

COMPETENCIA
COMPETENCIA

A N U A R I O
D E L A
C O M P E T E N C I A
2 0 0 0

2000



Fundación



Fundación



El Anuario de la Competencia 2000

forma parte de una colección iniciada en el año 1996 y que ya tuvo continuidad en los años 1997, 1998 y 1999.

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 2000, 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 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 2000, 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
2000

ANUARIO DE LA COMPETENCIA
2000

ANUARIO
DE LA COMPETENCIA
2000

CONTENIDO

Presentación	1
Introducción	3
1. Marco conceptual	5
1.1. Definición de competencia	5
1.2. Tipos de competencias	6
1.3. Características de las competencias	7
2. Metodología de la investigación	8
2.1. Diseño de la investigación	8
2.2. Muestra	9
2.3. Instrumentos de medida	10
2.4. Procedimiento de recolección de datos	11
2.5. Análisis de datos	12
3. Resultados	13
3.1. Perfil de competencias de los docentes	13
3.2. Perfil de competencias de los estudiantes	14
3.3. Diferencias de género	15
3.4. Diferencias de nivel educativo	16
3.5. Diferencias de experiencia docente	17
3.6. Diferencias de formación docente	18
3.7. Diferencias de formación profesional	19
3.8. Diferencias de formación académica	20
3.9. Diferencias de formación técnica	21
3.10. Diferencias de formación artística	22
3.11. Diferencias de formación científica	23
3.12. Diferencias de formación humanística	24
3.13. Diferencias de formación social	25
3.14. Diferencias de formación deportiva	26
3.15. Diferencias de formación musical	27
3.16. Diferencias de formación cultural	28
3.17. Diferencias de formación cívica	29
3.18. Diferencias de formación ambiental	30
3.19. Diferencias de formación tecnológica	31
3.20. Diferencias de formación informática	32
3.21. Diferencias de formación matemática	33
3.22. Diferencias de formación física	34
3.23. Diferencias de formación artística	35
3.24. Diferencias de formación científica	36
3.25. Diferencias de formación humanística	37
3.26. Diferencias de formación social	38
3.27. Diferencias de formación deportiva	39
3.28. Diferencias de formación musical	40
3.29. Diferencias de formación cultural	41
3.30. Diferencias de formación cívica	42
3.31. Diferencias de formación ambiental	43
3.32. Diferencias de formación tecnológica	44
3.33. Diferencias de formación informática	45
3.34. Diferencias de formación matemática	46
3.35. Diferencias de formación física	47
3.36. Diferencias de formación artística	48
3.37. Diferencias de formación científica	49
3.38. Diferencias de formación humanística	50
3.39. Diferencias de formación social	51
3.40. Diferencias de formación deportiva	52
3.41. Diferencias de formación musical	53
3.42. Diferencias de formación cultural	54
3.43. Diferencias de formación cívica	55
3.44. Diferencias de formación ambiental	56
3.45. Diferencias de formación tecnológica	57
3.46. Diferencias de formación informática	58
3.47. Diferencias de formación matemática	59
3.48. Diferencias de formación física	60
3.49. Diferencias de formación artística	61
3.50. Diferencias de formación científica	62
3.51. Diferencias de formación humanística	63
3.52. Diferencias de formación social	64
3.53. Diferencias de formación deportiva	65
3.54. Diferencias de formación musical	66
3.55. Diferencias de formación cultural	67
3.56. Diferencias de formación cívica	68
3.57. Diferencias de formación ambiental	69
3.58. Diferencias de formación tecnológica	70
3.59. Diferencias de formación informática	71
3.60. Diferencias de formación matemática	72
3.61. Diferencias de formación física	73
3.62. Diferencias de formación artística	74
3.63. Diferencias de formación científica	75
3.64. Diferencias de formación humanística	76
3.65. Diferencias de formación social	77
3.66. Diferencias de formación deportiva	78
3.67. Diferencias de formación musical	79
3.68. Diferencias de formación cultural	80
3.69. Diferencias de formación cívica	81
3.70. Diferencias de formación ambiental	82
3.71. Diferencias de formación tecnológica	83
3.72. Diferencias de formación informática	84
3.73. Diferencias de formación matemática	85
3.74. Diferencias de formación física	86
3.75. Diferencias de formación artística	87
3.76. Diferencias de formación científica	88
3.77. Diferencias de formación humanística	89
3.78. Diferencias de formación social	90
3.79. Diferencias de formación deportiva	91
3.80. Diferencias de formación musical	92
3.81. Diferencias de formación cultural	93
3.82. Diferencias de formación cívica	94
3.83. Diferencias de formación ambiental	95
3.84. Diferencias de formación tecnológica	96
3.85. Diferencias de formación informática	97
3.86. Diferencias de formación matemática	98
3.87. Diferencias de formación física	99
3.88. Diferencias de formación artística	100
3.89. Diferencias de formación científica	101
3.90. Diferencias de formación humanística	102
3.91. Diferencias de formación social	103
3.92. Diferencias de formación deportiva	104
3.93. Diferencias de formación musical	105
3.94. Diferencias de formación cultural	106
3.95. Diferencias de formación cívica	107
3.96. Diferencias de formación ambiental	108
3.97. Diferencias de formación tecnológica	109
3.98. Diferencias de formación informática	110
3.99. Diferencias de formación matemática	111
3.100. Diferencias de formación física	112

ANUARIO DE LA COMPETENCIA 2000

Dirección

Lluís CASES

*Profesor Titular de Derecho Administrativo
Universidad Autónoma de Barcelona*

Socio de Garriges & Andersen

Coordinación

Joaquim FORNER

*Profesor Titular de Derecho Internacional Privado
Universidad de Barcelona*

Cristina PELLISÉ

*Catedrática EU de Derecho Internacional Privado
Universidad de Barcelona*

Colaboran en el Anuario de la Competencia 2000

Gabriela I. ÁLVAREZ-PALACIOS ARRIGHI

*Profesora de Derecho Administrativo
Universidad de Extremadura*

Maddy AZPIROZ GARMENDIA

*Powell Goldstein Frazer & Murphy LLP,
Grupo de Derecho Comercial Internacional
Ginebra*

Paolo CASSINIS

Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato

Juan F. CORONA

Catedrático de Hacienda Pública

Fernando DIEZ ESTELLA

*Profesor de Derecho Mercantil
Universidad Antonio de Nebrija*

Piero FATTORI

*Director del Servicio Jurídico
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*

Cani FERNÁNDEZ VICIEN

*Abogado
Cuatrecasas*

Didier FERRIER

*Profesor Facultad de Derecho
Universidad de Montpellier*

Luis DE GUINDOS

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

Íñigo HERGUERA

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

Carlos PADRÓS REIG

*Profesor titular Derecho administrativo
Universidad Autónoma de Barcelona*

Mercedes PEDRAZ CALVO

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

Amadeo PETITBÒ JUAN

Catedrático de Economía Aplicada

Carles PRAT

*Abogado
Mullerat*

Mercé REVERTER BAQUER

*Abogado
Garriges & Andersen*

Inmaculada SANZ SANZ

*Subdirectora General Adjunta de Conductas Restrictivas
de la Competencia.
Servicio de Defensa de la Competencia*

Gonzalo SOLANA

Presidente del Tribunal de Defensa de la Competencia

Francisco URÍA FERNÁNDEZ

*Secretario General Técnico
Ministerio de Hacienda*

Gaëtan VERHOSSEL

*Servicio Jurídico de la Organización Mundial
de Comercio*

ANUARIO DE LA COMPETENCIA
2001

ANUARIO
DE LA COMPETENCIA
2001

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: 84-7248-893-4

Depósito legal: M. 36.500-2001

Diseño de la cubierta: DE GARCÍA DISEÑO

Fotocomposición: INFOTEX, S. L.

Impresión: CLOSAS-ORCOYEN, S. L.

Polígono Igarza. Paracuellos de Jarama (Madrid)

MADRID, 2001

SUMARIO

	<u>Pág.</u>
PRESENTACIÓN (Presidente ICO).....	11
La competencia en España. 2000 (Lluís CASES)	13
PRIMERA PARTE. ESTUDIOS	
La política española de competencia en el nuevo entorno económico internacional (Luis DE GUINDOS)	27
Administraciones públicas y defensa de la competencia (Gonzalo SOLANA)	39
La determinación del mercado revelante y de las barreras de entrada, piezas clave del Derecho de la competencia (Amadeo PETIBÒ e Íñigo HERGUERA).....	53
La política comunitaria de restricciones verticales (Cani FERNÁNDEZ VICIÉN)	79
La competencia entre Comunidades Autónomas (Juan F. CORONA)	103
La aplicación jurisdiccional de la legislación interna y comunitaria sobre competencia en la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo. Situación actual y perspectivas de futuro (Juan Manuel FERNÁNDEZ LÓPEZ).....	125
Nuevas cuestiones de Derecho procesal con relación a la defensa de la competencia (Mercedes PEDRAZ).....	157
El régimen de autorización administrativa previa de la Ley 5/1995, de 23 de marzo, como mecanismo jurídico complementario a la política de defensa de la competencia (Francisco URÍA).....	171
L'effet cumulatif de réseau(x) (Didier FERRIER)	195
Obiettivi della disciplina antitrust ed interessi dei consumatori: brevi considerazioni alla luce dell'esperienza italiana (Paolo CASSINIS y Piero FATTORI).....	215
El debate sobre comercio y competencia en la organización mundial del comercio: pasado, presente y futuro (Gaëtan VERHOOSSEL y Maddi AZPIROZ GARMENDIA).....	233

SEGUNDA PARTE. COMENTARIOS DE RESOLUCIONES Y SENTENCIAS

Análisis de las Resoluciones relativas a precios predatorios (Inmaculada SANZ SANZ).....	259
El Tribunal Supremo y «el efecto directo» del Derecho de la competencia (Comentario a la Sentencia «Disa» del Tribunal Supremo de 2 de junio de 2000) (Carles PRAT).....	283
Derechos colectivos de propiedad intelectual y defensa de la competencia (Carles PADRÓS REIG).....	297
Algunas consideraciones en torno a la Comunicación sobre Definición de Mercado Relevante de la Comisión Europea y las <i>Merger Guidelines</i> del Departamento de Justicia de EEUU (Fernando Díez ESTELLA).....	321
Aplicación de las normas sobre competencia al servicio de taxis (Resolución del TDC de 29 de marzo de 2000, expediente 452/99, taxis de Barcelona) (Gabriela ÁLVAREZ-PALACIOS ARRIGHI).....	345
El caso Adalat: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas de 16 de octubre de 2000 (Mercé REVERTER BAQUER). ..	367

TERCERA PARTE. RESOLUCIONES Y SENTENCIAS DICTADAS

Servicio de Defensa de la Competencia, Ministerio de Hacienda y Consejo de Ministros.....	383
Tribunal de Defensa de la Competencia.....	389
Audiencia Nacional.....	417
Tribunal Supremo.....	423
Comisión Europea.....	427
Tribunal de Primera Instancia.....	433
Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.....	453

CUARTA PARTE. NOVEDADES NORMATIVAS

Legislación española.....	465
Legislación comunitaria.....	467

QUINTA PARTE. DOCUMENTACIÓN

Un acuerdo marco multilateral sobre política de competencia (Comunicación de la Comunidad europea y sus Estados Miembros en la OMC).....	473
Crear una cultura de la competencia: cuestiones relativas a la creación de un organismo <i>antitrust</i> eficaz (Comunicación de los Estados Unidos de América en la OMC).....	493

	<u>Pág.</u>
Towards the application of article 81 (3) by national courts (Mario MONTI, Comisario responsable de la política de competencia).....	513
The main challenges for a new decade of EC merger control (Mario MONTI, Comisario responsable de la política de competencia).....	523
EU and US approaches to international mergers. Views from the US Federal Trade Commission (Robert PITOFKY, Presidente, Federal Trade Commission, USA).....	535
Merger enforcement: multijurisdictional review and restructuring remedies (Debra A. VALENTINE, <i>General Counsel</i> , Federal Trade Commission, USA).....	547
Elementos para una propuesta de incluir «derecho de competencia» como tema a ser estudiado por el Comité Jurídico Interamericano (João GRADINO RODAS).....	557

SEXTA PARTE. BIBLIOGRAFÍA

España.....	567
Unión Europea.....	570

SÉPTIMA PARTE. DIRECCIONES DE INTERNET

Unión Europea.....	611
Europa no comunitaria	612
América.....	613
Asia y Australia	614
Organizaciones internacionales.....	614
Otras direcciones de interés	615

PRESENTACIÓN

Ramón AGUIRRE

Presidente Fundación ICO

Con la publicación del presente *Anuario de la Competencia 2000* se cumplen cinco años desde la primera edición del *Anuario de la Competencia* en el que la Fundación ICO ha colaborado de forma activa en la siempre grata tarea de apoyo a la investigación y el análisis sobre distintos aspectos de la economía y, en este caso concreto, sobre la defensa de la competencia como instrumento fundamental de la política económica de los Gobiernos.

La Política de Defensa de la Competencia es esencial para garantizar el cumplimiento de las reglas del juego por parte de todos los agentes que intervienen en el mercado y facilitar el buen funcionamiento de la economía en un contexto de progresiva liberalización y aumento de la competencia debido a la entrada de España en la Unión Monetaria Europea.

En consecuencia, son especialmente importantes las actuaciones destinadas al control de prácticas anticompetitivas de las empresas, la supervisión de procesos de fusión y concentración de empresas y sectores, el avance en los procesos de liberalización y las reformas estructurales que garanticen la competencia de los mercados.

En los últimos años se ha producido un intenso cambio en las condiciones de competencia de los mercados. En este sentido, los años 1998 y 1999 fueron especialmente fructíferos en acontecimientos en materia de defensa de competencia. Entre ellos merece destacarse 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, y 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.

Durante el año 2000 se ha producido un importante avance en el proceso de liberalización con la aprobación del Real Decreto-ley 6/2000, de 23 de junio, sobre Medidas Urgentes de Intensificación de la Competencia en los Mercados de Bienes y Servicios, con el objetivo de acelerar

las reformas estructurales que adapten los mercados a la apertura, liberalización y aumento de la competencia que se deriva de la Unión Monetaria Europea. El citado Real Decreto contiene un amplio elenco de medidas que afectan a la liberalización de los mercados energéticos, al control de concentraciones, a las tarifas de los fedatarios públicos, al precio de los libros de texto, a la competencia entre los profesionales colegiados y a la flexibilidad de los horarios comerciales.

Esta quinta edición del *Anuario de la Competencia* que corresponde al año 2000 contiene, además de las secciones habituales sobre legislación y jurisprudencia, documentación y bibliografía que suponen una inestimable fuente de información para la investigación, el análisis de distintas cuestiones de gran relevancia y actualidad, como son la política de competencia española en un entorno económico globalizado, el papel de las Administraciones Públicas en la defensa de la competencia, la competencia entre Comunidades Autónomas o la aplicación judicial del Derecho de la Competencia, por citar algunos ejemplos.

Una vez más, la Fundación ICO desea felicitar a los profesores Lluís CASES, Joaquim FORNER y Cristina PELLISÉ por su nuevamente impecable trabajo de dirección y coordinación del *Anuario de la Competencia 2000*. Del mismo modo, quisiera agradecer a los autores que colaboran en la publicación su contribución a la investigación y la doctrina desde posiciones de máximo rigor en un área de conocimiento de gran relevancia económica.

Por último, la Fundación ICO se complace en participar, de forma directa o indirecta, en la publicación de estudios e informes que faciliten la aplicación de políticas económicas tan relevantes como la Defensa de la Competencia.

LA COMPETENCIA EN ESPAÑA. 2000

Lluís Cases

Director del *Anuario de la Competencia*
Socio de Garrigues & Andersen

I. EL CONTROL DE LA COMPETENCIA: LA INTERVENCIÓN NECESARIA

El año 2000 puede suponer un punto de inflexión importante en materia de competencia en España. Prácticamente, por primera vez, han aparecido en la opinión pública reflexiones acerca de lo que se considera una quizá excesiva prioridad de los imperativos derivados de las normas de competencia en la adopción de decisiones públicas en el ámbito de la economía. Especialmente, como consecuencia de decisiones muy importantes en materia de concentraciones económicas, se puede afirmar que se ha generado un debate acerca, en resumen, de si la aplicación de las normas de competencia podría conllevar un nuevo y excesivo intervencionismo gubernamental en la economía.

Con anterioridad, y desde la promulgación de la Ley de Defensa de la Competencia en 1989, se podían localizar opiniones contrarias a una concreta resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia o decisión del Consejo de Ministros en materia de concentraciones empresariales. Eran consideraciones que, si bien no podemos desmerecer, no planteaban una reflexión negativa acerca de la necesidad de profundizar en la aplicación más efectiva de las normas de competencia. Podría decirse que había existido una práctica unanimidad en la necesidad de incrementar la aplicación de las normas de competencia y de potenciar su función en decisiones públicas en que concurre con otras implicaciones.

No podemos desconocer que las consideraciones acerca de disponer una excesiva prioridad de la competencia en la adopción de decisiones públicas pueden tener una relación evidente con lo que acontece en los países de nuestro entorno comunitario. El protagonismo que en España ha adquirido la protección e impulso de la competencia no es compartido

en su totalidad con otros países de nuestro entorno más cercano, que priman otros factores estructurales de su economía. Es evidente que ello genera, en ocasiones, tensiones por la diferente perspectiva con que se abordan problemas o cuestiones que afectan tanto a España como a otros países comunitarios.

En España se han adoptado, sin duda, en materia de concentración económica, decisiones importantes en los últimos meses. La lectura que, en general, la opinión pública ha hecho de estas decisiones es que se ha dado un impulso a los análisis de competencia. No conocemos suficientemente las operaciones como para pronunciarnos con adecuado fundamento sobre las decisiones adoptadas.

Sin embargo, considerar como consecuencia de esas decisiones que estamos en España ante un nuevo intervencionismo articulado mediante la aplicación de las normas de competencia no nos parece de recibo. Ciertamente, las autoridades públicas, las diseñadas por el legislador, tienen una labor comprometida en el día a día. Deben convertir en actos administrativos los principios generales establecidos en la legislación de competencia. La labor no es siempre fácil. Una misma norma puede ser objeto de distintas interpretaciones en función de los análisis de mercado que efectúe el que está llamado a aplicarla. Mediante la aplicación diaria de las normas de competencia se está configurando una política económica específica.

Un mero análisis a las partes de este *Anuario* dedicadas a recopilar la labor de las autoridades encargadas de la aplicación de las normas de competencia, de su *enforcement*, pone de relieve la necesidad de profundizar más en la aplicación de las normas de competencia.

Donde se ha prestado mayor atención ha sido en materia de control de concentraciones, en la que se están produciendo importantes novedades desde la perspectiva económica, como apunta Luis DE GUINDOS en este *Anuario*. Debe necesariamente atenderse a que de las 93 operaciones notificadas en el año 2000, 81 han sido aprobadas tácitamente. Es decir, el 87 por 100 de las operaciones son aprobadas en el plazo de un mes desde su notificación, que en general en cualquier operación adecuadamente diseñada no ha de generar ningún estropicio insalvable. Asimismo, el Consejo de Ministros únicamente se ha opuesto a la operación en dos casos, lo que supone el 2,1 por 100 del total. Obviamente, para los operadores implicados en esos proyectos la decisión podrá ser considerada un intervencionismo excesivo. Sin embargo, desde la perspectiva del interés general, que corresponde expresar en esta labor al Consejo de Ministros, no puede considerarse una cifra amplia.

Sería oportuno que las consideraciones acerca de que podamos estar ante un nuevo intervencionismo también reflexionasen acerca del grado de aplicación de las normas reguladoras de las prácticas restrictivas de la competencia. Es evidente, y así lo hemos manifestado en anteriores ediciones de este *Anuario de la Competencia*, que no se dispone de datos

—no existen— acerca del grado de aplicación de las normas de competencia que pudiera considerarse satisfactorio. Sin embargo, consideramos que la aplicación de las normas reguladoras de las prácticas restrictivas en España arrastra aún algunas deficiencias, fruto en la mayoría de ocasiones de la no disposición de los adecuados medios materiales y humanos por las autoridades competentes. La percepción en la opinión pública sobre la efectividad del entramado de aplicación de las normas de competencia en España no es lo positiva que seguramente debería ser. En especial, si tenemos en cuenta, como decíamos en la presentación del *Anuario de 1999*, que «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».

II. LA ADAPTACIÓN NORMATIVA

Las normas españolas de protección de la competencia han sido objeto en los últimos años de distintas modificaciones. Si bien los primeros años de vigencia de la Ley en 1989 transcurrieron sin ninguna modificación, a partir de 1996 la Ley ha sido modificada en distintas ocasiones.

Las modificaciones más significativas, desde una perspectiva cuantitativa y cualitativa, se produjeron en el año 1999 con la modificación del régimen de control de concentraciones empresariales mediante el Real Decreto-ley 6/1999, de 16 de abril, y la modificación general de la Ley mediante la Ley 52/1999, de 28 de diciembre. Con anterioridad se habían producido modificaciones, aunque de menor entidad.

Este proceso de modificaciones no se ha cerrado. En nuestra opinión no se puede cerrar. También en el año 2000 se han introducido modificaciones en la normativa de protección de la competencia. Estas normas, de las que se da cuenta en el apartado de novedades normativas de este *Anuario*, no son tan relevantes como las dictadas en el año anterior. La relevancia de una norma, no obstante, es evidente que es una cuestión muy subjetiva, en función de los efectos o incidencia de la misma en cada sujeto y en cada momento.

Este proceso de modificación y ajuste continuará en el ejercicio siguiente. Ya se ha dictado una nueva ley, la Ley 9/2001, de 4 de junio, por la que se modifica, entre otras, la Ley de Defensa de la Competencia, fruto del proceso parlamentario derivado de la aprobación de un real decreto-ley. También es de esperar que se apruebe la normativa para regular la participación de las Comunidades Autónomas en la ejecución de las normas materiales de protección de competencia que dicte el Estado, consecuencia de los dictados de la sentencia del Tribunal Consti-

tucional de 11 de noviembre de 1999. Pueden dictarse otras normas para atender a otros y nuevos requerimientos que precisen ser más adecuadamente abordados de lo que lo están en la normativa vigente.

En general, la modificación normativa, siempre que se acompañe de medidas que garanticen la seguridad jurídica, ha de ser bien recibida. Todo esfuerzo para adecuar progresivamente el ordenamiento jurídico a las nuevas necesidades que la realidad social hace aparecer ha de ser bien recibido.

En el ámbito del Derecho de la competencia y en España ello es aun más necesario. No es oportuno, consideramos, pretender un cerramiento artificial del ordenamiento jurídico en base a la necesidad de asegurar una pretendida seguridad jurídica de los operadores económicos. Procede, en cambio, una adecuación progresiva del ordenamiento jurídico a las cuestiones que su aplicación práctica va suscitando.

La escasa tradición del Derecho de la competencia en España, referenciada exclusivamente en la última década, obliga a mejorar constantemente sus previsiones en orden a la consecución de su objetivo último de interés general, que es el mantenimiento de una competencia suficiente en el mercado. De otro lado, no se puede ignorar que la realidad social y económica está evolucionando de forma incesante y cada vez más rápidamente. Surgen en nuestra vida social y económica cuestiones, problemas o requerimientos desconocidos hace unos años. Si bien el Derecho de la competencia se caracteriza en sus normas esenciales por su generalidad, que las ha llevado a ser asimiladas a normas constitucionales, es evidente que existen perfiles y matices que precisan ser abordados.

Esta mejora, evidentemente, tiene que articularse mediante los instrumentos de que se dispone en nuestro sistema jurídico constitucional, pero el punto de partida ha de ser valorar en positivo todos los esfuerzos de modificación de normas que faciliten la consecución del interés público existente en la aplicación cuanto más efectiva posible de las normas de competencia.

III. EL IMPULSO DE LA REFORMA COMUNITARIA

El *Libro Blanco* sobre la modernización de las normas de aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea, adoptado por la Comisión Europea el 28 de abril de 1999, supuso el inicio de un replanteamiento profundo de la aplicación de las principales normas de competencia comunitarias. Las reflexiones y, en definitiva, las propuestas contenidas en el *Libro Blanco*, cuyos aspectos jurídicos fueron objeto de análisis en el *Anuario de la Competencia 1999* por Enrique GONZÁLEZ, destacado miembro de la *Merger Task Force* de la Comisión, constituyen una revisión profunda del *enforcement* del Derecho de la competencia comunitario.

Son muy numerosas las jornadas, los estudios, las reflexiones que el *Libro Blanco* ha suscitado en la comunidad. Tanto el *Anuario de 1999* como el presente recogen en la parte dedicada a bibliografía un número importante de libros o artículos de revista sobre este tema.

A partir de la adopción del *Libro Blanco* se inició el largo proceso que ha de concluir con las reformas normativas que permitan, si así se estima conveniente por el complejo entramado institucional comunitario, desarrollar el profundo cambio de enfoque que la Comisión plantea. Como es conocido, el procedimiento legislativo comunitario es, cuando menos, complejo.

Esta duración, si bien en ocasiones deriva de complejidades muy notables, no es una cuestión sin importancia. El entramado de intereses concurrentes en unas medidas como las propuestas por el referido *Libro Blanco*, que suponen un cambio muy profundo de enfoque y de metodología de aplicación, precisan que las reflexiones y la conversión de éstas en propuestas normativas no se aceleren en demasía. Para la consecución del objetivo de disponer de la norma más óptima es imprescindible que las instituciones con capacidad normativa dispongan de información exhaustiva sobre la temática y que se hayan expresado el mayor número posible de opiniones de distintas procedencias y que éstas sean debidamente analizadas.

La realización de la descentralización en la aplicación de las normas de competencia, e incluso la propuesta de adoptar un sistema de excepción legal y abandonar el de autorización administrativa, se enfrenta, a nuestro entender, principalmente con el problema de la realidad muy dispar de los Estados miembros. Si bien es conocido que se ha producido en materia de competencia un proceso de acercamiento completo entre las normas nacionales y comunitarias en muchos Estados, los sistemas y grado de aplicación de las normas de la competencia en los quince Estados miembros no son parejos. Incluso, entre los que disponen de mecanismos eficaces para perseguir las restricciones de la competencia, pueden existir posicionamientos distintos ante una misma o similar problemática.

Esta situación puede ser aun más significativa en caso de que cristalicen los procesos de ampliación de la Comunidad Europea, que después de los últimos Consejos Europeos parecen, si bien con dificultades, irreversibles. Cuando culminen los procesos de adhesión anunciados, la situación comparativa de implantación de sistemas eficaces de protección de la competencia puede variar de forma radical, ya que las tradiciones de los Estados candidatos en materia de competencia distan mucho de ser comparables a las de los actuales Estados miembros. Es más, se trata de una materia desconocida e incluso contraria a las tradiciones sociales, económicas y culturales imperantes en muchos de los Estados candidatos.

Es evidente que la culminación del proceso derivado del *Libro Blanco* tiene necesariamente que atender a esta realidad, ahora ya no muy lejana.

La reforma de la aplicación de las normas de competencia no puede ignorar o desconocer el nuevo marco en que operará la Comunidad Europea en muy pocos años. Seguramente, en caso de apostarse, como parece, por impulsar la reforma, será necesario establecer mecanismos asimétricos que permitan conseguir adecuadamente los objetivos de garantizar que la competencia sea respetada en todo el territorio comunitario. No se plantea como imprescindible un mecanismo de dos velocidades. Lo que a nuestro entender se requiere es que los preceptos e instituciones de aplicación de las normas comunitarias de competencia tengan en cuenta o sean reflejo de las muy variadas situaciones en que pueden encontrarse en una Comunidad de veinticinco Estados miembros.

IV. LA COMPETENCIA EN LOS NUEVOS MERCADOS

En los últimos años se han incrementado notablemente nuevas formas de actividad económica caracterizadas, de forma resumida, por el empleo de la red telemática como espacio o lugar de negocio. Si bien la definición resulta imprecisa, han surgido nuevos modelos de negocio que se han calificado de nueva economía.

Estos nuevos modelos de negocio originan un número importante de controversias en distintas esferas de análisis. También en la jurídica se suscitan nuevas cuestiones, por ejemplo, en los ámbitos fiscal, contractual o de la responsabilidad de los participantes. Los análisis de las normas de la competencia también deben alcanzar a estos nuevos modelos de negocio. En el apartado de bibliografía de este *Anuario* y en el del ejercicio anterior se recogen ya algunas referencias que abordan las relaciones entre las normas de competencia y estos nuevos modelos de negocio en la red.

El punto de partida es positivo. En términos generales, y salvo que se acredite lo contrario, cabe sostener que la articulación de nuevos negocios o de nuevas vías de negocio en la red tienden a favorecer la competencia. Las autoridades de competencia tienen una aproximación inicial positiva acerca de la creación de nuevos modelos de negocio en la red.

Establecido lo anterior, es evidente que la articulación de un entramado de negocio en la red entre dos o más operadores plantea cuestiones de cumplimiento de los imperativos de las normas de competencia. No obstante, no es posible un examen abstracto o genérico de cualquier negocio que se genere. Es imprescindible, como viene sucediendo con cualquier negocio que calificásemos de "ordinario", tener una información precisa, entre otros aspectos, de la estructura del negocio, del contenido de los estatutos y pactos entre accionistas en caso de creación de una nueva sociedad mercantil, de las reglas operativas del negocio, de los contratos suscritos con los participantes y a suscribir con terceros, sean suministradores o adquirentes de un producto o servicio, de las características del mercado o de las cuotas de mercado de los operadores.

En este último aspecto es donde pueden aparecer mayores dudas por la definición del mercado relevante, tanto desde una perspectiva material como territorial. Como sucede como regla general en los temas de competencia, la definición del mercado relevante, cuestión analizada en este *Anuario* por Amadeo PETITBÓ e Íñigo HERGUERA, deviene esencial. En términos generales, no puede afirmarse que, en la actualidad, la actividad económica en la red constituya un mercado relevante específico desde la perspectiva de las normas de competencia. Las autoridades de competencia, salvo que el mercado en la red genere un producto específico y no sustituible en el mercado tradicional, han estimado que no existe un mercado relevante específico. No obstante, queríamos insistir en el aspecto temporal, que ha llevado a introducir los términos *en la actualidad* en las frases anteriores. La definición del mercado relevante es, a nuestro entender, consustancialmente evolutiva. En la medida en que se desarrollen estos nuevos modelos de negocio habrá que establecer con seguridad nuevos mercados relevantes más específicos.

El examen de competencia es esencial en el momento inicial de articulación del nuevo negocio. Sin embargo, es imprescindible establecer los mecanismos que garanticen que en el desarrollo de la actividad se cumplan por todos los participantes las exigencias de las normas de competencia. En ocasiones, se tiende a prestar una atención adecuada a esta cuestión en el momento de la creación del negocio, mientras que no se establecen los mecanismos que aseguren que también en el desarrollo de la actividad empresarial se respetarán las obligaciones derivadas de las normas de competencia.

En general, por nuestra experiencia, el examen de competencia de estos nuevos modelos de negocio no deriva en un problema que podamos calificar de no solucionable. El análisis de la perspectiva de la competencia supone, en ocasiones, simplemente la necesidad de ajustar la estructura del negocio definida inicialmente, que puede obviamente activarse.

El examen desde las normas de la competencia de estos nuevos modelos de negocio no hace surgir un “nuevo Derecho de la competencia”. Lo que genera es la necesidad de apreciar unas cuestiones específicas que plantean los nuevos modelos de negocio en mayor medida que los tradicionales.

V. LA PARTICIPACIÓN DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

Uno de los principales retos que tiene planteado el sistema español de protección de la competencia es la incorporación al mismo de las Comunidades Autónomas. En el *Anuario de 1999*, el profesor TORNOS comentó con detalle la sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de noviembre de 1999, que declaraba, de forma resumida, la inconstitucionalidad de la atribución exclusiva a la Administración General del Estado de la aplicación de la Ley de Defensa de la Competencia.

En este *Anuario*, Luis DE GUINDOS pone de relieve la importancia de esta cuestión y apunta algunas vías en que podría articularse en el futuro esta incorporación, que fue objeto de comentario en la «Presentación» del *Anuario de 1999*. Decíamos entonces 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». Conviene insistir en esta línea y en la necesidad de establecer una cooperación leal y efectiva en doble sentido entre las autoridades centrales y autonómicas.

Nuestro entramado constitucional es complejo y peca, en ocasiones, de excesivos formalismos. Sin menoscabo de las competencias que corresponden a cada poder público, es oportuno que se diseñen mecanismos informales de cooperación que busquen el acuerdo, la colaboración, la ayuda y el auxilio entre poderes públicos. No siempre en la misma dirección. También en doble dirección. No se puede tratar obviamente de negociar en todo momento las competencias de cada poder público. El objetivo ha de ser, en el marco competencial de cada autoridad pública, la articulación de la cooperación adecuada para una más efectiva aplicación de las normas de competencia.

La administración de las Comunidades Autónomas puede encontrarse ante un nuevo escenario, que incluso puede entrar en contradicción con algunas puntuales actuaciones administrativas. En el repertorio de las resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia pueden encontrarse algunos ejemplos y, en general, las complejas relaciones entre Administración Pública y Derecho de la competencia son analizadas en este *Anuario* por Gonzalo SOLANA, presidente del Tribunal de Defensa de la Competencia.

La cuestión determinante es que todos los poderes públicos aborden el nuevo escenario que ha de derivar de la sentencia del Tribunal Constitucional desde el compromiso de aplicación efectiva de las normas de competencia.

VI. LA APLICACIÓN DE LA LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA EN 2000

Los datos que recoge el *Anuario de la Competencia 2000* sobre la aplicación de la LDC en este ejercicio no presentan grandes novedades respecto a los años anteriores. Es obvio que difícilmente podría ser de otro modo. Las tendencias están claramente establecidas y evolucionan de conformidad con lo acontecido en ejercicios anteriores. Merecen algunos comentarios los principales parámetros.

Se ha reducido el número de expediente de prácticas restrictivas que entran en el SDC. La reducción de las denuncias es significativa (de 145 en 1999, a 99 en 2000). Como hemos insistido en todos los *Anuarios*

de la Competencia, el número de denuncias, sin entrar a valorar su contenido, era anormalmente alto teniendo en cuenta que el SDC procedía a su archivo inmediato en un número muy importante de casos. El problema no es el elevado número, sino, a nuestro entender, que existía una desconexión evidente entre los denunciadores y la labor del SDC, lo cual consideramos era consecuencia de que en muchísimos casos la denuncia formulaba una pretensión no procedente en sede de competencia. Así lo confirma que el TDC desestimara prácticamente todos los recursos que los denunciadores presentaron contra los acuerdos del SDC de archivo de las actuaciones.

Es importante advertir también, en orden a la labor del SDC, que la reducción del número de denuncias no ha conllevado una paralela reducción de los expedientes que se remiten al TDC. También este número se ha reducido, pero no en las dimensiones de las denuncias. De forma quizá excesivamente esquemática, podríamos llegar a decir que los casos son los que son (los 51 que se remiten al TDC en 2000, o los 60, 53 o 67 de los anteriores años), sin que en ello parezca que incida, al menos de forma significativa, el número de denuncias que se presentan.

En paralelo a la reducción del número de denuncias, también se ha reducido el número de los expedientes que se inician de oficio. Esta cifra también ha merecido comentarios en anteriores *Anuarios*. Desde una perspectiva porcentual, en el año 2000 el SDC ha iniciado de oficio el 2,4 por 100 de los expedientes (las denuncias representan el 77,9 por 100 y las autorizaciones el 19,7 por 100 restante). Es obvio que no conocemos la cifra de expedientes iniciados de oficio que pudiéramos considerar óptima. No obstante, el número del año 2000 parece transmitir que el SDC requiere un incremento significativo de medios materiales y humanos, o incluso seguramente un cambio en los métodos de gestión de los recursos que el actual ordenamiento jurídico no permite.

Desde otra perspectiva, puede afirmarse que la labor del SDC, aun no afectando prácticamente a los expedientes que se remiten al TDC, se ha tenido que dirigir a atender el elevadísimo número de expedientes de concentración empresarial que se han notificado en el año 2000. Hay que observar que en dos años, fruto indudable del importante cambio normativo de 1999, el número de expedientes notificados se ha multiplicado por tres (de 31 expedientes en 1998, a 93 en 2000). Es evidente que el SDC ha tenido que abocar muchos más esfuerzos al control de concentraciones empresariales que en ejercicios anteriores.

En cuanto a la labor del TDC en el año 2000, los datos que refleja este *Anuario* muestran una continuidad evidente. Las cifras globales en que se traduce su actuación diaria se manejan desde hace tres ejercicios en parámetros similares. En parte, ello es consecuencia indudable de la oscilación significativa de las cifras de actuación del SDC, en función de las cuales se deberán generar las del TDC.

En cuanto a la imposición de multas, donde las oscilaciones habían sido más significativas en los ejercicios anteriores, en el año 2000 la cifra

es similar a la del ejercicio anterior. Habrá que observar la evolución del año 2001 para determinar si se estabiliza esta tendencia.

La labor del TDC —obviamente la de hace bastantes años por la duración excesiva de los procesos judiciales— sigue en líneas generales confirmando por la Audiencia Nacional. La Sección Sexta de este Tribunal, que ha de conocer de las impugnaciones de las resoluciones del TDC, viene confirmando las decisiones administrativas. En este punto habría que señalar la oportunidad de establecer una distribución de materias que asegure no ya sólo la especialidad de los magistrados, que existe en magistrados de la Sección Sexta, sino la posibilidad de atender adecuadamente —lo que supone, junto a otras cosas, en plazos razonables— las controversias en materia de competencia. Más que reiterar la exigencia de más medios puede proceder reclamar una asignación adecuada de las materias que permita a la jurisdicción contencioso-administrativa ejercer el control de las resoluciones del TDC en plazos razonables.

VII. EL ANUARIO DE LA COMPETENCIA 2000

El *Anuario de la Competencia 2000* consolida un proyecto iniciado en el año 1996. La Fundación ICO, que acogió en el año 1996 el proyecto de promocionar la reflexión en cuestiones de competencia desde las vertientes económicas y jurídicas, ha mantenido una línea de trabajo que seguro ha enriquecido el necesario e imprescindible debate sobre esta materia. Los últimos años del siglo xx, entre otros aspectos, se han caracterizado por el impulso de la liberalización y la consecuente mayor exigencia de aplicación de las normas de competencia como elemento sustancial al proceso liberalizador.

El *Anuario* ha pretendido servir como instrumento de reflexión, debate y profundización en el análisis de los problemas de competencia. En un país con escasa tradición en la materia, consideramos que el *Anuario* viene a aportar —evidentemente junto a otras publicaciones— opiniones, ideas, criterios, reflexiones, críticas, que son necesarias para el análisis y la toma de decisiones, públicas o privadas.

Son muchos e importantes los estudios y comentarios de resoluciones y sentencias publicados en el *Anuario* desde el año 1996. Son muchos centenares las páginas dedicadas a recoger informaciones, pareceres, discusiones, publicaciones que pueden ser utilizadas por todos los operadores para enriquecer sus reflexiones, trabajos y argumentaciones. También, para nosotros, es muy importante destacar los muy distintos perfiles de los profesionales que en estos años nos han hecho el honor de colaborar con este proyecto.

El sumario del *Anuario de la Competencia 2000* es un buen reflejo de estas reflexiones. Desde las consideraciones del Secretario General de Política Económica y Defensa de la Competencia y del Presidente del Tribunal de Defensa de la Competencia, hasta las expresadas por

profesores universitarios, magistrados, altos responsables ministeriales, profesionales de instituciones extranjeras, abogados en ejercicio. Todos ellos nos han hecho el honor de aceptar nuestra invitación para participar en el *Anuario de la Competencia 2000*. A todos ellos quería expresar mi agradecimiento.

Finalmente, quiero manifestar una vez más mi agradecimiento a la Fundación ICO por haberme confiado la Dirección del *Anuario de la Competencia*.

PRIMERA PARTE

ESTUDIOS

LA POLÍTICA ESPAÑOLA DE COMPETENCIA EN EL NUEVO ENTORNO ECONÓMICO INTERNACIONAL

Por el Sr. Manuel Fábregas

PRIMERA PARTE

INSTITUTO DE POLÍTICA ECONÓMICA
Y CIENCIAS DE LA ORGANIZACIÓN
DE LA EMPRESA

ESTUDIOS

La competitividad de la industria de la construcción es uno de los factores más importantes de la actividad económica en el mundo. Este sector es el más dinámico de la economía internacional en los últimos años. Para competir con países como China, Estados Unidos, España, etc., es necesario tener un alto nivel de productividad y un alto nivel de innovación. Este estudio analiza el estado de la industria de la construcción en España y el mundo, y propone algunas medidas para mejorar la competitividad de la industria española.

El primer punto de la investigación es el análisis de la competitividad de la industria de la construcción en España y el mundo. Este estudio se basa en el análisis de los datos estadísticos de la industria de la construcción en España y el mundo, y en el análisis de los factores que afectan a la competitividad de la industria de la construcción.

Los principales resultados de este estudio son los siguientes: la industria de la construcción en España tiene un alto nivel de productividad y un alto nivel de innovación, pero su competitividad es inferior a la de otros países como China, Estados Unidos, etc. Esto se debe a los altos costes de producción y a la falta de innovación en algunos sectores de la industria de la construcción. Por lo tanto, se proponen algunas medidas para mejorar la competitividad de la industria española, como la reducción de los costes de producción y la promoción de la innovación.

II. GLOBALIZACIÓN Y COMPETITIVIDAD

La competitividad internacional de la industria de la construcción en España se ve afectada por la globalización de la economía. La globalización ha permitido que las empresas de otros países compitan con las empresas españolas en el mercado internacional. Esto ha llevado a una disminución de la competitividad de la industria española. Por lo tanto, se proponen algunas medidas para mejorar la competitividad de la industria española en el mercado internacional, como la promoción de la innovación y la reducción de los costes de producción.

LA POLÍTICA ESPAÑOLA DE COMPETENCIA EN EL NUEVO ENTORNO ECONÓMICO INTERNACIONAL

Luis de Guindos Jurado

Secretario General de Política Económica
y Defensa de la Competencia
Ministerio de Economía

La consolidación de la defensa de la competencia como uno de los instrumentos principales de la política económica es uno de los fenómenos más destacables vividos en la escena internacional en los últimos años. Para ilustrar este proceso baste destacar que algunos asuntos especialmente notables, entre los que el caso Microsoft o las grandes fusiones en el ámbito de internet y los medios de comunicación son sin duda ejemplos claros, han convertido en protagonistas a instituciones y funcionarios cuyo trabajo hasta hace poco tiempo era en gran medida desconocido por el público en general.

Nuestro país no ha sido ajeno a este aumento de la importancia y visibilidad de la defensa de la competencia, siendo el ejercicio 2000 clave tanto desde el punto de vista normativo como en cuanto a la actividad de las instituciones encargadas de la defensa de la competencia.

Este mayor protagonismo ha propiciado un interesante debate teórico y político, que no está cerrado, y que debe necesariamente partir de un análisis de los principales elementos y tendencias de la defensa de la competencia, tanto en nuestro país como en el marco internacional. Revisar brevemente estos elementos básicos es precisamente el objeto del presente artículo.

1. GLOBALIZACIÓN Y COMPETENCIA

La creciente integración de las economías mundiales, impulsada en gran medida por la liberalización de los movimientos de capitales y los profundos avances tecnológicos en diversos campos que conforman lo que se ha dado en llamar «nueva economía», es un elemento que no puede ser ignorado a la hora de analizar la evolución de la defensa de la competencia en los últimos años.

En efecto, la globalización ha tenido y tiene, al margen de sus importantes implicaciones de corte macroeconómico, un papel principal en la definición de las estrategias empresariales. Este papel puede concretarse en un aumento de la productividad y al mismo tiempo de las economías de escala y del tamaño crítico de los operadores para competir en mercados de producto cada vez más imbricados y mercados geográficos cada vez más grandes.

Desde la perspectiva de la defensa de la competencia, estas estrategias tienden a favorecer tanto los acuerdos entre empresas que superan el ámbito de las economías domésticas como las concentraciones empresariales de gran envergadura que implican también a operadores multinacionales.

La intensidad de este proceso de concentración empresarial es clara si consideramos que, de acuerdo con algunas estimaciones, el volumen de recursos implicado por las fusiones y adquisiciones fue inferior a medio billón de dólares a principios de la última década del siglo xx y superó los tres billones el año pasado, siendo el aumento especialmente destacable a partir de 1995.

CUADRO 1

VALOR DE LAS FUSIONES Y ADQUISICIONES EN BILLONES DE U\$ *

1990	1991	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000
0,45	0,35	0,36	0,45	0,5	0,90	1,20	1,70	2,60	3,30	3,50

* Cifras aproximadas en millones de millones de us.

Fuente: Thomson Financial Securities Data.

Indudablemente, la eliminación de las barreras a los flujos de inversión, la aceptación de la disciplina que introduce un mercado de capitales mundialmente integrado y el creciente tamaño de los mercados explican en gran medida este proceso de concentración. Pero otros elementos vinculados con la política económica no deben ser ignorados.

En concreto, la liberalización y privatización de determinadas actividades, hasta hace poco cerradas a la competencia sobre la base de su consideración como monopolios naturales, ha propiciado la entrada de nuevos competidores, el aumento de los flujos transnacionales de inversión directa y, por tanto, de las concentraciones interjurisdiccionales. El caso de las telecomunicaciones, la energía o los transportes es sin duda paradigmático, siendo los países anglosajones pioneros en este proceso de cambio estructural.

Un segundo elemento, de tipo macroeconómico, es el éxito de las políticas antiinflacionistas aplicadas en los países de la OCDE, que han permitido un intenso recorte de los tipos de interés reales y, consecuen-

temente, un aumento de los precios de los títulos de renta variable. El aumento de los ratios precio-beneficio de las empresas ha potenciado el canje de títulos como forma de pago de las adquisiciones, abaratando los costes financieros de estas operaciones.

Finalmente, es preciso considerar un elemento particular del entorno europeo: el proceso de integración económica y monetaria. Por una parte, este proceso ha potenciado todos los factores hasta ahora comentados y, por tanto, ha determinado un marco óptimo para los acuerdos y la integración entre empresas de distintos Estados miembros.

Por otra parte, la pérdida de control por parte de las autoridades nacionales de instrumentos de política económica en el contexto de la Unión Monetaria ha cambiado los esquemas tradicionales de toma de decisiones. En efecto, la pérdida del tipo de cambio como instrumento al menos teórico de estabilización macroeconómica, la centralización de la política monetaria y la disciplina fiscal impuesta por el Pacto de Estabilidad y Crecimiento, han convertido la política de oferta en prácticamente la única en manos de los Gobiernos nacionales. La regulación de los mercados de bienes y servicios y la política de competencia, siempre en el marco de las directrices y normas comunitarias, se convierten así en protagonistas necesarios de la actuación política en los Estados miembros.

Aunque la realización de previsiones en este terreno es siempre arriesgada, la mayoría de analistas apuntan a una cierta ralentización de este proceso de concentración empresarial, tras las operaciones récord realizadas hace un año con la compra de Mannesmann por parte de Vodafone o de Time Warner por parte de AOL.

Además del lógico agotamiento del impulso iniciado a mediados de la pasada década, estas previsiones se fundamentan en la corrección de los precios de las acciones en los últimos meses, la creciente cautela de los mercados financieros para la concesión de crédito y las preocupaciones con respecto a una recesión en los EEUU. Estos elementos inciden especialmente en el mercado de tecnología, medios de comunicación y telecomunicaciones, que supuso el 40 por 100 de las fusiones mundiales en 2000.

Todos los factores anteriormente mencionados y las estrategias empresariales de ellos derivadas han planteado retos hasta ahora desconocidos para la política de competencia, que ha respondido adaptando su marco legal e institucional al entorno cambiante.

En primer lugar, se ha producido un notable refuerzo de los instrumentos y de la actividad de las autoridades correspondientes. Aunque el refuerzo es especialmente notable en el caso de los EEUU, de la Comisión Europea y de los Estados miembros, es importante destacar que muchos países en desarrollo han puesto en marcha la aprobación de normas de competencia y el establecimiento de un marco institucional para su ejecución.

