergence in European digital tv regulation*, 1999, p.
- GOLA, Marcella, «L'organizzazione pubblica del mercato elettrico: il commento», *Giornale di diritto amministrativo*, núm. 6, p. 513.
- GOERENS, Pierre, «La télévision sans frontières dans l'ère du multimédia», *Vers un cadre commun = Towards a common framework*, 1999, p. 71.
- GREWLICH, K. W., «“Cyberspace”: Sector-specific regulation and competition rules in European telecommunications», *Common Market Law Review*, vol. 36, núm. 5, 1999, p. 937.
- GUEDJ, Alain, «La protection sociale (sécurité sociale et régimes complémentaires) et le droit de la concurrence», *Les petites affiches*, núm. 126, 1999, p. 16.
- GUNTHER, M., «L'application du droit communautaire de la concurrence aux ententes en matière audiovisuelle», *Revue des affaires européennes = Law & European affairs*, núm. 2, 1999, p. 214.
- HAIBACH, Georg, «Milestones in the development of the legal framework for telecommunications and postal services in the EU», *Services of general interest in the EU*, 1999, p. 109.
- HOFFMANN-RIEM, Wolfgang, «Telekommunikationsrecht als europäisiertes Verwaltungsrecht», *Deutsches Verwaltungsblatt*, núm. 3, 1999, p. 125.
- IDOT, Laurence, «Droit social et droit de la concurrence: confrontation ou cohabitation?: (à propos de quelques développements récents)», *Europe*, núm. 355-400, 1999, p. 4.
- «Sport et concurrence», *Revue de la concurrence et de la consommation*, núm. 111, 1999, p. 6.
- KARLSSON, Kent, y CALLAGHAN, James J., «Air transport liberalisation comes down to the ground: recent EC developments in the groundhandling sector», *European competition law review*, núm. 2, 1999, p. 86.
- KESSLER, Francis, «Remarques sur l'application du droit de la concurrence aux régimes de protection sociale complémentaire», *Union européenne et cohésion sociale*, 1998, p. 135.
- KLOTZ, Robert, «Auf dem Weg zu einem europäischen Multimediarecht: Gesetzgebung und Wettbewerbsaufsicht durch die Europäische Union», *Zeitschrift für Urheber - und Medienrecht*, núm. 6, p. 443.
- KOENIG, Christian, y RÖDER, Ernst, «Regulation of telecommunications in the EU: a challenge for the countries acceding to the European Union», *European business law review*, núm. 7-8, 1999, p. 333.
- KÖHLER, Helmut, «Zulässigkeit von Wettbewerbsbeschränkungen beim Energievertrieb», *Wirtschaft und Wettbewerb*, núm. 5, 1999, p. 445.
- LAMANDINI, Marco, «La “seconda volta” del Banco di Sardegna: (nuovi spunti in tema di antitrust bancario)», *Banca, borsa e titoli di credito*, núm. 1, 1999, p. 110.
- LATOUR, François, «Droit européen de la concurrence et tv numérique», *Vers un cadre commun = Towards a common framework*, 1999, p. 53.
- LE GOUÉFF, Stéphan, «Vers un cadre commun: droit des télécommunications, des technologies de l'information et du multimédia = Towards a common