En segundo lugar, se observa la paulatina aproximación de los distintos regímenes, tanto desde la perspectiva de la homogeneización de legislaciones (especialmente en el seno de la UE) como desde la consecución de acuerdos y foros centrados en la política de competencia que cada vez integran más países. En última instancia, estas iniciativas probablemente resultarán en el refuerzo de la cooperación formal o informal entre autoridades.

En este contexto, cabe plantearse cuáles han sido las líneas directrices de la política de defensa de la competencia en nuestro país.

2. EVOLUCIÓN RECIENTE DE LA POLÍTICA DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA EN ESPAÑA

Como en otros países de nuestro entorno, la normativa española de defensa de la competencia ha ido adecuándose a los retos derivados de los importantes cambios políticos y económicos vividos en las últimas décadas. El proceso de reforma normativa, todavía abierto en algunos terrenos, ha sido especialmente importante en el último año.

La piedra angular de la defensa de la competencia en nuestro país es la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, que sustituyó la Ley de Represión de Prácticas Restrictivas de la Competencia de 1963. Esta reforma respondió a la integración de la economía española en el contexto comunitario y la ampliación del tamaño de los mercados para las empresas españolas, con el consiguiente aumento de los procesos de concentración entre empresas, factores que exigieron el refuerzo de la legislación en la materia y su adecuación al modelo comunitario.

La Ley de Defensa de la Competencia ha sido desarrollada por un conjunto de Reales Decretos y continúa vigente hoy en día, si bien ha sido reformada en los últimos años por diversas disposiciones. Estas reformas han supuesto algunas alteraciones fundamentales en el sistema que, aunque especialmente relevantes en el terreno del control de concentraciones, también han afectado a la investigación de conductas restrictivas de la competencia y al control de ayudas públicas.

En materia de *concentraciones*, la política española de defensa de la competencia tiene un carácter preventivo y se basa en los artículos 14 a 18 de la Ley de Defensa de la Competencia. Estas disposiciones se ven completadas por el Real Decreto 1080/1992, que establece las normas y procedimientos del sistema de control de concentraciones, estando en marcha su reforma para adecuarlo a los cambios realizados en la Ley desde su aprobación.

En esencia, el sistema no se opone *a priori* a los procesos de concentración entre empresas, sino que trata de evitar que estas operaciones resulten en un deterioro de la competencia efectiva en los diferentes mercados afectados y, en última instancia, en una reducción del excedente

del consumidor. El análisis de las operaciones se fundamenta en criterios técnicos y la decisión es en última instancia competencia del Consejo de Ministros por ser el control de concentraciones un elemento consustancial a la política económica del Gobierno.

El control de fusiones y adquisiciones es uno de los aspectos de la política de competencia que más ha evolucionado en los últimos años en nuestro país, siguiendo las tendencias de nuestro entorno y adaptándolo a la realidad de un proceso de concentración empresarial sin parangón con otros momentos de nuestra historia.

En este sentido, el Real Decreto-ley 6/1999 estableció la notificación obligatoria de las operaciones de concentración que superen determinados umbrales de volumen de negocios o de cuota de mercado. Adicionalmente, esta norma introdujo la posibilidad de la terminación convencional en los expedientes de concentración cuando los posibles obstáculos a la competencia fueran fácilmente subsanables.

Posteriormente, la Ley 52/1999 estableció el cobro de una tasa por la notificación y el estudio de las operaciones de concentración, con el fin de dotar de recursos a los órganos de defensa de la competencia en un contexto de intensa consolidación fiscal.

El nuevo modelo se vio completado con el Real Decreto-ley 6/2000 que, en concordancia con la política seguida por otros países europeos y por la propia Comisión en materia de control de concentraciones, estableció la suspensión de la ejecución de las operaciones notificadas hasta que la Administración manifestara su no oposición a las mismas.

Con el fin de minimizar los efectos de este refuerzo de los mecanismos de control sobre las decisiones de los operadores privados, se han reducido los plazos máximos para la tramitación de expedientes, tanto por el Servicio de Defensa de la Competencia como por el Tribunal, de siete a cuatro meses en total. Con ello, el sistema español se ha dotado de un procedimiento similar a los de la mayoría de Estados miembros, con un plazo no sólo en línea, sino claramente entre los menores de la UE.

Finalmente, el citado Real Decreto-ley 6/2000 ha limitado la participación de personas físicas o jurídicas en los órganos de decisión de más de un operador principal en los sectores eléctrico, de hidrocarburos líquidos y gaseosos y de telefonía, tanto portátil como fija. El objeto no es otro que prevenir la coordinación estratégica de los operadores de determinados mercados en proceso de liberalización, coordinación que se ve favorecida por la presencia de accionistas comunes.

El último cambio normativo referente a concentraciones es el Real Decreto-ley 2/2001 que concreta el tipo de condiciones que fija el Consejo de Ministros para la aprobación de operaciones e incluye multas coercitivas para el incumplimiento de los Acuerdos en este terreno.

Como resultado de estas reformas, el número de expedientes de concentración económica tramitados por el Servicio de Defensa de la Com-

petencia ha evolucionado claramente al alza en los últimos años, hasta alcanzarse las 93 operaciones notificadas en 2000.

CUADRO 2

EXPEDIENTES TRAMITADOS POR CONTROL DE CONCENTRACIONES

	1990	1991	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000
Notificaciones	8	11	18	15	13	20	23	19	31	51	93
Exptes. remitidos al TDC	3	0	7	4	1	6	2	7	4	15	12

Fuente: Servicio de Defensa de la Competencia. Ministerio de Economía.

Al margen del aumento del número de operaciones estudiadas, es preciso destacar la creciente envergadura y complejidad de las mismas. En este sentido, basta recordar asuntos tan relevantes como la creación de las dos principales entidades bancarias nacionales, BBVA y BSCH, la fusión Promodés-Carrefour o el más reciente proyecto Endesa-Iberdrola.

La complejidad del análisis no siempre se corresponde con el volumen de recursos financieros en cuestión, ya sea por capital o por facturación. De hecho, algunas operaciones analizadas en los últimos meses en mercados de nueva creación vinculados con las tecnologías de la información han planteado cuestiones novedosas y controvertidas, especialmente en lo relativo a definición de mercados relevantes, barreras a la entrada o estructura competitiva.

Estos procesos exigen el uso de herramientas cada vez más sofisticadas y de un análisis que, superando los conceptos tradicionales basado en el grado de concentración empresarial del mercado, se centre en la competencia efectiva y potencial, en la estructura de los mercados y especialmente en las barreras de entrada y de salida de los mismos.

Pasando a analizar el *control de prácticas restrictivas*, la política española de competencia ha experimentado asimismo diversas reformas en los últimos años. La base normativa se encuentra en los artículos 1, 6 y 7 de la Ley 16/1989, que prohíben los acuerdos entre empresas restrictivos de la competencia, los abusos de posición de dominio, y las prácticas desleales que afecten al interés público.

El Real Decreto-ley 7/1996 modificó el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia, permitiendo la aplicación de una regla *de minimis* que permita rechazar aquellas denuncias derivadas de conflictos privados de pequeña dimensión que no afecten al interés público.

La segunda reforma de tipo parcial en materia de conductas prohibidas vino de la mano de la Ley 66/1996, de Acompañamiento de los Presupuestos Generales del Estado, que estableció plazos máximos en

la duración de las fases del procedimiento sancionador por infracciones de la Ley de Defensa de la Competencia, tanto ante el Servicio como ante el Tribunal de Defensa de la Competencia.

Finalmente, la ya citada Ley 52/1999, entre otros aspectos novedosos, añadió al artículo 6 un nuevo supuesto de conducta prohibida, la «explotación abusiva por una o varias empresas de la situación de dependencia económica...». De esta forma, la Ley ha pasado a sancionar no sólo las prácticas abusivas realizadas por empresas en posición de dominio, sino también aquellas realizadas por empresas que, sin ser dominantes, tengan a sus proveedores o clientes en una situación de dependencia.

Otros aspectos destacables de la citada reforma han sido la aclaración de los artículos 2 y 7 en relación con los límites a la excepción legal y las conductas desleales, la posibilidad de que el Tribunal de Defensa de la Competencia coopere con los órganos judiciales en la determinación de daños y perjuicios (art. 13) e interese la instrucción de expedientes por el Servicio de Defensa de la Competencia, la introducción de la figura de la terminación convencional de los expedientes sancionadores, y la reducción de los plazos de tramitación. Además, la Ley aclara las funciones de las Comisiones reguladoras sectoriales en este ámbito.

El aumento de la complejidad de los asuntos tratados, que ya se comentó en relación con las concentraciones empresariales, es igualmente claro en el terreno de las conductas restrictivas de la competencia, dado el cada vez mejor conocimiento de la Ley y sus implicaciones por parte de las empresas, la creciente interconexión de los mercados y el surgimiento de nuevas estructuras empresariales e industriales difíciles de encuadrar con los parámetros tradicionales.

Finalmente, las reformas han alcanzado también el ámbito de las *ayudas públicas*. La Ley 52/1999 ha reforzado y ampliado las funciones del Tribunal de Defensa de la Competencia, al permitirle evaluar de oficio los criterios de concesión de las ayudas, siempre en relación con las condiciones de competencia efectiva en los mercados. A la vista del informe del Tribunal, el Consejo de Ministros puede proponer a los poderes públicos la supresión o modificación de los citados criterios así como las correspondientes medidas encaminadas a mantener o restablecer las condiciones de competencia.

La revisión de las principales novedades normativas y líneas directrices de la política de defensa de la competencia en España no puede cerrarse sin hacer referencia a un elemento que necesariamente afectará a la estructura institucional hasta ahora vigente. Se trata de la Sentencia del Tribunal Constitucional 208/1999, de 11 de noviembre de 1999, dictada en dos recursos de inconstitucionalidad presentados por las Comunidades Autónomas de Cataluña y el País Vasco.

En su fallo, el Alto Tribunal estimó parcialmente los citados recursos, considerando que, al no estar expresamente reservada al Estado la mate-

CUADRO 3

ASUNTOS INSTRUIDOS SOBRE CONDUCTAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA

	1990	1991	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000
Denuncias	80	74	95	99	94	86	120	214	146	145	99
Iniciación de oficio	4	11	11	9	5	13	15	14	12	9	3
Solicitudes de autorización	20	9	13	33	49	59	46	40	34	29	25
Total expedientes ¹	104	94	119	141	148	158	181	268	192	183	127
Archivos	26	17	39	58	59	55	79	95	119	111	82
Acumulados	6	12	20	15	2	5	13	15	10	9	6
Sobreseimientos	5	8	21	30	19	16	24	19	30	26	27
Remisiones al TDC	52	27	31	39	68	63	66	67	53	60	51

¹ Iniciados en cada año.

Fuente: Servicio de Defensa de la Competencia. Ministerio de Economía.

ria denominada «defensa de la competencia», las Comunidades Autónomas que así lo hayan previsto en sus Estatutos tienen competencias ejecutivas en relación con el «comercio interior» y, dentro de éste, en materia de «defensa de la competencia».

Por otro lado, el ejercicio de estas competencias debe armonizarse con la necesidad de proteger la unidad de la economía nacional y la exigencia de 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.

Por esta razón, el Tribunal Constitucional ha dictaminado que corresponde al Estado no sólo la competencia normativa, sino todas las actividades ejecutivas que determinen la configuración real del mercado único de ámbito nacional. En concreto, corresponderá al Estado la investigación y análisis de prácticas que puedan alterar la libre competencia en un ámbito supraautonómico o en el conjunto del mercado nacional, aunque los actos ejecutivos correspondientes deban realizarse en el territorio de cualquiera de las Comunidades Autónomas.

Adicionalmente, esta Sentencia dispone la obligación del Estado de articular mediante una norma de rango legal el establecimiento de los mecanismos de conexión pertinentes para el ejercicio de las competencias que corresponden al Estado y a las Comunidades Autónomas; los mecanismos de coordinación que garanticen la uniformidad de la disciplina

de la competencia en todo el mercado nacional; y los imprescindibles mecanismos de colaboración e información recíproca entre Administraciones.

El Gobierno presentará próximamente un proyecto de Ley para el cumplimiento de este mandato que, siguiendo fielmente los elementos de la Sentencia 208/1999 antes citada, establece los puntos de conexión que determinarán la competencia del Estado o de las Comunidades Autónomas respecto de los procedimientos que tengan por objeto actuaciones asociadas con las conductas prohibidas, el abuso de posición dominante y el falseamiento de la libre competencia por actos desleales.

El principio central de los puntos de conexión es que corresponderá al Estado el ejercicio de las competencias reconocidas en la Ley de Defensa de la Competencia respecto de aquellos procedimientos que tengan por objeto conductas que alteren o puedan alterar la libre competencia en un ámbito supraautonómico o en el conjunto del mercado nacional, aunque el ejercicio de tales competencias haya de realizarse en el territorio de cualquiera de las Comunidades Autónomas.

De forma simétrica, corresponde a las Comunidades Autónomas con competencias en la materia el ejercicio de las mismas respecto de conductas que no alteren o puedan alterar la libre competencia en un ámbito superior al de la Comunidad Autónoma o en el conjunto del mercado nacional. Se opta así, de acuerdo con la Sentencia y con los principios esenciales de la política de competencia, por un principio de asignación fundamentado en el territorio en que se producen los efectos de la conducta.

Con el fin de garantizar la seguridad jurídica de los operadores económicos y la uniformidad en la aplicación de la normativa de defensa de la competencia así como de minimizar los conflictos derivados de la interpretación de estos criterios, el anteproyecto incluye un conjunto de supuestos objetivos en los que se considerará que los efectos de la conducta no se restringen al ámbito de una Comunidad Autónoma, bajo determinadas circunstancias.

Adicionalmente, el proyecto establece un mecanismo equilibrado para la resolución de los conflictos que la aplicación de los puntos de conexión pueda generar basado en una Junta Consultiva, define un sistema para el suministro de información recíproco entre los órganos competentes en la materia, y fija determinados aspectos institucionales y de coordinación para la ejecución de la normativa de defensa de la competencia por parte de las Comunidades Autónomas. El objetivo principal de estos mecanismos es garantizar la uniformidad en la aplicación de la normativa; elemento indispensable para la unidad del mercado nacional y la igualdad de las condiciones básicas de ejercicio de la actividad económica.

3. CONCLUSIÓN

El proceso de liberalización, la eliminación de las barreras a los flujos de inversión transnacionales y el proceso de concentración empresarial han propiciado un importante e interesante debate sobre el papel que debe jugar la política de defensa de la competencia en la actualidad.

En este debate, una primera aproximación consistiría en intentar limitar los efectos de la globalización a través de la generación de empresas nacionales con un carácter quasi-inexpugnable frente a la toma de control externo. La búsqueda de «campeones nacionales» de gran tamaño y no sometidos a la disciplina de los mercados de capitales beneficiaría en el corto plazo a los operadores protegidos, en detrimento del excedente y bienestar del consumidor.

Este planteamiento, que ha guiado la política económica de nuestro país en otros momentos históricos, es contrario a los principios de la eficiencia económica y a la defensa del bienestar del consumidor, objetivos últimos de la defensa de la competencia y de la política económica general. Además, podría desencadenar actuaciones similares en otros países, con lo que los efectos negativos para el consumidor y, a medio plazo, para las propias empresas protegidas, se extenderían.

Un segundo enfoque, más racional desde el punto de vista económico, consiste en entender que el proceso de concentración empresarial transnacional tiene sólidos fundamentos en los cambios estructurales que se han destacado anteriormente. Consiguientemente, no se trataría de ignorar y frenar los cambios, sino de adecuar los esquemas de decisión, tanto de la Administración como de las empresas, al nuevo contexto.

De acuerdo con este enfoque, la actuación de la política económica debería centrarse en garantizar un marco regulatorio adecuado para los diversos segmentos del mercado y utilizar los instrumentos de la defensa de la competencia para evitar comportamientos que reduzcan el bienestar general y, en particular, el de los consumidores.

En este sentido, la política de defensa de la competencia en España ha venido marcada en los últimos años por importantes reformas normativas que han adaptado el modelo a los retos derivados de la privatización, liberalización, apertura y globalización, definiendo un sistema perfectamente homologable con los de los principales países desarrollados. Estos cambios, junto con el importante aumento en el número y complejidad de las operaciones de concentración y conductas estudiadas, deben acompañarse de una revisión de los instrumentos analíticos fundamentales del sistema.

En concreto, la defensa de la competencia no debe tener como objetivo el logro de estructuras de mercado que funcionen exactamente como el modelo neoclásico tradicional de competencia perfecta. En la realidad, prácticamente nunca se cumplen los supuestos básicos de dicho modelo

(información perfecta, ausencia de externalidades, divisibilidad y homogeneidad del producto, ...) y la propia teoría del bienestar establece que, en ausencia de alguno de estos supuestos, el modelo de competencia perfecta no garantiza el logro del óptimo paretiano, sino que nos encontramos en lo que se conoce como *second best*. En consecuencia, es preciso buscar líneas directrices que no sustituyan totalmente, sino que complementen la visión tradicional o la adapten a las circunstancias de cada economía.

En el mundo real, la estrategia de los operadores económicos se orienta principalmente al aumento de sus ventas, de sus recursos, de su peso relativo y, en definitiva, de su poder de mercado. Esta estrategia está en la base de la innovación empresarial, la mejora de los productos y servicios, el aumento de la eficiencia y, en suma, la economía de mercado. En este contexto, la política económica ha de garantizar que dichos comportamientos se producen en un entorno que no dificulte o impida la entrada de competidores. En última instancia, se trata de buscar la expugnabilidad o «contestabilidad» de los mercados, para que la competencia efectiva y potencial suponga un acicate constante para la innovación y las ganancias de eficiencia, maximizándose así el bienestar de la sociedad.

Con ello, el acento de la política de competencia se traslada desde el intento simplista y muchas veces inalcanzable de eliminar el poder de mercado *per se* hacia la reducción de las barreras a la entrada y la salida y la introducción de incentivos o exigencias que lleven a un comportamiento lo más competitivo posible por parte de los operadores económicos.

Frente a aproximaciones estáticas centradas en el análisis de las cuotas de mercado de los operadores económicos, la política de competencia debe orientarse hacia un análisis dinámico, que responda al carácter cambiante de los mercados, cada vez más globales, y a la necesidad de no coartar las iniciativas empresariales que, dentro de la legalidad, no sean sino un reflejo de nuevos productos, nuevos servicios, nuevas estrategias competitivas. Todo ello a través de instrumentos que eviten la arbitrariedad basándose en pautas claras y transparentes y actúen de forma coherente con la propia política de regulación de los mercados.

En conclusión, son aún importantes los frentes abiertos para la política de defensa de la competencia en la actualidad. El proceso de reforma en la normativa comunitaria, las diversas propuestas en el ámbito multilateral, el tratamiento de las concentraciones transnacionales, los cambios derivados de las nuevas tecnologías y la adaptación del sistema a la ejecución compartida del Estado y las Comunidades Autónomas son sin duda algunos de los más importantes.

Pero creo que el reto principal de la política económica es la continua adaptación de la normativa y los instrumentos analíticos a los cambios

en la estrategia de los operadores económicos y en la estructura de los mercados que, sin duda, seguirán produciéndose en el futuro inmediato. El campo para el debate, lejos de estar cerrado, es amplio y apasionante, y permite augurar que el protagonismo de la defensa de la competencia no hará sino consolidarse en los próximos años.

ADMINISTRACIONES PÚBLICAS Y DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Gonzalo SOLANA GONZÁLEZ

Presidente del Tribunal de Defensa de la Competencia

1. INTRODUCCIÓN

En los últimos años, al mismo tiempo que se viene desarrollando un importante proceso de privatizaciones de empresas estatales, estamos contemplando un incremento notorio en el número de empresas y entes públicos de carácter local.

Esta circunstancia está teniendo reflejo, además de en diversas estadísticas económicas, en las denuncias que se presentan contra Administraciones Públicas locales por actuaciones prohibidas en la Ley de Defensa de la Competencia (LDC).

La aplicación de la LDC, como reiteradamente ha señalado el Tribunal de Defensa de la Competencia, se extiende no sólo a los empresarios, sino a todas aquellas personas físicas o jurídicas que intervienen en el mercado, es decir, el ámbito subjetivo de su aplicación abarca también a profesiones liberales, asociaciones empresariales, sindicatos, colegios profesionales o Ayuntamientos.

Sin embargo, algunos autores han suscitado dudas sobre la intención del legislador en cuanto a la exención prevista por la LDC en su artículo 2.1, cuestión sobre la que se centra este artículo. El debate gira en torno a la interpretación que debe darse a dicha exoneración¹.

Este precepto legal es el resultado de una serie de cambios de redacción cuyo origen se remonta a la Ley de Represión de las Prácticas Restrictivas de la Competencia de 1963. Mediante las sucesivas modificaciones, el legislador ha pretendido eliminar las incertidumbres que cupieron sobre esta cuestión que, si bien, en un principio puede parecer baladí,

¹ Artículo 2.1 LDC: «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 la 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.»

no lo es tanto al observar el creciente carácter de operadores económicos que las diferentes Administraciones Públicas están adquiriendo.

Este carácter es perfectamente compatible con el esquema económico diseñado por nuestra Norma Constitucional, que faculta a los poderes públicos a concurrir libremente en el mercado con la iniciativa privada, bien mediante la creación de empresas de ellos dependientes o bien directamente².

No obstante, de este reconocimiento constitucional no debe desprenderse que la intervención de las Administraciones Públicas en la actividad económica pueda suponer una alteración de las reglas que la rigen, salvo en los casos que exista un mandato expreso que justifique peculiaridades en el trato³.

2. APLICACIÓN DE LA LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA A LOS ACTOS DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

A finales del siglo XIX, la doctrina francesa acoge la noción de *servicio público* como el pilar fundamental que da sentido a la misión del Estado en la sociedad de la época. Este nuevo concepto justifica asimismo la existencia de un Derecho administrativo específico para las relaciones entre Estado y sociedad que otorga ciertas prerrogativas y, al mismo tiempo, es más exigente en la imposición de obligaciones al poder público.

De esta forma se explica la inicial exclusión de los actos de las Administraciones Públicas del ámbito de la jurisdicción ordinaria. En aquella época se extendió una peculiar interpretación de la separación de poderes según la cual «juzgar a la Administración era administrar».

Sin embargo, el concepto de servicio público como delimitador de la competencia jurisdiccional evoluciona y se transforma con el paso de los años hasta llegar a nuestros días. Actualmente está plenamente aceptado que no todos los servicios que prestan las Administraciones son servicios públicos. La doctrina mayoritaria señala que sólo aquellos servicios en los que las Administraciones Públicas mantienen exclusividad deberían ser considerados como tales. Quedan fuera, por tanto, todos aquellos en los que la actividad pública concurre con la iniciativa privada.

Esta evolución ha llevado a que, en nuestros días, el ordenamiento jurídico español sea unánime al considerar el criterio de competencia jurisdiccional básico el del acto administrativo.

² El artículo 128.2 de la Constitución reconoce expresamente «la iniciativa pública en la actividad económica».

³ La reserva en favor del sector público de «recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio» del artículo 128.2 de la Constitución puede entenderse siguiendo esta línea como una excepción expresa.

Así, el artículo 1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LRJCA) señala:

«1. Los juzgados y tribunales del orden contencioso-administrativo conocerán de las pretensiones que se deduzcan en relación con la actuación de las Administraciones Públicas sujeta al Derecho Administrativo, con las disposiciones generales de rango inferior a la Ley y con los Decretos Legislativos cuando excedan los límites de la delegación.»

La unanimidad en cuanto al papel del acto administrativo como criterio competencial básico no se extiende a su conceptualización. Existen, al menos, tres posiciones distintas en cuanto al modo de interpretar y al significado del término acto administrativo.

Según la visión jurídico-formal, se entiende por acto administrativo la declaración de voluntad del poder administrativo que crea unilateralmente e impone consecuencias jurídicas a un sujeto o sujetos por presumirse *iuris tantum* su legalidad.

Por su parte, para la concepción subjetiva, de gran acogida por autores franceses, todos los actos de las Administraciones Públicas, entendido como todo aquello que hace, son actos administrativos. De esta forma, para definir qué son actos administrativos simplemente tendremos que determinar qué se entiende por Administraciones Públicas. El problema de esta concepción radica en que a idéntica calificación debe corresponder el mismo régimen jurídico y es indudable que esto no es así, puesto que actuaciones consideradas por esta concepción como actos administrativos tienen necesariamente un tratamiento jurídico distinto (por ejemplo, la expresión de un sentimiento de pesar del Consejo de Ministros a las Víctimas del Terrorismo frente a la imposición de una sanción a quien adultera alimentos).

Por último, existe una concepción mixta, seguida sobre todo en Italia y España, que se basa en la combinación de la perspectiva subjetiva con un criterio funcional. Partiendo de que en la realidad jurídico-positiva no todo lo que hacen las Administraciones Públicas queda sometido a la misma clase de normas jurídicas, esta concepción señala que sólo cuando la Administración ejercita una potestad administrativa, entendida como manifestación de un poder público, sus actos deben ser entendidos como actos administrativos.

Si acudimos al tenor literal de la legislación, nos encontramos con términos en lugar de conceptos, con lo cual siguen sin resolverse las dudas. Ni la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LRJCA) ni la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAEPAC) definen con precisión el concepto de acto administrativo, pero podemos tratar de bucear en su articulado para intentar conocer la intención del legislador.

Así, de la lectura *a sensu contrario* del artículo 1 de la LRJCA se extrae que existen actos de las Administraciones Públicas no sujetos al Derecho

administrativo o, con otras palabras, que el Derecho administrativo no es el Derecho regulador de toda la actividad de las Administraciones Públicas. En el mismo sentido, del artículo 1 de la LRJAEPAC⁴ tampoco se desprende exclusividad alguna.

No obstante, la ausencia de declaraciones expresas ha propiciado que alguna corriente doctrinal reclame la exclusividad de la jurisdicción contencioso-administrativa en lo que concierne a la evaluación de la actuación de las Administraciones Públicas, incluso en el ámbito de las prácticas restrictivas de la competencia.

Considero que estas incertidumbres no están fundamentadas. La LDC, cuyos principios emanan directamente del artículo 38 de la Constitución, nace con carácter especial y en su propia Exposición de Motivos es tajante al encomendar su aplicación en exclusiva a dos órganos administrativos: el Tribunal de Defensa de la Competencia y el Servicio de Defensa de la Competencia, sin perjuicio del posterior control judicial establecido en el artículo 49⁵.

Esta filosofía se incorpora al articulado tras la reforma de la Ley 52/1999 en forma de artículo 51 bis que en su primer apartado señala:

«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 esa misma reforma de 1999, se dota de una nueva redacción al artículo 50⁶ para despejar cualquier duda sobre la supletoriedad de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, respecto a los procedimientos administrativos en materia de defensa de la competencia.

Así se confirma la imposibilidad de presentar una denuncia contra actos de las Administraciones Públicas por incumplimiento de la LDC ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Las denuncias por incumplimiento de la LDC deben ser instruidas y resueltas exclusivamente por el Servicio y el Tribunal y sólo cuando este último haya tomado su decisión poniendo fin a la vía administrativa, cabe interponer recurso contencioso-administrativo.

Respecto a las cuestiones sustantivas, la conclusión debe ser la misma. En este caso y sin ánimo de ser exhaustivo, sí considero de interés dete-

⁴ Artículo 1 de la LRJAEPAC: «La presente Ley establece y regula las bases del régimen jurídico, el procedimiento administrativo común y el sistema de responsabilidad de las Administraciones Públicas, siendo aplicable a todas ellas.»

⁵ Artículo 49 LDC: «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.»

⁶ Artículo 50 LDC: «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.»

nerse en una de las normas que genera mayores incertidumbres en la práctica, como es la Ley 13/1995, de Contratos de las Administraciones Públicas (LCAP). De nuevo es obligado decantarse por la compatibilidad de ambas normas tanto por el carácter especial de la LDC como por las diferencias entre ambas respecto a principios inspiradores y ámbito objetivo de aplicación.

El principio inspirador de la LDC, según su Exposición de Motivos, es la consideración de la competencia como el principio rector de toda economía de mercado, constituyendo la primera y más importante forma en que se manifiesta el ejercicio de la libertad de empresa.

Asimismo, el objetivo de la Ley se centra en «garantizar la existencia de una competencia suficiente y protegerla frente a todo ataque contrario al interés público, siendo asimismo compatible con las demás leyes que regulan el mercado conforme a otras exigencias jurídicas o económicas, de orden público o privado»⁷. Para lograr este objetivo, los artículos 1, 6 y 7 prohíben una serie de conductas que se considera vulneran la libre competencia agrupándose, fundamentalmente, en pactos o acuerdos colusorios, abusos de posición de dominio o prácticas desleales.

Por su parte, la Exposición de Motivos de la LCAP señala como sus principios inspiradores los de igualdad, no discriminación y libre competencia. En línea con estos principios, el objetivo marcado por la propia Ley es «asegurar, de manera unitaria y en condiciones de igualdad, los intereses generales de todos los españoles»⁸. En aras de alcanzar este objetivo, la LCAP desarrolla un texto normativo que hace especial hincapié en los preceptos de publicidad de licitaciones y adjudicaciones, en la regulación detallada de las causas que constituyen prohibición de contratar y en el carácter público del Registro de Contratos.

Las diferencias entre ambas Leyes son notorias y, en ningún caso, debería plantearse la supletoriedad de una a la otra. Teniendo estas circunstancias en cuenta y la exclusividad del Servicio y el Tribunal en la aplicación de la LDC, el no sometimiento de las actuaciones de las Administraciones Públicas a esta Ley infringiría un precepto constitucional fundamental: el artículo 106.1 que proclama el sometimiento pleno de la actuación administrativa a la Ley y al Derecho.

Esta doctrina es la que ha mantenido de manera constante el Tribunal y queda perfectamente detallada en la Resolución de 30 de abril de 1996⁹:

«El Tribunal ha mantenido en numerosas ocasiones que no es el órgano de revisión de normas y actos administrativos, pero sí es el competente —el único órgano administrativo competente— para determinar si una

⁷ Segundo párrafo de la Exposición de Motivos de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia.

⁸ Segundo párrafo de la Exposición de Motivos de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas.

⁹ Expte. R 148/96, TRAGSA.

práctica presente en el mercado es restrictiva de la competencia, si puede ser calificada como un acuerdo en los términos del artículo 1 de la LDC y si, en caso afirmativo, goza de la excepción de su artículo 2. No se trata de que el Tribunal vaya a sustituir a los órganos jurisdiccionales de lo contencioso en la revisión de la actuación administrativa, sino de ejercer sus competencias, que son irrenunciables, consistentes en la adopción de resoluciones relativas a las conductas anticompetitivas en el mercado en aplicación de las normas nacionales y comunitarias de Defensa de la Competencia que pueden ser, naturalmente, objeto de control jurisdiccional precisamente por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional. No hay riesgo, por tanto, de que, acudiendo a los órganos de Defensa de la Competencia para combatir una conducta restrictiva de la competencia en aplicación de la LDC, un denunciante pueda sustraer de los tribunales contencioso-administrativos el juicio sobre la actuación de uno o varios órganos administrativos en los extremos para los que dichos tribunales son competentes.»

Igual de tajante es la Resolución de 29 de octubre de 1999 ¹⁰:

«La Ley de Defensa de la Competencia se concibe en su Exposición de Motivos como un mandato a los poderes públicos que entronca directamente con el artículo 38 de la Constitución relativo a la protección y desarrollo de la libre función empresarial, e inspirándose además en las normas comunitarias de política de competencia que han desempeñado y desempeñan un papel trascendental en la creación y funcionamiento del mercado común y de la actual Unión Europea. Es una ley general, sin excepciones sectoriales, que obliga a todos los sujetos públicos y privados y ha de ser respetada por todos ellos en sus actuaciones.»

Por último, también es de destacar la claridad de la Resolución de 20 de marzo de 1998 ¹¹:

«... el límite a la actuación de las Autoridades de la competencia hay que establecerlo en el hecho de que las Administraciones públicas, cualquiera que sea la forma que adopten, actúen como operadores económicos cuya conducta incida en la estructura y el funcionamiento del mercado.»

3. APLICACIÓN DEL AMPARO LEGAL DEL ARTÍCULO 2.1 LDC A LOS ACTOS DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

Una vez reconocido que no existe una exoneración genérica de los actos de las Administraciones Públicas respecto de la aplicación de la LDC, que el Servicio y el Tribunal son los únicos órganos encargados de su aplicación y que la LDC es perfectamente compatible en términos sustantivos con la aplicación de otras leyes administrativas, es preciso concretar los límites de la interpretación del término «amparo legal» del artículo 2.1 de la LDC.

¹⁰ Expte. 444/98, Colegio Arquitectos Vasco-Navarro.

¹¹ Expte. 419/97, Cruz Roja de Fuengirola.

Para empezar, es necesario recordar la evolución que ha tenido la redacción de este artículo. Su origen se remonta al artículo 4.1 de la Ley de Represión de las Prácticas Restrictivas de la Competencia de 1963 que señalaba:

«Las prohibiciones contenidas en el artículo primero no serán de aplicación a las situaciones de restricción de la competencia que se hallen expresamente establecidas por el ejercicio de potestades administrativas a virtud de disposición legal.»

El apartado cuarto del mismo artículo incluía una serie de supuestos en los que se determinaba una exoneración de la aplicación de la Ley para los sectores agrícola y ganadero¹² en línea con lo establecido a nivel comunitario por el Reglamento 26/1962¹³.

La confusión generada por la redacción de ese artículo 4.1 y la incongruencia de su apartado cuarto con los principios generales de la Ley intentaban explicarse en la propia Exposición de Motivos:

«[L]a técnica del orden público económico viene a salvar en cierto sentido el riesgo que plantea la progresiva desaparición de potestades administrativas. En tanto éstas subsistan no entra en juego la Ley en cada sector concreto de actividad económica, puesto que no es aquí la iniciativa privada dentro del marco del orden público lo que estructura libremente la economía, sino que es la propia Administración quien lo conforma a través del ejercicio de sus potestades de intervención. Es por ello preciso hacer esta salvedad que configura claramente el ámbito de aplicación de la Ley.»

Sin embargo, este texto, más que aclaratorio, ponía de manifiesto la dificultad de adecuar los principios inspiradores de la libre competencia a una economía fuertemente intervenida y que iniciaba lentamente su camino hacia la liberalización y desregulación. Esta situación se plasma en la escasa aplicación práctica de este precepto e, incluso, del conjunto de la Ley.

A pesar de todo, es indudable que el artículo 4 de la Ley de 1963 es el germen del actual artículo 2.1 de la LDC. El legislador buscó eliminar las confusiones anteriores con una nueva redacción que, a su vez, ha ido modificándose hasta alcanzar su versión actual tras la reforma de 1999:

¹² Artículo 4.4 Ley de Represión de las Prácticas Restrictivas de la Competencia de 1963: «No se aplicarán los preceptos de esta Ley particularmente a los acuerdos, decisiones y prácticas de empresarios agrícolas, de asociaciones de éstos o de federaciones de estas asociaciones, en la medida en que, sin llevar aneja la obligación de aplicar un precio determinado, se refieren a la producción o a la venta de productos agrícolas o ganaderos o a la utilización de instalaciones comunes de almacenamiento, de manipulación o de transformación de productos agropecuarios.»

¹³ Este Reglamento daría pie posteriormente a la Ley de 10 de julio de 1975 según la cual los acuerdos concluidos en el marco de las organizaciones agrícolas profesionales se excluían de la prohibición de las conductas colusorias.

«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.»

Las primeras dudas surgen en lo que se refiere al tipo de conductas que se incluyen en este artículo. El tenor literal es tajante al referirse exclusivamente a las conductas señaladas en el artículo 1 y dejando, por lo tanto, fuera los abusos de posición de dominio del artículo 6 y las prácticas desleales del artículo 7. Sin embargo, no es fácilmente comprensible cuál ha podido ser la intención y el espíritu del legislador al no incluir estos últimos supuestos contemplados por la LDC también como prácticas restrictivas de la competencia. De hecho, una interpretación estrictamente literal puede derivar en la paradoja de que cualquier conducta abusiva de las Administraciones Públicas está prohibida aun estando amparadas legalmente.

Lo curioso es que esta interpretación sería incluso congruente con el texto del apartado tercero del artículo 6 de la LDC, que señala:

«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.»

El Tribunal ha optado, desde mi punto de vista, por una interpretación más congruente con el espíritu global de la Ley introduciendo algunos matices. A este respecto son especialmente sintomáticas dos Resoluciones.

La primera es de 30 de diciembre de 1993¹⁴, en la que se reconoce que la empresa Seguridad y Promoción Industrial Valenciana, S. A. (SEPIVA), siendo una empresa pública, detenta una posición de dominio en el mercado de la ITV correspondiente al área de influencia de la Comunidad Valenciana. Sin embargo, el Tribunal señala que «no consta en el Expediente que la conducta de SEPIVA se haya alejado de aquella que ha sido regulada».

Más contundente y clara desde un punto de vista doctrinal es la Resolución de 30 de octubre de 1993¹⁵ en cuyo Fundamento Jurídico Cuarto se señala:

«En efecto, cuando por una Ley, en el sentido estricto de la expresión, o por una norma reglamentaria que la desarrolla se ha establecido un marco en el que necesariamente ha de moverse el monopolista, el control

¹⁴ Expte. A 64/93 ITV.

¹⁵ Expte. 325/92, EMORVISA.

de la actividad que éste desarrolle al amparo de dichas normas quedará bajo la tutela del regulador y se sustraerá, por tanto, al conocimiento del Tribunal de Defensa de la Competencia. Asimismo la infracción de dichas normas deberá ser sancionada por la Administración Reguladora o por la jurisdicción contencioso-administrativa.»

Así, la jurisprudencia del Tribunal no deja lugar a dudas al reconocer que en situaciones de monopolio ostentado por las Administraciones Públicas y regulados expresamente será esta regulación la aplicable a cada caso.

Sin embargo, esta regla no valdrá cuando «no existan normas específicas que regulen el comportamiento del monopolista o cuando éste actúa al margen de las mismas, puesto que en ninguno de ellos existen obstáculos normativos ni de otro tipo que impidan la actuación del Tribunal frente a dichos comportamientos»¹⁶.

En fin, el Tribunal opta por una interpretación restrictiva de la Ley según la cual sólo quedarán exonerados del cumplimiento de la LDC los casos de monopolios públicos en los que la Ley ampare expresamente la conducta correspondiente.

Esta misma línea de argumentación es la que se sigue en la interpretación del amparo legal recogido por el artículo 2.1 en lo referido a las conductas prohibidas del artículo 1, aplicando la exclusión sólo a aquellos casos en los que la Ley de cobertura correspondiente prevea la adopción o dé lugar a los acuerdos restrictivos de la competencia que serían susceptibles de ser sancionados.

En diversas Resoluciones, el Tribunal ha dejado clara constancia de esta doctrina. La más antigua quizá sea la Resolución de 10 de noviembre de 1992¹⁷, que establece de manera acertada una pauta general de interpretación afirmando que:

«... en aplicación de la Ley 16/1989, está obligado a considerar prohibidas todas las conductas descritas en el artículo primero de la misma, y sólo aceptar como autorizadas aquellas conductas que, como dice el artículo 2.1, resulten de la aplicación de una Ley o de las disposiciones reglamentarias que se dicten en aplicación de una ley. En consecuencia, el Tribunal considera que las conductas descritas en el artículo 1 están prohibidas, incluso aunque estén amparadas por normas administrativas, salvo que éstas cumplan con los requisitos descritos en el artículo 2.1. Entiende el Tribunal que no cabe hacer una interpretación laxa, según la cual las conductas pasarían de ser prohibidas a ser autorizadas en cuanto estuvieran amparadas por cualquier tipo de norma, han de ser normas que estén directamente relacionadas con la conducta objeto de consideración.»

¹⁶ Fundamento Jurídico 4.º de la Resolución de 30 de octubre de 1993 (Expte. 325/92, EMORVISA).

¹⁷ Expte. A 30/92.

Es igualmente claro el texto de la Resolución de 16 de enero de 1995¹⁸:

«[E]sta previsión legal no puede dar lugar sin más al juego del artículo 2.1 LDC que declara inaplicables las prohibiciones de su artículo 1 cuando las conductas en él descritas resulten de la aplicación de una Ley o un Reglamento de aplicación de la Ley; por el contrario, el artículo 2 hay que entenderlo de aplicación cuando la Ley o Reglamento a que se refiere está regulando expresamente el funcionamiento de un mercado determinado en el que se permite la restricción o impedimento de la competencia en la atención a otros intereses generales protegidos por esas normas y en las circunstancias y con los requisitos que en las mismas se determinen. Lo contrario supondría admitir que cualquier pacto acogido a una de las múltiples figuras contractuales previstas en nuestro ordenamiento jurídico o a cualquiera que los intervinientes pudiesen establecer al amparo del principio general de libertad consagrado en el artículo 1.255 del Código Civil estaría amparado por la excepción.»

De carácter más reciente, pero sin desviarse de la jurisprudencia anterior, es la Resolución de 24 de julio de 1997¹⁹, confirmada por la Audiencia Nacional, en la que se reconoce que la forma de fijar unas tarifas facultativas menores que las legales entre el Ayuntamiento de San Fernando (Cádiz) y el Colegio Oficial de Aparejadores y Arquitectos Técnicos de Cádiz y Ceuta no se puede entender amparada por el Decreto 314/1979, de 19 de enero, sobre Tarifas de Honorarios de Aparejadores y Arquitectos Técnicos, puesto que son distintas de las específicamente prescritas en dicho Decreto.

La interpretación seguida en todas estas Resoluciones es congruente y, de hecho, enlaza con el propio origen de este precepto normativo, puesto que, como hemos señalado anteriormente, el artículo 4 de la Ley de 1963 era categórico al recoger el carácter expreso del amparo legal:

«Las prohibiciones contenidas en el artículo primero no serán de aplicación a las situaciones de restricción de la competencia que se hallen *expresamente* establecidas en el ejercicio de potestades administrativas a virtud de disposición legal». (*Énfasis del autor*)

La exigencia de un carácter expreso a la cobertura legal correspondiente para considerar aplicable la exclusión del artículo 2.1 de la LDC no despeja, sin embargo, las complejidades propias de definir caso por caso la existencia o no de dicho “carácter expreso”.

El establecimiento de unas líneas generales de interpretación de este término no es sencillo. El Tribunal, mediante sus Resoluciones, trata de fijar pautas comunes en cuanto a la interpretación de determinados artículos reclamados habitualmente como cobertura legal. Es el caso de los

¹⁸ Expte. R 98/94.

¹⁹ Expte. 393/96.

artículos 5 de la Ley de Colegios Profesionales y 15 de la Ley de Cooperativas.

En este sentido, en la Resolución del Expediente 445/1998, Colegio de Ingenieros Técnicos Industriales de Burgos, el Tribunal considera que la emisión por parte de la denunciada de una circular en la que se establecen los presupuestos mínimos de determinados proyectos no está amparada por lo establecido en el artículo 5 de la Ley 2/1974, de Colegios Profesionales, y, por lo tanto, no da pie a la exclusión prevista por el artículo 2.1 de la LDC.

En la misma línea se manifiesta el Tribunal en la Resolución del Expediente 446/1998, Arquitectos Madrid, considerando que la posibilidad que introducía el artículo 5.ñ) de la Ley 2/1974 de que «corresponde a los Colegios, en su ámbito territorial, la regulación de los honorarios mínimos cuando aquéllos no se devenguen en forma de aranceles, tarifas o tasas» no amparaba, a efectos del artículo 2.1 de la LDC, la negativa de visado hasta que se depositaran o afianzaran las cantidades reclamadas por un arquitecto contratado anteriormente por la empresa denunciada.

Fuera del ámbito de las actuaciones de las Administraciones Públicas, pero de gran utilidad para conocer la extensión de la interpretación del amparo legal, en la Resolución del Expediente A 277/00, Compra Mínima COFAS, el Tribunal no considera que el artículo 15 de la Ley de Cooperativas, que establece como obligación de los socios el «participar en las actividades cooperativizadas que desarrolla la cooperativa para el cumplimiento de su fin social en la cuantía mínima obligatoria establecida en sus Estatutos», ampare en los términos del artículo 2.1 de la LDC una modificación de los Estatutos Sociales de la cooperativa elevando la cantidad mínima que los socios deben adquirir a COFAS desde el 35 al 50 por 100 de sus posibilidades totales de compra en cada ejercicio.

En fin, la doctrina del Tribunal busca concretar al máximo esta cuestión, partiendo de la base de que las normas cuya cobertura se reclama deberán estar directamente relacionadas con la conducta objeto de consideración.

4. TRATAMIENTO COMUNITARIO

Las complejidades de esta cuestión se extienden al marco comunitario en los casos en los que la práctica contraria a la competencia no sólo se inscriba en el ámbito del artículo 1 de la LDC, sino también en el artículo 85.1 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (TCE)²⁰.

²⁰ Artículo 85.1 del TCE: «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...».

El artículo 90 del Tratado se encarga de solventar esta cuestión al señalar que:

«1. Los Estados miembros no adoptarán ni mantendrán, respecto de las empresas públicas y aquellas empresas a las que concedan contratos exclusivos, ninguna medida contraria a las normas del presente Tratado, especialmente las previstas en los artículos 6 y 85 a 94, ambos inclusive.

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

Teniendo en cuenta que el propio Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea ha reconocido la aplicación directa de este artículo, sin necesidad de Directivas del Consejo ni de la Comisión, su elocuencia no deja lugar a dudas sobre el deber de las empresas públicas de cumplir las normas de defensa de la competencia tanto nacionales como comunitarias, así como la obligación de las autoridades españolas de defensa de la competencia de aplicar la normativa comunitaria. Todo ello, sin perjuicio de la salvaguarda que se incluye en el apartado segundo del propio artículo 90 del Tratado que, considero, debe entenderse en línea con la interpretación que hacíamos del amparo legal del artículo 2.1 de la LDC.

Este artículo es también clarificador en el sentido de incluir expresamente en el deber de cumplimiento de las normas de defensa de la competencia a las empresas públicas o privadas que tengan concedidos «derechos especiales o exclusivos». En esta situación encontramos multitud de supuestos, como son las concesiones de obras y suministros públicos, la organización de los servicios de un puerto, la administración de redes telefónicas o los servicios de televisión por cable o satélite.

5. EL PAPEL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS EN LA ECONOMÍA DE MERCADO DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LA DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Una vez analizadas las cuestiones jurídicas, no quiero dejar pasar la oportunidad para hacer unas breves reflexiones desde una perspectiva meramente económica.

Al mismo tiempo que la Constitución ampara a las Administraciones Públicas en su papel de operadores económicos, desde determinados planteamientos ideológicos su participación se justifica en base a la necesidad de suplir fallos del mercado tales como las externalidades negativas ocasionadas por algunas actividades empresariales, las asimetrías de información o por el propio carácter de monopolio natural de algunos sectores.

Sin entrar a valorar lo acertado o no de estos planteamientos desde un punto de vista teórico, sí es cierto que amparándose en los hipotéticos fallos del mercado se justifican intervenciones públicas que provocan una disfunción mayor, en muchos casos, de aquella que se pretendía prevenir.

La evolución reciente de la economía española ha convivido con dos realidades contradictorias. Por un lado, el proceso de liberalización, desregulación y privatización de empresas públicas ha recibido un impulso notable disminuyendo el déficit fiscal del Estado y, sobre todo, introduciendo competencia en sectores dominados tradicionalmente por monopolios públicos. Los efectos de este proceso no sólo han permitido a nuestra economía cumplir con los criterios de Maastricht, sino que han favorecido una mayor convergencia en términos reales con el resto de países europeos.

En el mismo espacio de tiempo, pero desde una perspectiva y con unos objetivos distintos, las Administraciones Públicas a nivel autonómico y local han incrementado su actividad como operadores económicos creando empresas y participando en mercados en competencia con compañías privadas. Esta circunstancia se pone de manifiesto en diversos estudios²¹ en los que se señala que durante el período 1993-1999 mientras el Estado reducía el número de sus empresas públicas de 463 a 297, las Administraciones territoriales las aumentaban de 485 a 1.178²².

Esta situación, perfectamente compatible con nuestra Constitución y más allá de sus consecuencias en términos de endeudamiento, está generando disfunciones en los mercados y distorsionando los mecanismos de libre competencia al confundirse la actuación de las Administraciones Públicas entre el ámbito regulador y el estrictamente de operador económico. Precisamente esta confusión es la que dificulta, en ocasiones, la tarea de las autoridades de defensa de la competencia, puesto que una determinada conducta planteada en términos de regulación propia de la Administración correspondiente queda fuera del ámbito de aplicación de nuestra legislación a pesar de poder generar distorsiones en la competencia efectiva del mercado.

Ya hemos comentado el carácter expreso que exige la jurisprudencia comunitaria y española respecto al amparo legal del artículo 2 de la LDC; pero, incluso, este carácter es congruente con la realidad de la evolución económica española y europea que avanzando en los procesos de liberalización e introducción de mayores niveles de competencia en todos los sectores, debe evitar las distorsiones ocasionadas por una participación indiscriminada de las Administraciones Públicas en los mercados.

No pretendo poner en duda el derecho de estas Administraciones, que emana directamente de la Constitución, para actuar en los mercados, pero sí creo que es conveniente que el ejercicio de este derecho se haga

²¹ Círculo de Empresarios: *El renacimiento del IBI. Situación y perspectivas del sector público autonómico y local*, 2000.

²² A esta cifra habría que añadir otras 300 empresas mixtas.

aplicando la máxima congruencia con los objetivos globales de la política económica española. Esta visión se acentúa si tenemos en cuenta que en breve las Comunidades Autónomas podrán contar con autoridades de defensa de la competencia propias que se encargarán de aplicar la Ley en sus respectivos territorios.

Todo ello no impide que, en ocasiones, la empresa pública territorial juegue un papel importante en la gestión de determinados servicios municipales y autonómicos y otras actividades basadas en espacios públicos. Su cercanía al ciudadano y el mejor conocimiento de las necesidades a este nivel pueden suponer una garantía de eficiencia.

6. CONCLUSIONES

La delimitación del régimen jurídico de las actuaciones económicas de las Administraciones Públicas tiene enorme trascendencia para el correcto funcionamiento de la economía de mercado. Por lo que se refiere a la defensa de la competencia, esta delimitación es asimismo clave para la fijación del ámbito subjetivo de aplicación de la Ley.

Tanto del tenor literal de las leyes administrativas como de la propia LDC, no caben resquicios para dudar de la absoluta sujeción de las actuaciones de las Administraciones Públicas en cuanto operadores económicos a estas normas, así como de la exclusividad del Servicio y el Tribunal como órganos administrativos competentes para la aplicación de la LDC tanto a empresas privadas como públicas.

Sin embargo, en ocasiones, la actividad reguladora de las Administraciones Públicas se confunde con su faceta de operador económico. Es en estos casos en los que se señala que determinadas actuaciones administrativas cuentan con respaldo legal y, por lo tanto, no están sujetas al cumplimiento de otras leyes especiales. En lo que se refiere a la defensa de la competencia, esta cuestión se enmarca en la exclusión contemplada por el artículo 2.1 de la LDC para aquellas actuaciones de las Administraciones Públicas que, si bien se encuentran prohibidas por el artículo 1 de la LDC, cuentan con amparo legal.

En línea con el espíritu del legislador, el origen del propio precepto y la doctrina comunitaria, el Tribunal de Defensa de la Competencia ha interpretado reiteradamente el contenido de este amparo legal de manera restrictiva, exigiendo que la Ley de cobertura reconozca expresamente las conductas correspondientes.

Todas estas cuestiones son de gran trascendencia para el desarrollo de la defensa de la competencia en nuestro país, no sólo por la importancia de la correcta delimitación del ámbito subjetivo de aplicación de la Ley, sino, sobre todo, porque son básicas para el correcto funcionamiento de la economía de mercado. A este respecto, es esencial que la actuación de las distintas Administraciones Públicas sea la más exquisita posible y se enmarque en un ánimo de preservación de las reglas de la libre competencia.

LA DETERMINACIÓN DEL MERCADO RELEVANTE Y DE LAS BARRERAS DE ENTRADA, PIEZAS CLAVE DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA

Íñigo HERGUERA ¹

Universidad Complutense

Amadeo PETITBÒ

Universidad de Alcalá de Henares

1. INTRODUCCIÓN

La defensa de la competencia en España se apoya sobre dos pilares legales. Por una parte, el Tratado de la Unión Europea (TUE) ² y, por otra, la Ley 16/89, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC) ³, sometida a sucesivas modificaciones. La referencia básica de la defensa de la competencia (art. 3 TUE) es «*el establecimiento de un régimen que garantice que la competencia no será falseada en el mercado (común)*».

La legislación española tiene muchos puntos de contacto con el Derecho *antitrust* americano y, sobre todo, con el Derecho europeo de defensa de la competencia. En ambos casos, el objetivo es asegurar que las empresas en los mercados pertinentes o relevantes lleven a cabo sus actuaciones asegurando que la competencia no será falseada. En consecuencia, y con el fin de asegurar dicho objetivo, se establece que las conductas que entorpezcan la competencia pueden ser castigadas por las autoridades competentes. En este contexto, la determinación del mercado relevante se convierte en una cuestión fundamental y en el punto de partida de muchos expedientes resueltos por las autoridades de defensa de la competencia.

Ni el TUE ni la LDC persiguen a las empresas porque hayan alcanzado una posición de dominio en uno o varios mercados pertinentes. La posición de dominio es, tan sólo, una condición necesaria del abuso que es la conducta perseguida por sus efectos negativos sobre la competencia (expulsión de un rival del mercado o apropiación de una parte del excedente del consumidor, imposible en un marco de competencia efectiva,

¹ Íñigo HERGUERA agradece la financiación del Proyecto SEC2000-0723 de la CICYT.

² Fundamentalmente, los artículos 81 y 82 (antes 85 y 86).

³ Fundamentalmente, los artículos 1 y 6.

por ejemplo). Pero la legislación también contempla la existencia de acuerdos entre empresas cuando dichos acuerdos impactan negativamente sobre la competencia. La referencia se sostiene si se considera que, en muchas ocasiones, los acuerdos entre empresas convierten a un conjunto de empresas independientes entre sí en un sucedáneo de los monopolios, con la posibilidad de producir los mismos efectos, al eliminar la competencia entre ellas.

Pero la consideración del mercado relevante no siempre es suficiente. De lo dicho y de la consideración de la tradición del análisis económico se deduce que otra pieza clave de la aplicación del derecho de la competencia es, además de la determinación del mercado relevante ⁴, la consideración de las barreras de entrada. En efecto, el artículo 1.1 de la LDC prohíbe los acuerdos entre empresas cuando repercutan negativamente sobre la competencia en el mercado nacional o en una parte del mismo. Por su parte, el artículo 6.1.a) de la LDC al referirse a la prohibición del abuso de posición de dominio se refiere al mercado afectado por la conducta anticoncurrencial. Lo mismo sucede en el análisis de las operaciones de concentración [art. 14.a) LDC]. Sin embargo, la referencia a las barreras de entrada ⁵ sólo está contemplada en el RD 1080/1992 cuando se refiere a la solicitud de datos sobre «Limitación de acceso de nuevas empresas al mercado».

El Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC) se ha pronunciado en muchas Resoluciones acerca de las conductas prohibidas por la LDC y la necesidad de delimitar el mercado (o los mercados) relevante(s) afectados. Por ejemplo, en el Expediente 379/96 (Relojes joya) el TDC sostuvo que *«cuando se trata de perseguir conductas prohibidas, la delimitación del mercado relevante resulta imprescindible si se trata de conductas abusivas de una posición dominante, ya que esta posición de dominio ha de producirse en un mercado determinado que previamente hay que delimitar, pero no es menos cierto que también tal delimitación resulta necesaria cuando se trata de ententes colusorias de tipo vertical (...) ya que para realizar el correspondiente juicio concurrencial resulta necesario conocer cuál es el poder de mercado de la empresa que ha introducido o piensa introducir determinadas restricciones verticales, pues los efectos competitivos serán diferentes según cuál sea el poder de mercado»*.

El análisis de la jurisprudencia en materia de competencia revela que dichas piezas son de crucial importancia para la correcta interpretación de los hechos enjuiciados y que su consideración en la aplicación del

⁴ Sobre esta cuestión, ver el excelente trabajo de C. ALCAIDE, «Comentarios a la Comunicación de la Comisión relativa a la delimitación del mercado», *Anuario de la Competencia 1998*, Madrid, Fundación ICO-Marcial Pons. Además de otras referencias contenidas en las notas siguientes, *vid.* «Oligopolistic dominance and EEC Merger Policy», *European Economy*, núm. 57, 1994; W. LANDES y R. POSNER, «Market power in antitrust cases», *Harvard Law Review*, vol. 94, núm. 5, 1981, pp. 937-982; D. SCHEFFMAN y P. SPILLER, «Geographic market definition under the US Department of Justice Merger Guidelines», *Journal of Law and Economics*, vol. XXX, abril 1987.

⁵ En el índice incluido en las publicaciones que agrupan las resoluciones del TDC no figuran las barreras de entrada como referencia.

derecho de la competencia no es una tarea sencilla, dado que, a diferencia de otros ámbitos del Derecho, el análisis jurídico, aun siendo necesario, no es suficiente. En efecto, la naturaleza de los casos sometidos al juicio de las autoridades responsables de la defensa de la competencia exige que se combinen, en las proporciones adecuadas, los conocimientos de los economistas y de los juristas.

El análisis económico ha desarrollado los criterios que permiten la individualización de los mercados sobre la base de las elasticidades y la determinación de las barreras de entrada. Sin embargo, ni la información disponible ni la rapidez exigida a los dictámenes emitidos por los responsables de la defensa de la competencia permiten aprovechar todos los recursos e instrumentos de la teoría económica. Por ello, no resulta extraño que los Informes sobre operaciones de concentración o los expedientes sancionadores en los que se incluye el preceptivo análisis del mercado relevante y la pertinente consideración de las barreras de entrada dejen insatisfechos, con frecuencia, a los académicos y a los estudiosos.

El objetivo del presente trabajo es ofrecer un panorama, forzosamente sintético, del estado de la cuestión, ofreciendo algunos criterios dirigidos a la tarea de individualizar los mercados y a precisar las barreras de entrada, de acuerdo con la legislación de defensa de la competencia. La reflexión general se acompaña de ejemplos procedentes de los dictámenes y resoluciones del TDC.

2. ¿POR QUÉ ES NECESARIO DETERMINAR EL MERCADO RELEVANTE?

De acuerdo con el texto de la LDC, la referencia al mercado relevante no aparece explícitamente. El artículo 1.2.3) LDC se refiere a conductas de escasa importancia que *«no sean capaces de afectar de manera significativa a la competencia»*. El artículo 6.1.a) LDC prohíbe la explotación abusiva por una o más empresas *«De su posición de dominio en todo o en parte del mercado nacional»*⁶. Y el art. 1.1) LDC prohíbe un conjunto de acuerdos explícitos o tácitos cuando incidan negativamente sobre la competencia *«en todo o parte del mercado nacional»*. El artículo 14.a) LDC se refiere a las operaciones de concentración y a sus efectos sobre el mercado (nacional o sobre un mercado geográfico definido dentro del mismo). Aunque no se mencione explícitamente el mercado relevante como referencia básica, se entiende que su consideración debe aplicarse a un mercado específico. Apoya esta conclusión el hecho de que, en ocasiones, la legislación se refiere a las cuotas de mercado cuya delimitación

⁶ La LDC será modificada de acuerdo con la Sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de noviembre de 1999 dictada en los recursos de inconstitucionalidad acumulados números 2009/1989 y 2027/1989 que estimó parcialmente dichos recursos y declaró la inconstitucionalidad de 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) de la LDC.

exige precisar, previamente, el mercado (geográfico y de producto) al que deben referirse las mismas. Tampoco se ofrecen en la LDC los criterios que deben dirigir los pasos de los operadores económicos y de las autoridades de defensa de la competencia. Pero, a pesar de dichas lagunas, no cabe duda acerca de que la especificación del mercado de referencia debe realizarse sobre la base de la aplicación del conocimiento del análisis económico.

El problema al que se enfrentan las autoridades responsables de velar por la defensa de la competencia es la medición o la ponderación de los efectos de las conductas empresariales que inciden sobre la competencia en los mercados. Por esta razón, los criterios de referencia empleados por las autoridades e interesados deben ser precisos y transparentes con el fin de que las autoridades no incurran en razonamientos imprecisos y de que los operadores económicos puedan minimizar el grado de incertidumbre de sus conductas o decisiones en relación con sus efectos sobre la competencia.

Puede concluirse, en consecuencia, que la necesidad de delimitar el mercado relevante afectado por una determinada conducta o cambio de estructura está presente en el análisis de la competencia, dado que constituye la referencia básica cuando se trata de estimar el efecto de una conducta anticompetitiva o de prever las consecuencias de los cambios de estructura promovidos por una determinada operación de concentración. Por ejemplo, en la Resolución recaída en el Expediente 343/93 (Feria Internacional de Valencia) el Tribunal sostuvo que *«la definición del mercado exige una precisa referencia a un bien o servicio susceptible de ser ofrecido o demandado (...) la noción de sustituibilidad refleja las posibilidades de un operador económico de dirigirse hacia un bien o servicio alternativo sin un coste significativo ni una pérdida significativa de las características del bien o servicio demandado»*. Y concluía el TDC que en el expediente no había quedado claro *«si los Certámenes son sustitutos perfectos entre sí ni el grado de sustituibilidad entre Certámenes»*. Añadía a continuación que *«la imputación de una conducta de abuso de posición de dominio exige, en primer lugar y necesariamente, la previa demostración inequívoca de una situación de posición de dominio en un mercado que debe ser definido con suma precisión —ni demasiado amplio ni demasiado reducido— desde la perspectiva del producto y territorial utilizando para ello los instrumentos analíticos que ofrece la ciencia económica»*. Pero es cierto que en los casos resueltos en España, ni el Servicio ni el Tribunal ni en la mayor parte de los casos las propias empresas interesadas han recurrido a estudios empíricos rigurosos para la determinación del mercado de referencia.

La conducta seguida por las autoridades *antitrust* sigue distintas etapas, todas ellas necesarias. En primer lugar, se establece el alcance del mercado, tanto en su dimensión geográfica como de producto. En segundo lugar, tomando el mercado definido como referencia, se analiza el

impacto de la conducta o, en su caso, se analiza el posible cambio de estructura del mercado sobre la competencia.

3. EL CONCEPTO DE MERCADO *ANTITRUST* RELEVANTE. CONSIDERACIONES GENERALES

El concepto de mercado relevante constituye un instrumento fundamental en el análisis *antitrust*. Las conductas empresariales tienen lugar en mercados concretos y sus efectos deben evaluarse en dichos mercados. De ahí la necesidad de su determinación precisa. Pero una vez delimitados, deben ser analizados de acuerdo con un conjunto de variables seleccionadas que ofrecen los principales elementos de referencia y características de los mismos.

Por lo tanto, un paso de máximo interés siempre es la definición del mercado relevante. Es importante dejar claro que la autoridad analiza si una *práctica concreta* (esto es: un comportamiento), y no una cuota de mercado, supone un abuso o práctica prohibida por la legislación. La distinción entre *condiciones estructurales* del mercado (por ejemplo, un cambio en los niveles de concentración) y el *comportamiento* de las empresas es crucial para entender el verdadero problema al que se enfrenta la autoridad, que no es otro que evaluar una práctica o comportamiento concreto. La dificultad estriba en que el comportamiento de una empresa es difícilmente mensurable o ponderable y, por lo tanto, es de difícil juicio.

Para analizar si un comportamiento determinado viola la legislación *antitrust* se analizan, en primer lugar, las características estructurales del mercado en donde aquél ha tenido lugar: esto es, las características exógenas a la empresa que contribuyen a que un comportamiento sea plausible y tenga éxito o no. Entre estas características se encuentra el alcance del mercado en el que la práctica concreta ha de ser evaluada.

La arena donde se determinan los precios a los cuales se puede intercambiar un bien por otro se denomina mercado⁷. En otros términos, la *extensión* de un mercado es el «*área donde el precio de un bien tiende a la homogeneidad (uniformidad), teniendo en cuenta los costes de transporte*»⁸. Pero la definición de un mercado económico puede diferir de la noción de mercado relevante en temas *antitrust*.

En un *mercado económico* los bienes considerados deben estar relacionados a través de sus precios por medio del *arbitraje* (vía demanda

⁷ También se ha definido como el área en la que un grupo de vendedores de una mercadería, bien o servicio y de sus sustitutos próximos compiten para conseguir clientes. En este contexto se considera que el mercado tiene dos dimensiones. Una, geográfica. Otra, referida al objeto de la transacción; es decir, de producto. A partir de dicha delimitación se sostiene que dos áreas geográficas o dos productos constituyen mercados separados «si los cambios en los precios en uno de ellos no produce efectos sustanciales en el volumen de ventas del otro». Véase *Antitrust Law & Economics Review*, 1997.

⁸ Véase G. STIGLER y R. SHERWIN, «The extent of the market», *Journal of Law and Economics*, vol. XXVIII, 1985, pp. 555-585. Esta definición corresponde con la de un *mercado económico* de

o vía oferta)⁹. Pero esta definición económica del mercado desde las *Merger Guidelines* (MG) del Department of Justice (DofJ) de Estados Unidos (1984) no es la noción de mercado utilizada en casos *antitrust*. Para entender la noción de *mercado antitrust* es importante tener en cuenta que una autoridad de defensa de la competencia busca identificar el posible poder de mercado de una empresa (o grupo de ellas) para lo cual define el área relevante (i.e., el mercado) sobre la base de la capacidad que la empresa, o grupo de ellas, pueda tener para elevar precios, restringir el *output* y maximizar de este modo sus beneficios¹⁰.

De hecho, el *test* inicial para delimitar el alcance del mercado se basa en que si el incremento en el precio de una empresa hipotética que fuera monopolista en ese mercado provocara que muchos consumidores se desplazaran a otras empresas o localizaciones para adquirir el bien en cuestión, de tal modo que el incremento en el precio no le saliera beneficioso a la empresa que lo aumenta, entonces, los otros bienes rivales deben ser incluidos en la definición del mercado (*antitrust*) relevante porque impiden que la empresa pueda elevar sus precios. Este proceso, de elevación de los precios y búsqueda de los sustitutos posibles, prosigue hasta que el incremento en el precio resulte rentable a la empresa objeto de estudio. El mercado queda definido, ahora, como el área (i.e., el número de productos y de localizaciones) donde la empresa hipotética monopolista puede elevar precios y obtener mayores beneficios¹¹.

Tanto la Comisión Europea (CE) como el Tribunal de Justicia Europeo (TJE) y el propio TDC español han seguido esta tradición de buscar el mercado *antitrust* relevante procedente del DofJ en sus MG. De hecho, el *mercado afectado* por una práctica concreta es, según el TJE, «*el espacio comercial en cuyo interior debe evaluarse la potencia económica de la empresa en relación con sus competidores*» (caso AKZO).

Al delimitar el alcance de un mercado, la autoridad intenta definir las restricciones de comportamiento a los que la empresa se ve sometida. Pero la competencia potencial, tanto de empresas como de productos,

Marshall, «[es el área] donde los precios de los mismos bienes tienden a ser iguales corrigiendo por los costes de transporte».

⁹ Un *test* que ilustra el concepto económico de mercado es el propuesto por G. STIGLER y R. SHERWIN (*op. cit.*): «*dos bienes (x, y) se encuentran en el mismo mercado (son sustitutos cercanos en la producción o en la demanda) cuando sus precios relativos mantienen un cociente estable*».

¹⁰ En las citadas MG se define mercado como «un grupo de productos y un área geográfica donde se venden tales que una hipotética empresa que maximizara beneficios, no sometida a control de precios regulados, que fuera la única ofertante presente y futura de esos bienes en ese área pudiera imponer un pequeño pero significativo y no-transitorio incremento en los precios por encima de los niveles actuales o futuros esperados».

¹¹ De este modo, mientras que el *mercado antitrust* se define como el menor número de productos (y localizaciones geográficas) que permiten a una empresa hipotética que monopoliza todo el mercado elevar precios y obtener mayores beneficios, el *mercado económico* se define sobre la base del arbitraje (de demanda o de oferta) que pueda existir. Las consideraciones de arbitraje vía oferta se consideran también por las autoridades *antitrust* pero en una etapa posterior a la definición del mercado relevante.

es objeto de análisis en un estadio posterior al de la definición del mercado relevante.

Un *test* muy utilizado por las autoridades *antitrust* para determinar el alcance de un mercado es el propuesto por el DofJ en sus MG. El DofJ define mercado como «*el grupo de productos y un área geográfica asociada tal que (en ausencia de nueva entrada) una empresa hipotética, que cubra ella sola todo el mercado, puede incrementar sus beneficios a través de un incremento en el precio pequeño pero no transitorio*». Este *test* se basa en la idea de poder de mercado y refleja el criterio más utilizado para la delimitación del *mercado antitrust relevante*. De hecho, una empresa que se enfrenta a una demanda determinada intenta maximizar sus beneficios eligiendo el precio¹² o la cantidad a producir¹³. Supóngase una combinación cualquiera de precio y cantidad correspondiente demandada. Para buscar el precio que maximiza sus beneficios la empresa debe tener en cuenta dos efectos. Por un lado, si a partir de la situación inicial incrementa algo el precio, supóngase en un 5 por 100, la empresa incrementará sus ingresos en un 5 por 100 en relación con las unidades que a ese nuevo precio se sigan demandando¹⁴.

Por otro lado, debido a la Ley de la demanda, al aumentar el precio la empresa pierde clientes dado que al nuevo precio algunos consumidores preferirán no consumir el bien ofrecido por las empresas. Los consumidores que después del incremento en el precio cambian de proveedor son consumidores que antes proporcionaban unos ingresos a las empresas¹⁵. Para alcanzar el punto óptimo (el mejor precio posible que maximiza los beneficios) la empresa debe balancear estos dos efectos (con la referencia del coste marginal). Está claro que cuanto más sensible sea la demanda al precio, mayor número de consumidores perderá la empresa al incrementarlo. Para demandas bastante elásticas (elasticidad mayor que la unidad, en valor absoluto) es fácil mostrar que los ingresos perdidos por la empresa como consecuencia de haber elevado el precio superan a los ingresos adicionales que obtendrá en las unidades que aún venda al nuevo precio. Luego, el incremento en el precio, para esta demanda elástica, no resulta rentable a la empresa y, por tanto, la empresa no lo incrementará. Que la empresa gane más o pierda al elevar el precio depende de la elasticidad. En este punto es fácil imaginar dónde se situará la demanda dirigida a la empresa: el punto donde la elasticidad sea inelástica.

El *test* del DofJ, llamado también del 5 por 100 (o del 10 por 100) consiste en suponer que en el mercado existe una sola empresa y, a continuación, hacer la siguiente pregunta: si se eleva el precio un 5 por 100

¹² Y dejando que la cantidad a producir sea la que se demande a ese precio.

¹³ Dejando entonces que el precio de venta del bien sea aquel que iguale la cantidad demandada a la cantidad que ha elegido producir (oferta).

¹⁴ Este efecto es de incremento en los ingresos debido al incremento en el precio de las unidades inframarginales.

¹⁵ Este es el efecto —negativo en los ingresos— de la demanda al subir el precio.

(o un 10 por 100) ¿logrará esta empresa hipotética incrementar sus beneficios? Si la respuesta es positiva, la empresa podría, hipotéticamente, elevar el precio y, por tanto, todos los productos considerados formarían parte del mismo mercado. Si la respuesta es negativa se considera que aún no se han incluido todos los productos sustitutos posibles. Sobre la base de este *test*, un posible mercado es el área donde si todas las empresas en este mercado coludieran e incrementaran sus precios en, al menos, un 5 por 100 (o un 10 por 100), lograrían incrementar sus beneficios. La noción implícita de mercado en el sentido *antitrust* en este *test* es «el área donde puede ejercitarse el poder de mercado»¹⁶.

Una limitación derivada de centrar la atención en la cuestión de la definición del alcance del mercado es que se ignora la práctica (i.e., comportamiento) considerada contraria al derecho de la competencia. Y como la misma Comisión establece: «Esta metodología [definir el mercado relevante en primer lugar] puede conducir, de todos modos, a resultados diferentes dependiendo de la naturaleza del tema a examinar. Por ejemplo, el alcance geográfico del mercado puede ser diferente al analizar un expediente de concentración, en cuyo caso el análisis es prospectivo, a cuando se analiza el comportamiento de una empresa en el pasado. El distinto horizonte temporal utilizado en cada caso puede llevar a la delimitación de distintos mercados geográficos para el mismo conjunto de productos, dependiendo de si la Comisión examina un cambio en la estructura de mercado o bien un tema referido al comportamiento en el pasado.» De hecho, en las propias resoluciones del TDC español se puede apreciar que un elemento estructural básico, como es la cuota de mercado, conduce a juicios diferentes según se trate de un caso de concentración económica o de comportamiento desleal hacia una marca¹⁷.

Las empresas que operan en un mercado se enfrentan a tres fuentes de competencia potencial que actúan como fuerzas disciplinadoras sobre su comportamiento: en primer lugar, la sustituibilidad de la demanda; en segundo lugar, la sustituibilidad de la oferta; y, por último, la sustituibilidad temporal¹⁸.

En la definición del mercado relevante no existe una metodología cuantitativa o cualificativa única por parte de las autoridades *antitrust*. En general, el método se basa en la acumulación de evidencias parciales que, conjuntamente, contribuyen a definir un mercado relevante. De acuerdo con la CE, toda evidencia útil debe ser aceptada y examinada por la autoridad, ya sea de tipo econométrico (por ejemplo, elasticidades de demanda), estudios de marketing o la mera observación casual de patrones de consumo. Pero, como se ha mencionado, en muchos países

¹⁶ DofJ, MG.

¹⁷ Más adelante se hará referencia a la Resolución Bacardí del TDC.

¹⁸ Se trata de la competencia existente entre el bien vendido hoy y la demanda residual de mañana, para las ventas de una misma empresa cuando la mercancía es almacenable, las demandas de los consumidores son unitarias y hay expectativas racionales sobre evolución de los precios. Se aplica a bienes exclusivamente duraderos.

de la UE y en España en particular, no se han realizado estudios econométricos, experimentales o de muestreo de consumidores. Este rechazo de evidencias es de difícil justificación cuando se observan las dificultades existentes en la obtención de buenas estimaciones de elasticidades con datos del mercado real.

A. EL MERCADO DEL PRODUCTO RELEVANTE

a) *Introducción*

De acuerdo con el TDC, «el *mercado relevante de producto* comprende la totalidad de los 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» (TDC, Expte. C 34/98 Molabe, S. A.)¹⁹. En este informe el TDC desarrolla la aplicación del concepto de mercado *antitrust* relevante: «*En esencia, la cuestión que debe resolverse es la de si los clientes de las partes estarían dispuestos a demandar productos sustitutivos fácilmente disponibles o a trasladar su consumo a proveedores localizados en otro lugar en respuesta a un pequeño (5 a 10 por 100 según la “Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia”) y permanente incremento hipotético de los precios relativos para los productos y zonas considerados. Si el grado de sustitución es suficiente para hacer que el incremento de precios no sea rentable debido a la reducción resultante de las ventas, se incluirán en el mercado de referencia otros productos sustitutivos y zonas hasta que el conjunto de productos y zonas geográficas sea tal que resulte rentable un pequeño incremento permanente de los precios relativos.*»

En la Resolución recaída en el expediente 319/92, el TDC subrayó que, de acuerdo con las autoridades *antitrust* americanas, «*se trata de encontrar el grupo de productos más pequeño necesario para satisfacer la condición de que un eventual monopolista tuviera interés económico para proceder a un incremento de precio pequeño pero significativo y no transitorio*». Y se añadía en la Resolución que, de acuerdo con la jurisprudencia comunitaria, la elección debe basarse en la necesidad y el reparto del producto, la estrategia empresarial y la de los competidores, la naturaleza —duradera o perecedera— de los productos, y su disponibilidad en el tiempo, todo ello desde una perspectiva dinámica, de acuerdo con las Sentencias del TJCE de 13 de julio de 1966, As. 56 y 58/64 (Consten Grundig), de 25 de noviembre de 1971, As. 22/71 (Beguelin) y de 21 de febrero de 1973, As. 6/72 (Continental Can).

¹⁹ Esta definición del mercado relevante a nivel de producto se basa en el mismo concepto de la Comisión Europea en su Comunicación de 1997 [*Commission Notice on the definition of the relevant market for the purposes of Community competition law*, OJ C 372 (9 de diciembre de 1997), Bruselas].

El análisis de la documentación examinada por el Tribunal revela que en el método utilizado para la definición del alcance del mercado de producto hay ligeras diferencias según se trate de un caso de concentración o de un expediente de abuso de posición de dominio o práctica concertada. Cuando se trata de un informe relativo a una concentración, el TDC, además de un análisis de las características hedónicas del producto y del comportamiento previsible de los consumidores, considera también elementos institucionales tales como la existencia de Asociaciones que agrupen a determinados intereses de los oferentes o las regulaciones públicas específicas que limitan el comportamiento de algunos operadores y clasifica las actividades según estén reguladas o no. Tales consideraciones son necesarias, pues constituyen piezas fundamentales en la determinación *ex ante* del mercado relevante y pueden ser muy útiles en aquellos casos en que la autoridad debe definir un mercado que sería relevante si se llevase a cabo la concentración que se propone. Por otro lado, cuando la autoridad *antitrust* debe definir el mercado relevante en el caso de una práctica concreta que se supone atenta contra la LDC, la metodología del TDC suele ser más específica al caso denunciado y utiliza, en consecuencia, un análisis basado en la posible extensión no sólo del mercado en sí mismo, sino, también, de la práctica en cuestión.

El primer paso en la determinación de los productos que deben ser incluidos en el mercado relevante es la descripción de sus características hedónicas; es decir, de los componentes objetivos de los productos candidatos a formar parte del mismo mercado. En este mismo estadio es importante, además, señalar los posibles usos o destinos de estos bienes por los consumidores. Pero estas dos características (hedónicas y de usos previsibles) no son suficientes en sí mismas para determinar el alcance del mercado del producto. Es necesario, además, analizar, aunque sólo sea a efectos de argumentación, la posible sustituibilidad por el lado de la demanda²⁰.

En cualquier caso, la autoridad *antitrust* utiliza, en general, cualquier evidencia presente o pasada, institucional o de comportamiento de los consumidores, para ayudarse en la delimitación del mercado relevante.

Puede hacerse una distinción metodológica en este proceso según la autoridad decida sobre una operación de concentración, en cuyo caso el análisis es prospectivo, o sobre una acusación de una práctica concreta, en cuyo caso el análisis es retrospectivo. Cuando el TDC ha determinado el mercado relevante en un expediente correspondiente a una conducta contraria a la LDC, en ocasiones la referencia ha sido la práctica en sí misma y su posible alcance en la dimensión del producto o en la dimensión espacial. Por ejemplo, en el Expediente 430/98 (Onda Ramblas/Agedi), el Servicio de Defensa de la Competencia (SDC) consideró que el mercado relevante objetivo era el de los servicios de gestión de los derechos que

²⁰ De acuerdo con la CE, «el mercado del producto comprende la totalidad de los bienes o servicios que los consumidores consideran intercambiables o sustituibles entre sí», Comunicación de la Comisión Europea, 1997.

corresponden a los productores fonográficos por la comunicación pública mediante radiodifusión de sus obras musicales. AGEDI discutió tal delimitación por considerar que el mercado pertinente era el de la comunicación pública de fonogramas y las condiciones objetivas de su ejercicio. Por su parte, el TDC no compartió los criterios de la denunciada al considerar que intentaba *«poner el acento en cuestiones ajenas a cuanto se discute en el expediente»*, dado que de lo que se trataba era de analizar el precio de determinados derechos (propiedad intelectual, por ejemplo) que corresponden a los productores fonográficos.

También hubo discrepancias en el Expediente R 351/99 (Unespa). En efecto, mientras que la patronal consideraba que el mercado relevante era el de la prestación de servicios sanitarios en general, el TDC consideró que se trataba de los servicios sanitarios no financiados por la Seguridad Social, derivados de accidentes de tráfico y amparados por la cobertura del Seguro obligatorio de riesgos de la circulación.

Y en el caso de los derechos del fútbol, con sutileza se afirmaba que *«[e]s preciso analizar las características del producto: su sustituibilidad “sin gran dificultad”, su diferenciación, su calidad, su precio. Debe definirse un mercado de producto en el que todos sus componentes sean en cierta medida sustituibles entre sí»*, concluyendo que *«teniendo en cuenta la conducta y los contratos suscritos por parte de los encausados, el Tribunal considera que el mercado de producto relevante es el de los derechos de retransmisión de fútbol por televisión»*. Aun compartiendo el planteamiento general, los razonamientos efectuados y la conclusión, tanto en el contexto del debate jurídico en materias relacionadas con el *antitrust* como en el del análisis económico es necesaria una mayor argumentación y, en la medida de lo posible, un mayor análisis desde el punto de vista económico. En unos casos se trata de evitar la posible indefensión de los interesados pero en otros el objetivo debe ser consolidar la contundencia de la conclusión alcanzada. Y si ello no es posible por falta de medios queda clara la cuestión a plantear, una vez eliminada la hipótesis de utilización ineficiente o insuficiente de los recursos disponibles.

No es infrecuente que los interesados en un determinado expediente deseen ampliar la dimensión del mercado de producto relevante cuando ello favorece sus pretensiones. Tampoco es infrecuente que la argumentación sea frágil o escasa. En la Resolución recaída en el expediente 291/90, los interesados defendieron la ampliación del mercado considerado como relevante por las autoridades, no sólo desde el punto de vista del producto, sino, también, desde el punto de vista geográfico. La respuesta del TDC fue precisa al entender que la definición del mercado *«debe hacerse desde el punto de vista del usuario que es quien con su determinación de adquirir uno u otro (bien) decide la competencia entre fabricantes»*. Precisó el TDC que, aunque los tres productos contemplados en la discusión cumplían una misma función, no satisfacían la misma necesidad, sosteniendo que *«hay tres clases de usuarios que dirigen su demanda exclusivamente a cada uno de esos tipos, que no resultan sustitutivos, es*

decir, competitivos entre ellos». Esto es, en el análisis del alcance del mercado relevante, la autoridad se ha basado, sobre todo, en las consideraciones de la demanda, ya que la sustituibilidad real viene determinada por las preferencias de los consumidores y no tanto por consideraciones de tipo estratégico por parte de las empresas.

En otros casos, el TDC también consideró mercados muy específicos sobre la base de la sustituibilidad de los productos por el consumidor efectivo de los mismos. En el expediente R313/98 (Wilkinson/Gillette), el TDC consideró que el mercado de producto relevante era el de los aparatos de afeitado húmedo con cuchilla (hojas y maquinillas de afeitar), formando parte de otros mercados los aparatos de afeitado en seco y de depilación. Y dentro de dicho mercado se consideraron tres segmentos con un elevado grado de sustituibilidad, a saber: *a)* aparatos de doble filo; *b)* aparatos desechables, y *c)* «sistemas». Con la misma precisión se definió el mercado relevante en el caso del tabaco. En efecto, en la Resolución recaída en el expediente 375/96 (Tabacos de Canarias) se consideró que el mercado relevante estaba constituido por *«los cigarros fabricados de forma mecanizada, con un peso de entre 5 y 8 gramos, un diámetro entre 11 y 18 mm, una longitud entre 94 y 145 mm y unos precios que oscilan entre las 30 y 70 ptas.»*. En la misma línea de precisión, el TDC consideró que el mercado relevante en el expediente 438/98 (Interflora) era el de las flores y plantas ornamentales para su entrega a distancia y no el de las flores o plantas ornamentales, en general.

Pero el mercado relevante no puede incluir productos no sustitutivos entre sí. En consecuencia, en relación con un tipo de bebidas alcohólicas (Expediente r 164/96, Bebidas alcohólicas) el mercado de producto considerado por el TDC fue el de la oferta a mayoristas de vinos quinados y dulces, en lugar del mercado de vinos y licores, considerado demasiado amplio, dada la ausencia de la suficiente sustituibilidad desde el punto de vista del consumidor.

b) *La regulación como criterio delimitador del mercado de productos*

Hay ocasiones en que la autoridad se basa en la regulación existente para definir el alcance de un mercado. En el mercado de las telecomunicaciones, por ejemplo, en diversas Resoluciones el TDC ha utilizado la legislación básica del sector (Ley General de Telecomunicaciones o Directivas Comunitarias, por ejemplo) para distinguir entre los mercados de telefonía de voz fija y móvil, por separado. Así, en el caso MC 10/96 (Airtel-Telefónica) el TDC consideró que *«en el sector de la telefonía existen varios mercados, que pueden concretarse en dos principales, servicio de telefonía vocal fija y servicio de telecomunicaciones móviles, tal y como los delimita la Directiva 90/338/CEE»*. El argumento de la decisión es simple: con regulaciones distintas, las conductas de los operadores económicos en dos mercados próximos pueden ser también distintas. En consecuencia,

no será posible la sustituibilidad perfecta. Luego, en estas circunstancias, no hay argumentos bastantes para sostener qué productos o servicios amparados o perjudicados por regulaciones no idénticas deben formar parte del mismo mercado.

Otros ejemplos de delimitación del mercado relevante basados en la regulación existente en el sector correspondiente han sido considerados en recientes análisis de operaciones de concentración en la banca española. Tanto en la operación BBV-Argentaria (C47/99) como en la del Banco Santander/Central Hispano (C39/99), el TDC utilizó decisiones y Directivas de Coordinación Bancaria procedentes de la Unión Europea para delimitar el negocio bancario en tres segmentos: en primer lugar, el minorista; en segundo lugar, el corporativo; y, por último, el de banca de inversiones. También en la operación de concentración Endesa/Gas Natural (C38/99), el TDC utilizó la delimitación entre actividades reguladas y no reguladas, definidas en la Ley de Hidrocarburos, para proceder a la segmentación de los mercados relevantes y a su análisis prospectivo por lo que se refiere a los efectos que dicha operación pudiera tener en relación con la competencia en las actividades de distribución de gas y electricidad en las áreas geográficas afectadas²¹.

Aún más, en el expediente MC 18/96 (Servicom/Telefónica) el TDC se refirió a los «servicios de información a través de telecomunicaciones», apuntando la posibilidad de distinguir entre diversos submercados interconectados entre sí en los que se prestan diversos servicios entre los que pueden destacarse los mercados de «prestación de servicios de valor añadido de suministro de conmutación de datos por paquetes o circuitos» y de «proveedores de servicios de información». Esta distinción entre servicios de valor añadido y servicios de redes procede de la regulación comunitaria de las telecomunicaciones, en la cual, en 1996, existía una regulación distinta para los servicios (liberalizados) y otra para las redes y servicios asociados (regulados).

La intervención de la autoridad también se tomó en consideración para definir el mercado relevante en el expediente R 293/98 (Isutel/Telefónica). En este caso, el mercado de producto considerado fue el de los equipos terminales de telefonía de uso público, diferenciando según que el servicio se prestara en zonas vigiladas o en lugares no vigilados «por cuanto que las características de los terminales —al menos en lo que se refiere a los sistemas de protección— son distintos».

La localización dentro de un mismo municipio permitió diferenciar mercados en el sector de los servicios de telecomunicaciones al distinguir entre los terminales en la vía pública y los terminales de uso fuera de la vía pública (expediente R 314/98, Intertrace/Telefónica), asignándolos a mercados distintos.

Otra dimensión de la intervención pública, los subsidios, también ha sido utilizada como elemento diferenciador de mercados de productos

²¹ Mercados definidos como el de transporte, el de distribución y el de comercialización.

que, en principio, parecen relativamente cercanos entre sí. En la Resolución recaída en el expediente 323/92 se estableció que la reutilización de aceites de automoción usados incluía diversas actividades como la regeneración, incineración, reutilización, recogida, transporte, almacenamiento y análisis, entre otras. Y se sostenía que algunas de tales actividades mostraban un elevado grado de sustituibilidad por lo que *«la regeneración de aceites usados constituye un subconjunto de la actividad de transformación y exportación de aceites usados. Las actividades de recogida, transporte, almacenamiento o análisis constituyen actividades complementarias»*. En consecuencia, sostuvo el TDC que *«[e]l conjunto de actividades relacionadas con el tratamiento de los aceites usados quedaría incluido en el amplio mercado de la reutilización de dichos aceites»*. La Resolución del TDC se apoyó en el principio de que el mercado de reutilización de aceites usados es un mercado delimitado, en gran medida, por el alcance de las subvenciones concedidas por las distintas Administraciones Públicas añadiendo que *«[e]n este mercado, el precio no reflejaba la valoración mercantil del producto y, por lo tanto, no se determinaba a partir de la libre confrontación de la oferta y la demanda. La subvención se justifica por la defensa del medio ambiente y por el hecho de que la regeneración de bases lubricantes a partir de aceites usados suponía unos costes superiores a los correspondientes a la obtención de aceites del petróleo en las refinerías»*.

Cuando el TDC debe decidir sobre una práctica concreta aplica un análisis mas *ad hoc*, específico al caso concreto y al ámbito (geográfico o de producto) de la práctica en cuestión. La delimitación del mercado relevante, entonces, además de efectuar consideraciones básicas de demanda y la definición de las características hedónicas del producto o servicio, hace uso también del contexto institucional que define o limita el ámbito o extensión de la práctica. Por ejemplo, en el expediente 309/91, la Comunidad de Madrid se definió como el mercado relevante, dado que los Estatutos de la Asociación de Concesionarios de Automóviles Intermarcas de Madrid (ACIMA) limitaban su ámbito de actuación a los empresarios de Madrid y su provincia y era en este ámbito geográfico donde se concentraban *«la mayor parte de los vehículos asegurados por la Mutua»*. Igualmente se consideró como relevante el mercado de la Comunidad Autónoma de Cataluña en el Expediente 381/96 (Funerarias de Cataluña) al ser el Gremio interesado *«una agrupación de empresas funerarias»* que prestan sus servicios en el territorio de Cataluña. La Comunidad de Madrid también se consideró como el mercado geográfico relevante en relación con los servicios profesionales de los aparejadores y arquitectos técnicos (Expediente 397/97, Aparejadores Madrid). En todos estos casos la delimitación del mercado era relevante para enjuiciar prácticas de concertación de precios entre los agentes.

c) *Relaciones multimercado*

En otra Resolución (Expte. 319/92) se consideró la posibilidad de considerar más de un mercado relevante. En este caso, el TDC delimitó,

en primer lugar, el mercado relevante de las imágenes de los partidos de fútbol. En segundo lugar, las retransmisiones por canal codificado. En tercer lugar, las imágenes relacionadas con los partidos de fútbol profesional relativos a competiciones profesionales organizados por la Liga Nacional de Fútbol Profesional. Y, por último, desde la perspectiva del TDC se propuso, provisionalmente, que el mercado afectado fuera *«el espectáculo de los partidos de fútbol de interés nacional»*, argumentándose a lo largo del procedimiento que el mercado de producto pudiera ser el entretenimiento o los derechos de emisión por televisión de acontecimientos deportivos. El mismo problema se planteó en el caso de los vehículos (Exptes. R 132/95, Ford España, MC 17/96, Ford) resolviendo el TDC que es posible *«diferenciar claramente dos mercados: el de la distribución y servicios postventa de vehículos automóviles de turismo y el de distribución y servicio postventa de vehículos industriales»*, siendo posible individualizar, como tercer mercado de producto, el de la asistencia técnica, mantenimiento y reparación. En la misma línea se consideró como mercado relevante (Expediente R 126/95, Handling en aeropuertos) el de los servicios de asistencia en tierra a las aeronaves, pasajeros y mercancías en los aeropuertos españoles.

En el expediente 356/94, Roca Radiadores, se consideró que el mercado relevante abarcaba distintos productos complementarios entre sí, a saber: los equipos de cuarto de baño *«considerando el mercado de grifos y accesorios como un mercado próximo o vecino, condicionado al principal, por tratarse de productos complementarios»*.

d) *Diversificación y diferenciación*

La diversificación del producto ofrecido es un elemento de referencia fundamental. En el expediente A 28/92 consideró el TDC que el mercado de custodia, depósito y seguridad de explosivos era un mercado distinto del de la *«fabricación y elaboración de los mismos»* añadiendo que *«[l]a tenencia y vigilancia de polvorines, fortines, demoliciones, minas, canteras, etc., constituye un mercado de producto totalmente distinto del de la investigación y elaboración de este tipo de sustancias»*.

En ocasiones, la posición del TDC ha sido sutil, como en el expediente R 137/95 (Soportes fonográficos), en el que se examinaba una denuncia por presunto abuso de posición de dominio y competencia desleal por la venta de discos compactos (CD) y musicassetes (MC) de los denominados *«superventas»*. En este caso, el TDC sostuvo que el mercado de producto relevante no era el de las superventas de soportes de música, *«puesto que el éxito efímero de un número de composiciones en un momento dado no determina la gran sustituibilidad entre los distintos títulos de éxito y la menor sustituibilidad de esos títulos por otros de menos moda. Los éxitos de ventas se consiguen por el interés que demuestran en determinados títulos grupos de consumidores de características diferentes, con gustos nada pare-*

cidos, de modo que un éxito concreto puede sustituir peor a otro éxito del mismo momento que a una composición anterior del mismo autor o intérprete (...) El mercado de producto a considerar sería el de distribución de soportes fonográficos musicales o los de los CDs y los MCs por separado». En la misma línea se consideró que el mercado relevante no era el de cada película por separado, sino los mercados correspondientes a los grandes éxitos, las películas clásicas (reposiciones) y otras películas de menor interés comercial (expediente R 147/96, Manuel Salvador).

Si se trata de un mercado donde los bienes que se venden no están especialmente diferenciados por no existir características que los distingan claramente o bien se trata de bienes con componentes diferentes pero los consumidores los perciben como iguales, se incluirá en el mercado afectado a todos los productos que tengan una composición y *función similar*. Éste ha sido el criterio seguido por el TDC español en el caso Vileda-Tervi (TDC, 437/98), donde entendió que todos aquellos componentes químicos que cumplían con la misma finalidad que el producto analizado (un mejor blanqueado de la ropa) debían ser incluidos como productos sustitutos potenciales. Las características hedónicas de un producto no son suficientes para excluir a productos rivales en muchas ocasiones. Para esta parte del análisis se estudian las prestaciones que el producto ofrece a los consumidores.

La diferenciación de los productos puede darse por muchas razones y una de ellas es la reputación o imagen de marca conseguida en el tiempo. Existen muchas actividades donde hay empresas que disponen de marcas muy conocidas y reputadas que compiten con otras de menor imagen o incluso con las marcas blancas. La imagen de marca es una característica conseguida por la empresa a través del esfuerzo publicitario, promocional y de calidad a lo largo del tiempo y estos atributos, de un modo general, están al alcance de cualquier otra marca con menor reputación inicial. La imagen de marca, por sí sola y por importante que sea, difícilmente hace de un producto algo totalmente diferente de los demás cuando sus prestaciones sean similares. De hecho, el propio TDC (Resolución 396/97, fútbol por ordenador) ha argumentado que: *«Una marca no convierte a un producto en algo tan diferente de los otros que impida su sustituibilidad y, por lo tanto, no puede considerarse que el uso de una marca convierta al producto en algo tan insustituible que constituya un mercado diferenciado.»* El TDC consideró como un producto específico la perfumería de lujo (expediente 2 219/97, Perfumerías catalanas) en lugar de las marcas específicas, dado que *«existe una sustituibilidad amplia entre productos para la misma finalidad de diferentes marcas, dentro de la gama de alta perfumería o perfumería de lujo».*

B. EL MERCADO GEOGRÁFICO RELEVANTE

En esta fase se trata de determinar si empresas localizadas en un área diferente de la empresa objeto de análisis pueden constituir una

alternativa real de oferta para los consumidores. El *test* de referencia se basa en un ejercicio de simulación: si el precio del bien en cuestión se incrementa de un modo permanente en un 5 o un 10 por 100, se observaría un desplazamiento de la demanda a corto plazo en favor de bienes producidos en otras localizaciones sin necesidad de que los consumidores incurran en un coste significativo.

El TDC se ha referido a esta cuestión en multitud de ocasiones y ha sostenido 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 puede distinguirse de otras zonas geográficas próximas debido, en particular, a que las condiciones de competencia en ella prevalecientes son sensiblemente distintas de aquéllas*» (expte. Concentración Molabe SA, 34/98, TDC)²².