- framework: telecommunications, information technologies and multimedia law», *European Lawyers' Union*, Symposium: Luxembourg, 1999, p. 239.
- LEVY, David, *Europe's digital revolution: broadcasting regulation, the EU and the nation state*, London, Routledge, 1999, p. 208.
- LUKES, Rudolf, «Energiepolitik und Energierecht der Gemeinschaften», *Festschrift für Bernhard Großfeld zum 65. Geburtstag*, 1999, p. 745.
- «Stromlieferverträge im liberalisierten Strommarkt», *Betriebs Berater*, núm. 21, 1999.
- MACALUSO, Fabio, y BERTONI, Paolo, «La liberalizzazione dei servizi e delle infrastrutture: principi generali», *La disciplina giuridica delle telecomunicazioni*, 1999, p. 63.
- MASSIMINO, Fausto, «La certificazione ambientale come fattore competitivo», *Ambiente*, núm. 4, p. 327.
- McCALLUM, Lisey, «EC competition law and digital pay television», *Competition policy newsletter*, núm. 1, 1999, p. 4.
- MOUTOUH, Hugues, «Le service public face à la libéralisation du marché de l'électricité: révolution ou évolution?», *Gazette du Palais*, núm. 258-259, 1999, p. 2.
- MÜLLER-GRAFF, Peter-Christian, «Liberalisierung und Wettbewerb in der Telekommunikation in der EG», *Globalisierung und informationelle Rechtskultur in Europa*, 1998, p. 156.
- MUNARI, Francesco, «La liberalizzazione del trasporto aereo nell'Unione europea tra lotta alle discriminazioni e compressione delle competenze statali», *Il diritto dell'Unione europea*, núm. 2, 1999, p. 207.
- «Regole di concorrenza nel settore portuale: principi e cenni ricostruttivi», *Diritto del commercio internazionale*, núm. 2, 1999, p. 319.
- NEU, Sabine, «Marktöffnung im nationalen und internationalen Postwesen: der Deregulierung szwang des europäischen Gemeinschaftsrechts Aussi: Dissertation - Universität Augsburg, 19998», *Europäisches Wirtschaftsrecht*; Bd. 15, 1999, p. 234.
- NICKLESS, Jason Alan, *The consequences of European competition law for social health care providers*, Antwerpen, Maklu, 1998, 79 p.
- NICOLAIDES, Phedon, y POLMANS, Roel, «Competition in EC telecommunications: cross-subsidisation, access and predatory pricing», *World competition*, vol. 22, núm. 4, 1999, p. 21.
- NIEBLING, Jürgen, «Vertragshändlerrecht: das neue Automobil-Vertriebsrecht», *RWS - Skript*, 303, 1999, p. 164.
- NIHOUL, Paul, *Droit européen des télécommunications: l'organisation des marchés*, Bruxelles, Larcier, 1999, 384 p.
- «European telecommunications: a real departure from regulation?», *Services of general interest in the EU*, 1999, p. 127.
- NIKOLINAKOS, Nikos Th., «Access agreements in the telecommunications sector: refusal to supply and the essential facilities doctrine under EC competition law», *European competition law review*, núm. 8, 1999, p. 399.

- NYSENS, Harold, «Concurrence et ordres professionnels: les trompettes de Jéricho sonnent-elles?», *Revue de droit commercial belge = Tijdschrift voor Belgisch Handelsrecht*, núm. 7, 1999, p. 475.
- OPPO, Giorgio, «Antitrust e professioni intellettuali», *Rivista di diritto civile*, núm. 2, 1999, p. 123.
- PARMIGGIANI, Federica, «Il lento processo di liberalizzazione della telefonia in Italia», *Contratto e impresa. Europa*, núm. 1, 1999, p. 349.
- PERASSI, Marino, «Norme bancarie uniformi e scelte comparative della clientela: primi orientamenti della Corte di giustizia», *Rivista delle società*, núm. 5, 1999, pt. II, p. 483.
- PERRAZZELLI, Alessandra, «I sistemi UMTS: quale regolamentazione?», *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, núm. 4-5, 1999, p. 871.
- PFRANG, Elvira, «Towards liberalisation of the European electricity markets: the directive concerning common rules for an internal market in electricity in the frame of the competition and internal market rules of the EC- Treaty», *Schriften zum Staats- und Völkerrecht*; Bd. 80, 1999, p. 138.
- PITT, Edward, «Telecommunications regulation: is it realistic to rely on competition law to do the job?», *Computer and telecommunications law review*, núm. 3, 1999, p. 65.
- «Telecommunications regulation: is it realistic to rely on competition law?», *European competition law review*, núm. 4, 1999, p. 245.
- PONS, Jean-François, y LÜCKING, Joachim, «The euro and competition», *Competition policy newsletter*, núm. 1, 1999, p. 13.
- PONS, Jean-François, «La politique européenne de concurrence et l'audiovisuel: ententes, alliances et concentrations», *Revue des affaires européennes = Law & European affairs*, núm. 2, 1999, p. 130.
- PORCHIA, Ornella, «L'autorità di regolamentazione nel settore delle telecomunicazioni: la dimensione nazionale e quella comunitaria», *Il diritto dell'economia*, núm. 1, 1999, p. 181.
- RADICATI DI BROZOLO, Luca G., «Ostacoli alla libertà di stabilimento e alla concorrenza e diritti speciali: spunti in tema di farmacie e società "miste" comunali», *Divenire sociale e adeguamento del diritto: studi in onore di Francesco Capotorti*, vol. II, 1999, p. 341.
- RIZZO, John A., «Advertising and competition in the ethical pharmaceutical industry: the case of antihypertensive drugs», *Journal of Law and Economics*, 1999, vol. 42, núm. 11, p. 89.
- ROGARD, Pascal, «La libéralisation du transport aérien en Europe», *Revue de la concurrence et de la consommation*, núm. 112, 1999, p. 5.
- SALQUE, Christine, «La stratégie industrielle des groupes européens de l'aéronautique, de l'espace et de la défense face à la concurrence internationale: création d'entreprises communes et respect du droit communautaire de la concurrence», *Revue du marché unique européen*, núm. 4, 1999, p. 45.
- SCARPA, Carlo, «Chi ha paura della concorrenza nel settore elettrico?: note a margine del decreto Bersani», *Mercato concorrenza regole*, núm. 1, 1999, p. 105.

- SCHERER, Joachim, «Das Bronner -Urtell des EuGH und die Essential facilities-Doktrin im TK - Sektor», *Multimedia und Recht*, núm. 6, 1999, p. 315.
- SCHMITZ-MORKRAMER, Patrick W., *Internationale strategische Allianzen in der Telekommunikation: eine Untersuchung der Entscheidungspraxis der europäischen und us - amerikanischen Aufsichtsbehörden sowie der sektorspezifischen Regulierung internationaler Telekommunikationsdienste*, Schriftenreihe Kommunikation & Rech; Bd. 2, 1999, 274 p.
- SCHNEIDER, Jens-Peter, *Liberalisierung der Stromwirtschaft durch regulative Marktorganisation: eine vergleichende Untersuchung zur Reform des britischen, us - amerikanischen, europäischen und deutschen Energierechts*, 1999, 606 p.
- SLOT, Pieter Jan, «State aid in the energy sector in the EC: the application of the market economy investor principle», *Understanding state aid policy in the European Community*, 1999, p. 143.
- SZLEZINGER, Sam, «EC & UK competition law developments affecting the media sector 1997/8», *Revue des affaires européennes = Law & European affairs*, núm. 2, 1999, p. 91.
- TOMASEVIC, Daniel M., «Le passage à l'euro et le droit de la concurrence», *Revue du marché unique européen*, núm. 4, 1998, p. 95.
- TRAVERSA, Enrico, «The role played by the Court of Justice of the European Community at opening up the market for private employment agencies», *Private employment agencies*, 1999, p. 105.
- UNGERER, Herbert, «The arrival of competition in European telecommunications», *Vers un cadre commun = Towards a common framework*, 1999, p. 89.
- VAN GINDERACHTER, Eric, «La concurrence européenne et les droits de radio-diffusion», *Revue de la concurrence et de la consommation*, núm. 111, 1999, p. 23.
- VAN MIERT, Karel, «Competition policy in the maritime sector», *Droit européen des transports*, núm. 1, 1999, p. 3.
- VELJANOVSKI, Cento, «Market definitions in telecommunications: the confusing proliferation of competitive standards», *Computer and telecommunications law review*, núm. 2, 1999, p. 25.
- VENTURINI, Gabriella, *Servizi di telecomunicazione e concorrenza nel diritto internazionale e comunitario*, Torino, Giappichelli, 1999, p. 249.
- VIVES, Xavier, «La defensa de la competencia en el sector bancario», *Anuario de la competencia 1998*, Fundación ICO, Madrid, Marcial Pons, 1999, p. 71.
- WETTER, Carl, y RISLUND, Olle, «Geographical pricing in the postal sector: the Swedish zone price case», *European competition law review*, núm. 4, 1999, p. 240.

8. COMPETENCIA Y SERVICIO PÚBLICO

- AMICONI, Cesare, «Enti pubblici e privatizzazione», *Il foro amministrativo*, núm. 7-8, 1999, p. 1652
- BAUBY, Pierre, «Public service: forging a European conception», *Services of general interest in the EU*, 1999, p. 49.