La primera referencia al «mercado relevante» se encuentra en la Sentencia Columbia Steel²³. Que el asunto no es sencillo se pone de relieve en dicha Sentencia, donde el Tribunal reconoció las dificultades existentes para precisar el mercado relevante en términos de espacio geográfico y de producto. Reconocía el Tribunal que el análisis es particularmente difícil cuando se trata de mercados caracterizados por la competencia monopolística entre los distintos operadores económicos, dada la diferenciación de los bienes y la imperfecta sustituibilidad entre los mismos.

En determinados casos, el mercado geográfico se ha definido de forma muy restringida. Por ejemplo, en la Resolución recaída en el expediente A 52/93 el mercado relevante se limitó a la «enseñanza del esquí en la Estación de Cerler»²⁴, en el expediente A 54/93 (billetes de tren) se definió como «el transporte regular de viajeros entre Cercedilla y Navacerrada, no entre Madrid y Navacerrada como mantiene RENFE en sus alegaciones». En la Resolución correspondiente al expediente 431/98 (Eléctrica Curós) como el pequeño municipio de Santa Pau y en el expediente A 16/91 como el correspondiente a la ciudad de Madrid.

Al igual que ocurre en el caso del análisis del mercado de producto, hay ocasiones donde los mercados en cuestión están sometidos a regímenes regulatorios específicos que definen distintos mercados, según estén sometidos a restricciones regulatorias o no. El TDC ha utilizado a

²² Del mismo modo la CE en su Comunicación de 1997 define: «*el mercado geográfico relevante incluye el área donde las empresas objeto de investigación ofrecen o demandan productos o servicios en condiciones de la competencia suficientemente homogéneas y éstas puedan ser diferenciadas de áreas vecinas debido a que las condiciones de la competencia sean apreciablemente diferentes de aquélla*».

²³ United States v. Columbia Steel Co., 334 US 495, 508.

²⁴ En la Resolución se afirma que «*en este mercado están presentes varios operadores que actúan tanto individual como colectivamente por lo que no puede negarse la existencia de competencia. Ahora bien, dada la posición del concesionario en exclusiva de la utilización del monte público que tiene la Estación de Cerler, ésta podría haber utilizado su poder de mercado para establecer una serie de limitaciones o condiciones que atribuyeran ventajas competitivas a unos operadores sobre otros. Pero no es el caso. En efecto, consta indubitablemente en el expediente la existencia de una completa libertad para la práctica de la enseñanza del esquí en la Estación de Cerler*».

menudo este cuerpo legal regulatorio en el que los mercados vienen definidos *ex ante*, sin aplicación concreta al caso específico, como criterio de delimitación de mercados. Un ejemplo es la Resolución 334/93: el mercado geográfico se limitó a la ciudad de Fuengirola, «*donde el ayuntamiento tiene su poder de regulación y donde se ha producido la práctica*». O el expediente R-193/96 (Suelo Municipal de Zumaia) referentes a suelos urbanizables, en donde el TDC entendió que al ser el suelo urbanizable una potestad regulatoria municipal y cada municipio podía establecer mecanismos de asignación de suelo diferentes, era en ese ámbito geográfico municipal donde debía ser juzgada la práctica concreta.

De forma similar, en el expediente 310/92 (Retransmisión por tv de fútbol extranjero), se consideró que, a pesar de que el mercado de producto estaba constituido por las retransmisiones de partidos de fútbol celebrados entre equipos pertenecientes a la UEFA, el mercado geográfico se limitaba a España «*por cuanto la competencia de la RFEF para la concesión o denegación de autorizaciones para la retransmisión de partidos extranjeros se circunscribe exclusivamente a nuestro país y es además en dicho territorio donde se producen los efectos de la conducta finalmente enjuiciada en este expediente*». O sea, con independencia de consideraciones de demanda, la potestad de conceder un derecho a desarrollar una actividad cuando parte de una autoridad pública con competencias geográficas definidas, esta potestad pública ayuda en la delimitación del alcance geográfico del mercado al limitar el alcance posible de una práctica o comportamiento. Por último, en la Decisión relativa a la operación de concentración entre Endesa y Gas Natural (C38/99) el TDC define el ámbito geográfico de otros comercializadores competidores con las dos empresas sujetas de la fusión como «*el área geográfica que abarcan las autorizaciones administrativas*», dado que algunos rivales de pequeño tamaño tenían autorización para la distribución del gas únicamente en alguna región específica y esto les limitaba en su capacidad de competir con las restantes empresas.

En la definición del ámbito geográfico, la variable *costes de transporte* que recaen sobre el consumidor en su elección del producto o servicio en ocasiones es el criterio determinante. En el expediente R 217/97 (Colegio San Alberto Magno) se limitó a la ciudad de Zaragoza el ámbito geográfico, dado que es difícil que «*alumnos residentes en otras provincias o ciudades aragonesas se planteen acudir al colegio denunciado en número suficiente para que el efecto global sobre la competencia en la región sea significativo*». De la misma forma, en el caso de las películas de estreno, el mercado geográfico relevante se limitó a una ciudad y sus alrededores, dado que no es imaginable que los espectadores se desplacen por el territorio nacional para ver una determinada película (expediente R 147/96, Manuel Salvador). También se limitó a una ciudad el mercado geográfico correspondiente a los permisos de conducir (expediente 391/96, Autoescuelas Linares).

Los costes de transporte relevantes también pueden analizarse desde el lado de la oferta, especialmente cuando sean relevantes en relación

con el precio final del bien o servicio y recaigan sobre el consumidor. En el caso de un expediente de autorización de asistencia técnica (expediente A 90/94, Asistencia Técnica Vaillant), el TDC discrepó de la opinión del SDC, manifestación inequívoca de la indeterminación de muchos principios inherentes al derecho de la competencia, y sostuvo que el mercado de asistencia técnica de calefacción y calentadores de agua «*no tiene alcance nacional, sino local, o a lo sumo, provincial*». Igualmente, en el expediente R 155/96 (Gasolineras de Canarias) el TDC delimitó el mercado geográfico de la distribución de productos petrolíferos para automoción como el correspondiente a las Islas Canarias. Asimismo, el TDC definió como provincial el mercado de distribución de publicaciones periódicas (Expediente R 170/96, General Española de Librería y Expediente R 183/96, Prensa de Barcelona). En la operación de concentración entre Azucarera y Ebro (C31/98) el TDC definió el mercado geográfico como el nacional pero a su vez incluía la posibilidad de dividir el mercado nacional en tres submercados debido a los muy diferentes costes de transporte en los que se incurre cuando la distancia a recorrer es superior a los 150-200 Km. En consecuencia, dividió el mercado español en tres áreas²⁵ (zona Nordeste, resto del Norte y zona Centro y Sur).

En otros casos, el mercado geográfico relevante ha sido interpretado como el español estrictamente o con desbordamientos —considerados como irrelevantes— en Portugal o Francia, como en el caso del expediente 319/92. En la decisión sobre la operación de concentración C48/99 (Intermalta/Maltamanca) se incluyó a localizaciones del sur de Francia y de Italia como posibles competidores de los fabricantes de malta para cerveza en suelo nacional. El mercado de distribución al por mayor de todo tipo de pescado procedente de los puertos españoles fue definido como el mercado nacional (Expediente 378/96, Asentadores de pescado), dado que no hay barreras ni costes de transporte especialmente diferentes entre las distintas localizaciones del mercado nacional.

C. LA DIMENSIÓN TEMPORAL

Una fuente de competencia adicional se da en la dimensión temporal. Existen bienes cuyo disfrute se prolonga en el tiempo durante varios períodos (i.e., bienes duraderos), lo cual hace que su demanda pueda caracterizarse como unitaria a lo largo de un largo período de tiempo. Esto es, los consumidores demandan o una unidad o ninguna del bien en cuestión y una vez adquirido el bien dejan de demandarlo. Se trata de bienes como los automóviles, las lavadoras o el equipo en general, cuya vida y disfrute para el consumidor se extiende en el tiempo.

²⁵ De evidencias recogidas por los operadores, parece evidente que a partir de una distancia de 200 Km el coste por Kg de azúcar transportada más que se duplica con respecto al coste unitario para distancias pequeñas (pasa de 1,5 ptas/Kg a unos costes de 3 o incluso de 6 ptas. por Kg transportado).

El hecho de que un consumidor pueda comprar el bien duradero en el momento t o $t + 1$, o bien en períodos posteriores tiene efectos pro-competitivos muy importantes.

Un resultado, debido a Coase, establece que incluso una sola empresa que produzca bienes duraderos, si los consumidores pueden elegir la compra del bien en varios períodos, y si se asume que existen expectativas racionales por el lado de la demanda, resulta que la posibilidad de sustituir la compra hoy por la compra mañana hará que el monopolista en el límite sólo pueda establecer un precio. Dicho precio cubrirá el coste marginal de producción. Por lo tanto, se sostiene que serán los consumidores los que ejerzan la fuerza competitiva sobre el precio del monopolista. Al inicio de la vida del producto el monopolista deseará establecer un alto precio al bien. Por lo tanto, habrá consumidores con valoraciones más altas del bien que quizá lo compren. Pero otros consumidores, con valoraciones medias preferirán esperar a comprar el bien, ya que al reducirse la demanda de período a período, el monopolista no tendrá otra salida que reducir el precio de oferta del bien en períodos sucesivos.

Si esta situación se alarga durante muchos períodos, el único precio al cual los consumidores estarán dispuestos a comprar el bien será el que coincida con el coste marginal, porque saben que antes o después éste será el único precio al cual el monopolista podrá colocar las últimas unidades del mismo.

Este resultado teórico, conocido como la conjetura de Coase, tiene una clara relevancia en los mercados de bienes duraderos. El monopolista que produce este tipo de bienes tiene varias alternativas para evitar el efecto de reducción en el precio de su oferta: una salida consiste en el precompromiso (creíble) por parte del monopolista de mantener una política de precios (decreciente en el tiempo) de cara a los consumidores. Si el compromiso es creíble, logrará vender distintas unidades en períodos diferentes, a precios distintos. Esta discriminación temporal maximizará las ganancias, ya que conseguirá colocar el bien en los primeros períodos a los consumidores con mayores valoraciones. Los últimos consumidores en comprar el bien lo harán necesariamente a precios cercanos a los costes marginales.

Otra salida posible a la conjetura de Coase es la estrategia consistente en no vender el bien, sino vender los servicios que presta este bien. Es decir, consumidores que compren el alquiler en el momento t no desaparecen del mercado en el momento $t + 1$, ya que necesitarán de nuevo los servicios del bien duradero. Al no desaparecer estos consumidores de la demanda, el monopolista podrá mantener su poder de monopolio período tras período. Esta estrategia, de hecho, es la utilizada desde hace más de treinta años por compañías que producen los bienes duraderos (máquinas de fotocopiar, p. e.), los cuales, en general, no se venden (aunque existe la posibilidad de compra), sino que, por lo general, se alquilan (*leasing* u otros contratos de servicios) a los consumidores.

Las relaciones comerciales de este tipo de empresas se caracterizan por la existencia de contrato a largo plazo con sus clientes. Estas relaciones verticales pueden, en ocasiones, ser consideradas anticompetitivas, dado el tipo de cláusulas que pueden llevar implícitas. La implicación de la conjetura de Coase en relación con el alcance del mercado es clara: el mercado relevante del producto no tiene en cuenta sólo el período considerado, sino que, dada la sustitución posible por parte de los consumidores entre consumo hoy y consumo mañana, el horizonte temporal a considerar en el mercado afectado es dinámico.

En un caso relativo a la empresa Xerox, el TDC analizó un conjunto de cláusulas de exclusividad que Xerox imponía a sus clientes en España relativas a los agentes encargados del mantenimiento y reparación de sus máquinas fotocopiadoras. Xerox imponía la exclusividad de contratar los servicios de postventa propios de la empresa y esto podría ser entendido como una restricción a la competencia al limitar Xerox la posibilidad de elección del servicio de mantenimiento de los clientes. El TDC entendió que, dado que los servicios de reparación y mantenimiento eran claramente diferentes de los servicios de fotocopiado, debían separarse como mercados relevantes distintos y no podían ser ofrecidos como un *bundle*, en conjunto, necesariamente y debían, por tanto, ser ofrecidos con cláusulas diferenciadas y por separado para que el consumidor pudiera elegir ese servicio postventa a la misma o a otra compañía.

Para un cierto tipo de bienes puede ser que la demanda de cada individuo se limite a una unidad del bien o ninguna y ésta puede adquirirse en este momento o en uno más lejano en el tiempo. A pesar de que las preferencias de los individuos pueden aconsejar la compra del bien ahora, dependiendo del precio al que se ofrezca este producto, muchos consumidores preferirán esperar si, de este modo, obtienen una rebaja del precio. Esto puede conducir a un equilibrio muy competitivo a pesar incluso de existir un solo ofertante en el sector. Este tipo de competencia temporal es relevante en la Resolución Xerox.

4. LA COMPETENCIA POTENCIAL Y LAS BARRERAS A LA ENTRADA Y LA SALIDA

El análisis por el lado de la oferta revela la posibilidad de una disciplina de las empresas presentes en el mercado o entrantes potenciales tal que pueda impedir el ejercicio del poder del mercado de la empresa establecida. En coherencia con este planteamiento el TDC acepta que si sus efectos disciplinadores son importantes, es un criterio útil para la definición del mercado *antitrust* relevante: «Al definir los mercados relevantes de producto y geográfico la sustituibilidad de la oferta también puede tenerse en cuenta en los casos en que sus efectos son equivalentes a los de la sustituibilidad de la demanda en términos de eficacia y de respuesta inmediata. Esto requiere que los proveedores puedan pasar a fabricar los

productos de referencia y comercializarlos a corto plazo, sin incurrir en costes o riesgos adicionales significativos, en respuesta a pequeñas variaciones permanentes de los precios relativos. Cuando se cumplan estas condiciones, la producción adicional que se comercialice tendrá un efecto restrictivo sobre el comportamiento competitivo de las empresas afectadas» (expediente 34/98, Molabe).

El criterio por el lado de la oferta se aplica con el objetivo de ampliar, no de disminuir, el alcance del mercado. En el caso Molabe antes citado, el SDC definió tres mercados distintos basándose en que uno de los productos (achicoria soluble) necesitaba de una tecnología especial para ser producida y por ello no competía con la achicoria en grano y malte. El TDC, por contra, entendió que dado que la achicoria en grano y la achicoria en formato soluble eran sustitutos cercanos por el lado de la demanda, ambos debían incluirse en el mismo mercado afectado a pesar de la diferencia tecnológica que presentaban. De nuevo aquí se pone de relieve cómo la sustituibilidad de oferta es un criterio en general utilizado para ampliar, no para reducir, el alcance del mercado, el cual viene principalmente determinado por consideraciones del lado de la demanda.

La publicidad y los servicios asociados a ella, imagen de marca y reputación, muy a menudo son considerados como barreras a la entrada. Pero este juicio puede ignorar la naturaleza misma de la competencia en algunos mercados. Para el caso, por ejemplo, de las bebidas embotelladas, la CE ha señalado que, a pesar de que es fácil que un embotellador produzca un nuevo refresco y lo introduzca en el mercado (no hay barreras tecnológicas significativas a la entrada), también es cierto que toda nueva bebida necesita publicidad y promoción para asegurar su éxito posterior. Alcanzar un nivel mínimo de este activo intangible exige tiempo y un montante de recursos muy importante y en ocasiones se trata de inversiones de carácter enterrado. Por este motivo, la CE ha señalado que *a priori* la sustituibilidad por el lado de oferta no es posible que ocurra a corto plazo y sin costes adicionales significativos. En consecuencia, no se trata de un criterio útil para la inclusión de nuevos productos en la definición del alcance de un mercado afectado.

A pesar de la relevancia de estas cuestiones, su toma en cuenta por las autoridades encargadas de defender la competencia es escasa y casi nunca se realiza un análisis de la entrada y los efectos disciplinadores que ésta ha tenido.

En general, las autoridades *antitrust* analizan la competencia nueva o la potencial en una fase posterior a la de la delimitación del mercado relevante. Con este procedimiento pierden información valiosa sobre la elasticidad a la que se enfrenta la empresa objeto del estudio en su demanda residual. Además, la consideración de la diferenciación conseguida a través del esfuerzo publicitario y promocional es básica, en muchas actividades, para los operadores, los cuales tienen que invertir en publicidad si quieren seguir manteniendo su presencia en el mercado. Se trata, en suma, de una dimensión de la competencia adicional que, en algunas

ocasiones, no ha sido bien analizada al considerarse la imagen de marca, y los recursos correspondientes para su consecución, como una mera barrera a la entrada en un mercado, olvidando que hay mercados donde el esfuerzo publicitario no es una barrera de entrada, sino un ingrediente de la competencia adicional y natural que, por el lado de la demanda, constituye una actividad que afecta al comportamiento de los consumidores.

Dependiendo de las condiciones de entrada en una industria (i.e., barreras), la competencia potencial, de empresas y productos sustitutos, puede ejercer un papel disciplinador importante y hacer imposible (i.e. no rentable) el ejercicio del poder de mercado por parte de la empresa establecida.

Las barreras pueden ser de tres tipos:

En primer lugar, barreras naturales. Se trata de barreras a la entrada que existen por la naturaleza misma del proceso productivo. Por ejemplo, en el sector del embotellado cualquier nuevo entrante deberá invertir unos recursos significativos en la instalación y puesta a punto de una planta de embotellado. Es importante distinguir aquí si los recursos destinados a esta nueva actividad tienen un carácter de *gastos fijos* (i.e., recuperables una vez se abandona la industria) o *bien gastos enterrados* (o hundidos, i.e., no recuperables una vez se ha incurrido en ellos). En el ámbito del embotellado, por seguir con el ejemplo, está claro que se trata de costes fijos. Este tipo de barreras naturales se dan, por lo general, para todos los operadores por igual, por lo que no presentan problemas de ventajas esenciales para los operadores ya establecidos (incumbentes).

En segundo lugar, barreras jurídicas. En algunos éstas son las más importantes. Puede tratarse de ser limitaciones jurídicas a la entrada. Por ejemplo, en telefonía móvil es requisito necesario disponer de parte del espectro. También ocurre en tv en el ámbito nacional, donde el Gobierno otorga licencias en número limitado. Estas barreras, se entienden, son necesarias, dada la limitación de la capacidad total del espectro de radiofrecuencias que otorga cabida solamente a un número limitado de operadores. Pero las barreras pueden adoptar también otras formas más sutiles pero igual de efectivas. En este caso, cabe mencionar las estrategias desarrolladas por los poderes públicos cuando facilitan el negocio a empresas con las que ya han contratado en el pasado.

Cuando un poder público es quien tiene la llave de entrada a una actividad económica, hay riesgos claros de comportamientos poco eficientes, especialmente cuando se trata de poderes poco sometidos a la disciplina de la LDC. Un ejemplo claro de esta conducta reside en las licencias de transporte de viajeros por autobús en determinadas líneas/recorridos, donde en el concurso concesional la autoridad pública establece un sistema de puntuación que prima a las empresas ya establecidas por el hecho de haber prestado el servicio en el pasado. Se trata de una actividad en la que es difícil sostener que las economías de aprendizaje

son relevantes y, por tanto, justifican que se dé esta ventaja a las empresas ya establecidas. Las barreras jurídicas a la entrada suponen un problema de entrada claro, especialmente cuando son determinadas por poderes públicos que pueden hacer del proceso de concesión de una licencia o permiso a operar una actividad determinada.

Por último, barreras estratégicas. Se trata de actividades desarrolladas por la empresa establecida mediante las cuales impide o dificulta la entrada de potenciales rivales. Estas barreras toman la forma de gastos de promoción o de publicidad necesarios para que un nuevo producto se desarrolle en el mercado siempre y cuando las inversiones tengan como objetivo dificultar el acceso de rivales al mercado. Pero desde la perspectiva del derecho de la competencia, esta posibilidad es difícil de identificar. Por un lado, estos *gastos promocionales constituyen una barrera natural* en el sentido de que cualquier empresa debe realizarlos para dar salida a sus productos²⁶. Si además de esta necesidad de negocio existe el *gasto en promoción con fines estratégicos* por parte de alguna empresa, distinguir ambos motivos supondrá una tarea compleja.

La existencia o no de barreras y la rapidez de la entrada/salida hace que un mercado sea más o menos contestable o impugnabile. Esta cuestión es objeto de análisis en una etapa posterior a la definición y análisis de un mercado, ya que lo que se quiere determinar en este punto es la restricción que la competencia potencial pueden ejercer sobre el comportamiento de la empresa establecida, limitando el poder de mercado que inicialmente y dada su posición en el mercado se le puede suponer.

La contestabilidad se define en el Informe de concentración C33/98 (Havas/Grupo Anaya): «[c]ontestabilidad es una cualidad del mercado que hace referencia a la facilidad de entrada y salida en el mismo. Así, se dice que un mercado es perfectamente contestable cuando reúne en grado sumo las condiciones siguientes: En primer lugar, no existen barreras a la entrada ni a la salida. En segundo lugar, todas las empresas tienen acceso a la misma tecnología de producción, tanto las empresas implantadas como las potenciales entrantes. En tercer lugar, la información sobre precios es completa y está disponible para todos los consumidores y todas las empresas. Y, por último, se puede entrar en el mercado y salir del mismo antes de que las empresas que operan en él puedan ajustar sus precios. La contestabilidad de un mercado será mayor o menor según sean más o menos próximas a las citadas condiciones ideales las condiciones reales respectivas que se den en el mismo».

El TDC desarrolla un análisis de la impugnabilidad de los mercados en las Resoluciones R362/99 (Ron Bacardí), en R313/98 (Wilkinson/Gillette) y en la operación de concentración C32/98 (Chep/Gespalets). En

²⁶ No otorgan, por tanto, ninguna ventaja especial a las empresas ya establecidas. Todas las compañías con marcas con presencia nacional importante dedican una parte muy significativa de sus recursos a esfuerzos publicitarios y promocionales. Las empresas del sector compiten en esta dimensión, de largo plazo, tan agresivamente como lo hacen en precios.

todas estas decisiones la impugnabilidad resulta crucial, dado que las empresas objeto de análisis disfrutaban todas de cuotas de mercado muy altas y fue la facilidad de entrada y salida del sector lo que determinó una decisión favorable a ellas.

El análisis de la impugnabilidad lo desarrolla el TDC explicando las posibilidades de entrada rápida en el mercado del producto ya definido. Por ejemplo, en la Resolución referida a Ron Bacardí, el TDC entiende que en el mercado de bebidas de ron la entrada no tenía ningún tipo de limitación jurídica ni natural y que, por tanto, a pesar de que la empresa dominante disfrutaba de una cuota de mercado cercana al 70 por 100, la entrada potencial al mercado era libre y relativamente no onerosa. Por lo tanto, las posibilidades de ejercer el poder de mercado eran muy escasas. Argumentos similares basados en los reducidos costes de entrada a un mercado ya definido se utilizan también en las Resoluciones Wilkinson/Gillette y en la referente a máquinas de transporte de paletas industriales (Chep/Gespalets).

5. CONCLUSIONES

En el presente trabajo se ha realizado un análisis forzosamente general en relación con la definición del mercado relevante (de producto y geográfico) y las barreras de entrada. Se trata de dos instrumentos fundamentales en el análisis *antitrust*. Por esta razón, la apreciación efectuada ha considerado tanto las aportaciones del análisis económico como la práctica de las autoridades españolas de defensa de la competencia y, en particular, del TDC.

En primer lugar, se ha distinguido entre el mercado económico y el mercado *antitrust*, cuyo análisis está guiado por la consideración del poder de mercado de las empresas en un entorno definido. Por ello se definen, en primer lugar, las características hedónicas de los productos y servicios objeto de análisis, así como los usos previsibles que los consumidores puedan hacer de ellos. También se analizan, de forma argumental, las posibles sustituciones entre productos distintos por parte de los consumidores. Son determinantes de la demanda los que definen el alcance de un mercado, tanto en su dimensión del producto como en su dimensión espacial. En esta última dimensión los costes de transporte son relevantes; no sólo los que recaen directamente sobre el consumidor, sino también los que cayendo sobre el producto acaban siendo sufragados por los consumidores.

En segundo lugar, el análisis de las resoluciones e informes del TDC revela que éste, con frecuencia, se ha basado en delimitaciones del mercado establecidas *a priori*, como la regulación de los mercados por la CE o las administraciones públicas. Esta elección facilita el desarrollo de los informes o resoluciones, pero plantea el inconveniente de definir mercados de forma que no se ajustan plenamente a una realidad en muchos

casos compleja y dinámica. El ejemplo de las telecomunicaciones puede ser ilustrativo.

En tercer lugar, también se observa que en la resolución de expedientes o en la emisión de informes, las autoridades españolas de defensa de la competencia —pero no sólo ellas— emplean la argumentación lógica y jurídica con solidez y claridad. Ésta es una cuestión positiva. Sin embargo, también se observa, en ocasiones, la existencia de discrepancias no sólo entre las autoridades y los interesados, sino también entre las propias autoridades. Este hecho aconseja completar aquella aproximación lógico-jurídica con otra de mayor calado desde la perspectiva del análisis económico. Se trataría, en definitiva, de apoyarse en análisis empíricos —muestral o experimental— para apoyar las conclusiones alcanzadas en relación con la delimitación del mercado relevante con el resultado de la aplicación de instrumentos robustos.

Por último, debe subrayarse que las resoluciones del TDC consideran, a menudo, de forma explícita o tácita, la posible existencia de barreras de entrada, o impedimentos a la sustituibilidad de la oferta. Dada la relevancia de esta cuestión, desde la perspectiva de la competencia potencial, también sería aconsejable acompañar las resoluciones e informar de una mayor evidencia empírica con el objeto de reforzar el contenido de las conclusiones.

LA POLÍTICA COMUNITARIA DE RESTRICCIONES VERTICALES

Cani FERNÁNDEZ VICIÉN ¹

Abogado. Cuatrecasas

El 1.º de enero de 2001 se cumple el primer aniversario de la entrada en vigor de la normativa comunitaria en materia de relaciones verticales entre empresas, esto es, lo que ya se ha bautizado en los foros jurídicos como el «Reglamento de Verticales»² (en adelante, según el contexto, REC o nuevo REC). Este Reglamento otorga una exención de la prohibición prevista en el apartado 1 del artículo 81 del Tratado CE (en adelante, TCE) a favor de los acuerdos suscritos entre operadores económicos situados en distintas fases de la cadena de producción o de la distribución y relativos a las condiciones en que habrán de venderse, revenderse o comprarse los bienes o prestarse los servicios que constituyen su objeto.

Este marco jurídico fue completado el 24 de mayo de 2000, mediante la adopción por la Comisión Europea de unas Líneas Directrices (las *Guidelines*), publicadas en las distintas versiones lingüísticas el 13 de octubre siguiente. Tales *Guidelines* están llamadas a explicar en detalle el ámbito y significado del Reglamento y a proporcionar, en particular, los elementos necesarios para el análisis de los acuerdos que no entran en el ámbito de aplicación de aquél.

En el momento de su entrada en vigor, el REC derogó los antiguos Reglamentos de exención de las categorías de acuerdos de compra exclusiva, distribución exclusiva y franquicia³. No obstante, la disposición transitoria del nuevo REC prevé un período de gracia para los acuerdos fir-

¹ La autora desea agradecer especialmente su contribución a Irene MORENO-TAPIA, sin cuya ayuda no habría sido posible la redacción de este artículo.

² Reglamento (CE) núm. 2790/1999, de 22 de diciembre, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del TCE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas (DOCE L 336, de 29 de diciembre), aplicable, en general, según su artículo 13 desde primero de junio de 2000.

³ Reglamento de la Comisión (CEE) núm. 1983/83, de 22 de junio de 1983, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del TCE a determinadas categorías de acuerdos de distribución exclusiva (DOCE L 173, 30 de junio de 1983); núm. 1984/83, de 22 de junio de 1983, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del TCE a determinadas categorías de acuerdos de compra exclusiva (DOCE L 173, de 30 de junio de 1983), y núm. 4087/88, de 30 de noviembre de 1988, sobre la aplicación

mados con anterioridad a su entrada en vigor siempre que tales acuerdos sean conformes a los Reglamentos derogados⁴.

Incluso con anterioridad a su adopción, el REC ha atraído la atención tanto de profesionales del Derecho como de los operadores económicos especialmente involucrados en el tipo de acuerdos que cubre. La razón de este interés radica en que el REC ha supuesto un giro radical en el tratamiento que la Comisión Europea ha dispensado tradicionalmente a los acuerdos de carácter vertical. Esto implicará, fundamentalmente al finalizar el período transitorio antes mencionado, la adaptación de numerosos acuerdos en vigor desde hace años a estándares radicalmente nuevos, además de un cambio de mentalidad considerable para la elaboración de los nuevos acuerdos que se hayan suscrito en el último año y se suscriban de cara al futuro.

No es menos cierto, sin embargo, que el REC no proporciona todas las respuestas y que plantea, por ello, no pocas dudas. Corresponderá a la Comisión Europea y al Tribunal de Justicia cubrir tales vacíos. Sin perjuicio de la interpretación que lleven a cabo estas instituciones, llevaremos a cabo, en el presente estudio, una aproximación general al contenido material del REC, centrándonos en su ámbito de aplicación y en las prohibiciones que impone, así como también en el enfoque que ha de adoptarse respecto a los acuerdos que no pueden beneficiarse del mismo.

1. INTRODUCCIÓN

Sobre la base del apartado 3 del artículo 81 del TCE, la Comisión Europea ha otorgado, mediante decisiones, exenciones individuales respecto de numerosos acuerdos. Estas decisiones son, por lo general, de carácter temporal y revisables si la Comisión entiende que han dejado de cumplirse los criterios establecidos en el apartado 3 del artículo 81 del TCE. Por otro lado, sobre la base de la facultad reconocida en el Reglamento (CEE) número 19/65⁵, la Comisión ha establecido exenciones «en bloque o por categoría» mediante Reglamentos, conforme a los cuales todos los acuerdos que cumplen determinadas condiciones estándar por ellos fijadas quedarán exentos de la prohibición general contenida en el apartado 1 del artículo 81 TCE.

Tal principio general de prohibición de acuerdos entre empresas no hace distinción entre los acuerdos de carácter horizontal y los de carácter vertical, esto es, aquellos suscritos entre empresas situadas en la misma o en distintas fases de la cadena de producción o de distribución, por lo que, en principio, la prohibición alcanza a ambos tipos de acuerdos

del apartado 3 del artículo 85 del TCE a determinadas categorías de acuerdos de franquicia (DOCE L 359, 28 de diciembre de 1988).

⁴ Este período transitorio se extiende hasta el 31 de diciembre de 2001.

⁵ DOCE 36, de 6 de marzo de 1965.

en la medida en que éstos tengan por objeto o por efecto la restricción de la competencia y afecten al comercio intracomunitario.

Es, sin embargo, notoria la corriente doctrinal, tanto entre los economistas como entre los juristas, que entiende que las restricciones verticales son, por lo general, más beneficiosas para el mercado de lo que, a primera vista, pudiera pensarse, puesto que, en la mayor parte de los casos, tienden a incrementar la eficiencia en la distribución y comercialización de los productos, con la consiguiente reducción de los costes y, finalmente, de los precios a los consumidores.

Los primeros Reglamentos de exención por categorías a favor de acuerdos de carácter vertical respondieron a esta línea de pensamiento. Así, la Comisión Europea autorizó, en bloque, los acuerdos de compra exclusiva, distribución exclusiva y franquicia que cumplieran las condiciones establecidas en cada uno de los Reglamentos respectivos. Estos Reglamentos han sido aplicados, con mejor o peor fortuna, durante casi dos décadas.

Ahora bien, el balance llevado a cabo por la propia Comisión Europea de la aplicación de los citados Reglamentos fue más bien negativo. En efecto, la Comunicación de la Comisión sobre la aplicación de las normas de competencia a las restricciones verticales⁶ señalaba lo siguiente:

«los actuales reglamentos de exención por categoría (REC) constan de unos requisitos bastante estrictos de carácter formal que, por este mismo motivo, se consideran excesivamente legalistas y producen un efecto de rigidez. (...) Para aquellos acuerdos verticales que entran, a veces con dificultades, en el ámbito de los actuales REC, se impone una obligación de cumplimiento que genera una inseguridad jurídica innecesaria. Las empresas que carecen de un importante poder de mercado padecen una reglamentación innecesaria e incluso es posible que se vean disuadidas de utilizar las restricciones verticales con objeto de mejorar su situación competitiva en el mercado».

Ciertamente, los REC de la década de los ochenta otorgaron una mayor importancia a la forma de los acuerdos, diseñando el contenido exacto de las cláusulas que tales contratos podían o no podían contener, de manera que era necesario ajustarse perfectamente a las disposiciones de la norma, tanto las prohibitivas como las permisivas, para poder contar con la exención.

Por otro lado, al no tomar en consideración las condiciones de competencia vigentes en el mercado relevante, se permitía a las grandes empresas hacer uso de las restricciones verticales con la misma libertad que las pequeñas y medianas, pasando por alto los efectos sin duda perniciosos, que tal situación generaba en la práctica.

Consciente de esta circunstancia, la Comisión Europea inició en 1997 un procedimiento de reforma de la normativa, que culminó en el mes

⁶ Comunicación de la Comisión de 26 de noviembre de 1998 (Seguimiento del Libro Verde sobre las Restricciones Verticales, adoptado por la Comisión el 22 de enero de 1997).

de diciembre de 1999 con la adopción de un Reglamento de exención de vocación general, esto es, una única exención de las normas de competencia aplicable, en principio, a la totalidad de los acuerdos de carácter vertical.

El enfoque adoptado por la Comisión Europea en la nueva regulación ha abandonado los formalismos de antaño, para pasar a conceder la mayor importancia a los efectos que los acuerdos respectivos desplieguen en el mercado relevante. De esta manera, la exención gira en torno a dos elementos: por un lado, el poder de mercado de las empresas que ponen en práctica tales restricciones verticales, entendiéndose por tal una cuota mercado superior a un límite determinado; por otro lado, la asunción de que determinadas restricciones, especialmente serias, son inaceptables independientemente de la cuota de mercado de las empresas afectadas, por cuanto su objeto es, de por sí, anticompetitivo.

El REC responde al nuevo enfoque económico estructural al considerar que las restricciones verticales tienen mayor impacto anticompetitivo y, por tanto, podrán ser raramente utilizadas en mercados altamente concentrados. Por el contrario, en los mercados atomizados, los fabricantes y distribuidores podrán aprovecharse automáticamente de los efectos positivos de las restricciones verticales, proporcionando éstas más ventajas en el mercado que perjuicios en las condiciones de competencia. Ahora bien, aun en estos casos, no podrán ponerse en práctica determinadas prácticas, enumeradas exhaustivamente por el REC.

Las Líneas Directrices, antes mencionadas, acentúan este nuevo enfoque económico en el análisis de las restricciones verticales. La primera parte de este documento, técnicamente complejo por su alto contenido económico, proporciona las claves para la interpretación del REC. Es de lamentar, en este contexto, que elementos de gran importancia para la aplicación del REC se contengan sólo en las Líneas Directrices, documento éste que, por su naturaleza de Comunicación interpretativa, está dotado de un efecto vinculante ciertamente limitado.

La segunda parte de tales Líneas Directrices contiene los elementos necesarios para la evaluación de aquellos acuerdos verticales que, por una razón u otra, no puedan beneficiarse de la exención por categoría y que, por tanto, quedan sometidos al test del apartado 3 del artículo 81 de forma individual. Estos acuerdos que no tienen cabida en el REC no se presumirán ilegales y, de hecho, no tendrán siquiera que ser notificados a la Comisión antes de su entrada en vigor⁷. Las partes habrán de analizarlos a la luz de las Líneas Directrices y, sólo si los consideran problemáticos, proceder a su notificación en el momento que mejor les convenga.

⁷ Reglamento 17/62, de 6 de febrero. Primer Reglamento de Aplicación de los artículos 85 y 86 del TCE (*DOCE* 13, de 21 de febrero de 1962). Reforma operada mediante Reglamento 1216/1999, de 10 de junio (*DOCE* L 148, de 15 de junio de 1999).

2. APROXIMACIÓN GENERAL AL NUEVO MARCO JURÍDICO

A. PRINCIPIO GENERAL: EL PODER DE MERCADO DE LAS EMPRESAS

El REC otorga el beneficio de la exención a los acuerdos verticales suscritos entre empresas que carecen de una cuota significativa en el mercado de referencia. Esta cuota ha sido fijada por el REC en el 30 por 100 del mercado en el que el proveedor⁸ vende los bienes objeto del acuerdo⁹. En el caso de obligaciones de suministro exclusivo, la cuota relevante será la del comprador de los bienes objeto del acuerdo en el mercado de compra, entendiéndose por tal, según explican las Líneas Directrices, el porcentaje de la totalidad de las adquisiciones realizadas en el mercado de compra de referencia¹⁰.

Por debajo de ese límite, por tanto, se considera que las empresas participantes en un acuerdo vertical no disponen de la posibilidad de limitar la competencia actual en el mercado de que se trate ni de cerrar el acceso al mismo a nuevas empresas, por lo que los acuerdos que suscriban podrán ser considerados inocuos desde el punto de vista de la competencia a nivel comunitario.

El principio general del REC exige definir, en primer lugar, el mercado relevante a efectos del contrato. A este respecto, el REC y las Líneas Directrices se remiten a la Comunicación sobre la definición del mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria de competencia¹¹, que proporciona los conceptos tradicionales de mercado de producto y mercado geográfico.

Definir cuál haya de ser el mercado relevante es probablemente una de las mayores dificultades que plantea la nueva regulación, por cuanto implica llevar a cabo consideraciones económicas esmeradas y rigurosas, lo que puede ser problemático para los juristas. En ocasiones, la definición del mercado podrá resultar una tarea relativamente fácil, pues se cuenta

⁸ Entendiéndose por «proveedor» no sólo la empresa que *stricto sensu* suscribe el acuerdo en cuestión, sino además las empresas vinculadas tal y como son definidas en el artículo 11 del REC. Lo mismo habrá de entenderse por lo que se refiere al término «comprador».

⁹ A diferencia de los Reglamentos anteriores, el nuevo REC cubre tanto los acuerdos relativos a bienes, como a servicios. En esta publicación nos referiremos, con carácter general, a los «bienes objeto del contrato», si bien han de entenderse igualmente incluidos los servicios, a menos que expresamente se indique lo contrario.

¹⁰ En ambos casos, la cuota de mercado se calculará «sobre la base del valor de mercado de las ventas de los bienes o servicios contractuales y otros bienes o servicios vendidos por el proveedor, que el comprador considere intercambiables o sustituibles debido a sus características, precios y destino previsto; si no se dispone de datos sobre el valor de mercado de las ventas, podrán utilizarse estimaciones basadas en otro tipo de informaciones fidedignas sobre el mercado, incluidos volúmenes de ventas en el mercado, para determinar la cuota de mercado de la empresa de que se trate». En casos de obligaciones de suministro exclusivo, en las que lo decisivo será la cuota de mercado del comprador, «el valor de mercado de la compra, o las estimaciones sobre éste, se utilizará como base de cálculo de la cuota de mercado» (art. 9 del REC).

¹¹ DOCE C 372 de 9 de diciembre de 1997.

con decisiones previas de la Comisión Europea y con sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades, si bien no debe olvidarse el elemento dinámico del mercado que obliga a examinar, en el momento concreto, las condiciones de competencia vigentes.

En otros casos puede ser bastante difícil definir el mercado, al requerirse consideraciones económicas complicadas o al tratarse de mercados relativamente nuevos. En este sentido, la Comisión ha señalado acertadamente que, en el caso de que las empresas hayan cometido algún error en la evaluación de su posición en el mercado y hayan confiado, por tanto, erróneamente, en la aplicación del REC, no se impondrán multas. Evidentemente, será necesario haber actuado de buena fe.

La cuota máxima del 30 por 100 no constituye un límite rígido. El artículo 9 del REC contiene disposiciones transitorias que permiten mantener el beneficio de la exención aun cuando se haya superado el límite mencionado. Así pues, si, contando con una cuota inicial no superior al 30 por 100, posteriormente ésta se incrementa hasta llegar al 35 por 100 o incluso se supera, se podrá extender el beneficio de la exención durante dos años naturales, si no se llega a superar el 35 por 100, y durante uno más, si se supera ese límite. La extensión comenzará a contar desde el momento en que se supere, respectivamente, la cuota del 30 por 100 y del 35 por 100.

Por lo demás y con la única flexibilidad señalada, las empresas están obligadas a respetar en todo momento la cuota máxima impuesta, ya que no basta para beneficiarse de la exención que una empresa se halle por debajo del límite del 30 por 100 de cuota en el mercado afectado en el momento de entrada en vigor del acuerdo de que se trate. Ello obliga a las empresas a controlar sus cuotas de mercado continuamente y verificar, en consecuencia, que se siguen cumpliendo las condiciones para la exención.

Especial atención merece la aplicación del límite del 30 por 100 al comprador en el supuesto de que el acuerdo prevea una obligación de suministro exclusivo, definida ésta por el artículo 1 del REC como «*cualquier obligación directa o indirecta que obligue al proveedor a vender los bienes o servicios especificados en el acuerdo exclusivamente a un comprador dentro de la Comunidad para un uso específico o para su reventa*».

El ámbito de la definición descrita incluye todos los casos en los que el suministrador se comprometa a no suministrar más que a un comprador en toda la Comunidad, aunque la venta de los productos o servicios contractuales del proveedor al comprador quede circunscrita al territorio de un solo Estado miembro. En efecto, el precepto citado habla de un solo comprador «*dentro de la Comunidad*» y no de un solo comprador «*para toda la Comunidad*».

En definitiva, a la hora de determinar si un acuerdo vertical puede gozar de la exención prevista en el REC, el primer test que debe realizarse es el de la cuota de mercado de la empresa que corresponda, bien el

proveedor bien el comprador como hemos mencionado, una vez definido lo más rigurosamente posible el mercado relevante.

En el caso en que la cuota de mercado resulte ser superior al 30 por 100, el REC no podrá ser en ningún caso aplicado. Ahora bien, tal circunstancia no implica que el acuerdo sea, de por sí, contrario al artículo 81 del TCE, ni que haya de ser obligatoriamente objeto de notificación a la Comisión Europea, como ya hemos mencionado. En efecto, cabe la posibilidad de que, conforme a las Líneas Directrices, se entienda que el acuerdo no plantea excesivos problemas de competencia y que la notificación sea, en consecuencia, innecesaria por el momento.

Si la cuota de mercado es inferior o igual al 30 por 100, será además necesario examinar detenidamente las disposiciones del acuerdo y verificar que ninguna de ellas se identifica, de forma directa o indirecta, con alguna de las prácticas que el REC expresa y limitativamente prohíbe. En este sentido, debe tenerse bien presente que todo aquello que no esté expresamente prohibido por el REC, se entenderá autorizado.

B. LAS DENOMINADAS «CLÁUSULAS NEGRAS»: ARTÍCULO 4 DEL REC

Las prácticas a que se refiere el artículo 4 del REC se identifican con aquellas restricciones de competencia que tradicionalmente han sido consideradas las más graves, por tener *per se* un objeto anticompetitivo. Por esta razón, de incluirse en un acuerdo vertical, serán nulas sin que sea necesario evaluar los efectos reales en el mercado. Además, impedirán la aplicación del beneficio de la exención a la totalidad del contrato, con independencia de las cuotas de mercado de las empresas involucradas.

La práctica totalidad de las prohibiciones del artículo 4 del REC tienen por finalidad salvaguardar la competencia residual que debe necesariamente existir al suscribir acuerdos de base exclusiva o selectiva, ya que lo contrario supondría compartimentar innecesariamente los mercados en detrimento de la consecución del espacio único europeo. El artículo 4 prohíbe así la protección territorial absoluta del comprador en casos de distribución exclusiva, distribución selectiva y distribución de componentes. A ello debe añadirse la prohibición de incluir en el acuerdo determinadas modalidades de fijación al comprador de los precios a los que puede revender los bienes objeto del contrato.

a) *Mantenimiento del precio de reventa*

La primera de las cláusulas negras contenidas en el REC se refiere a la necesaria libertad del comprador para fijar los precios a los que desee revender los bienes contractuales.

Esta prohibición alcanza tanto a las cláusulas contractuales que directamente impongan al comprador un precio fijo o mínimo de reventa,

como a aquellas que indirectamente persigan la misma finalidad, como, por ejemplo, la fijación del nivel máximo de descuento que el distribuidor podrá conceder a sus clientes o la subordinación del precio de reventa a los precios de los competidores¹². A ello debe añadirse las cláusulas por las que, en el marco de un contrato de agencia¹³, se restringe la libertad del agente de disponer libremente de su comisión fija o variable.

Ahora bien, la nueva regulación, a diferencia de la anterior, autoriza a incluir en el acuerdo precios máximos o recomendados, con una salvaguardia, cual es que estos precios no podrán equivaler, en ningún caso, a un precio fijo o mínimo como resultado de presiones o incentivos procedentes de cualquiera de las partes¹⁴.

b) *Restricción del territorio o de los clientes*

La segunda cláusula negra prevista por el artículo 4 del REC impide prever en el acuerdo restricciones relativas al territorio en el que el comprador puede vender los bienes objeto del contrato o los clientes a los que puede vendérselos. En principio, por tanto, el comprador ha de quedar libre para vender los bienes contractuales en todo el territorio de la Comunidad y a todo tipo de clientes —mayoristas, minoristas, usuarios finales—.

Ahora bien, el propio REC prevé una serie de excepciones, bajo la forma de una lista cerrada. Ello significa que toda disposición contractual que no sea susceptible de ser subsumible en una de las excepciones pre-

¹² Las Líneas Directrices, en el párrafo 47, citan, como medios indirectos, los «acuerdos por los que se fija el margen de distribución; se fija el nivel máximo de descuento que el distribuidor puede conceder partiendo de un determinado nivel de precios establecido; se subordina la concesión de descuentos o la devolución por parte del proveedor de los costes promocionales a la observancia de un determinado nivel de precios; se vincula el precio de reventa establecido a los precios de reventa de los competidores; las amenazas, intimidación, advertencias, multas, retraso o suspensión de entregas y resoluciones de contratos en relación con la observancia de un determinado nivel de precios. (...) la implantación de un sistema de control de precios o la obligación de los minoristas de delatar a los otros miembros de la red de distribución que se desvíen del nivel de precios fijados. De modo similar, la fijación directa o indirecta de precios puede lograrse con mayor eficacia si se combina con medidas capaces de reducir los incentivos del comprador para reducir el precio de reventa, tales como la posibilidad de que el proveedor imprima un precio de reventa recomendado en el producto u obligue al comprador a aplicar una cláusula de cliente más favorecido».

¹³ Posteriormente, tendremos la ocasión de analizar en qué condiciones un contrato de agencia quedará o no cubierto por el REC.

¹⁴ A este respecto, será necesario tener presente que los precios máximos y recomendados podrían estar prohibidos por la legislación nacional que resulte eventualmente de aplicación en defecto de afectación del comercio intracomunitario. Así pues, la circunstancia de que una normativa comunitaria los autorice no impedirá que sean considerados anticompetitivos a la luz de la respectiva legislación nacional. Por el contrario, aun cuando su legislación nacional prevea lo contrario, la autoridad nacional respectiva deberá autorizar los precios máximos y recomendados en los casos de aplicación del REC. Véase también en este sentido el Libro Blanco sobre la Modernización de las Normas de Competencia, aprobado por la Comisión Europea el 28 de abril de 1999, y el Proyecto de Reglamento de aplicación de los artículos 81 y 82 del TCE [COM (2000) 582, de 27 de septiembre de 2000].

vistas y que, «*directa o indirectamente, por sí solos o en combinación con otros factores bajo control de las partes, tengan por objeto*» la restricción aludida, impedirá la aplicación del REC a la totalidad del acuerdo.

La primera excepción autoriza los casos de distribución exclusiva, esto es, los acuerdos por los que el proveedor se compromete a nombrar al comprador como único distribuidor de sus productos en una zona previamente determinada, obligándole a realizar todas sus ventas en esa zona y prohibiéndole, por tanto, realizar ventas en el exterior de la misma. Ahora bien, la excepción recogida en el REC no es absoluta, por cuanto alcanza únicamente a las ventas activas del comprador, es decir, aquellas deliberadamente buscadas por éste respecto de clientes situados en zonas previamente atribuidas en exclusiva a otros distribuidores o reservadas por el proveedor a sí mismo ¹⁵.

Por el contrario, las ventas pasivas, es decir, las ventas solicitadas por terceros situados fuera de la zona de actividad del comprador, así como las ventas activas realizadas en zonas «liberadas» —es decir, las no reservadas al proveedor o atribuidas en exclusiva— habrán de quedar obligatoriamente libres. Cualquier restricción de las mismas, directa o indirectamente, cae fuera de la excepción y, por tanto, no puede considerarse autorizada.

Encontramos, en este punto, una importante diferencia respecto del Reglamento (CEE) número 1983/83 ¹⁶. En efecto, hasta la entrada en vigor del REC, la exención por categoría autorizaba a los proveedores a imponer prohibiciones de ventas activas por parte del comprador, con carácter general fuera del territorio que tenía asignado y, por tanto, con independencia de que se hubieran o no asignado otras exclusivas.

Este sistema tan permisivo resulta, sin duda, excesivo desde el punto de vista de la competencia. La doble finalidad de restringir las ventas fuera del territorio —proteger las inversiones realizadas por terceros o por el proveedor en otros territorios y obligar al comprador a concentrar sus esfuerzos de comercialización de los productos en un territorio particular— puede también conseguirse permitiendo la subsistencia de un flujo residual de bienes entre territorios asignados y la libre comercialización de los mismos en aquellos en los que el proveedor no ha previsto una distribución limitada.

Por tanto, conforme al nuevo REC no será posible prever en un acuerdo de distribución exclusiva una prohibición general de ventas activas fuera del territorio asignado al distribuidor, a menos que el proveedor haya atribuido, también en exclusiva, el resto del territorio comunitario o se reserve a sí mismo, de forma expresa, la distribución en el mismo.

¹⁵ Además, la restricción de ventas activas, si ha sido pactada en el acuerdo, no podrá alcanzar a los clientes del comprador, tal y como señala el propio REC. Es decir, el hecho de que el comprador tenga restringidas las ventas activas en el sentido permitido por la norma no puede implicar que sus clientes hayan de sufrir la misma restricción.

¹⁶ Artículo 2.2.c) del Reglamento citado.

Esta primera excepción contiene una variante, no ya referida al territorio de reventa, sino al grupo o categoría de clientes a los que el comprador podrá revender los bienes contractuales. En efecto, el REC autoriza los acuerdos de asignación de cliente exclusivo, si bien con las mismas limitaciones que hemos examinado antes en relación con el territorio. Es decir, el proveedor únicamente podrá imponer al comprador una restricción de las ventas activas hacia clientes pertenecientes a las categorías que se ha reservado el propio proveedor o para las cuales haya concedido una exclusiva, pero no podrá oponerse a las ventas pasivas, esto es, no provocadas por el propio comprador, entre categorías de clientes otorgadas en exclusiva o las ventas activas entre categorías «liberadas».

Por tanto, el proveedor puede claramente, bajo el nuevo marco, reservarse un grupo de clientes para sí mismo o distribuir las distintas categorías entre diferentes distribuidores que no podrán, al menos activamente, interferir en la actividad de los otros.

Junto a las dos excepciones mencionadas, el artículo 4.b) del REC permite además que el acuerdo contenga las siguientes restricciones de competencia sin que ello afecte al beneficio de la exención:

- a) El acuerdo podrá imponer al distribuidor mayorista una restricción sobre las ventas a usuarios finales.
- b) El proveedor podrá impedir a los miembros de un sistema de distribución selectiva que lleven a cabo ventas a distribuidores no pertenecientes a la red.
- c) El proveedor podrá imponer al comprador de componentes la restricción de vender éstos a clientes que los usen para fabricar el mismo tipo de bienes que los que produce el proveedor.

Por lo que se refiere a la utilización de internet por parte de los distribuidores para comercializar los bienes objeto del contrato, la Comisión dedica a esta cuestión un párrafo completo en las Líneas Directrices, párrafo que no aparecía en las versiones preparatorias de la Comunicación.

Las ventas virtuales son consideradas, por lo general, ventas pasivas, a menos que el sitio internet haya sido especialmente configurado como un medio para alcanzar activamente los clientes situados en un territorio atribuido en exclusiva a un tercero o reservado por el proveedor —por ejemplo, en el caso de un sitio únicamente accesible por clientes situados en una zona geográfica determinada—.

Por tanto, en principio, no podrá incluirse en el contrato ninguna cláusula que, directa o indirectamente, restrinja la libertad del distribuidor de utilizar internet. Si se dieran razones objetivamente justificadas para la prohibición de ventas virtuales al distribuidor —piénsese en el caso de la comercialización de sustancias peligrosas, por ejemplo—, estas mismas razones se aplicarían para impedir la venta en general a través de la red. Por lo tanto, si el proveedor procediera a una venta directa por

internet, la restricción impuesta al distribuidor dejaría de tener justificación.

Ahora bien, el proveedor sí podrá someter la utilización de internet por el comprador a determinadas condiciones si también la venta de bienes en el establecimiento físico está sometida a dichas condiciones o, en otras palabras, a imponer al distribuidor *virtual* las mismas restricciones que a cualquier otro distribuidor *físico* en la medida en que sean trasladables. Ello será así, no sólo en el marco de la distribución selectiva, donde quizás se halle más justificado, sino con independencia del tipo de acuerdo vertical de que se trate. En efecto, nada podrá impedir, por ejemplo, a un franquiciador a exigir de su franquiciado virtual que haga uso de los logos del proveedor para la publicidad de los bienes contractuales o, incluso, que ponga a disposición de los clientes, también virtualmente, un servicio post-venta similar al exigido en su establecimiento físico.

Más complicada parece la cuestión sobre si, en el marco del REC, es posible prohibir a un distribuidor servirse exclusivamente de internet para la comercialización de los bienes objeto del contrato, esto es, sin disponer paralelamente de un establecimiento físico. La cuestión es especialmente relevante, a nuestro entender, en el marco de la distribución selectiva, por cuanto, en esta sede, existe una obligación a cargo del proveedor de nombrar distribuidor a quien cumple los criterios objetivos preestablecidos.

La literalidad del REC, cuyo artículo 4.c) recoge la denominada *location clause* —se podrá imponer al distribuidor selectivo la obligación de operar exclusivamente desde el establecimiento autorizado—, nos permitiría afirmar que el proveedor podrá exigir —en principio— a todo distribuidor selectivo, que disponga previa o paralelamente de un establecimiento físico para poder dedicarse a actividades virtuales y, por lo tanto, negarse a aceptar en la red a aquellos solicitantes que pretendan únicamente comercializar los productos a través de internet, en la medida en que el producto objeto de distribución selectiva requiera (al menos, en una primera venta) asesoramiento directo al cliente por parte de personal especializado, por ejemplo, o exista una justificación objetiva similar a la que subyace en el artículo 4.c) del REC.

c) *Distribución selectiva*

Por primera vez, el REC otorga el beneficio de la exención a la distribución selectiva, entendiéndose por tal «*un sistema de distribución por el cual el proveedor se compromet[e] a vender los bienes o servicios contractuales, directa o indirectamente, sólo a distribuidores seleccionados sobre la base de criterios específicos, y los distribuidores se compromet[e] a no vender tales bienes o servicios a agentes no autorizados*». Esta modalidad

de distribución estará cubierta por el REC siempre y cuando el proveedor ostente una cuota no superior al 30 por 100 del mercado de que se trate.

Las Líneas Directrices han venido a calmar la tempestad creada por gran parte de la doctrina al criticar que la Comisión hubiera incluido en su proyecto de reforma un sistema de distribución considerado por la jurisprudencia comunitaria como no restrictiva de la competencia. No estando prohibida por el apartado 1 del 81 TCE, la distribución selectiva, tal y como se acogía por la jurisprudencia, no precisaba ninguna exención. Pues bien, las Líneas Directrices explican que *«la distribución selectiva puramente cualitativa queda fuera del apartado 1 del artículo 81 por ausencia de efectos competitivos, siempre y cuando se cumplan tres condiciones. En primer lugar, la naturaleza del producto de que se trate ha de necesitar un sistema de distribución selectiva (...). En segundo lugar, los revendedores han de ser seleccionados sobre la base de criterios objetivos de carácter cualitativo, establecidos de forma uniforme para todos los revendedores potenciales y que no pueden aplicarse de forma discriminatoria. En tercer lugar, los criterios establecidos no deben exceder de lo necesario»*¹⁷ —se trata, en definitiva, de los criterios establecidos por la jurisprudencia—. Por tanto, la distribución selectiva cubierta por el REC es la de carácter cuantitativo, que hasta ahora precisaba de una exención singular en cualquier caso.

Aun dentro del límite del 30 por 100, las partes no podrán pactar las dos restricciones de competencia especialmente graves que recoge el REC. Estas tendrán la consideración de cláusulas negras y, por tanto, afectarán a todo el contrato.

En primer lugar, no será posible restringir, ni directa ni indirectamente, las ventas activas o pasivas a los usuarios finales por parte de distribuidores selectivos minoristas, lo que implica, particularmente, que si bien la distribución selectiva podrá combinarse con la distribución exclusiva, las ventas activas y pasivas dentro y fuera del territorio han de ser completamente libres. Ahora bien, como hemos mencionado, el REC especifica que podrá imponerse al distribuidor selectivo la prohibición de operar fuera de un establecimiento autorizado, lo que evidentemente limitará, al menos a primera vista, el círculo de clientes potenciales del distribuidor.

En segundo lugar, los suministros cruzados entre los distribuidores seleccionados, incluso entre distribuidores que operen a distintos niveles del comercio, no podrán ser objeto de ninguna restricción, de manera que los distribuidores autorizados deben, por tanto, tener la posibilidad de abastecerse entre ellos.

Esta prohibición alcanza tanto a las prohibiciones directas de abastecerse de otro distribuidor autorizado como a las obligaciones de compra exclusiva. También implica, como explican las Líneas Directrices¹⁸, que

¹⁷ Párrafos 184 y siguientes de las Líneas Directrices.

¹⁸ Párrafo 55 *in fine*.

no podrá imponerse a los distribuidores selectivos mayoristas restricciones sobre las ventas a detallistas que sean también miembros de la red.

d) *Restricciones en caso de suministro de componentes*

También tiene carácter de «cláusula negra» la restricción acordada entre un fabricante de componentes y un comprador que los utiliza con fines de incorporación, por la que se prohíbe al primero vender dichos componentes como piezas sueltas a usuarios finales, reparadores o proveedores de servicios post-venta distintos del comprador. El proveedor debe quedar, por tanto, libre para vender los componentes a compradores distintos al vinculado por el contrato.

C. LAS DENOMINADAS «CLÁUSULAS GRISES»: ARTÍCULO 5 DEL REC

El REC prevé otro tipo de cláusulas menos graves que las anteriores y que, por ello, no impiden la aplicación de la exención al resto del acuerdo en el que se encuentran insertas, aunque las cláusulas que a continuación se analizarán sean nulas y hayan de tenerse por no puestas. Las tres prohibiciones contenidas en el artículo 5 del REC se refieren, en general, a las cláusulas de inhibición de la competencia bajo distintas formas¹⁹.

En primer lugar, toda cláusula de inhibición de competencia contenida en un acuerdo vertical no podrá superar los cinco años de duración, si está llamada a ser aplicada durante la vigencia de ese acuerdo²⁰. Es preciso indicar que la duración de la cláusula de no competencia no va necesariamente vinculada a la duración del acuerdo. Éste puede ser incluso de duración indefinida, pero la cláusula de inhibición de la competencia deberá ser expresamente limitada, so pena de perder el beneficio de la exención.

El REC no impide renegociar una nueva cláusula de no competencia entre las partes una vez expirada la duración de la inicialmente prevista en el contrato, ni siquiera por una nueva duración de cinco años. En cualquier caso, lo importante a efectos del REC es que el comprador dis-

¹⁹ El artículo 1 del REC define la cláusula de no competencia como «cualquier obligación directa o indirecta que prohíba al comprador fabricar, adquirir, vender o revender bienes o servicios que compitan con los bienes o servicios contractuales, o cualquier obligación, directa o indirecta, que exija al comprador adquirir al proveedor o a otra empresa designada por éste más del 80 por 100 del total de sus compras de los bienes o servicios contractuales y de sus sustitutos en el mercado de referencia, calculadas sobre la base del valor de sus compras en el año precedente».

²⁰ En el marco de los acuerdos de franquicia, las obligaciones de no competencia impuestas al franquiciado quedan fuera del apartado 1 del artículo 81 del TCE «cuando son necesarias a fin de mantener la identidad y reputación comunes de la red franquiciada. En estos casos, [no] es pertinente la duración de la obligación de no competencia con arreglo al apartado 1 del artículo 81, siempre y cuando no exceda de la duración del propio acuerdo de franquicia». Vid. apartado 200 de las Líneas Directrices.

ponga de la facultad real de desvincularse de una restricción de competencia tras una duración considerada suficiente para amortizar las eventuales inversiones realizadas por el proveedor.

El mismo artículo 5 prevé una excepción. Si los bienes contractuales son vendidos por el comprador desde locales y terrenos que sean propiedad del proveedor o estén arrendados por el proveedor a terceros no vinculados al comprador, la cláusula de no competencia podrá durar tanto como el período de ocupación de los locales y terrenos por parte del comprador²¹.

En segundo lugar, en los casos de cláusulas de no competencia previstas para después de finalizado el contrato, éstas sólo podrán tener una duración máxima de un año, y habrán de cumplir necesariamente tres requisitos cumulativos: *a)* que se refiera a bienes que compitan con los bienes contractuales; *b)* que se limite al local y terrenos desde los que el comprador haya operado durante el período contractual, y *c)* que sea indispensable para proteger conocimientos técnicos transferidos por el proveedor al comprador.

A la hora de imponer criterios tan estrictos, la Comisión ha considerado que la finalidad de una cláusula de no competencia postcontractual ha de ser únicamente evitar que el comprador, una vez terminada la relación contractual, se aproveche de su reputación de distribuidor de determinados productos para facilitar la venta de productos competidores, en detrimento, por tanto, del nuevo distribuidor encargado de aquéllos o del propio proveedor. En otras palabras, el objetivo de una cláusula de esta naturaleza no debe ser expulsar gratuitamente al antiguo comprador del mercado durante un año. Por ello, nada impedirá al antiguo comprador proceder a la distribución, venta o representación de productos competidores en otros locales distintos a aquellos en los que llevaba a cabo la distribución anterior.

Ahora bien, cuando se trate de proteger conocimientos técnicos que no sean de dominio público, el proveedor podrá imponer, sin límite temporal alguno, una restricción a cargo del comprador relativa al uso y la cesión de dicho *know-how*²².

Finalmente, el último inciso del artículo 5 prohíbe las cláusulas de no competencia no absolutas en el marco de sistemas de distribución selectiva, esto es, referidas únicamente a marcas competidoras concretas. En este sentido, la Líneas Directrices explican expresamente que una cláusula de no competencia general, en el marco de la distribución selec-

²¹ La propia Comisión se cuida de señalar, en el párrafo 59 de las Líneas Directrices, que no se permitirán construcciones artificiales para evitar la limitación temporal de cinco años, en clara alusión a los frecuentes mecanismos de alquiler y realquiler entre proveedor y distribuidor de estaciones de servicio para evitar la limitación temporal que, a este respecto, preveía el Reglamento núm. 1984/83 sobre compra exclusiva.

²² Este aspecto reviste especial importancia en los acuerdos en los que la transmisión de derechos de propiedad industrial, secretos y sustanciales para la actividad prevista en el contrato, resulta esencial, como es el caso de los contratos de franquicia.

tiva, será compatible con la exención, si bien, como hemos mencionado, quedará igualmente sometida al límite temporal antes referido.

D. RETIRADA DEL BENEFICIO DE LA EXENCIÓN E INAPLICABILIDAD DEL REC

El beneficio de la exención que prevé el REC no es definitivo. La Comisión se halla facultada para retirar la exención si entiende que el acuerdo despliega efectos incompatibles con el apartado 3 del artículo 81 del TCE²³ o cuando un acuerdo en especial o varios contribuyen de manera decisiva al efecto pernicioso derivado de la existencia de una red de restricciones verticales.

Si las condiciones de competencia vigentes en un mercado dado se ven negativamente afectadas por redes paralelas de restricciones similares, al cubrir éstas más del 50 por 100 de aquél, la Comisión podrá, mediante Reglamento, declarar inaplicable el REC en ese mercado concreto²⁴.

Las dos posibilidades mencionadas obligan a prestar especial atención cuando nos encontremos en mercados en los que los operadores económicos utilizan los mismos tipos de restricciones verticales. Así pues, las empresas presentes en tales mercados deberán cuidarse de evitar incluir en sus acuerdos restricciones de competencia que, aun siendo conformes con el REC cuando son examinadas de forma aislada, despliegan un efecto perverso al formar parte de una red generalizada de acuerdos similares²⁵. Alternativamente, tales empresas podrán poner en práctica otras formas de distribución que les permita obtener los mismos beneficios evitando los riesgos apuntados.

E. ÁMBITO MATERIAL DE APLICACIÓN DEL REC

El REC, en las condiciones que hemos expuesto en las páginas anteriores, cubre, según explica su artículo 2,

«[...] los acuerdos o prácticas concertadas, suscritos entre dos o más empresas que operen, a efectos del acuerdo, en planos distintos de la cadena de producción o distribución y que se refieran a las condiciones en que las partes

²³ Las autoridades nacionales de competencia ven reconocida la misma facultad cuando tales circunstancias se dan en un mercado nacional o en una parte del mismo que presente condiciones de competencia singulares.

²⁴ En ambos casos, de retirada y de declaración de inaplicabilidad, corresponderá a la Comisión la prueba de que el acuerdo o los acuerdos afectados son contrarios al artículo 81 TCE. En el segundo de estos supuestos, las empresas gozarán de un período transitorio de seis meses [apartado 2 del art. 8 del REC].

²⁵ Se trata de lo que el REC denomina el «efecto acumulativo de las redes paralelas de acuerdos», ya identificado por la jurisprudencia comunitaria (Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 28 de febrero de 1991, «Delimitis contra Henninger Braü», asunto C-234/89, Rec. (1991), p. 935].

pueden adquirir, vender o revender determinados bienes o servicios (“acuerdos verticales”)».

Esta definición se identifica, prácticamente, con la totalidad de acuerdos verticales. Ahora bien, determinados tipos quedarán fuera de la exención por categoría, fundamentalmente por tratarse de acuerdos que escapan del ámbito de aplicación del artículo 81 del TCE.

Así pues, se trata de los siguientes acuerdos:

— Acuerdos que, por aplicación de la Comunicación de la Comisión sobre los acuerdos de menor importancia (también llamada «Comunicación de *minimis*») ²⁶, quedan fuera del ámbito de aplicación del artículo 81 del TCE. Ahora bien, no debe olvidarse que a los acuerdos que entren en esta Comunicación podrían ser de aplicación las normas de competencia nacionales, por lo que un *test antiitrust* no queda absolutamente excluido.

— Acuerdos sujetos a la Comunicación de la Comisión sobre los acuerdos, decisiones y prácticas concertadas relativos a la cooperación entre empresas ²⁷.

— Acuerdos sujetos a la Comunicación referente a la consideración de los subcontratos respecto a las normas de competencia ²⁸.

— Los contratos de agencia quedan excluidos del artículo 81 del TCE en la medida en que sea el principal, y no el agente, quien asuma el riesgo financiero y comercial —o el agente lo asuma de manera insignificante— en relación con los contratos negociados y/o concluidos por cuenta del principal. Sólo en aquellos casos en que no se dé esta circunstancia podrá realmente decirse que el agente desarrolla una actividad económica independiente sujeta a las normas de competencia ²⁹.

— Finalmente, acuerdos ya cubiertos por otros Reglamentos de exención por categoría, como es el caso, en particular, de la distribución de automóviles, cuyo régimen de exención por categorías está siendo actualmente objeto de revisión por parte de la Comisión Europea.

Fuera de estas exclusiones expresas contenidas en el propio REC y en las Líneas Directrices, todos los acuerdos de carácter vertical que encajen en la definición proporcionada por el artículo 2 del REC entrarán en su ámbito de aplicación.

²⁶ DOCE C 372, 9 de diciembre de 1997.

²⁷ DOCE C 75, de 29 de julio de 1968.

²⁸ DOCE C 1, 3 de enero de 1979.

²⁹ Las Líneas Directrices explican que, aun en el supuesto de auténticos contratos de agencia, se aplicará el apartado 1 del artículo 81 del TCE «cuando el contrato de agencia facilite la colusión, por ejemplo, cuando varios principales utilizan al mismo agente al tiempo que impiden colectivamente que éste lo sea de otros o los utilizan para intercambiar información o para cualquier otro fin anti-competitivo». Parece evidente que, al margen de los aspectos horizontales propios de las prácticas aquí descritas, en estos casos no se cumplirían las condiciones del artículo 81(3) TCE y, en consecuencia, no habría posibilidad alguna de exención o, si la hubiera, la Comisión no dudaría en retirarla.

De la literalidad del artículo 12 del REC se deduce que, en todo caso, se encuentran sometidos al REC los acuerdos de distribución exclusiva, de compra exclusiva y de franquicia. Por interpretación del artículo 1 del REC, han de entenderse igualmente incluidos los acuerdos de distribución selectiva y los de suministro exclusivo, incluido el suministro industrial.

A todo lo anterior deben añadirse dos tipos de acuerdos que quedan expresamente incluidos en la definición del artículo 2, si bien, conforme a la legislación anterior, no podían beneficiarse de la exención. Se trata, por un lado, de los acuerdos verticales suscritos entre empresas competidoras y, por otro lado, de los suscritos por una asociación de empresas con sus miembros.

Por lo que se refiere al primero de ellos, empresas que sean competidoras, actual o potencialmente, en el mismo mercado sólo podrán beneficiarse de la exención en condiciones muy estrictas. En primer lugar, el acuerdo no podrá ser recíproco³⁰, en la medida en que un acuerdo de este tipo conllevaría un riesgo de colusión demasiado alto. Acumulativamente, será preciso que el comprador no sea una empresa importante³¹ o que las partes en el acuerdo no sean competidoras en el mismo nivel del proceso de producción o de distribución de los bienes o servicios contractuales.

Nada se dice en el REC sobre los acuerdos alcanzados entre empresas que, sin ser competidoras en un determinado mercado, lo son en un mercado tercero. En principio, en la medida en que el acuerdo vertical alcanzado en el mercado en el que no son competidoras no despliegue efectos en la relación entre las partes en el otro mercado, no parece que pueda haber, desde el punto de vista de la competencia, motivos de preocupación suficientes para negar el beneficio de la exención. No obstante, no puede alcanzarse la misma conclusión cuando el acuerdo suscrito en el primer mercado es precisamente el medio idóneo para restringir la competencia en el segundo³². Nada podrá impedir, en nuestra opinión, la plena aplicación del artículo 81 del TCE aunque se den las condiciones establecidas en el REC para otorgar el beneficio de la exención al acuerdo vertical, sin perjuicio de la aplicación de los recientes Reglamentos relativos a los Acuerdos de Especialización³³ y de Investigación y Desarrollo³⁴ entre empresas competidoras y las Líneas Directrices que los acompañan³⁵.

³⁰ Un acuerdo será recíproco, según explica el REC, cuando ambas partes se obliguen a prestar servicios similares, en el sentido de que un fabricante es el distribuidor de los productos de otro fabricante y este último es, a su vez, el distribuidor de los productos del primero.

³¹ Criterio que el REC configura exigiendo un volumen de negocios del comprador de no más de 100 millones de euros al año.

³² Piénsese, por ejemplo, en el acuerdo de suministro recíproco alcanzado entre productores de bienes intermedios no sustituibles, necesarios para la obtención del producto final que ambas empresas fabrican.

³³ Reglamento núm. 2658/2000, de 29 de noviembre (DOCE L 304, de 5 de diciembre de 2000).

³⁴ Reglamento núm. 2659/2000, de 29 de noviembre (DOCE L 304, de 5 de diciembre de 2000).

³⁵ Comunicación de la Comisión sobre la aplicación del artículo 81 del TCE a los acuerdos horizontales de cooperación entre empresas (DOCE C 3, de 6 de enero de 2000).

Por lo que se refiere a los acuerdos verticales concluidos entre una asociación y sus miembros, quedarán cubiertos por la exención cuando éstos sean todos minoristas y ninguno de ellos —incluidas las empresas vinculadas— tenga un volumen de negocios superior a 50 millones de euros al año. También en este supuesto cobran especial relevancia los Reglamentos antes mencionados sobre cooperación entre empresas.

Finalmente, debe hacerse mención de aquellos acuerdos que, sin cumplir las condiciones establecidas en el REC, son aún subsumibles en los antiguos Reglamentos de exención por categoría de distribución exclusiva, compra exclusiva y franquicia³⁶. Tales acuerdos podrán seguir beneficiándose de la exención hasta el 31 de diciembre de 2001.

3. FUERA DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL REC

Con carácter general, el REC no será de aplicación cuando no se cumplan las condiciones en él establecidas y analizadas en las páginas anteriores. En consecuencia, el acuerdo en cuestión no podrá beneficiarse automáticamente de la exención por categoría, lo que no excluye el beneficio de una exención individual en los casos en que se den las condiciones para ello, esto es, cuando se cumplan los requisitos exigidos por el apartado 3 del artículo 81 del TCE.

Dicha exención individual requerirá, como ha venido siendo el caso hasta ahora, una decisión individual por parte de la Comisión Europea. Ahora bien, la reforma operada en el Reglamento 17/62 permite retrasar el momento de la notificación hasta que ésta resulte estrictamente necesaria: en primer lugar, la notificación deja de ser obligatoria y los acuerdos no notificados no se presumirán ilegales aunque hayan sido ejecutados por las partes; en segundo lugar, la propia Comisión proporciona las claves para que las empresas puedan analizar los acuerdos de los que forman parte y apreciar la conveniencia de proceder a su notificación en uno u otro momento.

Así pues, si el balance que arroja el acuerdo entre ventajas para el mercado y perjuicios en las condiciones de competencia se decanta a favor de las primeras, las empresas podrán contar con la tranquilidad de saber que una exención individual será más que probable en el momento en que la notificación del acuerdo deba producirse —por ejemplo, en el caso de una queja por parte de un competidor o, incluso, de una de las partes en el acuerdo—.

Por el contrario, si existen razones suficientes para pensar que el acuerdo no recibirá una exención individual, las partes habrán de asumir el riesgo de verse impuesta una multa por el tiempo que aplicaron el

³⁶ Véase nota a pie número 3.

acuerdo³⁷. Ahora bien, debe tenerse especialmente en cuenta el hecho de que la impunidad contra eventuales multas, para los supuestos en que finalmente no se conceda una exención retroactiva, sólo surtirá efectos desde el momento de la notificación, siempre y cuando ésta hubiera sido hecha de buena fe.

Las Líneas Directrices que, junto al REC, completan el marco comunitario aplicable a las restricciones verticales, facilitan a las empresas el análisis de todos los acuerdos verticales mediante consideraciones de tipo general y ejemplos prácticos específicos³⁸. Proporcionan, por un lado, las claves para la interpretación de las disposiciones del propio REC y, por otro, los elementos para llevar a cabo la evaluación de aquellos que no pueden beneficiarse de la exención por categoría, bien porque no cumplen el límite cuantitativo del 30 por 100, bien porque, por debajo de ese límite, no se ajustan a cualquiera de las demás condiciones exigidas por el REC.

En cualquier hipótesis, el test del apartado 3 del artículo 81 del TCE deberá ser rigurosamente aplicado, en el sentido de que los acuerdos de que se trate deberán desplegar beneficios reales para el mercado y para los consumidores que compensen los efectos negativos sobre las condiciones de competencia vigentes en el mercado. Las Líneas Directrices mencionan ocho razones que, generalmente, justifican la aplicación de determinadas restricciones verticales. Entre otras, cabe destacar la necesidad de resolver problemas de «parasitismo»³⁹, la protección de las inversiones en caso de apertura de nuevos mercados, la salvaguarda de conocimientos técnicos sustanciales transferidos por el proveedor al comprador y la consecución de economías de escala en la distribución.

Como explican las Líneas Directrices, *«no se aceptarán afirmaciones especulativas sobre prevención del parasitismo o declaraciones genéricas sobre ahorros de coste. Los ahorros de costes debidos al mero ejercicio del poder de mercado o a conductas anticompetitivas no pueden aceptarse. En segundo lugar, los beneficios económicos deben favorecer no sólo a las partes del acuerdo, sino también al consumidor»*.

³⁷ Como ya hemos mencionado, la Comisión ha señalado que, cuando las empresas de buena fe hayan calculado equivocadamente su cuota de mercado y considerado, por tanto, por error, que se les aplicaba el REC, no aplicará multas. No obstante, no se prevé la misma solución cuando, también de buena fe, las empresas entendieron que su acuerdo recibiría una exención individual al notificarlo. Por consiguiente, nada excluye el riesgo de multa también en estos supuestos, sin perjuicio, entendemos, de la discrecionalidad de la Comisión de tener en cuenta tal circunstancia al graduar el importe de la misma.

³⁸ No obstante, la propia Comisión señala que *«los parámetros expuestos en las Directrices han de adaptarse a las circunstancias específicas de cada caso, lo que excluye una aplicación automática. Cada caso ha de enjuiciarse a la luz de sus propios hechos, y las Directrices se aplicarán de forma razonable y flexible»*. Esto es, a pesar de proporcionar consideraciones generales, el análisis de los acuerdos deberá hacerse caso por caso, en función de las condiciones existentes en cada mercado y del conjunto de disposiciones de cada acuerdo.

³⁹ Es decir, la circunstancia de que un distribuidor puede aprovecharse de las actividades de promoción realizadas por otro.

Para las empresas de cuota inferior al 30 por 100 del mercado afectado, será poco probable la exención individual de alguna de las restricciones de competencia recogidas en el artículo 4 del REC —esto es, las especialmente graves—, a menos que nos encontremos en un supuesto de apertura de un nuevo mercado.

A este respecto, la interpretación del punto 119 de las Líneas Directrices, de redacción ciertamente errada en determinadas versiones lingüísticas, permite entender lo siguiente: en primer lugar, en caso de apertura de un nuevo mercado geográfico, el proveedor podrá legítimamente proteger sus inversiones durante los dos primeros años, impidiendo a sus distribuidores situados en otros territorios el acceso activo y pasivo de los productos por ellos distribuidos al nuevo mercado. En segundo lugar, en el caso de lanzamiento de un nuevo producto en un territorio o a unos clientes determinados, el proveedor podrá, durante un año, prohibir a los distribuidores encargados del lanzamiento de ese producto las ventas activas a territorios o a clientes distintos a los designados, sin que tal prohibición caiga siquiera en el ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 81 del TCE.

Por lo que afecta a las restricciones menos graves del artículo 5 y, en especial, la posibilidad de imponer cláusulas de no competencia de duración superior a cinco años, la Comisión proporciona directrices suficientemente claras, aplicables en principio a todas las empresas, siempre que se encuentren por debajo del nivel de dominancia.

Así pues, la realización, por parte del proveedor, de inversiones de elevado importe específicamente vinculadas a la relación contractual⁴⁰ podrá justificar una cláusula de no competencia aplicable durante la totalidad del período de amortización de la inversión.

Asimismo, en caso de transferencia de conocimientos técnicos del proveedor al comprador, necesarios para la ejecución del acuerdo y cuyo contenido es necesario proteger para evitar su utilización en provecho de competidores del proveedor, una cláusula de no competencia aplicable durante toda la vigencia del acuerdo quedaría plenamente justificada y, de hecho, se entiende incluso carente de efectos anticompetitivos reprochables sobre la base del apartado 1 del artículo 81 del TCE. Esta posibilidad es particularmente interesante para los acuerdos de franquicia, en los que la transferencia de *know-how* es precisamente el elemento característico.

Ahora bien, el cambio de enfoque en el tratamiento de las restricciones verticales operado por el REC —y por las Líneas Directrices— afecta sobre todo a las empresas con un determinado poder de mercado. En efecto, los Reglamentos anteriores no hacían distinción, como hemos indicado anteriormente, en función del tamaño de las empresas que sus-

⁴⁰ Por ejemplo, la instalación o adaptación de maquinaria que sólo podrá ser utilizada para producir componentes destinados a un comprador determinado.

cribían los acuerdos verticales, por lo que las restricciones verticales permitidas podían ser puestas en práctica, en iguales condiciones, por todo tipo de empresas. A partir del nuevo REC, las empresas con cuotas superiores al 30 por 100 del mercado afectado han visto su libertad de actuación considerablemente mermada, y prácticamente anulada, en el caso de empresas en posición dominante.

Todas las restricciones prohibidas por el REC por debajo de la cuota del 30 por 100 estarán igualmente prohibidas, con mayor razón, cuando dicho límite sea superado. Por tanto, tales empresas no podrán imponer cláusulas de fijación de precios de reventa o de protección territorial absoluta. De la misma manera, en principio, tampoco podrán pactar cláusulas de no competencia de duración superior a cinco años, salvo casos debidamente justificados, como hemos tenido la ocasión de examinar, y siempre que no exista una forma menos restrictiva de conseguir el mismo resultado, como puede ser la imposición de cantidades. Las Líneas Directrices señalan, incluso, que la combinación de la no competencia con la distribución exclusiva podrían justificar, por debajo del nivel de posición dominante, que la primera alcance la duración completa del acuerdo, en la medida en que obligaría al distribuidor a concentrar sus esfuerzos en el territorio asignado y contribuiría, por tanto, a incrementar las eficiencias en la distribución.

Habrá que tener igualmente en cuenta que determinadas prácticas, que pueden ser pactadas por empresas sin poder de mercado conforme al REC, podrían estar, sin embargo, vetadas para las empresas con cuotas superiores al 30 por 100 en la medida en que, en este último caso, los efectos en el mercado sean contrarios al apartado 3 del artículo 81 del TCE.

Ahora bien, la lectura de las Líneas Directrices nos lleva a afirmar que, por encima del 30 por 100 pero por debajo del nivel de posición dominante, las empresas podrán por lo general pactar restricciones verticales. A pesar de que se ostente una cuota alta de mercado, si la estructura del mercado comporta suficientes competidores o inexistencia de barreras de entrada —lo que impedirá que la empresa que cuenta con una cuota alta ostente un «poder» de mercado efectivo, tal y como éste es tradicionalmente entendido—, las restricciones de carácter vertical podrán ser utilizadas.

Por tanto, si bien la cuota de mercado es suficiente para negar el beneficio automático de la exención por categoría, no lo será, sin embargo, para impedir a una empresa en concreto pactar restricciones verticales en ausencia de poder de mercado o cuando éste es relativo o contestable. Será necesario siempre examinar las condiciones de competencia existentes en el mercado y verificar que, en efecto, la restricción vertical en cuestión despliega efectos sensiblemente perniciosos, efectos que no se compensan con beneficios reales para el mercado y los consumidores. En la medida de lo posible, se recurrirá a restricciones menos perjudiciales.

Por el contrario, en presencia de una empresa en posición dominante, las condiciones de competencia vigentes en el mercado se hallarán por definición considerablemente afectadas y, por tanto, las posibilidades de hacer uso de restricciones verticales serán ciertamente limitadas. En cualquier caso, habrá de realizarse igualmente el test del artículo 82 del TCE y verificar que la imposición de una restricción vertical no constituye un abuso de la posición de dominio ⁴¹.

Las Líneas Directrices llevan a cabo un análisis no exhaustivo de cada uno de los tipos tradicionales de restricciones verticales: distribución exclusiva, asignación de cliente exclusivo, distribución selectiva, franquicia, suministro exclusivo, vinculación y precios de reventa recomendados y máximos.

La Comunicación termina con una declaración según la cual las demás restricciones verticales, para las que las Líneas Directrices no dan orientación directa, habrán de abordarse conforme a los mismos principios generales y prestando igual atención a sus efectos en el mercado.

4. CONCLUSIÓN

Si bien este primer año 2000 de vigencia del REC apenas ha dado frutos, lo cual es comprensible si tenemos en cuenta que aún nos encontramos en pleno período transitorio, la reforma de la regulación en materia de acuerdos verticales no puede sino acogerse con gratitud.

En primer lugar, contamos ahora con un único Reglamento de exención por categoría aplicable a todas las posibles restricciones verticales y sus combinaciones, lo que, de por sí, reducirá el número de notificaciones; en segundo lugar, ese Reglamento se completa con una Comunicación interpretativa de gran utilidad y claridad aceptable, a pesar de su complejidad; en tercer lugar, las restricciones verticales son ahora evaluadas en su justa medida, es decir, en función de sus efectos en las condiciones de competencia vigentes en el mercado.

De igual manera es de agradecer la supresión de la obligación de notificación antes de la ejecución de los acuerdos. Bien es cierto que esta medida no suprime, sin más, la necesidad de contar con una exención individual en los casos en que no es posible beneficiarse automáticamente de la exención individual. No lo es menos, sin embargo, que, a partir de ahora, podrá dejarse la notificación para el momento en que sea realmente necesario, si este momento llega. De esta manera, por un lado, la gran parte de las empresas se ahorrarán el oneroso y costoso procedimiento de la notificación, al tiempo que la Comisión podrá reducir al menos presumiblemente su carga de trabajo.

⁴¹ Tal sería el caso, por ejemplo, de la concesión de una exclusiva por parte de una empresa en posición de dominio.

La nueva regulación no queda, por otro lado, exenta de críticas ni deja, tampoco, de plantear dudas, que esperamos sean resueltas paulatinamente. No obstante, no puede dejarse de lado la preocupación sobre la manera, receptiva o reticente, en que los Tribunales nacionales se enfrentarán a una normativa técnicamente tan compleja como es la de verticales. Tras la futura reforma descentralizadora del Reglamento 17, es de esperar que la intervención de la Comisión Europea en esta materia sea prácticamente residual.

ENTRE COMUNIDADES AUTÓNOMAS

Juan L. Comesaña

Universidad de Valencia, España

La realidad política que existe, en la relación de sistemas de franquicias de las Comunidades Autónomas, ha supuesto un grado de influencia importante en el desarrollo del Estado y de las Comunidades un cierto grado de igualdad normativa sobre ciertos aspectos. La dificultad de esta cuestión por parte de algunas Comunidades ha servido para poner de relieve la necesidad de un tipo de regulación que permita unificar en la misma política nacional.

Concretamente, la existencia de diferencias (aunque muy pequeñas) entre las normas y prácticas de las Comunidades Autónomas de régimen común ha permitido la creación sobre ciertos aspectos del mercado como el del transporte terrestre a través de principios de justicia para tratar la situación de las comunidades diferentes.

Por otro lado, se cree que, que se adopten una normativa armonizada en todo el territorio con el principio de igualdad entre las comunidades autónomas, se puede al grado en el que se pueda en algunas partes de las comunidades autónomas con las Comunidades. En el fondo de todo esto está que se pueda aplicar el principio de armonización armonizada en un territorio como el de personas, las empresas, o incluso los Estados completos, como que se pueda hacer en las Comunidades Autónomas?

Para responder a esta pregunta es necesario acudir a los principios básicos del federalismo fiscal con el fin de armonizar al conjunto de los principios de armonización, que puede servir un cambio importante en la armonización de la financiación y del propio país que pueden armonizar las Comunidades Autónomas.

1. EL FEDERALISMO FISCAL: CONCEPTO Y MODALIDADES

El concepto federalismo hace referencia a la existencia de instituciones de gobierno dentro de un mismo Estado. La finalidad de los sistemas políticos federales es armonizar las políticas públicas a los pro-

LA COMPETENCIA ENTRE COMUNIDADES AUTÓNOMAS

Juan F. CORONA

Catedrático de Hacienda Pública

La realidad política más reciente, en lo relativo al sistema de financiación de las Comunidades Autónomas, ha supuesto un punto de inflexión importante, al conceder el Estado a dichas Comunidades un cierto grado de capacidad normativa sobre algunos impuestos. La utilización de dicha capacidad por parte de algunas Comunidades ha servido para poner encima de la mesa un tipo de prejuicio enormemente extendido en la cultura política nacional.

Concretamente, la existencia de diferencias (aunque muy pequeñas) entre los sistemas tributarios de las Comunidades Autónomas de régimen común, ha generado la alarma sobre posibles rupturas del mercado interior, llegando incluso a invocarse principios de justicia para criticar la existencia de las mencionadas diferencias.

No deja de ser curioso, que se acepten con naturalidad diferencias en nivel de empleo, tasa de inflación, producto interior bruto, etc., y que, sin embargo, se ponga el grito en el cielo cuando se plantean posibles diferencias fiscales entre las Comunidades. En el fondo de todo ello subyace un miedo atávico al concepto de competencia entendido en un sentido amplio. Si las personas, las empresas, e incluso los Estados compiten entre sí, ¿por qué no pueden hacerlo las Comunidades Autónomas?

Para responder a esta pregunta es necesario acudir a los principios básicos del federalismo fiscal con el fin de aproximarnos al concepto de federalismo competitivo, que puede suponer un cambio importante en la concepción de la financiación y del propio papel que pueden desempeñar las Comunidades Autónomas.

1. EL FEDERALISMO: CONCEPTO Y MODALIDADES

El término federalismo hace referencia a la existencia de distintos niveles de gobierno dentro de un mismo Estado. La finalidad de los sistemas políticos federales es aproximar las políticas públicas a las pre-

ferencias de los ciudadanos: cuanto más heterogénea es la población residente en un ente político determinado, la división del poder en niveles inferiores que agrupan a ciudadanos con preferencias más homogéneas entre sí sirve para aproximar el contenido de las políticas a esas preferencias. Se diferencia así de las formas de organización política centralizadas, en las que sólo hay un único gobierno; e incluso cuando, dentro de éstas, el poder administrativo se desconcentra territorialmente para ejecutar de forma más eficaz las políticas determinadas por el gobierno central. En los Estados centralizados, por tanto, no cabe la posibilidad de desarrollar políticas territorialmente diferenciadas, por lo que, de existir una demanda heterogénea de bienes y servicios públicos, se generan ineficiencias en la utilización de los recursos: en unas zonas se ofertan bienes en mayor medida de la demandada, en otras en menor.

Cuando el poder político se descentraliza, y aparecen distintos niveles de gobierno, la articulación de las relaciones intergubernamentales, tanto verticales (ente central/entes subcentrales) como horizontales (entes del mismo nivel) determina modelos de federalismo muy diversos. La doctrina politológica, basada en las múltiples formas de articulación de las relaciones intergubernamentales que se han producido en los distintos países de estructura compleja, o en un mismo país federal a lo largo del tiempo, ha distinguido diversas *modalidades* de «federalismo»: «dual»¹, «cooperativo», «centralizado», «representativo», «competitivo», etc. La diferenciación más trascendente a nuestros efectos es la que contrapone las instituciones federales cooperativas con las competitivas.

El federalismo cooperativo se caracteriza, en términos muy genéricos, porque las competencias de cada uno de los niveles de gobierno se entremezclan, de tal forma que los objetivos del poder central y los poderes subcentrales son únicos y compartidos, y se produce una cooperación entre los distintos niveles de gobierno, incluso cuando el ejercicio de las competencias sea exclusivo de uno de los niveles de gobierno.

La materialización más extrema de esta forma de federalismo llevaría a que el funcionamiento del sistema político federal no se diferenciaría en exceso de un sistema político centralizado (un federalismo centralizado), porque una vez que se establecen desde el nivel central las políticas prioritarias, los poderes subcentrales se convierten en meros ejecutores de las mismas, y su capacidad política queda apenas reducida al ejercicio de la representación democrática en los órganos que conforman una única política para todo el territorio estatal². En sus concreciones más moderadas, el poder central consigue la cooperación de los entes subcentrales mediante, la mayoría de las veces, la formulación

¹ Véase DYE, 1990, capítulo 1 [Las referencias bibliográficas abreviadas que aparecen en las notas remiten a la bibliografía del apartado 4 de este trabajo].

² Las controversias políticas de creación de la «Gran Sociedad» desarrolladas en los Estados Unidos a partir de los años sesenta constituirían un ejemplo de cómo las fuerzas centralizadoras pueden subvertir la esencia de federalismo incluso en el país en el que se creó esta modalidad de división de los poderes públicos de índole horizontal.

de programas cuya aceptación por el ente político subcentral conlleva la vinculación de gastos territorializados, que no se producirían en el supuesto de que el gobierno de inferior nivel no cooperase en la política diseñada a nivel central.

Los modelos que, en mayor o menor medida, se aproximan al federalismo cooperativo persiguen una mejora en la prestación de los bienes y servicios públicos a través de la descentralización de competencias políticas, pero la vía elegida para alcanzar el fin de toda organización federal se basa esencialmente en la confluencia de voluntades entre los distintos niveles de gobierno. De esta forma, las políticas tienden a ser únicas en el ámbito territorial más amplio, y los entes subcentrales ejercen su poder político para condicionar que en su formulación, diseño y financiación no se vulneren los intereses de sus residentes.

El federalismo competitivo, en contraste, se caracteriza porque cada nivel de gobierno ejerce las competencias que la Constitución le atribuye autónomamente respecto de los demás poderes territoriales. De esta forma las políticas concretas que, dentro de su ámbito territorial, desarrolla un ente subcentral no tienen por qué coincidir con las de otro ente subcentral, antes al contrario: pueden ser formuladas con el fin de establecer un marco diferenciado que permita a los ciudadanos y empresas de la comunidad política más amplia optar por fijar su residencia en aquella jurisdicción en la que el balance costes/beneficios derivado de los procesos presupuestarios se adecua mejor a sus preferencias.

Los modelos políticos que se aproximan al federalismo competitivo no deben confundirse con una dualidad absoluta de niveles de gobierno. El *federalismo dual* se caracteriza porque, dentro de sus competencias, cada nivel de gobierno goza de una capacidad absoluta para adoptar las políticas que considere oportunas, sin que los demás puedan interferir en el ejercicio de la soberanía de cualquier otro gobierno del mismo o de distinto nivel. En el federalismo competitivo, por el contrario, no sólo pueden compartirse competencias entre los niveles de gobierno, sino que se procura que el ejercicio de las competencias propias por cada gobierno incida en las políticas desarrolladas por los demás. El elemento característico esencial del federalismo competitivo radica en que el ejercicio de las competencias por cada uno de los gobiernos genera beneficios globales para el conjunto de la población.

Para comprender el alcance de las anteriores distinciones se puede recurrir al siguiente ejemplo: El *federalismo cooperativo* se equipararía al modelo de mercado de competencia imperfecta del cártel; el *federalismo centralizado* se asemejaría al oligopolio de competencia imperfecta; el *federalismo competitivo* se asimilaría a un mercado perfectamente competitivo; y el *federalismo dual* se relacionaría con un mercado constituido por monopolios territoriales. En el primer caso, los responsables de los distintos niveles de gobierno pactan entre sí las políticas que se pondrán en marcha en todo el territorio. En el segundo caso, el gobierno central condiciona decisivamente las acciones de los entes subcentrales. En la

tercera situación, los gobiernos al competir entre sí por la captación de recursos promueven el bienestar general, ofertando aquellos programas y políticas que mejor encajan con las preferencias de los ciudadanos. Y en la cuarta, los gobiernos disfrutan un poder absoluto sobre los residentes en su jurisdicción.

Evidentemente, y tomando como dada la existencia de mecanismos democráticos de elección de los responsables políticos, todas las anteriores formas de organización política sirven mejor a la finalidad genérica de los sistemas federales: con respecto a la alternativa de un poder político centralizado, todas ellas permiten en mayor o menor medida graduar la acción colectiva de forma más próxima a las preferencias de los votantes/residentes de cada jurisdicción. Pero a la hora de elegir entre una de las anteriores orientaciones de la organización política descentralizada, el federalismo competitivo goza de una ventaja comparativa con respecto a las demás: además de permitir la satisfacción diferenciada de las heterogéneas preferencias de los residentes en cada distrito, permite que éstos (ciudadanos y empresas) ejerzan un control mucho más efectivo del ejercicio del poder por los responsables de cada gobierno.