- BELL, John, «The concept of public service under threat from Europe?: an illustration from energy law», *European public law*, núm. 2, 1999, p. 189.
- BUENDÍA SIERRA, José Luis, *Exclusive rights and state monopolies under EC law*, Oxford, Clarendon, 1999, 458 p.
- CAIRE, Guy, «Services publics et construction européenne», *Droit social*, núm. 2, 1999, p. 176.
- CAZZOLA, Carlo, «La dottrina dell'essential facilities e la politica antitrust», *La disciplina giuridica delle telecomunicazioni*, 1999, p. 219.
- CHARBIT, Nicolas, «Secteur public et droit de la concurrence», *Pratique des affaires*, 1999, p. 135.
- DUBOIS, Jean, «The European Commission's approach to liberalisation and universal service obligations», *Services of general interest in the EU*, 1999, p. 5.
- FATTORI, Piero, «Monopoli pubblici e articolo 90 del Trattato CE nella giurisprudenza comunitaria», 1999.
- GRARD, Loïc, «Les services d'intérêt économique général et le traité d'Amsterdam», *Revue des affaires européennes = Law & European affairs*, núm. 2, 1999, p. 197.
- HAIBACH, Georg, *Services of general interest in the EU: reconciling competition and social responsibility: developments in telecommunications and postal services*, Maastricht, European Institute of Public Administration = Institut européen d'administration publique, 1999, 192 p.
- KELLER, Jan, «Service public un Art. 86 Abs. 2 EGV», *Europäische Hochschulschriften Reihe 2, Rechtswissenschaft = European University studies. Series 2, Law = Publications universitaires européennes, Série 2, Droit*, Bd. 27.51, Frankfurt am Main, Lang, 1999, 235 p.
- LAMPERT, Thomas, «Der EUGH und die Essential facilities - Lehre», *Neue juristische Wochenschrift*, núm. 31, 1999, p. 2235.
- MALBO, Françoise, «Le marché unique des services postaux: la directive postale: premiers pas vers la libéralisation», *Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz*, núm. 554, 1999, p. 215.
- MOGLIA, Giovanni G., y DURANTE, Domenico, «Le essential facility e la creazione di nuovi mercati concorrenziali: recenti sviluppi tra antitrust e regolamentazione», *Concorrenza e mercato*, núm. 7, 1999, p. 299.
- MOUTOUH, Hugues, «Le service public face à la libéralisation du marché de l'électricité: révolution ou évolution?», *Gazette du Palais*, núm. 258-259, 1999, p. 2.
- SIRAGUSA, Mario, y BERETTA, Matteo, «La dottrina delle essential facilities nel diritto comunitario e italiano della concorrenza», *Contratto e impresa Europa*, núm. 1, 1999, p. 260.
- TRIANAFULLOU, Demetrios, «L'encadrement communautaire du financement du service public», *Revue trimestrielle de droit européen*.

SÉPTIMA PARTE

DIRECCIONES DE INTERNET

El *Anuario de la Competencia* incorpora, desde su edición de 1998, 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, consideramos 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 de 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, entre otras, las direcciones de la OCDE, de la OMC y de la Dirección General de Competencia de la Comisión Europea. Finalmente, en el apartado sexto se recogen distintas direcciones donde puede localizarse información de interés.

1. UNIÓN EUROPEA

Austria: Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit
<http://www.bmwa.gv.at/>

Bélgica: Ministère des Affaires Economiques: Organisation du marché
http://mineco.fgov.be/organization_market/index_fr.htm

Dinamarca: Konkurrenceraadet
<http://www.ks.dk/konkuromr/index.html>

Finlandia: Ministry of Trade and Industry, Competition, Consumer and Food Policy Division
http://www.vn.fi/ktm/eng/7ktm_etu.htm

Francia: Conseil de la Concurrence
<http://www.finances.gouv.fr/conseilconcurrence/>

Francia: Direction Générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression 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://www.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.mineco.es/tdc/>

Reino Unido: Competition Commission
<http://www.competition-commission.org.uk/>

Reino Unido: Office of Fair Trading
<http://www.oft.gov.uk/>

Suecia: Konkurrensverket
<http://www.kkv.se/indexns.html>

2. EUROPA NO COMUNITARIA

Bulgaria: Commission for the Protection of Competition
<http://www.cpc.bg/index.htm>