En este sentido, y como veremos inmediatamente, el federalismo competitivo se ajusta mejor que el cooperativo a la función de satisfacer más eficientemente las preferencias de los ciudadanos, porque introduce restricciones institucionales que limitan la utilización del poder que se delega temporalmente en los responsables de los diferentes niveles de gobierno. Porque, en esencia, el federalismo competitivo trata de reforzar la existencia de una rivalidad entre los gobiernos subcentrales con el fin de que oferten un conjunto de bienes y servicios públicos a un coste fiscal inferior, de forma que los ciudadanos puedan optar por residir en aquella jurisdicción que mejor satisface sus preferencias.

2. FEDERALISMO FISCAL Y FEDERALISMO COMPETITIVO³

El «federalismo fiscal», entendido en su sentido más amplio como un sistema descentralizado en el que los entes territoriales inferiores al Estado tienen competencias para determinar políticas específicas en su ámbito territorial, y, por tanto, sus gastos y al menos parcialmente sus ingresos, ha sido analizado profusamente desde el punto de vista de la teoría económica.

Al igual que en otros ámbitos de la economía pública, se pueden distinguir dos enfoques en el tratamiento del federalismo fiscal: el más convencional de la hacienda múltiple (MUSGRAVE y OATES) y el económico político (BRENNAN y BUCHANAN). Ambos enfoques coinciden en su conclusión fundamental: la eficiencia de una organización política y econó-

³ En este apartado se presentan de forma muy resumida las principales elaboraciones doctrinales sobre el federalismo fiscal.

micamente descentralizada. Pero difieren parcialmente en lo relativo a los instrumentos y las competencias financieras que se pueden atribuir a los gobiernos subcentrales. Ambos enfoques se complementan en muchos aspectos, por lo que un tratamiento completo de la cuestión requiere un esfuerzo de integración teórica, y la exposición, siquiera sumaria, de las principales implicaciones de cada uno de ellos.

A. EL ENFOQUE DE LA HACIENDA MÚLTIPLE

Las teorías convencionales del federalismo fiscal⁴ tienen dos aspectos en común: en primer lugar, aceptan, de forma implícita o explícita, el enfoque tradicional o múltiple de la Hacienda Pública, definido por las ideas de MUSGRAVE, y basado en criterios de «optimalidad» social, que trata de determinar la actuación correcta del sector público en términos económicos, con la finalidad de perfeccionar el modelo del Estado del Bienestar. En segundo lugar, la defensa de la descentralización contenida en todas esas teorías descansa en argumentos de eficiencia económica, sin considerar la influencia de los factores políticos.

A partir de las anteriores premisas, la teoría convencional presenta sus argumentos favorables al federalismo fiscal centrándose en tres aspectos diferenciados: *a)* la formulación de los elementos teóricos que la fundamentan; *b)* la determinación de las competencias que resulta más eficiente atribuir a cada nivel de gobierno, y *c)* la atribución de instrumentos financieros a cada nivel.

a) La formulación de los elementos teóricos que la fundamentan

Los elementos teóricos centrales de la teoría convencional del federalismo fiscal se concretan en:

1.º *El Teorema de la Descentralización*: Establecido por OATES (1972)⁵, el teorema apoya la propuesta de la descentralización basándose en las ganancias de bienestar asociadas a la misma, que no se consideran de forma positiva, sino en relación con las pérdidas de bienestar que caracterizan a los modelos centralizados.

El teorema de la descentralización sostiene que siempre es más eficiente —o al menos tan eficiente—, que los gobiernos subcentrales asuman la provisión de un bien público en su jurisdicción, que la provisión

⁴ Los antecedentes de la teoría del federalismo se encuentran claramente en la concepción de la hacienda múltiple elaborada por MUSGRAVE (1959), aunque, en sentido estricto, el punto de partida de las concepciones actuales se encuentran en OATES (1972), cuyo «Teorema de la descentralización» se desarrolló completándose con algunos estudios pioneros, como la «Teoría del voto con los pies» de TIEBOUT (1956), y la «Teoría económica de los clubs» de BUCHANAN (1965), reformulada posteriormente por MUSGRAVE (1989).

⁵ Reeditado en OATES (1991).

por el gobierno central de un nivel de producción uniforme para todas las jurisdicciones, siempre que se trate de un bien público cuyo consumo esté definido para subconjuntos geográficos de la población.

La validez general del teorema parece fuera de toda duda, si bien está sujeto a algunas precisiones cuantitativas y cualitativas.

Desde el punto de vista de la magnitud de la pérdida de bienestar, por ejemplo, ésta dependerá de diversos factores, como la elasticidad-precio de la demanda: cuanto más inelásticas sean las funciones de demanda más se incrementará la pérdida de bienestar, hecho que tiende a suceder en los bienes públicos más relevantes (sanidad, educación, etc.). Por otro lado, cuanto más parecidas sean las preferencias de los diversos territorios, sus funciones de demanda estarán más próximas, reduciendo la pérdida de bienestar, lo que equivale a decir que las pérdidas de bienestar causadas por una provisión centralizada del bien público se incrementan con la heterogeneidad en las preferencias de los distintos territorios. También hay que tener en cuenta la posibilidad de que existan economías de escala en la producción del bien público, lo que compensaría en parte las pérdidas de bienestar causadas por la provisión centralizada, siempre que el tamaño relativo del territorio fuera lo suficientemente grande para aprovecharlas.

Desde un punto de vista cualitativo, es preciso remarcar que las ganancias de bienestar resultantes de la descentralización se refieren exclusivamente al desarrollo de la función asignativa. Es evidente que, en Haciendas subcentrales de tamaño reducido, el multiplicador del gasto público será más pequeño y, en consecuencia, la política fiscal tendrá un impacto inferior a efectos de estabilización económica, lo que supone un peligro adicional: incurrir en un déficit público muy importante para reforzar el multiplicador fiscal y garantizar un efecto expansivo significativo en la economía local (ya que parte del mismo sería percibido como una externalidad en Comunidades vecinas).

Tampoco es favorable el veredicto para la descentralización en el ámbito de la función redistributiva. Si existen posibilidades de movilidad de la población, las Haciendas con fuerte vocación redistributiva e impuestos muy progresivos sólo conseguirán crear incentivos para abandonar dicha jurisdicción por parte de los contribuyentes con superior capacidad de pago. Las mayores barreras a la movilidad internacional dotan a la política redistributiva centralizada de mayores posibilidades de llevar a la práctica sus objetivos de forma efectiva.

2.º *La Teoría Económica de los Clubs*: Aceptando las ventajas de una Hacienda multijurisdiccional descentralizada, el siguiente paso consiste en delimitar conceptualmente las diversas unidades de hacienda, lo que implica determinar el número óptimo de Comunidades fiscales, y el número óptimo de individuos dentro de cada Comunidad ⁶.

⁶ La aproximación más utilizada para resolver este problema deriva de la aportación de BUCHA-

La provisión de cualquier bien público local generará un coste per cápita determinado en función del número de residentes en su territorio y del coste total de la provisión: a mayor número de residentes los costes fiscales per cápita descienden, pero, de producirse una congestión por el consumo del bien público, el número de residentes sólo debe incrementarse hasta que los costes marginales de la incorporación de un nuevo residente se igualan a la utilidad marginal derivada de la reducción del coste fiscal per cápita por la incorporación de ese residente. Pese a que los costes y los beneficios marginales derivados del número de residentes varían para cada bien público (por ejemplo, en el caso de los puros los beneficios marginales tienden al infinito), la conclusión general de la teoría es evidente: la formación de «clubs» o Comunidades para asignar bienes públicos resulta más eficiente cuando la dimensión óptima del club es relativamente pequeña, es decir, cuando los bienes públicos tienen un carácter mixto reforzado, o, si se quiere, un grado limitado de carácter público.

Por el mismo motivo, en aquellos bienes que presenten un tamaño de población óptima relativamente elevado, es probable que la provisión centralizada de los mismos resulte más eficiente.

3.º *El «voto con los pies»:* En su conocida «Teoría pura del gasto público», SAMUELSON (1954) partió de la base de que los individuos no revelan sus verdaderas preferencias por los bienes públicos. TIEBOUT (1956) rechazó esta hipótesis señalando que, en el caso de jurisdicciones locales, este problema puede evitarse porque los individuos revelan sus preferencias «votando con los pies», es decir, desplazándose hacia aquellas Comunidades cuya oferta de bienes públicos y su esfuerzo fiscal correspondiente más les satisface.

La hipótesis de TIEBOUT se ha convertido en un complemento central de la teoría del federalismo fiscal: la movilidad de los ciudadanos motivada por sus preferencias frente a las políticas económicas de los distintos gobiernos locales tiende a incrementar la homogeneidad de las preferencias dentro de las jurisdicciones locales, y así se incrementan las ganancias en eficiencia asignativa derivadas de la descentralización.

El inconveniente principal del modelo de TIEBOUT se deriva del hecho de estar construido apoyándose en supuestos extremos, que resultan bastante discutibles: la plena movilidad de todos los ciudadanos y factores de producción; la existencia de información perfecta sobre las características de los ingresos y gastos públicos en cada Comunidad por parte de todos los ciudadanos; o la inexistencia de economías de escala interjurisdiccionales, de efectos externos interjurisdiccionales y de costes de congestión. De forma resumida, el problema del modelo de TIEBOUT resi-

NAN (1965), destacando su aplicación al problema de la determinación del tamaño óptimo de las autoridades subcentrales, realizadas por MUSGRAVE y MUSGRANT (1989), definiendo la optimización en términos de eficiencia, y el tamaño en términos de población y de gasto total en los bienes públicos de carácter local.

de en que el individuo que se desplaza entre jurisdicciones no se siente afectado por los costes de congestión que su decisión impone sobre los residentes de la Comunidad a la que se desplaza.

b) *La determinación de las competencias que resulta más eficiente atribuir a cada nivel de gobierno*

Respecto de la definición de los objetivos o funciones de la Hacienda Pública, la teoría convencional se apoya en el concepto de Hacienda múltiple desarrollado por R. A. MUSGRAVE, en el que se establecen una serie de objetivos que debe cumplir el sector público en el ámbito del sistema económico.

De acuerdo con la misma, las funciones esenciales de la Hacienda Pública son:

1.º *Asignación de recursos.* Aunque la provisión central de bienes públicos puros permite minimizar el coste por persona al extender al máximo el número de beneficiarios, puede provocar pérdidas de bienestar al unificar el nivel de provisión, con independencia de las preferencias de los ciudadanos. La descentralización en la provisión de bienes públicos, en cambio, permite diversificar las ofertas en función de las preferencias de los ciudadanos. La existencia de bienes públicos locales, caracterizados por el hecho de que los beneficios que se derivan de su suministro quedan geográficamente concentrados en un área notablemente inferior a la que corresponde al territorio nacional, aconseja que las cuestiones relacionadas con ellos sean decididas a un nivel de Hacienda Pública que incluya exclusivamente a los ciudadanos directamente afectados por ellos, es decir, que exista una correspondencia clara entre ambos.

Existen varias razones que pueden justificar el hecho de que la descentralización sea más eficiente que la centralización para la provisión de bienes públicos locales. En primer lugar, al estar los gobiernos territoriales más próximos que el central a los ciudadanos de cada jurisdicción local, conocerán mucho mejor sus necesidades y preferencias. En segundo lugar, la descentralización se presenta como una mejor alternativa cuando las preferencias de los residentes de distintas jurisdicciones no son homogéneas, ya que permite diferentes niveles de suministro de los distintos servicios públicos en cada jurisdicción de forma más acorde con dichas preferencias. En tercer lugar, la descentralización fiscal ofrece la ventaja generada por la movilidad entre jurisdicciones, mecanismo que conduce a una adecuación entre oferta pública y demandas individuales.

2.º *Redistribución de la renta y la riqueza.* De acuerdo con MUSGRAVE, para ser eficaz, la redistribución fiscal debe ser uniforme dentro de un área en la que exista un alto grado de movilidad de capital, trabajo y residencia, y ha de ser una función del Gobierno de la nación. Como

norma general ⁷, la teoría convencional sostiene que existen razones esenciales para considerar que el núcleo de la función de distribución está asignado a la Hacienda central. Pueden señalarse tres tipos de razones en este sentido.

En primer lugar, las medidas redistributivas adoptadas por los gobiernos subcentrales tienen efectos asignativos negativos, al provocar ineficiencias en la localización de los individuos y de las empresas. El precio relativo de los factores se verá alterado entre territorios distintos debido a las diferentes políticas redistributivas, alterando así las decisiones de localización de los factores.

En segundo lugar, las medidas fiscales de carácter redistributivo adoptadas por los gobiernos subcentrales no resultan efectivas como consecuencia de la movilidad de los factores gravados, puesto que pueden ser evitadas mediante dicha movilidad.

En tercer lugar, las medidas redistributivas adoptadas por los gobiernos subcentrales pueden tener efectos perversos, provocando un efecto redistributivo de signo contrario al pretendido. El factor clave estriba de nuevo en la movilidad de la población: una política fuertemente redistributiva implantada exclusivamente por una Hacienda subcentral provocará con toda probabilidad movimientos de salida de la jurisdicción por parte de los ricos y movimientos de entrada de pobres, lo que puede generar que esta política acabe teniendo efectos perversos.

Aun siendo cierto lo anterior, la descentralización de algunos gastos redistributivos puede ser más eficiente si se toman las medidas adecuadas, como mencionaremos en el siguiente apartado.

3.º *Estabilización.* Existe sin duda un menor apoyo a la participación subcentral en la función de estabilización. En realidad, la creencia general es que las autoridades subcentrales no tienen ningún papel que desempeñar en este punto. La razón de esto no parece basarse en la creencia de que las opiniones sobre política macroeconómica no varían de un área a otra; es más, podría aceptarse realmente que las opiniones y preferencias sobre estabilización difieren entre una parte de un país y otra. Sin embargo, existen razones importantes para negar la participación en esta función a las autoridades locales.

En primer lugar, por lo que respecta a la política fiscal, hay que señalar que el hecho de que las economías subcentrales sean muy interdependientes con otras provocará que una política fiscal aplicada localmente se difumine con rapidez entre todas las jurisdicciones. Por tanto, su efectividad en la jurisdicción que la aplique sería mínima y causaría efectos externos a las demás. La política fiscal debe ser aplicada, así pues, en

⁷ MUSGRAVE distingue entre redistribución obligatoria y voluntaria, afirmando que aunque la obligatoria no es factible a nivel local, al poder «huir» con facilidad los residentes que salgan perdiendo, puede hacerse un razonamiento a favor de la redistribución como función local en términos del enfoque voluntario.

un marco de economía cerrada para evitar que los efectos sobre la demanda pierdan eficacia.

En segundo lugar, por lo que respecta a la política monetaria, cabe destacar que los gobiernos subcentrales carecen de la misma al no poder emitir dinero. Sin embargo, no hay que olvidar que la política monetaria es un elemento fundamental en el diseño de políticas de estabilización y es preciso que esté coordinada con la política fiscal.

En tercer lugar, la política de estabilización requiere actuar con los déficit y superávit presupuestarios, precisando así una determinada política de deuda pública.

c) *La atribución de instrumentos financieros a cada nivel*

La elección de instrumentos financieros para dotar a las Haciendas subcentrales, es una consecuencia lógica de la atribución de competencias en la provisión de bienes y servicios públicos. Sus fuentes de ingresos pueden ser de tres tipos: impuestos, transferencias y emisión de deuda⁸.

1.º Financiación mediante impuestos. La teoría convencional del federalismo fiscal se centra prioritariamente en el problema de qué impuestos han de ser atribuidos a las diferentes autoridades locales. Por lo general, se defiende que existen razones más que suficientes para exigir que todas las áreas de un mismo Estado utilicen el mismo impuesto, y que cuando se establezca más de uno, todas las áreas le den la misma importancia relativa a cada uno de ellos.

Lo que la teoría convencional propugna, en definitiva, es la existencia de una armonización fiscal para evitar la existencia de desigualdades horizontales, de forma que los ciudadanos que disfrutan de similares servicios no soporten cargas fiscales muy diferenciadas. Esta desigualdad podría tener como consecuencia un estímulo a la migración.

Frente a esto, podría sostenerse también que una variedad de estructuras impositivas tendría la ventaja de permitir a los ciudadanos «votar con los pies» por una estructura preferible, pero en la práctica lo más probable es que esto agrave cualquier tendencia del ciudadano a una localización subóptima, porque la relación entre los impuestos totales que pagaría y el nivel total de servicios del que disfrutaría podría convertirse en muy débil para cada uno de los ciudadanos.

Normalmente, la realidad muestra combinaciones de las diversas alternativas existentes, cifradas en dos extremos:

a) La existencia de sistemas impositivos diferenciados e independientes por parte del Gobierno central y de los gobiernos subcentrales. Esta posibilidad admite las variedades siguientes: sistemas impositivos

⁸ Un buen resumen de las conclusiones teóricas sobre la elección de los instrumentos de financiación de los gobiernos subcentrales es el de BIRD (1993).

superpuestos o sistemas impositivos separados, en función de si los distintos niveles de gobierno utilizan las mismas fuentes tributarias, o bien existe una separación clara de las fuentes que corresponden a cada uno de ellos.

b) Un único sistema impositivo de cuyos rendimientos se beneficien los diferentes niveles de gobierno.

La descentralización de los impuestos, en todo caso, debe ajustarse a dos principios: el de suficiencia y el de no rivalidad. De acuerdo con el primero, cada gobierno subcentral debe tener capacidad fiscal suficiente para obtener los ingresos que considere necesarios para financiar su gasto. De acuerdo con el segundo, la capacidad fiscal asignada a cada gobierno no debe poder ser utilizada para alterar la asignación o distribución de los recursos.

2.º Financiación mediante transferencias. Las transferencias son aquellas contribuciones en dinero que un gobierno da a otro para que financie parte de sus gastos. Respecto a ellas, cabría señalar que para formular un sistema de transferencias satisfactorio es preciso tener en cuenta dos aspectos importantes: en primer lugar, es necesario determinar los objetivos a los que van dirigidos y, en segundo lugar, decidir qué tipo de transferencias es el más apropiado para cada objetivo.

Existen diferentes tipos de transferencias, pero una primera gran distinción sería la que se realiza entre transferencias afectadas o condicionadas, y transferencias generales o incondicionales. Las condicionadas son aquellas en las que el donante especifica la forma en que los fondos transferidos han de ser gastados por el receptor. Las incondicionales son aquellas en las que el donante no impone ninguna restricción de uso.

Dentro de las transferencias condicionadas o afectadas pueden distinguirse dos categorías distintas: no compensatorias y compensatorias. En el primer caso, el donante transfiere una cantidad fija para financiar un proyecto concreto con independencia de cuál sea la aportación propia del receptor a ese proyecto. En las transferencias compensatorias, la aportación del donante es un porcentaje de la aportación del receptor.

En función de las razones por las que se conceden, las transferencias pueden dividirse en cuatro grupos: en primer lugar, existen transferencias destinadas a alentar a las autoridades subcentrales para que tomen en consideración los efectos externos de sus servicios; en segundo lugar, encontramos las transferencias destinadas a hacer cumplir las preferencias de los subvencionadores; en tercer lugar, están las transferencias llamadas de ingresos compartidos o *revenue sharing*, destinadas a corregir un desequilibrio fiscal entre los distintos niveles de gobierno; y en cuarto y último lugar, existen transferencias de igualación.

Puede afirmarse que los dos primeros objetivos de las transferencias son mejor alcanzados con las condicionadas, y que los dos últimos quizá se consiguen mejor con transferencias generales.

3.º Financiación mediante deuda. La emisión de deuda pública a corto y medio plazo significa una ampliación de la capacidad financiera de los niveles descentralizados de gobierno. El principal problema que ofrece la emisión de deuda pública es el del límite de endeudamiento. Se discute la conveniencia o no de fijar límites máximos al endeudamiento de las unidades descentralizadas, así como la forma que deberían adoptar en su caso tales restricciones. La utilización indiscriminada de la deuda por parte de los gobiernos subcentrales puede poner en peligro la política de estabilización del Gobierno central. Por otra parte, los gobiernos territoriales tendrán incentivos a endeudarse por encima de sus posibilidades, puesto que la política común es que el Gobierno central les ayude asumiendo una parte importante de la carga financiera de la deuda.

B. EL ENFOQUE ECONÓMICO-POLÍTICO

A diferencia del tradicional enfoque adoptado en la literatura del federalismo fiscal, la perspectiva económico política no se centra en los aspectos relacionados con la «optimalidad» que se deriva de una determinada distribución de competencias entre los distintos poderes territoriales. En claro contraste, el enfoque económico político trata de comparar la eficiencia de un sistema institucional descentralizado (respecto de la alternativa centralizada) en el terreno de los incentivos que cada uno de ellos genera en el comportamiento de los individuos que forman un grupo social, y las consecuencias que tales incentivos institucionales generan en términos de bienestar individual. Su característica fundamental consiste, por tanto, en el tratamiento conjunto de los comportamientos con trascendencia económica y las instituciones en el ámbito del federalismo fiscal.

Las aportaciones de este enfoque pueden resumirse haciendo referencia a sus hipótesis fundamentales y a las consecuencias analíticas que se derivan del planteamiento general que lo inspira.

Las hipótesis fundamentales del enfoque económico político se pueden clasificar en dos grupos, dependiendo de que se centren en la oferta o en la forma de financiación de los gastos del sector público descentralizado.

1.º Respecto de la oferta de bienes públicos, la teoría se basa en la conocida y polémica *hipótesis de la descentralización*, elaborada por BRENNAN y BUCHANAN⁹.

Estos autores, con el fin de configurar un sistema fiscal óptimo, parten de la presunción analítica de que el Gobierno podría comportarse como un ente monolítico que tiende de forma sistemática a maximizar el tamaño de sus ingresos fiscales, sin considerar las preferencias de los ciudadanos. Entre las soluciones institucionales que evitarían la desviación del sector

⁹ BRENNAN y BUCHANAN, 1980.

público de las preferencias de los ciudadanos, BRENNAN y BUCHANAN consideran que la descentralización del sector público puede ser un instrumento efectivo para controlar las tendencias expansivas del Leviatán.

De forma análoga al papel que juega en el sector privado, la competencia entre distintas unidades de gobierno a un nivel descentralizado puede contribuir a quebrar el poder monopolístico de un único Gobierno central, lo que supone introducir una recomendación política en favor de la descentralización del sector público, a diferencia de las implicaciones derivadas del enfoque tradicional.

De hecho, la teoría convencional del federalismo, como hemos puesto de relieve, se limita a asignar las funciones de gobierno entre distintos niveles, y a tratar de determinar las unidades de «tamaño óptimo» para la provisión de los distintos bienes públicos. Estos objetivos podrían lograrse si los bienes públicos locales fueran asignados por unidades de gobierno supralocales, oportunamente descentralizadas en términos administrativos de acuerdo con los límites establecidos por las externalidades. No hay ningún análisis que demuestre la superioridad de una estructura política auténticamente federal frente a una estructura unitaria, cuando esta última está descentralizada administrativamente.

La teoría normativa que se deriva de este enfoque difiere del ortodoxo en que no se centra en los efectos del federalismo en la localización de los bienes públicos, sino en su efectividad como medio para asegurar que los individuos cuenten con un instrumento eficaz para controlar la expansión del sector público: al existir diversas opciones disponibles de ingresos y gastos públicos en las distintas jurisdicciones, sus elecciones actúan de hecho como restricciones fiscales a favor de la eficiencia del sistema. La competencia fiscal entre las diversas unidades se convierte en el instrumento básico para conseguir la eficiencia del sector público¹⁰.

2.º Respecto de *la financiación de las unidades subcentrales*, el enfoque económico político aporta nueva luz al debate sobre si éstas deben recaudar sus propios tributos, o recibir transferencias desde la unidad central de gobierno.

Inicialmente se parte de una presunción similar a la expuesta respecto de la oferta descentralizada de bienes públicos: En principio, y si asumimos una situación de equilibrio financiero para el sector público global y que el nivel de gasto se determina en función de las preferencias de los ciudadanos, debiera ser indiferente que el Gobierno central redujera

¹⁰ Al margen de su originalidad, esta teoría es especialmente interesante porque permite una contrastación empírica de las hipótesis: *ceteris paribus*, el tamaño del sector público global variará inversamente con el grado de descentralización fiscal. Precisamente de esta posibilidad se derivan nuevos inconvenientes, ya que los numerosos estudios empíricos realizados no ofrecen evidencias sólidas a favor de la hipótesis de la descentralización, e incluso algunos la contradicen abiertamente. Entre los más importantes: OATES (1985), NELSON (1986, 1987), SOUNDERS (1988), FORBES y ZAMPELI (1989), ZAX (1989), GROSSMAN (1989), JOULFAIEN y MERLOW (1990), MOESEN y VAN ROMPUY (1990), HEIL (1991). En España se dispone de los estudios de CASTELLS (1991) y de BOSCH y SUÁREZ (1993), que también cuestionan la hipótesis de descentralización.

sus impuestos o concediera transferencias a las autoridades locales. En ambos casos, el gasto público se incrementaría a través de la elasticidad-renta de la demanda. Una transferencia incondicional a un gobierno local es equivalente a un incremento de la renta privada de los residentes en dicha jurisdicción, ya que ambos producen un desplazamiento idéntico de la curva presupuestaria de la misma, y, por lo tanto, una transferencia incondicional debe generar el mismo aumento del gasto público que un incremento de renta privada de idéntica magnitud.

Sin embargo, la evidencia empírica disponible indica que las transferencias incondicionadas del Gobierno central generan un incremento superior en el gasto público local al de una disminución de impuestos equivalente, que permita incrementar la renta privada. Concretamente, se ha estimado que un incremento de 1 unidad monetaria en transferencias genera un aumento del gasto de 0,43 unidades, mientras que un incremento de 1 unidad en la renta privada de la jurisdicción sólo produce un aumento del gasto público entre 0,05 y 0,1 unidades¹¹. Este fenómeno se conoce como «efecto *flypaper*» (efecto «papel cazamoscas» o efecto «adherencia»), porque indica que el dinero tiende a quedarse «pegado» en el primer sector en el que «impacta» (público o privado).

Este efecto es muy relevante porque explica que en los sistemas de financiación de los gobiernos locales, a través de transferencias del Gobierno central (bastante habituales en el sistema comparado), tiende a producirse un superior incremento en el gasto público local, que compensa la teórica disminución del gasto público global típica de una estructura de gobierno descentralizada¹².

3. COMPETENCIA FISCAL Y SOLIDARIDAD

Teniendo en cuenta los objetivos fundamentales del sector público, la teoría del federalismo fiscal ha demostrado la conveniencia de organizar la Administración pública en diversos niveles de gobierno. Recapitulando lo expuesto en capítulos anteriores, el argumento básico en defensa del federalismo fiscal se plasma en términos de eficiencia, fundamentalmente, del gasto público. En este sentido, la provisión de bienes y servicios públicos será más eficiente en presencia de múltiples unidades de gobierno de inferior tamaño más próximas a las necesidades de los contribuyentes.

¹¹ Por ejemplo, GRAMLICH (1977). Véase GRAMLICH y GALPER (1973), GRAMLICH y RUBINFELD (1982).

¹² Se han ofrecido diversas explicaciones al «efecto *flypaper*», la mayoría de las cuales requieren abandonar la concepción tradicional del federalismo fiscal y utilizar la metodología de la «*Public Choice*», adoptando el supuesto más realista de aceptar la existencia de distorsiones entre las preferencias de los votantes y las decisiones adoptadas por sus representantes políticos. Las dos explicaciones que parecen más adecuadas se derivan de la aplicación de las teorías de «la burocracia» y de la «ilusión fiscal».

Esta justificación exige automáticamente la eficiencia por el lado de los ingresos públicos, ya que no puede garantizarse el respeto a las distintas preferencias de gasto por parte de los ciudadanos si las estructuras de ingreso no se adecuan a las cambiantes necesidades financieras. Preferencias distintas implican distintos niveles de provisión de bienes y servicios públicos, distintos volúmenes de gasto y distintas necesidades de financiación.

La correspondencia entre la capacidad de decisión sobre el gasto y la capacidad tributaria requerida es lo que se conoce generalmente como responsabilidad fiscal. Un diseño adecuado de federalismo fiscal exige dar una respuesta eficiente a la responsabilidad, determinando un reparto equilibrado de competencias de gasto y de soberanía tributaria.

La consecuencia inmediata de un sistema que respete el principio de responsabilidad consiste en la aparición de unidades de Hacienda Pública con distintas combinaciones de bienes y servicios públicos e impuestos. Este hecho, que es precisamente el que garantiza las ventajas de eficiencia del federalismo fiscal, se cuestiona en ocasiones desde un doble punto de vista: por sus implicaciones en términos de diferencias entre los impuestos de las distintas Haciendas descentralizadas, y por la existencia de diferencias en la prestación de bienes y servicios públicos (y en ocasiones de pura capacidad económica). Ambos problemas tienen nombres específicos: competencia fiscal y solidaridad, y merecen un análisis más cuidadoso para valorarlos rigurosamente.

La aplicación del principio general de responsabilidad fiscal sugiere de inmediato la posibilidad de que las Haciendas subcentrales dispongan de la suficiente flexibilidad para adecuar el esfuerzo fiscal exigido a sus contribuyentes a las políticas de gasto público deseadas por los mismos. De esta manera, es lógico que existan diferencias tributarias entre los distintos gobiernos e incluso que se produzca una competencia fiscal entre los mismos.

Ante todo hay que remarcar que, desde un punto de vista económico, este fenómeno es esencial para garantizar la eficiencia del sistema, ya que los contribuyentes-votantes tratarán de optimizar la relación impuestos-gastos en su ámbito territorial. Si se niega la virtualidad del proceso, carece de sentido hablar de federalismo fiscal, pues para homogeneizar las prestaciones públicas de los distintos territorios resulta mucho más económica una simple descentralización administrativa del gasto. Debemos recordar, una vez más, que el federalismo fiscal se justifica en términos de mejora de eficiencia.

Tradicionalmente se parte de la base de que una competencia fiscal producirá un proceso iterativo de ajuste que tenderá a una aproximación de la tribulación efectiva (*per capita*) de los distintos territorios, con una tendencia orientada claramente a la baja.

En lo relativo a esta cuestión pueden establecerse dos matizaciones. En primer lugar, el factor fiscal puede ser una variable relevante para

justificar la movilidad de los sujetos pasivos, pero no hay que olvidar la existencia de fuertes barreras y restricciones institucionales y sociales al respecto, especialmente notables en el caso de las personas físicas. La tribulación sobre el capital resulta más competitiva en este sentido debido a su mayor movilidad, lo que recomienda un tratamiento específico como instrumento de financiación.

En segundo lugar, aun aceptando que la competencia fiscal se oriente como una competencia a la baja, es evidente que no puede simplificarse hasta ese punto. El objetivo de los gobiernos subcentrales consiste en ofrecer los bienes y servicios públicos demandados por sus contribuyentes sin someterlos a una presión fiscal excesiva. En otras palabras, los impuestos pueden disminuir hasta el punto en que garanticen la cobertura de los gastos demandados. Este factor genera claros incentivos a la eficiencia por el lado del gasto, a través de una utilización coherente de los recursos disponibles. Los contribuyentes, sean personas físicas o sociedades, no eligen su residencia exclusivamente porque la presión fiscal sea inferior en una jurisdicción o en otra, sino que comparan el balance que se produce entre los costes fiscales soportados y los bienes y servicios públicos recibidos.

Dando la vuelta al argumento, la competencia fiscal permite ofertar el mismo nivel de bienes y servicios públicos con unos impuestos inferiores a los que existirían en caso de ausencia de la misma. En cierto sentido, esta valoración puede extrapolarse de la teoría convencional de los precios en el caso de monopolio y de libre competencia.

En última instancia, la competencia fiscal puede enmarcarse en un ámbito más limitado, estableciendo unas normas de armonización general que permitan reducir las discrepancias entre distintas Comunidades. De hecho, en los sistemas de tributos compartidos (como el caso del IRPF en España), el límite mínimo viene determinado por la participación del Gobierno central, y el máximo suele establecerse en términos porcentuales, aunque en este último caso creemos que la restricción más efectiva reside en la propia política fiscal de los gobiernos subcentrales.

También carece de sentido preocuparse por la posibilidad de que se generen múltiples sistemas fiscales con grandes diferencias entre sí. De entrada, por los factores que provocan una tendencia convergente en este tipo de procesos, y además porque el proceso de armonización fiscal en la Unión Europea, en pleno desarrollo, establece un marco definido de obligado cumplimiento que garantiza una convergencia considerable en los sistemas fiscales propios de la Unión. En cualquier caso, en aquellas cuestiones en las que no existan medidas de armonización comunitaria, la propia competencia fiscal entre países tiende a aproximar las legislaciones fiscales de forma progresiva.

De hecho, la competencia fiscal tiene en cuenta las divergencias económicas y sociales de los distintos territorios, que se reflejan en discrepancias relativas a la estructura del sistema impositivo y, en general, en

las preferencias por el tamaño del sector público, facilitando una limitación al crecimiento del mismo.

Además, la competencia conduce a una convergencia en la tributación efectiva de los distintos sistemas, en lugar de sustentarse en una mera aproximación formal de los tributos, que ignora los diferentes impactos que estructuras formalmente semejantes pueden producir en contextos económicos diferenciados. Puede decirse que la competencia entre sistemas fiscales conduce, a medio y largo plazo, a una convergencia de los mismos basada en las fórmulas que hayan probado una mayor eficiencia. La existencia de diferencias fiscales entre gobiernos subcentrales es un factor enriquecedor, que permite la aplicación del ya citado proceso de revelación de preferencias individuales: «el voto con los pies».

La tentación de establecer criterios internos de armonización para evitar la competencia fiscal debe evitarse a toda costa, ya que supondría de hecho la formación de un «cártel». Los gobiernos tratarían de llegar a acuerdos sobre la estructura y el nivel de sus sistemas impositivos, lo que, en caso de cristalizar, conduciría a una presión fiscal superior a la que se determinaría en cada territorio por separado.

Es cierto que incluso si se desea la diversidad fiscal, se necesita cierto grado de coordinación, aunque resulta difícil determinar el alcance de la misma. Sin embargo, aunque se acepte una cierta armonización selectiva, no puede negarse que la competencia fiscal será preferible si se acepta que supondrá una presión a la baja sobre las demandas de recaudación de políticas situadas por encima del óptimo. La competencia introduce una mayor eficiencia en el control del gasto y en la actuación del sector público.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AAVV, *Estado del Bienestar y Autonomías en el año de Maastricht*, Madrid, Círculo de Empresarios, diciembre 1996.
- *Uniformidad o diversidad de las Comunidades Autónomas*, Barcelona, Institut d'Estudis Autonòmics, Generalitat de Catalunya, 1995.
- «La reforma del Senado», *Cuadernos y Debates*, núm. 53, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994.
- ALONSO GONZÁLEZ, L. M., *Jurisprudencia Constitucional Tributaria*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales-Marcial Pons, 1993.
- ARBÓS, X., «El Senado: Marco constitucional y propuestas de reforma», *Revista de las Cortes Generales*, núm. 24, 3.º trimestre, 1991, pp. 7-33.
- AXELROD, R. A., *The evolution of cooperation*, Basic Books Inc., 1984, traducción al castellano en Alianza Editorial, 1986.
- BALLBÉ, M., y PADRÓS, C., *Estado competitivo y armonización en Europa*, Barcelona, Ariel, 1997.
- BARRO, R. J., «Economic Growth in a cross section of countries», *Quarterly Journal of Economics*, núm. 106, 1990, pp. 407-443.
- BIEHL, D., «El sistema alemán de federalismo fiscal o *Finanzansgleich*. Aspectos teóricos y empíricos», en J. RUIZ HUERTA y R. MUÑOZ DEL BUSTILLO (eds.), 1986.

- BIRD, R. M., «Threading the Fiscal Labyrinth: Some issues in Fiscal decentralization», *National Tax Journal*, núm. 46, 1993, pp. 201-221.
- BLACK, D., «On the rationale of group decision-making», *Journal of Political Economy*, LVI, 1948, pp. 23-34. Reed. en C. K. ROWLEY (ed.), *Public Choice Theory*, vol. 1, Edward Elgar, 1993, pp. 37-48.
- BLANKE, HJ., «El Bundesrat en el sistema constitucional de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania», en *La reforma del Senado*, Cuadernos y Debates, núm. 53, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994, pp. 357-386.
- BOADWAY, R. W., *Public Sector Economics*, Cambridge, Winthrop Publishers, 1979.
- BOSCH, N., y SUÁREZ, J., «Tamaño del sector público y descentralización fiscal», *Revista de Economía Aplicada*, vol. I, núm. 3, 1993, pp. 181-193.
- BRENNAN, G., y BUCHANAN, J. M., *The Power to tax: Analytical foundations of a fiscal constitution*, Cambridge University Press, 1980. Traducido al castellano por A. Mendiña y J. F. Corona, Madrid, Unión Editorial, 1987.
- BRENNAN, G., y HAMLIM, A., «Bicameralism and majoritarian equilibrium», *Public Choice*, núm. 74, 1992, pp. 167-179.
- «Rationalising parliamentary systems», *Australian Journal of Political Science*, núm. 28, 1993, pp. 443-457.
- BRETON, A., *The Economic Theory of Representative Government*, Chicago, Aldine Publishing Company, 1974.
- BRETON, A., y SCOTT, A., *The Economic Constitution of Federal States*, University of Toronto Press, 1978.
- BUCHANAN, J. M., «An Economic Theory of Clubs», *Económica*, núm. 32, 125, 1965, pp. 1-14.
- BUCHANAN, J. M., y GOETZ, C. L., «Efficiency limits of fiscal mobility: An assessment of the Tiebout Model», *Journal of Public Economics*, núm. 1, 1972, pp. 25-43.
- BUCHANAN, J. M., y TULLOCK, G., *The calculus of consent*, University of Michigan Press, Ann Arbor, 1962. Traducción de Espasa Calpe, 1980.
- CARAMÉS, L., y VÁZQUEZ NAVARRETE, J. A., *Los problemas de la financiación autonómica: Una perspectiva desde Galicia*, A Coruña, Fundación Caixa Galicia, 1997.
- CARAMÉS, L., *Haciendas territoriales y corresponsabilidad fiscal*, Santiago de Compostela, Asociación Galega de Estudios de Economía do Sector Público, 1993.
- *Introducción a la Hacienda local y autonómica*, Madrid, Civitas, 1994.
- CASADO OLLERO, G., et al., *La cesión parcial del impuesto sobre la renta a las Comunidades Autónomas*, Granada, Comares, 1997.
- CASTELLS, A., *Descentralización y gasto público. Un estudio empírico de diez países*. Monografía núm. 94, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1991.
- CASTELLS OLIVERES, A., «La reforma del sistema de financiación autonómicas el problema de la corresponsabilización fiscal», *Palau 14*, núm. 13, 1992.
- CORONA, J. F., y VALERA, F., «Leviathan reproducido», *Revista del Instituto de Estudios Económicos*, núm. 2, 1987, pp. 171-189.
- CORONA, J. F., «Un análisis crítico del sistema de financiación de las Comunidades Autónomas», *Revista de Economía Pública*, núm. 1, 1988, pp. 189-209.
- CORONA, J. F.; ALONSO, L. M., y PUY, P., *Hacia un Federalismo Competitivo*, Madrid, Círculo de Empresarios, 1988.
- COSTAS TERRONES, J., «Corresponsabilidad fiscal y gestión tributaria», *Revista de Hacienda Autonómica y Local*, núm. 69, 1993.
- COURANT, P. N.; GRAMLICH, E. M., y RUBINFELD, D. L., «The stimulative effects of intergovernmental grants or why the money sticks where it hits», en P.

- MIESZKOWSKI y W. H. OAKLAND (eds.), *Fiscal federalism and Grants-in-Aid*, Washington, The Urban Institute, 1979.
- CRUZ RODRÍGUEZ, Baltasar de la, «Las asignaciones de nivelación: crónica de un instrumento fallido», *Impuestos*, noviembre 1996.
- CULLIS, J. G., y JONES, P. R., *Microeconomics and the Public Economy: A Defence of Leviathan*, Oxford, Basil Blackwell, 1987.
- DYE, T. R., *American Federalism*, Lexington Books, 1990.
- FERNÁNDEZ GÓMEZ, N., *La financiación de las Comunidades Autónomas: Una propuesta de corresponsabilidad fiscal*, Madrid, Instituto de Estudios Económicos, 1993.
- FORBES, K. F., y ZAMPELLI, E. M., «Is Leviathan a Mythical Beast?», *American Economies Review*, junio 1989, pp. 568-577.
- FREY, B. S., «A directly democratic and federal Europe», *Constitutional Political Economy*, núm. 7, 1996, pp. 267-279.
- FREY, B. S., y EICHEMBERGER, R., «To harmonize or to compete? That's not the question», *Journal of Public Economics*, núm. 60, 1996, pp. 335-349.
- GARCÍA PECHUÁN, M., «La reciente reforma reglamentaria del Senado», *Revista de las Cortes Generales*, núm. 32, 2.2 cuatrimestre, 1994, pp. 87-119.
- GARCÍA-MARGALLO, MÉNDEZ DE VIGO y MARTÍNEZ PUJALTE (eds.), *Financiación de las Comunidades Autónomas y corresponsabilidad fiscal*, Valencia, Fundación Bancaixa, 1996.
- GIMÉNEZ MONTERO, A., «La financiación de las Comunidades Autónomas: modelos básicos de financiación autonómica», *Palau 14*, núm. 13, 1992.
- GIMENO ULLASTRES, J. A., y RUIZ HUERTA CARBONELL, J., «Financiación autonómica: un modelo alternativo de corresponsabilidad fiscal», *Palau 14*, núm. 13, 1992.
- GOLD, S. D., «Interstate competition and state personal income tax. Tax policy in the 1980's», en D. A. KENYON y J. KINCAID (eds.), *Competition among States and Local Governments*, Washington D.C., Urban Institute Press, 1991, pp. 205-217.
- GÓMEZ DE LA ESCALERA, J. J., «La Administración única y la corresponsabilidad fiscal de las Administraciones Públicas Territoriales», *Revista de Derecho Financiero y Hacienda Pública*, núm. 243, 1997.
- GRAMLICH, E. M., «Intergovernmental Grants: A Review of the Empirical Literature», en W. E. OATES (ed.), *The Political Economy of Fiscal Federalism*, Lexington, Lexington Books, pp. 219-239.
- GRAMLICH, E. M., y GALPER, H., «State and Local Fiscal Behaviour and Federal Grant Policy», *Brookings Paper on Economic Activity*, vol. 1, 1973, pp. 15-58, Washington, Brookings Institution.
- GRAMLICH, E. M., y RUBINFELD, D. L., «Microestimates of Public Spending Demand Functions and Tests of the Tiebout and Median Voter hypotheses», *Journal of Political Economy*, núm. 903, 1982, pp. 536-560.
- GROSSMAN, P. J., «Fiscal Decentralization and Government Size: An extension», *Public Choice*, núm. 62, 1989, pp. 63-70.
- «The impact of federal and state grants on local government spending: a test of the fiscal illusion hypothesis», *Public Finance Quarterly*, vol. 18, núm. 3, 1990, pp. 313-327.
- HEIL, J. B., «The Search for Leviathan Revisited», *Public Finance Quarterly*, vol. 19, núm. 3, 1991, pp. 334-346.
- HIRSCHMAN, A. O., «Salida, voz, y el destino de la RDA. Un ensayo de historia conceptual», *Claves de Razón Práctica*, núm. 39, 1994, pp. 66-80.

- HUCHA CELADOR, F., «Reflexiones sobre la financiación de las Comunidades Autónomas en la Constitución Española», *Documentación Administrativa*, núms. 232-233, 1993.
- JOULFAIAN, D., y MARLOW, M. L., «Government size and Decentralization: Evidence from disaggregated data», *Southern Economic Journal*, vol. 56, núm. 4, 1990, pp. 1094-1102.
- KING, D., *Fiscal Tiers: The Economics of Multi-Level Governments*, 1984, London, Allen and Unwin. Versión castellana: *La Economía de los gobiernos multi-nivel*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1988.
- KIRCHGÄSSNER, G., y POMMEREHNE, W. W., «Tax harmonization and tax competition in the European Union: Lessons from Switzerland», *Journal of Public Economics*, núm. 60, 1996, pp. 351-371.
- LEVMORE, S., «When are two decisions better than one?», *International Review of Law and Economics*, núm. 12, 1992, pp. 145-162.
- LIPHART, A., *Las democracias contemporáneas*, Ariel, 1991. Traducción de la edición inglesa de 1984.
- LYBECK, I. A., «Comparing government growth rates: The non-institutional versus the institutional approach», en J. A. LYBECK y M. HENREKSON, *Explaining the growth of government*, North Holland, 1988, pp. 29-47.
- MARLOW, M. L., «Fiscal Decentralization and Government Size», *Public Choice*, núm. 56, 1988, pp. 259-269.
- «Intergovernmental competition, voice and exit options and the design of fiscal structure», *Constitutional Political Economy*, núm. 3, 1992, pp. 73-88.
- MARTÍNEZ GARCÍA-MONCO, A., *Autonomía financiera de las Comunidades Autónomas*, Valladolid, Lex Nova, 1996.
- McLURE, C. E. (ed.), *Tax assignment in federal countries*, Canberra, CREER, 1983.
- «El punto de vista norteamericano sobre el desequilibrio vertical y la asignación de poderes tributarios entre niveles de gobierno», *Hacienda Pública Española*, núm. 128, 1/1994, pp. 87-100.
- MIGUÉ, J. L., «Public Choice in a federal system», *Public Choice*, núm. 90 (1-4, 1997), pp. 235-254.
- MOESEN, W., y VAN ROMPUY, P., «The Growth of Government Size and Fiscal Decentralization», en R. PRUDHOMME (ed.), *Public Finance with Several Levels of Government*, I.I.P.F., Brussels, 1990.
- MOLDES, E., y PUY, P. (eds.), *La financiación de las Comunidades Autónomas*, Madrid, Minerva Ediciones, E.A.B., 1997.
- MOLDES TEO, E., «La participación en los ingresos del Estado», en E. MOLDES y P. PUY (eds.), 1996, pp. 107-142.
- MONASTERIO, C., y SUÁREZ, J., «Luces y sombras del sistema de financiación autonómica», en C. MONASTERIO y J. SUÁREZ, *Financiación autonómica y responsabilidad fiscal en España*, Bilbao, Fundación BBV, 1993, pp. 13-101.
- *Manual de Hacienda Autonómica y Local*, Barcelona, Ariel, 1996.
- MONASTERIO ESCUDERO, C., «La evolución reciente de la Hacienda Autonómica», *Papeles de Economía Española*, núm. 59, 1994), pp. 240-245.
- MONASTERIO ESCUDERO, C.; PÉREZ GARCÍA, F.; SEVILLA SEGURA, J. V., y SOLÉ-VILANOVA, J., *Informe sobre el actual sistema de financiación autonómica y sus problemas*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1995.
- MONASTERIO ESCUDERO, C., y SUÁREZ PANDIELLO, J., *Manual de hacienda autonómica y local*, Ariel, 1996.
- MONASTERIO ESCUDERO, C., y ZUBIRI, I., «La financiación de las Comunidades Autónomas: Balance y propuestas de reforma», *Papeles de Economía Española*, núm. 69, 1996, pp. 172-191.

- MUSGRAVE, R. A., *The Theory of Public Finance: A study in public economy*, New York, McGraw-Hill, 1959. Versión castellana: *Teoría de la Hacienda Pública*, Madrid, Aguilar, 1968.
- MUSGRAVE, R. A., y MUSGRANT, P. B., *Public Finance in Theory and Practice* (5.ª ed.), New York, McGraw-Hill, 1989. Versión castellana: *Hacienda Pública, Teoría y Aplicada*, Madrid, McGraw-Hill, 1991.
- «Leviathan cometh: or does he?», en H. F. LADD y T. N. TIDEMAN (eds.), *Tax expenditure limitations*, Washington, The Urban Institute Press. Traducido al castellano por J. J. Fernández Cainzos, *El Estado y los contribuyentes: La resistencia fiscal*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1986, pp. 491-562.
- NELSON, M. A., «An empirical analysis of State and Local Tax Structure in the Context of the Leviathan model of government», *Public Choice*, núm. 49, 1986, pp. 283-294.
- «Searching for Leviathan: Comments and Extension», *American Economic Review*, marzo 1987, pp. 198-204.
- NISKANEN, W. A., «The peculiar economics of Bureaucracy», *American Economic Review*, núm. 57, 2, 1968, pp. 293-321.
- OATES, W. E., *Fiscal Federalism*, New York, Harcourt Brace, 1972. Versión castellana: *Federalismo Fiscal*, Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local, 1977.
- «Lumpsum Intergovernmental Grants Have Price Effects», en MIESZKOWSKI, P., y OAKLAND, W. H. (eds.), *Fiscal Federalism and Grants-in-Aid*, Washington, The Urban Institute, 1979, pp. 22-30.
- «Searching for Leviathan: An empirical study», *American Economic Review*, núm. 75, 4, 1985, pp. 748-757.
- «Fiscal Federalism: An Overview», en PRUDHOMME, R. (ed.), *Public Finance with Several Levels of Government*, Brussels, IIPF, 1990, pp. 1-18.
- *Studies in fiscal federalism*, Edward Elgar Pub, 1991.
- PEÑUELAS REIXACH, L., *Poder Financiero y Federalismo Fiscal en los EEUU*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1989.
- PÉREZ GARCÍA, F., «Financiación y déficit con dos niveles de gobierno. Comportamientos estratégicos», *Investigaciones Económicas*, XIII, 1, 1989, pp. 85-114.
- «La inestabilidad del sistema de financiación autonómica», *De Economía Pública*, 12, 3/1991, pp. 161-184.
- PLA VALL, A., y VILLARREAL RODRÍGUEZ, E., «Financiación de las Comunidades Autónomas: desarrollo de modelos alternativos», *Palau 14*, núm. 13, 1992.
- PLAZA Y JABAT, S., «El concierto económico con el País Vasco. Cuestiones jurídicas que se plantean en torno al mismo. Doctrina del Tribunal Constitucional al respecto», *Palau 14*, núm. 27, 1996.
- POMMERHNE, W. W., y WECK-HANNEMANN, H., «Tax rates, tax administration and income tax evasion in Switzerland», *Public Choice*, núm. 88, 1996, pp. 161-170.
- PORTERO MOLINA, J. A., «Contribución al debate sobre la reforma del Senado», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 87, 1995, pp. 81-105.
- PUY FRAGA, P., *Economía Política del Estado Constitucional*, Barcelona, Cedecs, 1996.
- «Financiación autonómica y reforma del Senado», en E. MOLDES y P. PTIY (eds.), 1996b, pp. 59-89.
- QUINTANA FERRER, E., *Reforma de la Hacienda Autonómica y Libro Blanco sobre Financiación de las Comunidades Autónomas*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 1996.

- RAMALLO MASSANET, J., y ZORZONA PÉREZ, J., «Sistemas y modelos de financiación autonómica», en «Financiación Autonómica y corresponsabilidad fiscal», *Perspectivas del Sistema Financiero*, núm. 51, 1995.
- RIKER, W. H., «The justification of bicameralism», *International Political Science Review*, núm. 13, 1, 1992, pp. 101-116.
- «The merits of bicameralism», *International Review of Law and Economics*, núm. 12, 1992, pp. 166-168.
- ROMER, T., y ROSENTHAL, H., «An Institutional Theory of the Effect of Intergovernmental Grants», *National Tax Journal* núm. 334, 1980, pp. 451-458.
- RUIZ HUERTA, J., y CARBONELL, J., «La coordinación de la política fiscal y financiera del Estado y de las Comunidades Autónomas», *Documentación Administrativa*, núms. 230-231, 1992.
- RUIZ HUERTA, J., y MUÑOZ DEL BUSTILLO, R. (eds.), *Estado federal/Estado regional: La financiación de las Comunidades Autónomas*, Diputación de Salamanca, 1986.
- SAMUELSON, P. A., «The Pure Theory of Public Expenditure», *Review of Economics and Statistics*, núm. 36, 4, 1954, pp. 387-389. Versión castellana: «La teoría pura del gasto público», *Hacienda Pública Española*, núm. 5, 1970.
- SÁNCHEZ SÁNCHEZ, A., «La corresponsabilidad fiscal en el nuevo acuerdo para la financiación de las Comunidades Autónomas en el quinquenio 1997-2001», *Palau 14*, núm. 27, 1996.
- *La corresponsabilidad fiscal de las Comunidades Autónomas*, Aranzadi Editorial, 1997.
- SANDLER, T., y TSCHIRHART, J. «The Economic Theory of Clubs: An Evaluative Survey», *Journal of Economic Literature*, núm. 18, 4, 1980, pp. 1481-1521.
- SAUNDERS, P. «Explaining international differences in public expenditure: an empirical study», *Public Finance*, núm. 43, 1988, pp. 271-294.
- SMOLENSKI, E; POMMERHNE, W. W., y DALRYMPLE, E., «Postfisc income inequality: A comparison of the United States and West Germany», en J. R. NIORONEY (ed.), *Income Inequality: Trends and International comparisons*, Lexington, D.C. Heath, 1979, pp. 69-81.
- STEIN, R. M., y HAHN, K. E., «A comparative analysis of the targeting capacity of state and federal intergovernmental aid allocations», *Social Science Quarterly*, núm. 68, 1987, pp. 447-465.
- SUÁREZ PANDIELLO, J., 1993, «Esfuerzo fiscal y corresponsabilidad fiscal», en CARAMÉS (coord.), 1993, pp. 243-362.
- SUÁREZ PANDIELLO, J., «Las Comunidades Autónomas y su endeudamiento. Un test sobre sus causas», en MOLDES y PUY (eds.), 1997, pp. 185-210.
- TIEBOUT, C. M., «A Pure Theory of Local Expenditures», *Journal of Political Economy*, núm. 64, 5, 1956, pp. 416-424.
- TORRES COBO, F., «Los niveles competenciales de las Comunidades Autónomas», Cuadernos de Actualidad, *Hacienda Pública Española*, núm. 3, 1995.
- VAUBEL, R., «The political economy of centralization and the European Community», *Public Choice*, núm. 81, 1994, pp. 151-190.
- ZAX, J. S., «Is there a Leviathan in your neighborhood?», *American Economic Review*, junio 1989, pp. 560-567.
- ZUBIRI, I., y VALLEJO, M., *Un análisis metodológico y empírico del sistema de cupo*, Madrid, Fundación BBV, 1995.

LA APLICACIÓN JURISDICCIONAL DE LA LEGISLACIÓN INTERNA Y COMUNITARIA SOBRE COMPETENCIA EN LA JURISPRUDENCIA DE LA SALA PRIMERA DEL TRIBUNAL SUPREMO. SITUACIÓN ACTUAL Y PERSPECTIVAS DE FUTURO

Juan Manuel FERNÁNDEZ LÓPEZ

Director de la Agencia de Protección de Datos.
Magistrado. Ex-vicepresidente TDC

1. INTRODUCCIÓN

No ha sido pacífica, al principio, la doctrina a la hora de determinar quién o quiénes son los encargados de aplicar la normativa sobre competencia tanto comunitaria como la establecida por los derechos internos de los Estados miembros CEE. Mucho menos en nuestro país, que tardíamente se incorporó a la CEE y en donde la legislación interna sobre la materia resultaba desfasada de su realidad económico-social y no resultaba aplicable por los Tribunales jurisdiccionales, dada la exclusividad que estableció la Ley 110/1963 de Represión de Prácticas Restrictivas de la Competencia sobre la declaración de las prácticas anticoncurrenciales a favor del Tribunal de Defensa de la Competencia. Si a ello se añade el que carecíamos de legislación eficaz sobre competencia desleal se comprenderá fácilmente el retraso con el que los Tribunales jurisdiccionales españoles se incorporan también a la aplicación de la legislación sobre competencia desleal y en definitiva a la de una normativa anticoncurrencial moderna como la existente en la mayoría de los países europeos. De ahí que resulte de sumo interés la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo a la hora de dilucidar esta cuestión que no resulta precisamente baladí, y en cuya aplicación van a concurrir las autoridades comunitarias —Comisión y TJCEE—, las autoridades nacionales de defensa de la competencia —SDL, TDC—, y los Tribunales jurisdiccionales.

A. DERECHO COMUNITARIO

Por lo que se refiere al Derecho comunitario, es el propio Tratado de Roma¹ el que establece la principal legislación en materia de com-

¹ Artículos 85 al 94 TCEE, hoy artículos 81 al 90 del Tratado CE después de la numeración establecida por el Tratado de Amsterdam.

petencia. De los artículos 87 y 88 del Tratado CEE se desprendía que la aplicación de esta normativa comunitaria se reserva a las propias instituciones comunitarias, principalmente a la Comisión y al Tribunal de Justicia, según señala al artículo 87.2.d), aunque en tanto se dicten las normas apropiadas para su aplicación se confiere la de los artículos 85 y 86 a las autoridades nacionales.

La entrada en vigor del Reglamento 17 del Consejo² viene a privar a las autoridades nacionales de competencia de conceder exenciones en virtud del artículo 85.3 TCEE, ya que el artículo 9.1 de aquél establece la exclusiva competencia de la Comisión para la aplicación del citado precepto, aunque «las autoridades nacionales» podrán seguir aplicando los arts. 85.1 y 86, pero se va a derivar cierta complicación ante la posible aplicación concurrente a una misma conducta de los citados preceptos por la Comisión y las autoridades nacionales de competencia.

Por otro lado, tampoco son concordantes los criterios sobre la noción «*de autoridad nacional*» a la que se refiere el artículo 88 TCEE y el Reglamento 17/1962. Va a ser el TJCEE el que en su Sentencia «BRT/SABAM», de 30 de enero de 1974, dilucide la controversia. En esta Sentencia se viene a decir que autoridades nacionales de competencia son aquellas a las que los diversos derechos internos de los Estados miembros confieren la aplicación de su propio derecho interno sobre la materia, y que en unos casos son autoridades administrativas y en otros judiciales especialmente encargadas de aplicar el Derecho de la competencia. Serán estas mismas a las que, como tales autoridades nacionales, se encomienda también la aplicación de los artículos 85.1 y 86 TCEE. Esta interpretación de lo que ha de entenderse por «autoridad nacional» la confirma el propio TJCEE en sus Sentencias «Anne Marty/Estée Lauder», de 10 de julio de 1980, y «Nouvelles Frontières», de 30 de abril de 1986.

Con independencia de lo anterior, los Tribunales jurisdiccionales de los Estados miembros aplicarán los artículos 85.1 y 86 TCEE en virtud del efecto directo y carácter prevalente del Derecho comunitario, al dirimir contiendas entre particulares. El TJCEE, en la citada Sentencia «BRT/SABAM», reconoció el efecto directo de ambos preceptos al señalar que: «*siendo las prohibiciones de los artículos 85 y 86 aptas por su propia naturaleza para producir efectos directos en las relaciones entre particulares, estos artículos crean directamente derechos para los justiciables que los órganos jurisdiccionales nacionales deben garantizar*». Esta doctrina ha sido ratificada por el propio TJCEE en múltiples ocasiones³.

Como señala en su introducción la Comunicación de la Comisión relativa a la cooperación entre la Comisión y los órganos jurisdiccionales nacionales para aplicación de los artículos 85 y 86 TCE⁴, «[v]arias Ins-

² De fecha 6 de febrero de 1962.

³ Véase Sentencias de 2 de abril de 1974 «SACHI», 14 de abril de 1989 «AHMED SAEED», 10 de diciembre de 1991 «Marci Convenzionali», 28 de febrero de 1991 «Delimitis» y 18 de septiembre de 1992 «Automec», entre otras.

⁴ 93/C39/05, DOCE, núm. C39, de 13 de diciembre de 1993.

tituciones tanto nacionales como comunitarias han contribuido a la elaboración de este Derecho y se encargan de su aplicación cotidiana. Para ello las autoridades nacionales de protección de la competencia, los órganos jurisdiccionales y comunitarios y la Comisión asumen sus propias tareas y responsabilidades de acuerdo con los principios sentados por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia». Tal y como se indica en el texto de la citada Comunicación, los órganos jurisdiccionales nacionales y la Comisión disponen de competencias concurrentes para aplicar los artículos 85.1 y 86, que derivan para aquéllos del efecto directo de las normas comunitarias de competencia⁵, disponiendo la Comisión de competencias exclusivas para aplicar el artículo 85.3 y dictar reglamentos de exención a determinadas categorías⁶.

B. APLICACIÓN DEL DERECHO INTERNO SOBRE COMPETENCIA

Por lo que se refiere a la aplicación del Derecho interno sobre competencia, como se apunta antes, a cada Estado miembro corresponde establecer su propio régimen interno. Por lo que respecta a nuestro país, debemos distinguir dos etapas, marcadas por las respectivas leyes que las rigen. Una primera, que comienza con la entrada en vigor de la Ley 110/1963, de 20 de julio, de Represión de Prácticas Restrictivas de la Competencia y termina con su derogación por la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, que viene a sustituir a aquélla y marcar el comienzo de la segunda etapa.

a) *Situación bajo la vigencia de la Ley 110/1963*

No es el lugar aquí de señalar las virtudes de la Ley 110/1963, que las tenía, ni las causas que llevaron a su fracaso, aunque se debe hacer notar que los artículos 1 y 2 de la misma vienen a prohibir tanto los acuerdos colusorios como los abusos de posición de dominio. Pero lo importante a resaltar a los efectos que aquí nos interesa, es que la competencia del TDC bajo la vigencia de esta Ley *«será privativa en cuanto a las declaraciones o intimidaciones previstas en esta Ley, y las resoluciones que el mismo adopte sobre la materia gozarán de la presunción legal de certeza, sin posibilidad de prueba en contrario, y surtirán plenitud de efectos jurídicos en todos los ámbitos jurisdiccionales o administrativos, sin perjuicio de que las consecuencias civiles, penales o laborales que de aquéllos deriva sean deducidas en cada caso por la jurisdicción que corresponda»*⁷. En su curioso Preámbulo, bajo el epígrafe IV, *«Examen de la Ley»*, en su inciso 3, *«la jurisdicción»*, se justifica el citado precepto normativo diciendo que las consecuencias en los ámbitos civil y administrativo se basan en

⁵ Comunicación III-5.

⁶ Comunicación II-7.

⁷ Artículo 10 Ley 110/1963.

idénticas prohibiciones de la Ley, pero atribuir su jurisdicción a Tribunales diferentes podría comportar resoluciones distintas que obstaculizarían en uno u otro campo la finalidad que la Ley persigue. Estas consideraciones abocan a una necesaria concreción: La necesidad de establecer una jurisdicción única que declare la existencia o inexistencia de la práctica restrictiva.

Así se comprueba que en la Ley 110/1963 el TDC constituye una única jurisdicción para la declaración de las prácticas prohibidas por la Ley con plenitud de efectos jurídicos en todos los ámbitos jurisdiccionales.

Esta Ley de 1963 es además la única que va a regular nuestro orden económico concurrencial, toda vez que se puede afirmar sin paliativos, que carecíamos de regulación en materia de competencia desleal. En efecto, la competencia desleal venía confundida en nuestro ordenamiento jurídico con la competencia ilícita y regulada por la Ley de 16 de mayo de 1902, que hacía mucho tiempo que había devenido obsoleta, por lo que la institución de la competencia desleal permanecía en la práctica sin regulación y, en consecuencia, sin la posibilidad de perseguir y sancionar aquellas prácticas⁸.

En esta situación, al adherirse España a las Comunidades Europeas y tener plena vigencia en el nuevo Estado miembro el Derecho comunitario a partir del 1 de enero de 1986, se hace preciso el determinar quién aplicará los artículos 85.1 y 86 TCE como autoridad nacional. Ello motiva el Real Decreto 1886/1986, de 29 de agosto de 1986, cuyo artículo 1 va a establecer que el TDC será la autoridad competente, a efectos del artículo 9 del Reglamento 17 y del artículo 15 del también Reglamento 1017, para la aplicación en nuestro país de los artículos 85.1 y 86. Así, queda el TDC como «*autoridad nacional*» en materia de competencia, mas todo ello sin perjuicio del efecto directo de aquéllos que obliga a su aplicación por los Tribunales jurisdiccionales en la resolución de contiendas entre particulares, aunque resulte paradójico que al menos durante la vigencia de la Ley 110/1963 no puedan éstos aplicar las normas internas sobre la misma materia.

b) *Régimen de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia, y de la Ley 3/1991, de Competencia Desleal*

La LDC encarga al Tribunal de Defensa de la Competencia de la aplicación del Derecho interno de la competencia, con funciones de resolución y en su caso de propuesta; y al Servicio de Defensa de la Competencia la instrucción de los expedientes en los términos que señala la propia Ley. También debe incluirse entre aquellos órganos al Consejo de Ministros, al que se atribuyen las funciones de autorizar con o sin

⁸ Ver al respecto mi trabajo: «Propiedad Industrial y Competencia Desleal», en *Derecho Industrial, Patentes y Marcas*, Centro de Estudios Judiciales, Cursos vol. 6, 1991, pp. 184-218.

condiciones, o prohibir las operaciones de concentración que afecten el mercado español y las de dimensión comunitaria que sean remitidas por la Comisión en aplicación del artículo 9 del Reglamento número 4064/89 del Consejo, y al que corresponde adoptar las medidas pertinentes en aplicación de lo previsto en el artículo 21.3 del Reglamento 4064/89.

El legislador español, como se comprueba, ha optado por encomendar a autoridades administrativas la aplicación del Derecho interno sobre competencia, siendo éstas las que aplicarán los artículos 85.1 y 86 en los términos antes examinados, como autoridades nacionales.

Pero no podemos olvidar tampoco que el objetivo principal de las normas de competencia es la salvaguarda de interés público. Así, la Exposición de Motivos de la Ley 16/1989 expresamente señala: «[l]a presente Ley responde a ese objetivo específico: garantizar la existencia de una competencia suficiente y protegerla frente a todo ataque al interés público...», para precisar más adelante «[l]a aplicación de la Ley, en cuanto se trata de garantizar el orden económico constitucional en el sector de la economía de mercado, desde la perspectiva de la defensa de los intereses públicos, se encomienda en el título segundo a órganos administrativos:...». Queda suficientemente explícita en la Exposición de Motivos la vocación de tutela de intereses públicos con que nace la Ley y que tiene también su reflejo en el contenido que el artículo 46 de la misma delimita para las Resoluciones del TDC, quedando fuera de la misma la declaración de la nulidad con que el artículo 1.2 sanciona a las conductas prohibidas, que corresponderá a la jurisdicción así como ante la que deberá ejercitarse la acción de resarcimiento de daños y perjuicios fundada en la ilicitud de actos prohibidos por la Ley, según señala el artículo 13 LDC.

La normativa de defensa de la competencia protege, pues, intereses públicos y sólo privados en tanto en cuanto coincidan con los públicos. Igual filosofía se contiene en el régimen especial de medidas cautelares que al efecto diseña el artículo 45 LDC, del que es de destacar, a estos efectos, la legitimación del SDC para proponer las medidas al TDC, la especial medida expresa en el precepto que se concreta en órdenes de cesación o imposición de condiciones determinadas para evitar el daño que pudieran causar las conductas, la limitación de la prestación de fianza al supuesto de que sean los particulares quienes propongan las medidas o la excepcional facultad que se otorga al TDC para imponer multas coercitivas para asegurar el cumplimiento de las medidas⁹. También está presente la defensa de intereses públicos en el hecho de que se encargue de la aplicación de la Ley a un órgano administrativo de especial singularidad y cualificación, por cuanto se integra por juristas y otros profesionales especializados en la materia, que toman las decisiones colegiadamente por su Pleno compuesto por ocho vocales y un presidente, y que, pese a su

⁹ Véase al respecto mi trabajo: «Medidas cautelares en el Derecho de la competencia», en *Anuario de la Competencia 1996*, Madrid, Fundación ICO-Marcial Pons, 1998, pp. 139-153. También mi ponencia «Algunas reflexiones sobre las medidas cautelares en el procedimiento administrativo de defensa de la competencia», en las *Jornadas del TDC*, Madrid, 1998.

carácter administrativo, goza de total independencia frente a la Administración que garantiza la Ley y la inamovilidad de sus miembros por el tiempo de su nombramientos. Ello es una muestra más de la preocupación del legislador por garantizar el interés público de la competencia.

En el mismo sentido de vocación de protección de intereses públicos atribuida a los órganos de defensa de competencia, el Real Decreto-ley 7/1996, de 7 de junio, modifica por su artículo 15 el artículo 1 LDC para introducir un nuevo apartado 3 en el que se faculta a los órganos de defensa de la competencia, para decidir no perseguir las conductas prohibidas que por su escasa importancia no sean capaces de afectar de manera significativa a la competencia. Con el mismo criterio, pero como mejor redacción y precisión en su contenido, dicho inciso se reforma por la más reciente Ley 52/1999, de 28 de diciembre, para señalar: «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.*»

De otro lado, se comprueba que los acuerdos, decisiones y recomendaciones prohibidas en virtud de lo dispuesto en el artículo 1.1 LDC vienen sancionados con nulidad de pleno derecho por el apartado 2 del mismo precepto, a no ser que estén amparados por las exenciones previstas en la misma LDC, sin que el TDC pueda declarar la nulidad según se deriva del artículo 46 LDC. Habrá, pues, que acudir a la vía jurisdiccional para obtener la declaración de nulidad, única competente para ello.

Por otro lado, el artículo 13 LDC, tras proclamar la compatibilidad de las sanciones a que se refiere la misma Ley con otras responsabilidades que en cada caso procedan, establece que la acción de resarcimiento de daños y perjuicios fundada en la ilicitud de los actos prohibidos por la LDC —art. 1,6 y 7— «*podrá ejercitarse*», una vez firme la declaración en vía administrativa, por los que se consideren perjudicados, remitiendo para ello a la vía jurisdiccional civil.

Para completar la regulación de nuestro ordenamiento económico-concurrencial se va a promulgar, aunque tardíamente, la Ley 3/1991, de Competencia Desleal.

En efecto, para proteger la competencia en interés de los que participan en el mercado, empresarios o no y también en el de los consumidores, se publica en 1991 la Ley de Competencia Desleal¹⁰. La LCD se aplicará a los empresarios o cualquier otra persona física o jurídica que participe en el mercado (art. 3.1) siempre que produzcan comportamientos desleales con fines concurrenciales (art. 2.1), teniendo por objeto la Ley, como expresamente se hace constar en su artículo 1, «... *la protección de la competencia en interés de todos los que participan en el*

¹⁰ Ley 3/1991, de 3 de enero, de Competencia Desleal, BOE, núm. 10, de 11 de enero de 1991.

mercado». Para ello, continúa el mismo precepto, se prohíben los actos de competencia desleal. Se abandona el criterio corporativo en la concepción de la competencia desleal ¹¹ «para convertirse en un instrumento de ordenación y control de las conductas en el mercado. La institución de la competencia pasa a ser así el objeto directo de protección. Significativo a este respecto es, entre otros muchos, al artículo 1. También y muy especialmente, el artículo 5 en el que implícitamente al menos se consagra la noción de abuso de competencia» ¹². Dada la falta de tradición en nuestro país en perseguir la competencia desleal ¹³, el legislador de 1991 optó por el sistema de establecer una cláusula general, la del artículo 5, aunque, dada su alta indeterminación y la falta de cultura sobre la materia, tipifica a continuación, a título ejemplificativo y no limitativo, un amplio elenco de conductas desleales ¹⁴.

Entre las conductas expresamente tipificadas como desleales señala el artículo 15.1 LCD el «prevalerse en el mercado de una ventaja competitiva adquirida mediante infracción de la Ley. La ventaja ha de ser significativa». Vemos, pues, cómo se sanciona como desleal la ventaja significativa adquirida mediante la infracción de cualquier Ley con tal de que tenga efecto en el mercado. Pero el número 2 del mismo artículo reputa desleal «la simple infracción de normas jurídicas que tengan por objeto la regulación de la actividad concurrencial», sin ninguna otra exigencia especial. Una infracción de las normas de competencia, y concretamente las prohibiciones de llevar a cabo acuerdos colusorios y abusos de posición de dominio a que se refieren los artículos 1 y 6 LDC, en relaciones entre particulares podrán ser evidentemente perseguidos al amparo del artículo 15.2 LCD, debiendo ejercitarse la acción correspondiente ante la jurisdicción ordinaria en los términos previstos en dicha Ley y procesalmente en la Ley de Enjuiciamiento Civil. Así, por esta vía los particulares podrán atajar más rápidamente las graves consecuencias que para una empresa se pueden derivar de las infracciones por otros empresarios de la legislación sobre competencia. Además, resultará el único camino para el supuesto de prácticas que las autoridades de competencia consideren de escasa importancia y que por ello deciden no perseguir.

Con independencia del ejercicio de las pertinentes acciones ante la jurisdicción, puede ser denunciada la práctica ante las autoridades encargadas de defensa de la competencia por si resultara afectado el interés

¹¹ El que establecía el Convenio de la Unión de París de 1889 y nuestra Ley de Marcas de 1988, al regular parcialmente la competencia desleal en sus artículos 77 a 79, derogados por la Ley 3/1991.

¹² Son palabras del propio legislador en el Preámbulo de la Ley, apartado IV.

¹³ Estuvo mucho tiempo confundida con la competencia ilícita no resultando sancionable en la práctica, dada la deficiente regulación que al efecto hacía de la institución la Ley de Propiedad Industrial de 16 de mayo de 1902, Título X. Véase al respecto mi trabajo «Propiedad Industrial y Competencia Desleal», en *Derecho Industrial, Patente y Marcas*, Centro de Estudios judiciales, Cursos vol. 6, 1991, pp. 185-218.

¹⁴ Artículos 6 a 17 LCD. Véase al respecto mi trabajo «El nuevo marco de la competencia desleal. La cláusula general», en *Propiedad Industrial y competencia desleal*, Consejo General del Poder Judicial - ANDEMA, 1995, pp. 11-40.

público y consecuentemente pudiera ser sancionada por el TDC en los términos que establece la LDC. Se nos puede decir que esta doble vía puede traer graves consecuencias por cuanto que el criterio de un órgano y otro al juzgar una práctica pudiera resultar distinto. Si bien ello es absolutamente cierto y no deseable, cabe señalar que tales decisiones se tomarán en dos ámbitos distintos. En el primer caso al juzgar relaciones privadas y en el segundo supuesto al proteger la afectación del interés público. En ambos, además, tanto la sentencia que dicte el Juez de Primera Instancia como la Resolución del TDC serán revisables en vía jurisdiccional por órganos superiores encargados de conocer de las respectivas apelaciones, Audiencia Provincial y Audiencia Nacional respectivamente, y en su caso por el Tribunal Supremo por vía de casación. Así, en definitiva, podrá crearse algún día una jurisprudencia que modulará futuras decisiones de aquellos órganos. En cualquier caso, la atribución a la jurisdicción civil del conocimiento de las acciones ejercitadas al amparo de la LCD es incuestionable como también lo es la tipificación específica que hace el artículo 15 de la misma.

2. DOCTRINA DE LA SALA PRIMERA DEL TS SOBRE APLICACIÓN DE LA NORMATIVA INTERNA Y COMUNITARIA SOBRE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Hasta la fecha, la Sala Primera del TS sólo ha dictado cuatro Sentencias en las que se pronuncia sobre los órganos competentes para aplicar en España la legislación en materia de competencia tanto interna como comunitaria. Al menos éstas son las únicas conocidas por mí y, por tanto las que se comentan a continuación.

A. SENTENCIA DE 18 DE MAYO DE 1985, SALA PRIMERA TS

a) *Antecedentes*

El supuesto que se analiza es el siguiente: Una empresa A formula demanda de juicio ordinario de mayor cuantía contra otra empresa M sobre nulidad de contrato ante el Juzgado de Primera Instancia de Barbastro.

La Sentencia de Primera Instancia desestima íntegramente la demanda, así como otra demanda acumulada a los mismos autos, que había formulado M contra A en petición de otorgamiento de escritura de compromiso y subsidiariamente de condena indemnizatoria. Apelada la Sentencia por ambas partes, la Audiencia desestimó los recursos y confirmó la Sentencia dictada en Primera Instancia.

Por la empresa A se interpuso recurso de casación.

b) *Doctrina del ts*

El ts en su Sentencia rechaza fundamentalmente los motivos de casación por su inadecuada formulación procesal, pero también señala que el único fundamento que se utiliza por la Sentencia apelada debe ser mantenido. En él se señaló que el procedimiento que se siguió era inadecuado, pues debió haberse utilizado el establecido en la Ley de Defensa de la Competencia de 20 de julio de 1963, cuyos artículos 7 y 10 reservan el conocimiento de estos asuntos al procedimiento en ella establecido, tanto en lo referente a los supuestos de hecho alegados a los efectos de su tipificación entre los comprendidos en el párrafo primero del artículo 1 de la Ley, como asimismo en lo relativo a la concurrencia de los requisitos que, para la intimidación aducida exige el artículo 1.267 del Código Civil, en relación con la especialidad de la materia.

Evidentemente, aunque esta STS es parca en doctrina, puede fácilmente constatarse que la misma se refiere a hechos que acontecen bajo la vigencia de la Ley 110/1963, de 20 de julio, de Represión de Prácticas Restrictivas de la Competencia. El artículo 10 de esta Ley, citado por la STS, establecía la competencia privativa del TDC en las declaraciones e intimidaciones previstas en la propia Ley y el que sus Resoluciones gozarán de presunción legal de certeza, sin posibilidad de prueba en contrario, y surtirán plenitud de efectos en todos los ámbitos jurisdiccionales. Por ello debe considerarse el criterio expuesto por el ts en la indicada Sentencia acorde con la legislación vigente y aplicable a los hechos enjuiciados. En la actual Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia, no existe ningún precepto equivalente, en ninguno de los aspectos citados en que el artículo 10 de la Ley 110/1963 otorgaba competencia exclusiva en la materia al TDC y dotaba a sus Resoluciones de las especiales cualificaciones que se señalan en aquel precepto. Por ello no es trasladable aquella doctrina a la actualidad, en que rige otra Ley que no contiene aquellas previsiones.

B. SENTENCIA DE 30 DE DICIEMBRE DE 1993, SALA PRIMERA TS

a) *Antecedentes*

Esta Sentencia levantó gran polémica y reveló criterios muy distintos en cuanto a su alcance e interpretación, siendo objeto de concienzudos y documentados estudios ¹⁵.

¹⁵ Véase al respecto MARTÍNEZ LAGE: «El efecto directo de los artículos 85 y 86 del TCE en el Derecho español (STS de 10 de diciembre de 1993)», *Gaceta jurídica de la CE*, Boletín, números 94 y 95, «La aplicabilidad directa del Derecho de la Competencia Comunitaria y Nacional por los Tribunales Ordinarios Españoles (Comentario a la STS de 30 de diciembre de 1993)», en *Perspectivas jurídicas Actuales, Homenaje a Alfredo Sanchez-Bella Carswell*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1995, pp. 239-250; B. FERNÁNDEZ PÉREZ: «El efecto directo del artículo 86 TCE en el orde-

La cuestión que analiza el TS por vía de casación tiene su origen en la demanda civil de 210 armadores de buques contra CAMPSA, en cuyo suplico se pedía:

1. Condena a CAMPSA a cesar en los actos de abuso de posición dominante en los contratos de suministro de carburante pesquero y en el propio mercado, absteniéndose en el futuro de discriminar a los armadores españoles de buques pesqueros por razón de su nacionalidad.

2. Condena a CAMPSA a indemnizar a los actores por los daños y perjuicios que les ha causado la citada demandada con su ilegal proveedor.

3. Condena a CAMPSA a abonar a los demandantes la indemnización correspondiente al lucro cesante que su proceder les ha infringido y concretamente en la cifra de tal lucro cesante que se determine fue provocada por el incremento de costas que le impuso. De ser necesario, tal cifra se fijará en trámite de ejecución de sentencia.

Se propuso por la demandada, en su contestación a la demanda, la excepción previa de falta de jurisdicción del juzgado por razón de la materia, por tratarse de una cuestión relativa a prácticas restrictivas de la competencia y falta de la necesaria declaración administrativa previa del Tribunal Español de Defensa de la Competencia o de la Comisión Europea, sobre la existencia o no de una supuesta práctica restrictiva de la libre competencia. Tal excepción fue mantenida en el acto de la comparecencia, lo que dio lugar a que el Juzgado de Primera Instancia número 12 de Madrid, que conocía del asunto, dictara Auto el 7 de septiembre de 1989 por el que declaró la falta de jurisdicción del Juzgado para conocer de la reclamación formulada y acordó el sobreseimiento.

La Sección Decimocuarta de la Audiencia Provincial de Madrid, al revisar el auto en la apelación desestimó el recurso y confirmó la resolución del Juzgado.

b) *Doctrina del TS*

El Tribunal Supremo, al analizar en casación la Sentencia de la Audiencia, la confirmó al desestimar el recurso.

En el Fundamento de Derecho segundo de su Sentencia señala el TS que la cuestión suscitada en el recurso ha de ser contemplada desde un doble plano: el constituido por el Derecho comunitario y el integrado por el Derecho interno. Continúa señalando el mismo Fundamento las normas aplicables dimanantes del propio Tratado de Roma y del Reglamento número 17, sobre la consideración de autoridades de los Estados miembros y su competencia para aplicar los artículos 85.1 y 86 TCEE, así

namiento español», *La Ley. Comunidades Europeas*, núm. 93, 1995, pp. 1-5). También mi trabajo «Aplicación jurisdiccional de los artículos 85.1 y 86 TCEE y de las normas internas de competencia», en *Anuario de la Competencia 1997*, Madrid, Fundación Ico-Marcial Pons, 1998, pp. 215-239, donde se analiza la citada sts.

como la jurisprudencia del TJCEE sobre la aplicación de aquellas normas. Mas la afirmación que realiza más adelante, al final del fundamento jurídico, respecto de que la aplicación de los artículos 85.1 y 86 está reservada a la Comisión si ha iniciado un procedimiento, no es en cualquier caso exacta¹⁶. En el párrafo en que se contiene, se dice además «[d]e todo lo expuesto, no puede llegarse a la conclusión de ser competente un Juzgado de orden jurisdiccional civil para conocer de la demanda inicial de los presentes autos en la que, respecto al pedimento primero del suplico, se pretende la aplicación a título principal del artículo 86 del Tratado de la Comunidad Económica Europea, pues si en la citada jurisprudencia se reconoce la competencia de los órganos jurisdiccionales nacionales que no pertenezcan a las jurisdicciones especialmente encargadas de aplicar la legislación nacional sobre la competencia o de controlar la legalidad de esta aplicación por parte de las autoridades administrativas (en nuestro sistema judicial, la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, a tenor del art. 124.2 del Reglamento del Tribunal de Defensa de la Competencia, aprobado por Decreto de 4 de marzo de 1965 y reformado por Real Decreto 2574/1982, de 24 de septiembre, para la aplicación directa de los arts. 85.1 y 86 del Tratado, tal aplicación ha de ser a título incidental, no a título principal como se pide en la demanda, ya que, en este caso, la aplicación de las tan repetidas normas comunitarias queda reservada a la Comunidad si ha iniciado un procedimiento a tenor del art. 9.3 del Reglamento 17, o, en otro caso, al Tribunal de Defensa de la Competencia, de acuerdo con el Real Decreto de 29 de agosto de 1986».

Como se ha puesto de relieve por algún autor¹⁷, el TS distingue entre aplicación del Derecho de la competencia a título principal y a título incidental, lo que parece tener su origen en el *Tratado de Derecho de la Competencia* del Profesor M. Waelbroeck y utilizada por el Abogado General Mayras en sus conclusiones en el asunto «BRT/SABAM», en el sentido de que se aplican a título principal las normas comunitarias de competencia por las autoridades especialmente encargadas de este cometido, administrativas o no, y en cambio lo hacen a título incidental los Tribunales dirimiendo controversias privadas, lo que en terminología más clara para nosotros implica en este caso que no actúan en defensa del interés público, sólo en defensa del interés privado de una parte¹⁸. La terminología empleada aquí por el TS, cuyo alcance no precisa, aumenta la desorientación y produce interpretaciones encontradas, toda vez que hablar de aplicación de una norma a título principal y a título incidental sin otra explicación supone una gran indeterminación.

Algún autor justifica el razonamiento del Tribunal Supremo¹⁹, al considerar que no resulta posible que un Tribunal se vea dotado en virtud del efecto directo de las normas comunitarias de la competencia para

¹⁶ Ya lo puso de relieve MARTÍNEZ LAGE en su trabajo *cit. supra*, Boletín 95, p. 2.

¹⁷ B. FERNÁNDEZ PÉREZ, «El efecto directo del artículo 86 TCE en el ordenamiento español», *cit. supra*.

¹⁸ B. FERNÁNDEZ PÉREZ, *op. cit.*, *supra*.

¹⁹ S. MARTÍNEZ LAGE, «El efecto directo de los artículos 85 y 86 del TCE en el Derecho Español», *cit. supra*.

aplicar el Derecho de la competencia a este caso, de la que carece con arreglo al derecho interno. Evidentemente, esta última afirmación resulta acorde con la realidad, pues los hechos enjuiciados acontecen bajo la vigencia de la Ley 110/1963 y, como se ha analizado antes, su artículo 10 establecía la competencia privativa del TDC en cuanto a las declaraciones e intenciones previstas en aquella Ley, y los dota de presunción legal de certeza y plenitud de efectos jurídicos en todas las jurisdicciones. Pero la Sentencia que se comenta, pese a su aparente claridad, esconde en realidad un obstáculo insalvable para el reconocimiento y aplicación del efecto directo del artículo 86 TCE al condicionarlo a la previa declaración de un órgano administrativo y reducir la tarea del Juez civil a deducir los efectos civiles de la aplicación previa de la norma por la Administración²⁰. El efecto directo de que gozaban las normas contenidas en los TCEE desde la adhesión de España a las CE, y también el artículo 86 según se analiza antes, impide, a mi juicio, condicionar a declaración previa alguna de un órgano administrativo su aplicación por la jurisdicción dirimiendo conflictos entre particulares.

En el tercero de los Fundamentos Jurídicos se analiza por el TS la cuestión desde el plano de derecho interno español, señalando que el propio Reglamento del TDC reformado por Real Decreto de 24 de septiembre de 1982, dispone en su artículo 3 que la competencia del Tribunal en cuanto a las declaraciones o intimidaciones previstas en la Ley será, privativa en el orden administrativo. Más adelante insiste: *«es decir, no nos encontramos ante un asunto atribuido a la competencia de un órgano jurisdiccional de un determinado orden y sobre cuál pueda conocer otro órgano de otro orden jurisdiccional distinto, a los efectos previstos en el citado artículo 10.1. De ello, ha de concluirse que no resultan competentes los Juzgados y Tribunales de orden jurisdiccional civil, para conocer de la pretensión contenida en el apartado primero del suplico de la demanda, por ser competencia privativa de la Administración del Estado y, dentro de ésta, del Tribunal de Defensa de la Competencia»*.

Las previsiones de la Ley 110/1963 aplicable a los hechos enjuiciados, debe insistirse una vez más, no son las mismas que las de la Ley 17/1989, según se resalta antes, en cuanto a las atribuciones que una y otra otorgan al TDC, por lo que los argumentos jurídicos de la STS, en todo caso, no son hoy aplicables a supuestos acontecidos bajo la regulación de la Ley 17/1989. Toda vez que la Sentencia se dictó el 30 de diciembre de 1993, cuando hacía ya varios años que regía la LDC, debió de hacerse alguna indicación sobre el cambio que dicha Ley supuso sobre la del 1963 con lo que se hubiera evitado la disparidad de interpretaciones a que ha dado lugar aquella Sentencia.

²⁰ B. FERNÁNDEZ PÉREZ, *op. cit. supra*, p. 5.

C. SENTENCIA DE 4 DE NOVIEMBRE DE 1999, SALA PRIMERA TS

Como en las restantes STS que aquí se analizan, el comentario se circunscribe al análisis de los pronunciamientos que contiene la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 4 de noviembre de 1999 respecto del órgano que, a juicio del Alto Tribunal, tiene atribuida en nuestro país la aplicación exclusiva y excluyente de la legislación interna sobre competencia. Quedan, pues, al margen de este examen otras cuestiones de importancia que se derivan de la misma Sentencia.

a) *Antecedentes y pronunciamientos contenidos en las Sentencias del Juzgado y de la Audiencia*

La entidad United International Pictures y Cía., S. R. C., formuló demanda de juicio declarativo ordinario de menor cuantía contra D. Josep S. S. y la sociedad mercantil Salsas Hermanos, S. A., en reclamación de la suma de 10.525.000 pesetas en concepto de indemnización pactada por el incumplimiento de contrato cinematográfico de exhibición de películas, más los intereses de demora y las costas. La actora había, al parecer, suscrito con los demandados diversos contratos para la exhibición por éstos de películas cinematográficas distribuidas por aquélla y cuyo número excedía de los períodos temporales que se fijaban en los contratos para su exhibición, imponiendo la contratación, junto a películas de las denominadas «en cartelera» por su actualidad, de otras que carecían de interés para el exhibidor. Las películas contratadas lo eran por un porcentaje sobre la recaudación de taquilla, pero, en todo caso, por una cantidad mínima por cada una de ellas. El importe de la suma reclamada judicialmente era, al parecer, por el montante económico mínimo de las no exhibidas.

Emplazados los demandados, compareció D. Josep S. S., quien contestó a la demanda solicitando se dicte sentencia desestimatoria de la misma, esgrimiendo la excepción de falta de personalidad y para el caso de que no prosperase, entrando en el fondo pidió la desestimación de la demanda en su totalidad con imposición de costas a la demandante.

La otra demandada, que no compareció, fue declarada rebelde.

Por el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Badalona se dictó Sentencia en fecha 27 de septiembre de 1993 por el que se desestima íntegramente la demanda y se absuelve a los demandados de todos los pedimentos contenidos en el suplico de la misma, «*declarando la nulidad de pleno derecho de los contratos celebrados entre los litigantes entre las fechas 15 de julio de 1988 y 23 de mayo de 1991, cuyas copias obran en las actuaciones en los folios 17 a 23, debiendo reponer las cosas al estado que tenían al tiempo de su perfección*», con condena a la actora en las costas.

Apelada la Sentencia por United International Pictures y Cía., S. R. C., la Sección Undécima de la Audiencia Provincial de Barcelona dictó Sentencia el 19 de octubre de 1994, por cuyo fallo se desestima el recurso de apelación y se confirma íntegramente la dictada en Primera Instancia, con condena en las costas de la alzada a la entidad apelante.

La Sentencia de la Audiencia, después de destacar las cláusulas de los contratos de especial relieve para la contienda entre las partes, establece que «[c]omo señaló la Sentencia del Tribunal de Defensa de la Competencia de 2 de marzo de 1990, la Ley 3/1970 y el Real Decreto Legislativo 1257/1986, de 13 de junio, propician la contratación de alquiler por lotes, siendo práctica restrictiva de la competencia la imposición al exhibidor de lotes cerrados sin posibilidad de elección de los títulos de las películas que contrata, y por lo que a continuación se expone, también la contratación que suponga y obligue al exhibidor a proyectar más películas que las que el espacio temporal permite» (FJ 4.º).

Más adelante se precisa «... el cumplimiento de la prestación para el exhibidor en la forma pactada es materialmente imposible y, por tanto, jurídicamente inexigible, anulando los contratos así establecidos (art. 1.184 cc), sin olvidar que este modo de contratación traslada todo el riesgo comercial al exhibidor mientras que el distribuidor mantiene asegurado el cobro del precio de todas las películas, incluyendo, por tanto, el de aquellas que por ser físicamente imposible su proyección ningún provecho va a obtener el exhibidor, truncando el equilibrio de las prestaciones entre las partes y también la posibilidad de que el exhibidor pueda contratar con otras empresas distribuidoras, con vulneración de lo dispuesto en el artículo 6.a) y b) de la Ley de Defensa de la Competencia de 17 de julio de 1989» (FJ 5.º).

La Sentencia de la Audiencia se recurre en casación por el demandado que había comparecido en el procedimiento, entre otros, por los siguientes motivos:

1. Al amparo del número 4 del artículo 1.692 Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), por infracción de las Sentencias del Tribunal Supremo de 30 de diciembre de 1993 y 18 de mayo de 1985 que establecen el carácter privativo de la competencia del Tribunal de Defensa de la Competencia para conocer las prácticas comprendidas en la Ley de Defensa de la Competencia de 17 de julio de 1989 por la especialidad de su materia.

2. Al amparo del número 4 del artículo 1.692 LEC, por infracción de los artículo 6.a) y b) de la Ley de Defensa de la Competencia (LDC) de 17 de julio de 1989 en su correcta interpretación hecha por el Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC), los cuales han sido aplicados indebidamente.

b) *Doctrina del TS establecida por la Sentencia*

Agrupados en un fundamento único ambos motivos por el TS, «ya que la razón de fondo es la misma para los dos²¹», señala que «toda vez

²¹ FJ 1.º

*que los primeros contratos se remontan al 15 de julio de 1988, parcialmente la litis ha de regularse por la anterior Ley de Represión de Prácticas Restrictivas de la Competencia de 20 de julio de 1963, si bien, aun en este contexto temporal es aplicable el Reglamento del Tribunal de Defensa de la Competencia, reformado en 1982, por así proclamarlo la Disposición Derogatoria de la Ley de 17 de julio de 1989*²²».

En relación con la aplicabilidad de la Ley 110/1963 a los primeros contratos no hay nada que objetar. Pero respecto de la última afirmación, es necesario precisar que el Reglamento del Tribunal de Defensa de la Competencia resultará aplicable por estar vigente en el momento en que se suscriben los contratos y no por cuanto señala la Disposición Derogatoria de la Ley de 17 de julio de 1989, de Defensa de la Competencia, que se limita a establecer precisiones a partir de la entrada en vigor de la nueva Ley, como es lógico, y así señala la derogación de diversos Decretos, en lo que se opondan a la nueva Ley, entre los que se señalan los de aprobación del citado Reglamento y de reforma posterior del mismo, o lo que es lo mismo, su vigencia aún posterior a la publicación de la Ley en aquello que no se oponga a la misma.

En relación con los contratos posteriores al 17 de julio de 1989 señala la STS *«la Sentencia de esta Sala de 30 de diciembre de 1993 es drástica y transparente: la competencia del Tribunal, en cuanto a las declaraciones e intimidaciones previstas en la Ley, será privativa en el orden administrativo»*. Ante tal declaración, bueno es empezar por recordar que la Sentencia de 30 de diciembre de 1993 no se refiere a contratos a los que resulta de aplicación la LDC de 1989, sino la anterior Ley de Prácticas Restrictivas de 1963 y contiene la antedicha declaración señalando su fundamento en el Reglamento del TDC y concretamente en su artículo 3 reformado por Real Decreto de 24 de septiembre de 1982²³.

A continuación, en la Sentencia comentada, se señala que bajo la vigencia de la Ley de 1963, otra Sentencia de 18 de mayo de 1985 había mantenido análogos criterios. *«En ambos fallos se defiende la misma doctrina: aunque a efectos prejudiciales cada orden jurisdiccional puede conocer asuntos que no le están atribuidos privativamente, esta facultad no permite extender la jurisdicción de los Juzgados y Tribunales a materias de la competencia exclusiva o privativa de la Administración, como son los relativos a la existencia de prácticas abusivas al explotar una posición de dominio en el mercado.»*

No resultan extrapolables las afirmaciones que pudieran hacerse con base en la Ley de Prácticas Restrictivas de 1963 a situaciones similares contempladas bajo la vigencia de la LDC de 1989. Aquella Ley era la única norma específica que regulaba el sistema concurrencial en nuestro país. Sin embargo, la Ley de Defensa de la Competencia de 1989 se completa

²² FJ 1.º

²³ FJ 3.º de la Sentencia de 30 de diciembre de 1993.

en la disciplina concurrencial con las normas contenidas sobre competencia desleal, primero limitadamente en la Ley de Marcas de 1988²⁴ y con carácter mucho más amplio a partir de la entrada en vigor de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (LCD), con los efectos a los que luego me referiré. Pero además, aparte de no regularse conductas privadas en la concurrencia sino en tanto en cuanto afectasen al interés público, la Ley de Prácticas Restrictivas de 1963, como se resalta antes, en varias ocasiones, establecía la competencia privativa del TDC en lo relativo a las declaraciones previstas en aquella Ley dotándoles de plenitud de efectos jurídicos en todos los ámbitos jurisdiccionales (art. 10). También la Ley le atribuía la declaración de nulidad de determinadas conductas prohibidas²⁵, facultad de la que no goza a partir de la entrada en vigor de la Ley 13/1989 de Defensa de la Competencia el TDC dado su carácter de órgano administrativo, debiendo acudir, por tanto, para obtener la declaración de nulidad de los acuerdos colusorios, que el artículo 1.2 LDC sanciona con nulidad de pleno derecho, a los tribunales jurisdiccionales del orden civil²⁶.