Eslovaquia: Antimonopoly Office
http://www.antimon.gov.sk/default_a.htm

Hungría: Competition Office
<http://www.gvh.hu/angol/index.html>

Islandia: Competition Agency
<http://www.samkeppni.is/english.htm>

Israel: Israel Antitrust Authority
<http://www.antitrust.gov.il/>

Lituania: Competition Council
<http://www.konkuren.lt/english/index.htm>

Noruega: Konkurransetilsynet
<http://www.konkurransetilsynet.no/velkommen.html>

Polonia: Office for Competition and Consumer Protection
<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://wettbewerbskommission.ch/>

Turquía: Rekabet Kuruma
<http://www.rekabet.gov.tr/tindexeng.html>

3. AMÉRICA

Argentina: Comisión Nacional de Defensa de la Competencia
<http://www.mecon.ar/SICyM/cndc/home.htm>

Brasil: Conselho Administrativo de Defesa Economica
<http://www.mj.gov.br/cade/>

Canadá: Competition Bureau
<http://strategis.ic.gc.ca/ct01250e.html>

Canadá: Competition Tribunal
<http://www.ct-tc.gc.ca/>

Costa Rica: Comisión para la Promoción de la Competencia
<http://www.meic.go.cr/coprocom.htm>

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/antritrust.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/>

Venezuela: Procompetencia
<http://www.procompetencia.gov.ve/>

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://ftc.go.kr/ftc000e.htm>

Japón: Fair Trade Commission
http://www.ftc.admix.go.jp/e-page/f_home.htm

Nueva Zelanda: Competition and Enterprise Branch, Ministry of Commerce
http://www.med.govt.nz/about/comp_ent.html

Taiwan: Fair Trade Commission
<http://www.ftc.gov.tw/framee0.htm>

5. ORGANIZACIONES INTERNACIONALES

Naciones Unidas: Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo
<http://www.unctad.org/sp/sphome.htm>

OCDE: Competition and Regulatory Reform
http://www.oecd.org/comp_reg.htm

OCDE: Competition Law and Policy
<http://www.oecd.org/daf/clp/>

Organización Mundial del Comercio
<http://www.wto.org>

Unión Europea: Dirección General de Competencia de la Comisión Europea
http://europa.eu.int/comm/dgs/competition/index_es.htm

Asia Pacific Cooperation: APEC Competition Policy Database
<http://www.apeccp.org.tw/>

Organización de Estados Americanos: OAS Trade Unit
<http://www.sice.oas.org/>

6. OTRAS DIRECCIONES DE INTERÉS

Antitrust Law and Economic Review (ed. by C. E. Mueller)
<http://home.mpinet.net/cmuller/>

Antitrust Policy (Vanderbilt University, US)

<http://www.antitrust.org/>

us Antitrust Materials (Legal Information Institute, Cornell Law School, US)

<http://www.law.cornell.edu/topics/antitrust.html>

Hieros Gamos Guide to Antitrust and Unfair Competition Law

<http://www.hg.org/antitrust.html>

FindLaw

<http://www.findlaw.com/lawecon/index.html>

OTRAS OBRAS PUBLICADAS

ANUARIO DE LA COMPETENCIA 1996

Lluís Cases (dirección)

ANUARIO DE LA COMPETENCIA 1997

Lluís Cases (dirección)

ANUARIO DE LA COMPETENCIA 1998

Lluís Cases (dirección)

EL DERECHO ADMINISTRATIVO DE DEFENSA
DE LA COMPETENCIA

Lluís Cases

LA IMPLANTACIÓN DE GRANDES
ESTABLECIMIENTOS COMERCIALES

Lluís Cases

Ferran Pons Cánovas

DERECHO PÚBLICO DE LA COMPETENCIA

José Eugenio Soriano García

LOS CÁRTELES DE CRISIS

Julio Costas Comesaña

PRECIOS PREDATORIOS
Y DERECHO ANTITRUST:

Estudio comparado de los
ordenamientos estadounidense,
comunitario y español

Francisco Hernández Rodríguez

EL *TRUST*, LA FIDUCIA Y FIGURAS AFINES

Joaquín de Arespachaga

EL CONTROL DE CONCENTRACIONES
EN LA UNIÓN EUROPEA:

La práctica de la Comisión Europea y las
novedades introducidas en el Reglamento
CEE 4064/89 por el Reglamento CE 1310/97

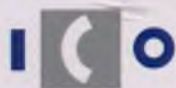
Juan Briones

Jaime Folguera

Andrés Font

Eduarne Navarro

Fundación



9 788472 488342