No parece acorde con la vigente la LDC de 1989 y la LCD de 1991 el afirmar que sea competencia exclusiva o privativa de la Administración el conocimiento de todo lo relativo al Derecho de la competencia y en concreto las prácticas abusivas de explotación de posición dominante.

La argumentación siguiente de la Sentencia en apoyo de esta tesis, si bien parte de afirmaciones válidas, concluye estableciendo una conclusión, a mi juicio, errónea. Después de señalar que, según el artículo 3 de la Ley de 1963, las Resoluciones del TDC ponen fin a la vía administrativa, continúa: *«Esta regla, se confirma después de 1989, por el artículo 49 de la nueva Ley, según el cual: «Contra las resoluciones definitivas del Tribunal de Defensa de la Competencia no cabe ningún recurso en vía administrativa y sólo podrá interponerse recurso contencioso administrativo». Según toda la regulación específica, el Tribunal de Defensa de la Competencia actúa como un órgano administrativo para dilucidar la problemática competencial y las posibles prácticas restrictivas y por ello el artículo 50 de la Ley establece que ese Tribunal ajustará su actuación a los preceptos de la Ley de Procedimiento Administrativo, es decir, que la posible litigiosidad sobre estos aspectos no discurre por los cauces de la jurisdicción ordinaria.»*

Es cierto que las resoluciones definitivas del TDC ponen fin a la vía administrativa conforme establece el artículo 49 LDC y, por tanto, sólo cabe su impugnación en vía contencioso-administrativa o lo que es lo

²⁴ Artículos 70 a 72.

²⁵ Artículo 13.2.

²⁶ En el Anteproyecto de la última reforma de la LDC se pretendió atribuir dicha facultad de nuevo al TDC, pero el Consejo de Estado en su Dictamen preceptivo hizo ver que tal declaración debía realizarse por los órganos jurisdiccionales coincidiendo también en este criterio el propio TDC en su informe también preceptivo, y siguiendo tal criterio desaparece aquella previsión del texto definitivo del artículo 1.2. Véase mi trabajo «Debate acerca de la organización administrativa protectora de la libre competencia. Apuntes al proyecto de ley de reforma parcial», en *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 204, diciembre 1999, pp. 79-86.

mismo, que no son recurribles en alzada ante otro órgano administrativo, ni siquiera en reposición ante el propio Tribunal ²⁷.

También es cierto que el TDC «*actúa como un órgano administrativo para resolver la problemática competencial y las posibles prácticas restrictivas*» pero al realizar tales afirmaciones es evidente que no se tiene en consideración las funciones que la LDC le atribuye ni la regulación de nuestro orden concurrencial, en el que es pieza fundamental no sólo la LDC, sino también la LCD. El nuevo orden económico en nuestro país deriva del principio de libertad de empresa en un sistema de economía de mercado según proclama el artículo 38 de la Constitución Española. La LDC de 1989, según señala su Exposición de Motivos, responde a la salvaguarda del interés público, objetivo principal de todas las normas sobre competencia. Así, expresamente dice: «*La presente Ley responde a ese objetivo específico: garantizar la existencia de una competencia suficiente y protegerla frente a todo ataque al interés público...*» precisando más adelante que «*La aplicación de la Ley en cuanto se trata de garantizar el orden económico constitucional en el sector de la economía de mercado, desde la perspectiva de los intereses públicos, se encomienda en el Título Segundo a órganos administrativos...*» ²⁸. Las normas sobre competencia protegen prioritariamente intereses públicos y de ahí el procedimiento administrativo sancionador que diseña la LDC ²⁹. Nuestro legislador, de forma similar al comunitario y al de la mayoría de los Estados miembros, ha confiado esta misión a órganos administrativos, en nuestro caso el Servicio de Defensa de la Competencia (SDC) y el Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC), ambos órganos de defensa de la competencia y no sólo el TDC, como señala la STS, con posterior revisión jurisdiccional, aunque hubiese sido igualmente posible otorgar aquella función a órganos jurisdiccionales.

Pero la regulación de nuestro orden concurrencial se completa, como ya se señala antes, con la Ley de Competencia Desleal de 1991.

La LCD nace para proteger la competencia en interés de los que participan en el mercado, empresarios o no y también en el de los consumidores, aplicándose a todos los que participen en el mercado ³⁰, siempre que produzcan comportamientos desleales con fines concurrenciales ³¹, teniendo la Ley por objeto, como expresamente se hace constar en su artículo 1, «... la protección de la competencia en interés de todos

²⁷ Esta última afirmación sólo es válida hasta la entrada en vigor de la nueva Ley 4/1999, de Reforma de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común, que viene a posibilitar el recurso de reposición con carácter facultativo previo al contencioso-administrativo, artículos 116 a 117.

²⁸ Énfasis míos.

²⁹ A semejanza del sistema instaurado a nivel comunitario europeo y por los restantes Estados miembros, toda vez que uno de los principales objetivos del Tratado de Roma es la instauración de un mercado común basado en un régimen de libre competencia —art. 3.a) y f) TCEE— que desarrollan los artículos 85 a 94 del mismo.

³⁰ Artículo 3.1.

³¹ Artículo 2.1.

los que participan en el mercado», prohibiéndose por ello los actos de competencia desleal. Como señala el Preámbulo de la Ley, se abandona el criterio corporativo en la concepción de la competencia desleal ³² «... para convertirse en un instrumento de ordenación y control de las conductas en el mercado. La institución de la competencia pasa a ser así el objeto directo de protección. Significativo a este respecto es, entre otros muchos, el artículo 1. También y muy especialmente el artículo 5, en el que, implícitamente al menos, se consagra la noción de abuso de competencia».

Dada la falta de tradición en nuestro país en la persecución de los actos de competencia desleal ³³, el legislador de 1991 optó por el sistema de introducir una cláusula general, la del artículo 5, para tipificar a continuación, a título ejemplificativo y no limitativo, un amplio elenco de conductas desleales ³⁴.

Entre las conductas expresamente tipificadas como desleales señala el artículo 15.1 LCD el «prevalerse en el mercado de una ventaja competitiva adquirida mediante infracción de las Leyes. La ventaja ha de ser significativa». Según se comprueba, se sanciona como desleal la ventaja significativa adquirida mediante la infracción de cualquier Ley, con tal de que produzca efectos en el mercado. Pero además, el número 2 del mismo artículo reputa desleal «la simple infracción de normas jurídicas que tengan por objeto la regulación de la actividad concurrencial», sin ningún otro tipo de exigencias. Así pues, una infracción de las normas de competencia, y concretamente las prohibiciones de llevar a cabo acuerdos colusorios y abusos de posición de dominio a los que se refieren los artículos 1 y 6 LDC, en las relaciones entre particulares podrán evidentemente perseguirse al amparo del artículo 15.2 LCD a través del ejercicio de la pertinente acción ante la jurisdicción ordinaria. Y ello con independencia de que pueda ser denunciada la práctica ante las autoridades encargadas de defensa de la competencia por si resulta afectado el interés público y consecuentemente procediera su sanción por el TDC en los términos que establece la LDC, entre los que destaca la imposición de importantes multas sancionadoras por importe que podrá alcanzar hasta el 10 por 100 del volumen de ventas de la empresa sancionada correspondiente al ejercicio anterior ³⁵.

En el mismo sentido de vocación de protección de intereses públicos atribuida a los órganos de defensa de competencia, el Real Decreto-ley

³² Que diseñó la Ley de Marcas de 1988 en sus artículos 77 a 79 y que estuvo vigente por muy escaso tiempo.

³³ Estuvo durante mucho tiempo confundida con la competencia ilícita no sancionándose apenas en la práctica, dada la deficiente regulación que hacía de la institución la Ley de Propiedad Industrial de 16 de mayo de 1902 en su Título X. Ver al respecto mi trabajo «Propiedad Industrial y Competencia Desleal», en *Derecho Industrial, Patentes y Marcas*, Madrid, Centro de Estudios Judiciales, Cursos vol. 6, 1991, pp. 185-218.

³⁴ Artículos 6 a 17 LCD. Véase al respecto mi trabajo «El nuevo marco de la competencia desleal. La cláusula general», en *Propiedad Industrial y Competencia Desleal*, Consejo General del Poder Judicial-ANDEMA, 1995, pp. 11-40.

³⁵ Artículo 10 LDC.

7/1996, de 7 de junio, modifica por su artículo 15 el artículo 1 LDC para introducir un nuevo apartado 3³⁶ en el que se faculta a los órganos de defensa de la competencia para decidir no perseguir las conductas prohibidas que por su escasa importancia no sean capaces de afectar de manera significativa a la competencia. Con el mismo criterio, pero con mejor redacción y precisión en su contenido, dicho inciso se reforma por la más reciente Ley 52/1999, de 28 de diciembre, para señalar: «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.*»

Si bien esta última norma no se había dictado en el momento de pronunciarse la STS que se comenta, sí estaban vigentes y desde hace bastante tiempo las otras dos que no merecen comentario alguno en la Sentencia. De mantenerse el criterio sentado con tanta contundencia por el Tribunal Supremo, nos encontraremos que las empresas sólo podrán recurrir, en supuestos de conductas prohibidas por los artículos 1 y 6 LDC, a denunciarlo ante el SDC y esperar la larga tramitación del procedimiento administrativo ante el SDC, posteriormente ante el TDC y su revisión jurisdiccional por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional y en la mayoría de los casos posteriormente por la Sala Tercera del Tribunal Supremo, dependiendo de la cuantía, para sólo así después de ganar firmeza la resolución del TDC poder acudir a la jurisdicción ordinaria a solicitar la nulidad de los pactos colusorios y/o reclamar la indemnización de daños a través también de tres instancias. Pero, además, en el caso de que por los órganos de defensa de la competencia se decida no iniciar o sobreseer el procedimiento ya iniciado por su escasa importancia al no afectar de manera significativa a la competencia, aunque afecte intereses privados, los titulares de éstos no podrán obtener protección alguna, pudiendo incluso verse arrojados del mercado, sin posibilidad tampoco de obtener compensación por los graves perjuicios económicos que a nivel particular se les irroguen.

Por el contrario, si los particulares, ante una práctica que les afecte, contraria a los artículos 1 o 6 LDC, acuden a la jurisdicción ordinaria al amparo del artículo 15 LCD podrán ver tutelados mejor sus intereses, por cuanto que podrán solicitar medidas cautelares, y la sentencia al declarar la práctica como desleal al amparo del artículo 15 LCD, si lo es en relación con el artículo 1 LDC, declarar además la nulidad. Si se relaciona con el artículo 1 o con el 6, ambos de la LDC, declarar además que procede establecer indemnización por daños y cuantificarse los mismos en la propia sentencia. De otro lado, en el caso de conductas de escasa importancia, también por la vía jurisdiccional verán amparados sus derechos los afectados por las mismas.

³⁶ BOE de 8 de junio de 1996 y corrección de errores BOE de 18 de junio de 1996.

D. SENTENCIA DE 2 DE JUNIO DE 2000, SALA PRIMERA TS

a) *Antecedentes y pronunciamientos de las instancias*

Tiene sus antecedentes en la demanda interpuesta por un empresario individual en fecha 2 de enero de 1991 contra las entidades DISA y Prodalca. El actor había suscrito en fecha 19 de febrero de 1990 con DISA un contrato de concesión mercantil cuyo objeto era la explotación por el demandante de una gasolinera o estación de servicio propiedad de DISA, quien además suministraría los productos. Con su demanda, el actor solicitó la validez y eficacia del referido contrato, cuya ejecución entre las partes nunca había llegado a iniciarse, así como el cumplimiento de lo pactado, con entrega de la estación de servicio por DISA, y la declaración de nulidad de la relación jurídica que hubiera entre ésta y Prodalca, que era la que en realidad se había hecho cargo de la explotación, y la indemnización de daños y perjuicios hasta la de entrega real de la gasolinera al actor.

DISA, al contestar la demanda, reconoció la existencia y realidad del contrato, pero alegó la nulidad de pleno derecho del mismo por ser muchas de sus cláusulas contrarias al Derecho comunitario, citando el efecto al artículo 85 TCE, en relación con el Reglamento número 1984/1983, de 22 de junio, de la Comisión de las Comunidades Europeas. En síntesis, entendía que el contrato, al establecer una serie de limitaciones a la actuación mercantil del concesionario, implicaba restricciones a la libre competencia, incompatibles con el Derecho comunitario.

La otra demandada, Prodalca, se limitó a oponer su condición de tercero ajeno al contrato suscrito por el actor y DISA y, por tanto, al conflicto planteado.

El Juzgado de Primera Instancia número 7 de las Palmas de Gran Canaria, que conoció de la litis, dictó Sentencia, con fecha 20 de septiembre de 1993, estimando parcialmente la demanda, absolvió a Prodalca de todas las pretensiones contra la misma formuladas, declaró válido el contrato suscrito por el actor y DISA, condenando a ésta al pago de la indemnización de daños y perjuicios que el incumplimiento del mismo hubiese ocasionado, y desestimó la pretensión de su cumplimiento y, en consecuencia, la entrega de la estación de servicio.

Entendió la Sentencia de primera instancia que el art. 85 TCE no era aplicable a acuerdos entre empresas dentro de un mismo Estado miembro y además que el contrato objeto del litigio no eliminaba la concurrencia total o parcialmente ni contenía una concesión en exclusiva, razones por las que declaró su validez, pero al entender que también era válido el contrato posterior, celebrado entre las dos entidades demandadas, y, por tanto, imposible el cumplimiento del primer contrato de forma específica, lo sustituía por una indemnización de daños y perjuicios.

La Sentencia dictada en primera instancia fue apelada tanto por el actor como por DISA, lo que determinó que la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Las Palmas dictara sentencia, en fecha 2 de junio de 1995, desestimatoria de ambos recursos de apelación y confirmando la sentencia apelada.

La Sentencia de la Audiencia fue recurrida en casación por el demandante y por DISA.

El recurso de DISA emplea los dos primeros motivos en insistir en la nulidad de pleno derecho del contrato litigioso por incompatibilidad de sus cláusulas con el Derecho comunitario sobre la competencia y los dos restantes en impugnar la indemnización de daños y perjuicios acordado a favor del actor.

El demandante orienta los dos motivos de su recurso en primer lugar para que se declare nulo el posterior contrato suscrito entre DISA y Prodalca, dedicando el segundo motivo del recurso de casación a que se acuerde la indemnización de un millón de pesetas mensuales desde el 22 de agosto de 1999, en que se comenzó a explotar la gasolinera, hasta su efectiva entrega a él, tal y como solicitó en su demanda.

La Sala Primera del TS dictó sentencia en fecha 2 de junio de 2000 por la que declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el demandante y haber lugar al recurso de casación interpuesto por DISA al considerar nulo de pleno derecho el contrato objeto de la demanda *«por su incompatibilidad con el Derecho comunitario y, en último extremo, por aplicación del artículo 1.2 de la Ley de Defensa de la Competencia interpretada según el Derecho comunitario, entendiéndose esta Sala que tal incompatibilidad es tan manifiesta que nunca podría ser objeto de una exención individual de la Comisión»* [FJ 7.º, apartado E)].

b) *Fundamentos jurídicos de la STS*

En primer lugar hay que destacar dos curiosidades de la Sentencia comentada. La primera es que, como hace notar la STS, en ninguna de las dos que pusieron fin a las respectivas instancias aparecen reflejados siquiera someramente los términos del contrato litigioso, por lo cual lo transcribe literalmente con el fin de comprobar seguidamente si sus cláusulas son o no compatibles con el Derecho comunitario³⁷.

Hace ya bastante tiempo que, por lo general, las sentencias de cualquier instancia limitan los antecedentes de hecho a referir las peticiones de las partes y las fases del proceso sin que siquiera se relaten los hechos más relevantes que hagan inteligible el objeto del debate y las posturas de las partes, lo que, en la mayoría de los casos, se limita a introducir muy resumidamente en los fundamentos jurídicos.

³⁷ FJ 4.º

La otra curiosidad que contiene la Sentencia es que su FJ 5.º se dedica a señalar el derecho aplicable a la cuestión planteada. Así, se establece al respecto:

A) Los artículos 85.1 y 87.1 del TCE, según la numeración de artículos del Tratado CEE.

B) El Derecho comunitario derivado, y concretamente el Reglamento 17/62 CEE del Consejo, artículo 1, el Reglamento 19/65 CEE del Consejo, artículo 1, y Reglamento 1984/1983 de la Comisión (arts. 1, 2, 3, 10, 11, 12, 16, 17, 18 y 19)

C) Derecho español: artículo 6.3 CC, artículos 1, 2 y 3 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia.

Por otro lado, el FJ 6.º señala una amplia jurisprudencia del TJCEE, en concreto sobre las siguientes materias:

A) Acerca de la aplicabilidad del artículo 85 TCE a contratos celebrados entre dos empresas de un solo Estado miembro y que se refieren a la reventa de productos dentro del mismo Estado.

B) Acerca de los Reglamentos de exención por categorías.

C) Acerca de las competencias del Juez comunitario, de la Comisión y del Juez nacional en relación con los Reglamentos de exención por categorías.

D) Acerca de la interpretación no extensiva de las excepciones contempladas en los Reglamentos de Exención por categorías.

E) Acerca de la declaración por el Juez nacional de la nulidad de pleno derecho de un contrato por incompatibilidad con el Derecho comunitario.

Todo lo anterior es demostrativo del profundo estudio llevado a cabo por la Sala del Derecho comunitario principalmente, que considera aplicable al objeto del litigio así como de la jurisprudencia del TJCEE.

Finalmente, el FJ 7.º se dedica a examinar el contrato litigioso a la luz del derecho que considera aplicable y la jurisprudencia del TJCEE, y así en definitiva a resolver en casación.

Una vez más es preciso repetir que el objeto de estudio del presente trabajo es la doctrina que establece en las sentencias examinadas el TS sobre los órganos competentes para la aplicación del Derecho sobre competencia tanto comunitario como nacional. No se entra a analizar las tesis de fondo que tras optar por la competencia para la aplicación o no de dicha normativa mantenga la sentencia examinada.

Examinemos detenidamente esta Sentencia atendiendo a cada uno de sus incisos.

Apartado A), párrafo primero:

«Acerca de la inclusión del contrato litigioso en el ámbito prohibitivo del artículo 85 del Tratado CE.

Ha de considerarse incurso en la prohibición porque se trata de un contrato entre una empresa con forma de sociedad anónima y un empresario

individual cuyas cláusulas esenciales indudablemente tienen por objeto impedir o restringir el juego de la competencia mediante la imposición al revendedor de una obligación de compra exclusiva al proveedor y de unos precios controlados por este último.»

En el segundo párrafo del mismo inciso A), se dice:

«La circunstancia de que lo sometido a la consideración de esta Sala sea un solo contrato, no una serie de contratos similares destinados a producir efectos en una misma zona, y el hecho de que se concertase entre empresas españolas y para producir sus efectos solamente en las Islas Canarias, no deben excluir el contrato del ámbito de la prohibición. En primer lugar, porque al imponerse por el proveedor al revendedor la compra exclusiva de todos los productos, impide, cuando menos indirecta y potencialmente, la entrada de productos procedentes de otros Estados miembros. Y en segundo lugar, porque el contrato litigioso versa sobre productos que, como los carburantes y los combustibles, representan un mercado claramente tendente al oligopolio o, si se quiere, especialmente sensible a las limitaciones de la competencia mediante el dominio de hecho de unas pocas empresas suministradoras que acaban imponiendo sus precios a los consumidores finales del producto.

De otra parte, ya se ha visto cómo la exposición previa del reglamento 1984/1983 contempla que los contratos entre dos empresas de un mismo Estado puedan ser objeto de prohibición.»

Para lo que aquí interesa, como objeto de estudio, se comprueba que ya en este apartado del fundamento jurídico, el TS se decanta por la aplicación por la jurisdicción del Derecho comunitario sobre competencia.

En el párrafo tercero, también del inciso A), se afirma:

«Finalmente, el principio de interpretación conforme conllevaría a la misma conclusión, ya que en cualquier caso sería aplicable al contrato litigioso el artículo 1.2 de la Ley española de Defensa de la Competencia interpretada de acuerdo con las normas del Derecho comunitario.»

Debería explicar el TS la base de tal afirmación, ya que en su Sentencia de fecha 4 de noviembre de 1999 señaló taxativamente que las declaraciones previstas en la LDC son privativas de órganos administrativos. Un cambio tan importante y radical debería en todo caso argumentarse debidamente.

Finalmente, entraremos a analizar la doctrina contenida en los apartados C) y E) del mismo fundamento jurídico, toda vez que el análisis que del contrato se hace a la luz del Reglamento Comunitario 1984/1983 y su interpretación en el apartado D) entra dentro del estudio del fondo de la Sentencia, lo que excede de este trabajo, por las razones ya apuntadas.

El apartado C) señala:

«Acerca de la competencia de esta Sala para declarar en su caso la nulidad de pleno derecho del contrato litigioso.

Le corresponde como juez nacional de un Estado miembro que debe, por tanto, aplicar el ordenamiento comunitario si entiende que el contrato litigioso no cumple las condiciones de exención del Reglamento 1984/1983 y que tampoco podría ser nunca objeto de una exención individual otorgada por la Comisión, habrá de declarar la nulidad, aunque con el alcance que proceda según el Derecho español.»

El TS viene, en definitiva, a reconocer que los Tribunales jurisdiccionales no sólo pueden, sino que deben, aplicar el ordenamiento comunitario también en materia de competencia y no sólo las disposiciones contenidas en el TCE, sino también la de los Reglamentos Comunitarios.

En el apartado E) se afirma:

«Acerca de la nulidad de pleno derecho del contrato litigioso.

De lo dicho en el apartado anterior se desprende que el contrato debe ser declarado nulo de pleno derecho por su incompatibilidad con el Derecho comunitario y, en último extremo, por aplicación del artículo 1.2 de la Ley de Defensa de la Competencia interpretado según el Derecho comunitario, entendiéndose esta Sala que tal incompatibilidad es tan manifiesta que nunca podría ser objeto de una exención individual por la Comisión.»

Una vez más se confirma la procedencia de aplicar por los jueces el Derecho comunitario sobre Competencia y la procedencia de la declaración de nulidad de un contrato por su incompatibilidad con dicho ordenamiento sin que se exija declaración previa alguna del TDC. Pero también la posibilidad de declaración de nulidad por aplicación del artículo 1.2 LDC sin que se exija tampoco pronunciamiento alguno previo del TDC.

En resumen, de todo lo afirmado por las fundamentaciones jurídicas transcritas, se viene a reconocer en esta Sentencia por el TS no sólo la posibilidad, sino el deber de los Tribunales jurisdiccionales de aplicar el Derecho comunitario sobre competencia y tanto el contenido en el Tratado como en los Reglamentos, la posibilidad de declarar consecuentemente la nulidad de un contrato por su incompatibilidad con aquellas normas, y también el pronunciamiento sobre nulidad por aplicación, sin previa declaración alguna del TDC del artículo 1.2 LDC.

Se ha de insistir una vez más en la conveniencia de que el TS explique su cambio de criterio respecto al contenido en su anterior Sentencia sobre la materia, sobre todo habida cuenta de lo contundente, a la vez que parco en explicaciones, de aquel pronunciamiento.

Por otro lado, la aplicación del artículo 1.2 LDC sin análisis previo de la inclusión de la conducta enjuiciada entre las tipificadas en el artículo 1.1 de la misma Ley no parece posible. Como tampoco el que por la jurisdicción se apliquen aquellos preceptos más que por la vía del artículo 15 LCD. Piénsese que la LDC, tanto en su carácter sustantivo como en el procesal, está diseñada para su aplicación por las autoridades administrativas a las que la misma encomienda la defensa de la competencia en salvaguarda del interés público de garantizar el orden econó-

mico constitucional en el sector de la economía de mercado. Así, incluso aquéllas conocerán, en los términos de la LDC, de los actos de competencia desleal que, por falsear sensiblemente la libre competencia, afecten al interés público, conforme establece el artículo 7 LDC y pese a que los actos de competencia desleal, por lo general, es decir, cuando no se produzca afectación de intereses públicos, deben ser enjuiciados por la jurisdicción civil. Por el contrario la LCD, que va a servir fundamentalmente para atender al ejercicio de las acciones que la misma posibilita dirimiendo contiendas entre particulares ante la jurisdicción, también contempla el que en dicho ámbito se persigan las infracciones de la LDC, y en concreto la aplicación de sus artículos 1 y 6, como se deriva de la tipificación que su artículo 15 establece como actos de competencia desleal de las simples infracciones de las normas jurídicas que tengan por objeto la regulación de la actividad concurrencial. Parecen, pues, claras, a mi entender, las funciones que una y otra Ley desempeñan en la regulación de nuestro ordenamiento concurrencial y los órganos encargados de su aplicación.

4. PERSPECTIVA DE FUTURO

Sin una jurisprudencia sólida que establezca bajo qué condiciones y con qué amparo legal se podrá acudir a la jurisdicción en solicitud de que se diriman contiendas aplicando el Derecho comunitario e interno sobre competencia hemos de encarar el futuro, que además nos va a propiciar inexorablemente nuevas incertidumbres.

En primer lugar, porque parece inminente una reforma de la LDC para adecuarla a las exigencias de la STC por el que declara la competencia de las Comunidades Autónomas en ejecución de la legislación en materia de competencia y se insta al Gobierno para que lleve a cabo la normativa que posibilite la conexión entre el TDC y los órganos autonómicos que se establezcan al respecto. Esta tarea, de suma complejidad, va a determinar en la práctica conflictos entre las diversas autoridades de competencia y el propio TDC, lo que propiciará el que muchos prefieran acudir a dirimir sus problemas ante la jurisdicción. En segundo lugar, porque se pretende llevar a cabo un nuevo Reglamento del Consejo CE por el que se establezca un nuevo sistema de aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado CE, sustituyendo el sistema de autorizaciones del artículo 81.3 TCE que, desde la publicación del Reglamento 17, viene rigiendo hasta la actualidad, por otro de exención legal y consecuente aplicación también por los Tribunales jurisdiccionales de los artículos 81 y 82 en su integridad, en concurrencia con las autoridades nacionales de la competencia y con la propia Comisión.

Toda vez que, por lo que respecta a la reforma de la LDC y aunque ya se han producido al parecer varios borradores de Anteproyecto de Ley, no ha sido publicado ninguno hasta la fecha, ni ha alcanzado ninguno

el grado de Proyecto de Ley —al menos que yo conozca— me limitaré a continuación a comentar brevemente la Propuesta de Reglamento en su estado actual dada la trascendencia que ha de comportar cuando al fin se apruebe el Reglamento definitivo.

A. EL LIBRO BLANCO SOBRE MODERNIZACIÓN DE LAS REGLAS DE APLICACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 81 Y 82 TCE Y LA PROPUESTA DE REGLAMENTO DEL CONSEJO³⁸

La Comisión adoptó y publicó en 1999 el Libro Blanco con el fin de adecuar la normativa de competencia de la CE a los tiempos actuales y a los retos de los próximos años. El Libro Blanco, tras analizar diversas opciones de reforma, viene a proponer un sistema de aplicación radicalmente distinto de las normas de competencia para el futuro. Se opta por un sistema de excepción legal que sería directamente aplicable. Así, la norma de excepción del apartado 3 del artículo 81 se aplicará directamente tanto por la Comisión como por las autoridades nacionales de competencia y los Tribunales jurisdiccionales nacionales en todos los procedimientos en que se vean llamados a aplicar la prohibición del artículo 81.1.

La propuesta del Libro Blanco recibió opiniones muy distintas sobre su conveniencia. Así, mientras el Parlamento Europeo y el Comité Económico y Social apoyaron la propuesta, insistiendo, no obstante, en la importancia de garantizar la aplicación coherente de la normativa comunitaria manteniendo un nivel adecuado de seguridad jurídica, las posiciones de las organizaciones empresariales y de los abogados son heterogéneas, pues si bien algunos la acogen con satisfacción y la consideran alternativa más eficiente al sistema actual, otros subrayan la necesidad de asegurar que la reforma no lleve a una aplicación incoherente, a una renacionalización de la normativa comunitaria sobre competencia, y a que no se reduzca la seguridad jurídica de las empresas.

La Propuesta de Reglamento del Consejo toma como punto de partida el Libro Blanco, pero también tiene en consideración, al menos en parte, las preocupaciones que se han puesto de relieve en el proceso de consulta. El fundamento jurídico de la Propuesta lo encuentra el Consejo en el artículo 83 del propio TCE, por cuanto que éste le faculta para establecer los Reglamentos o las Directivas apropiados para dar cumplimiento a los principios establecidos en los artículos 81 y 82, si bien en el Reglamento 17, aún hoy en vigor, que es el que concedió competencia exclusiva a la Comisión para la aplicación del artículo 81.3, el repetido precepto 3 puede parecer adecuado para su aplicación directa, aunque deje un

³⁸ Libro Blanco sobre modernización de las normas de aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado CE y Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado, y por el que se modifican los Reglamentos (CEE) núm. 1017/68 CEE, núm. 4056/86 CEE y núm. 3975/87 CEE.

cierto margen de apreciación en cuanto a su interpretación. De la misma forma que tanto la Comisión como las autoridades nacionales de competencia y los Tribunales jurisdiccionales han venido aplicando hasta ahora los artículos 81.1 y 82 TCE, de aprobarse la propuesta de Reglamento también todos éstos aplicarían el artículo 81.3 TCE. Es evidente que los términos indeterminados de este precepto y el margen de interpretación que propicia, precisaron en un principio que sólo la Comisión lo aplicara a fin de garantizar un criterio uniforme, pero el tiempo transcurrido ha posibilitado una amplia jurisprudencia del TJCE y doctrina emanada de las decisiones de la Comisión lo que pudiera posibilitar en el futuro una aplicación uniforme por todos estos órganos. En todo caso, la Comisión, que hasta hace muy poco ha defendido con sumo celo su competencia exclusiva en la aplicación del artículo 81.3 TCE, pretende ahora compartir esta función no sólo con las autoridades de competencia nacionales, sino también con todos los órganos judiciales, de los que, por otro lado, no parece fiarse, en cuanto a la aplicación armónica del precepto, como lo demuestra entre otras medidas el querer introducir la figura del «*amicus curiae*» a desempeñar por la propia Comisión y las autoridades nacionales de competencia.

B. CARACTERÍSTICAS DEL SISTEMA PROPUESTO

El nuevo sistema que pretende la Propuesta de Reglamento se justifica en una serie de ventajas que se dice tendrá sobre el actualmente en vigor. Así:

a) *Protección más eficaz de la competencia*

Se aspira a incrementar la protección de la competencia, lo que se quiere lograr con un mayor número de organismos que apliquen plenamente las normas de competencia de la CE —Comisión, Autoridades nacionales y Tribunales jurisdiccionales— permitiendo además el nuevo sistema reorientar la acción de la Comisión a fin de que pueda dedicarse fundamentalmente a perseguir las prácticas más graves al verse descargada del trabajo actual derivado del sistema de notificaciones.

Para ello, además se pretende aumentar los poderes de investigación de la Comisión y sus funcionarios, considerándose al respecto importante el codificar las normas que regulan la obtención de mandamientos judiciales, y el que los mandamientos judiciales posibiliten también los registros domiciliarios privados.

b) *Marco jurídico más armónico*

Aumentando los supuestos en que se aplique el Derecho comunitario de competencia, con disminución de los casos en que se apliquen las

normas internas de cada Estado miembro, que aún son muy distintas, se conseguirá un marco jurídico más armoniosos en todo el mercado único, lo que beneficiará a las empresas. Para ello se pretende que a las prácticas que puedan afectar al comercio entre Estados, sin duda las más importantes, se apliquen los artículos 81 y 82 TCE únicamente prescindéndose de aplicar además la normativa interna. El hecho de aplicarse una misma legislación fomentará en sí la aplicación uniforme en todo el territorio interno.

La aplicación del Derecho comunitario de competencia, tanto por los Tribunales jurisdiccionales como por las Autoridades nacionales, estará guiada y sujeta por la jurisprudencia del TJCE y la del Tribunal de Primera Instancia, así como por la práctica administrativa de la propia Comisión, lo que indudablemente contribuirá a su aplicación más armoniosa. A este respecto, el texto de la Propuesta de Reglamento prevé que tanto las autoridades como los Tribunales deberán evitar cualquier resolución contradictoria con las Decisiones de la Comisión.

Con respecto a los Tribunales jurisdiccionales, que pueden tener mayor dificultad para aplicar esta legislación especial, se recuerda el procedimiento preliminar del 234 y la facultad de los Tribunales, y correlativa obligación de la Comisión, de cooperar con información y evacuación de dictámenes.

Para facilitar la supervisión de la Comisión, se establecen dos exigencias a los Tribunales jurisdiccionales, que van a encontrar, en todo caso, difícil incardinación en nuestro Derecho interno. Me refiero a la exigencia de que éstos remitan a la Comisión copia de las Sentencias que dicten en aplicación de los artículos 81 y 82 TCE³⁹ y especialmente del Derecho que se viene a establecer a favor de la Comisión y de las autoridades nacionales de competencia de presentar observaciones escritas u orales a los Tribunales en aquellos procedimientos. Más adelante se volverá a examinar esta cuestión más en concreto.

c) *Un nivel adecuado de seguridad jurídica para las empresas y una reducción de burocracia*

Al desaparecer la obligación de que, en aquellos supuestos en los que resulte aplicable el artículo 81 TCE, sea necesario notificar a la Comisión y obtener una decisión de exención, se suprime burocracia y se gana en celeridad. Así, la propuesta de Reglamento establece que *ab initio*, los acuerdos y decisiones que cumplen los requisitos del artículo 81.3 TCE son válidos y aplicables. Para ello, las empresas tendrán que establecer su propia evaluación previa que habrá de fundarse en la jurisprudencia y decisiones de la Comisión, quien, no obstante, seguirá estando dispuesta

³⁹ Incluso se pretende que las Sentencias de los Tribunales nacionales sean revisadas por el TJCE, según propuesta del Comité Económico y Social, lo que no parece tener cabida en nuestra Constitución.

a debatir casos específicos cuando lo considere oportuno ante la ausencia de jurisprudencia. A ello habrá de añadirse la habilitación general de la Comisión para aprobar Reglamentos de exención por categoría, lo que hará que esté en condiciones de reaccionar con rapidez suficiente ante los nuevos avances y condiciones de mercados cambiantes.

5. PROBLEMÁTICA PARA LOS TRIBUNALES JURISDICCIONALES ESPAÑOLES ANTE LAS PREVISIONES DE LA PROPUESTA DE REGLAMENTO

Si bien los Tribunales españoles entendieron pronto la obligación de aplicación de los Tratados Comunitarios derivada de su efecto directo, al dirimir contiendas entre particulares, como también la posibilidad de ejercer la facultad de plantear cuestiones prejudiciales al TJCE y así lo han venido haciendo con regularidad adecuada, en los supuestos de aplicación de las normas comunitarias de competencia, artículos 81.1 y 82 TCE, las cosas no han discurrido por el mismo camino, pues han sido escasos los supuestos en que se ha producido la aplicación de los mismos en vía jurisdiccional. En gran parte ello ha sido debido, a mi juicio, a la escasa y dispar jurisprudencia interna, antes examinada, y al criterio extendido también en otros ámbitos, de que las autoridades internas de competencia —SDC y TDC— eran las únicas habilitadas para llevar a cabo tal aplicación. Ello deriva también del distinto régimen que al TDC otorgaron la Ley de Prácticas Restrictivas de la Competencia de 1963 y la vigente Ley de Defensa de la Competencia de 1989, según se analiza antes. Si prospera la propuesta de Reglamento, no sólo habrán de aplicarse por la jurisdicción los citados preceptos, sino también el artículo 81.3, lo que sin duda comportará nuevas obligaciones y exigirá un conocimiento más profundo del Derecho de competencia. También parece previsible que la demanda de aplicación de la legislación comunitaria sobre competencia ante los Tribunales jurisdiccionales sufrirá un considerable aumento, ya que la primera intención de los operadores económicos es solventar sus propios problemas y sólo en cuanto este interés coincida con el de preservar el interés público de garantizar una competencia suficiente en el mercado, también atender aquél, y no viceversa.

Parto de la base que los Tribunales que deberán llevar a cabo la aplicación de esta normativa serán por lo general los del orden jurisdiccional civil, pues ante ellos se plantearán las contiendas entre particulares en materia de competencia. Un problema que surgirá, ya apuntado, es el conocimiento profundo de esta especial materia, lo que requiere sin duda de una especialización de los Juzgados y Tribunales del orden civil, ya que su aplicación por órganos generalistas, como ocurre en la actualidad, requiere un esfuerzo desproporcionado en el estudio de un caso sobre una materia que no va a ser habitual, con el peligro de pronunciamientos con criterios diversos.

Como consecuencia principal de nuestra incorporación a las Comunidades, se ha venido produciendo una profunda reforma de nuestra legislación mercantil para adecuar la misma a la normativa comunitaria. Así, han ido surgiendo nuestras Leyes de Patentes de 1986, de Marcas y General de Publicidad, ambas en 1988, de Reforma del Derecho de Sociedades en 1989, de Defensa de la Competencia en el mismo año y de Competencia Desleal en 1991, por citar sólo las más relevantes. Toda esta legislación especial requiere de órganos jurisdiccionales especializados para su correcta aplicación, que además va a venir en muchos supuestos condicionada por la adopción de medidas cautelares que posibiliten la eficacia de la Sentencia que en su día se dicte, lo que requiere un conocimiento profundo de la materia, para la reacción ágil que toda medida cautelar precisa. Mientras en el resto de países que componen la hoy Unión Europea, con unos u otros criterios, los Jueces y Tribunales hace mucho tiempo que están especializados, nosotros continuamos dando la espalda a la realidad social y económica no encomendando el conocimiento de estas materias y otras que les son próximas a Jueces especializados. La única experiencia al respecto se circunscribe a la Sección XV de la Audiencia Provincial de Barcelona, a la que se ha encargado vía artículo 98 LOPJ de los recursos de la práctica totalidad de los asuntos mercantiles dentro de su competencia territorial, con magníficos resultados de todos conocidos, tanto en relación a la calidad de sus sentencias como a la indudable ventaja para todos de unificación de criterios. Pero a pesar de los buenos resultados obtenidos, esta experiencia no ha sido extendida al resto del territorio nacional, ni tampoco al supuesto de los órganos judiciales unipersonales. Si el Reglamento propuesto llega a ver la luz, lo cual parece inevitable aunque con algunas modificaciones, no nos debe de coger desprevenidos. Basta recordar también la obligación derivada de la aplicación jurisdiccional del Reglamento de la marca comunitaria y que pese a ser nuestro país sede de la OAMI y tener por ello aparte de las competencias propias del resto de los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros además la competencia residual derivada de la ubicación de la Oficina de la Marca Comunitaria en España, sólo cumplimos formalmente la exigencia de concentrar el conocimiento de las acciones derivadas del mismo en un número menor de órganos jurisdiccionales⁴⁰.

Independientemente de la necesidad de especializar los órganos jurisdiccionales, que algún día habremos de resolver y no parece que la solución se pueda aplazar más tiempo⁴¹, es preciso abordar dos cuestiones específicas que, como obligaciones derivadas del futuro Reglamento, comportan cierta problemática en nuestro ordenamiento interno. Una parece

⁴⁰ Véanse mis trabajos: «Órganos judiciales especializados y Propiedad Industrial», en *La Propiedad en España y su contexto europeo*, CEFI, 1993, pp. 177-205; «Tribunales de marcas comunitarias», en *VI Jornadas sobre marcas*, Consejo General del Poder Judicial-ANDEMA 1999, pp. 284-315.

⁴¹ Resulta esperanzador el que en el reciente «Pacto de Estado para la Reforma de la Administración de la Justicia» se encuentre entre sus previsiones la especialización de órganos judiciales en materia mercantil.

sencilla: la obligación futura de remitir a la Comisión copia de las Sentencias que resulten de aplicar los artículos 81 y 82 TCE, que aunque no se concreta a qué efectos, parece que será a simples efectos informativos. Ello no obstante, debe determinar la aplicación de unos criterios doctrinales uniformes y acordes, lo cual no va a resultar fácil si se continúa con el actual régimen de Jueces generalistas.

La segunda cuestión resulta más problemática porque no tiene precedentes ni encaje legal en nuestro sistema procesal actual. Me refiero al derecho que reserva a la Comisión el artículo 15.3 del Reglamento, en fase de propuesta, por el que tanto ésta como las autoridades nacionales de competencia pueden presentar observaciones escritas u orales a los Tribunales nacionales, con el fin, se dice, de llamar la atención de éstos sobre cuestiones de gran importancia para la aplicación coherente de la normativa comunitaria de competencia, aunque aquéllos no vengán obligados a compartir la opinión expresada por la Comisión. Aparte de la indeterminación de estas actuaciones, tanto en el supuesto de la Comisión como en el de las Autoridades nacionales de competencia, este sistema de *amicus curiae* es extraño a nuestro ordenamiento procesal interno y podría distorsionar el sistema de contradicción de nuestro proceso. No parece adecuado el que la Comisión pretenda descargar sus actuales funciones en la aplicación del artículo 81.3 TCE en los Tribunales jurisdiccionales de los Estados miembros, de los que no se fía, y pretenda establecer una especie de tutela sobre el control de la doctrina en materia de competencia interfiriendo la función jurisdiccional.

Finalmente, parece oportuno hacer mención a una reciente Sentencia del TJCE en la que se viene a señalar que los Tribunales nacionales, al aplicar los artículos 81 y 82 del Tratado, están vinculados no sólo por la jurisprudencia de los Tribunales comunitarios, sino también por las decisiones de la Comisión, sean éstas firmes o no. En efecto, tal pronunciamiento se contiene en la Sentencia TJCE de fecha 14 de diciembre de 2000, asunto *Masterfoods Limite LTD con HD Icecream LTD*. En la misma se afirma, además, que en el marco de la aplicación de los artículos 81 y 82 TCE, un Tribunal nacional no puede adoptar una Resolución contraria a una Decisión de la Comisión dictada sobre los mismos hechos, aunque dicha Decisión esté siendo objeto de un recurso de anulación ante los Tribunales comunitarios, siendo irrelevante el que el TPI haya suspendido la ejecución, ya que los actos de las Instituciones comunitarias disfrutan de presunción de legalidad mientras no hayan sido anulados o revocados. Si bien es de destacar que la doctrina que contiene esta STJCE se circunscribe al caso concreto de que el Tribunal jurisdiccional conozca sobre «los mismos hechos» sobre los que se pronunció la Comisión en una Decisión anterior, no puede ignorarse la trascendencia de la misma y la dificultad que, en todo caso, supondrá su encaje con los diversos sistemas jurisdiccionales y con sus sistemas internos de recursos que pueden en unos casos corresponderse, según la fase, con la inexistencia de decisión alguna de la Comisión para posteriormente, cuando se va a decidir

el recurso, existir ya con pronunciamiento de la Comisión, recurrible a su vez. En todo caso, de existir una Decisión de la Comisión, si ha sido impugnada, lo prudente parece aconsejar el que se suspenda el procedimiento por los órganos jurisdiccionales, pues pudiera ocurrir que, de acuerdo con la doctrina de la Sentencia comentada, el Tribunal jurisdiccional aplicase el mismo criterio que el de la Decisión de la Comisión y ésta resulte revocada al resolverse el recurso contra la misma.

El proyectado Reglamento debe, en definitiva, establecer unas muy claras reglas y definir los papeles de cada cual nítidamente, pues, en otro caso, el sistema actual que, aunque debe ser perfeccionado, posibilita una defensa de la competencia razonablemente eficaz, se verá perturbado seriamente ante pronunciamientos diversos de los distintos órganos administrativos y jurisdiccionales, con lo que se creará una grave inseguridad jurídica, lo que es absolutamente indeseable que ocurra.

NUEVAS CUESTIONES DE DERECHO PROCESAL CON RELACIÓN A LA DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Mercedes PEDRAZ CALVO

Magistrada de la Sala de lo Contencioso-Administrativo
de la Audiencia Nacional

1. INTRODUCCIÓN

La reforma en años inmediatamente pasados de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (por medio de la Ley 9/1998, de 13 de julio, publicada en el *BOE* de 14 de julio y que entró en vigor a los cinco meses de su publicación), de la Ley de Defensa de la Competencia (a través de la Ley 52/1999, de 28 de diciembre) y de la Ley de Enjuiciamiento Civil (por la Ley 1/2000, de 7 de enero, publicada en el *BOE* de 8 de enero, y que entró en vigor al año de su publicación) sugiere una reflexión sobre algunas de las nuevas cuestiones que esta triple reforma suscita.

Si bien el proceso constituye para los interesados en la defensa de la competencia un vértice de máxima crisis poco deseable, y pese a que la realidad demuestra que, afortunadamente, son relativamente escasos los conflictos que llegan a los órganos administrativos de defensa de la competencia y aun un número más pequeño el de los recursos contencioso-administrativos planteados ante los tribunales de esta jurisdicción (en el apartado de este Anuario relativo a resoluciones y sentencias dictadas se puede comprobar el respectivo número exacto), en fechas no muy alejadas en el tiempo se anuncian otras reformas tendentes a descentralizar los mecanismos administrativos y judiciales de defensa de la competencia que refuerzan el interés por los temas procesales.

La primera de estas futuras reformas se producirá como consecuencia de la Sentencia del Tribunal Constitucional 208/1999, de 11 de noviembre, resolviendo los recursos de inconstitucionalidad planteados 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. La sentencia estima parcialmente los recursos declarando 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) de dicha Ley en la

medida en que desconoce las competencias ejecutivas atribuidas a las Comunidades Autónomas recurrentes en sus respectivos Estatutos.

El Tribunal Constitucional señala 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» (Fundamento Jurídico 7.º). Los efectos de la sentencia, sin embargo, se difieren porque, «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 le 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» (Fundamento Jurídico 8.º) ¹.

Como consecuencia de la publicación de esta Sentencia, la Ley 52/1999, de 28 de diciembre, incluyó una Disposición Final Segunda con el siguiente tenor: «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 de 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.»

En la fecha en que se redactan estas líneas el Proyecto parece encontrarse redactado y su remisión a las Cortes ser inminente. La previsión es que en un futuro próximo, al menos en determinadas Comunidades Autónomas, se creen órganos administrativos de Defensa de la Competencia que serán los encargados de ejercer esas competencias ejecutivas. Sus resoluciones serán controlables asimismo en vía contencioso-administrativa, correspondiendo este control a las Salas de esta jurisdicción de los Tribunales Superiores de Justicia, en aplicación de las normas de competencia establecidas por el artículo 10 de la Ley de la Jurisdicción de 1998.

La dispersión por distintos órganos administrativos y Tribunales de Justicia de los litigios en la materia plantea, entre otras, la cuestión de

¹ Joaquín TORNOS MAS, «Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 208/1999 sobre la Ley de Defensa de la Competencia 16/1989», *Anuario de la Competencia 1999*, pp. 97 y ss.

cómo unificar la doctrina administrativa y jurisprudencial, en ausencia de una instancia encargada de esta misión, salvo en los escasos supuestos en que la sentencia sea susceptible de recurso de casación ante el Tribunal Supremo.

En segundo lugar, el Libro Blanco sobre la modernización de las normas de aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado CE, programa de la Comisión núm. 99/027, en el capítulo III, «La modernización de las normas de competencia», incluye un apartado titulado «La aplicación descentralizada de las normas de competencia», con un «nuevo reparto de competencias» y el robustecimiento del papel de las autoridades nacionales y de los órganos jurisdiccionales nacionales en la aplicación de las normas de la competencia. La Comisión considera que el nuevo reglamento de aplicación de los artículos citados debería permitirle *«cuando constata que un asunto tiene un efecto principalmente nacional, remitir la totalidad del expediente, incluidas las informaciones confidenciales a la autoridad competente del Estado miembro en cuyo territorio se producen los efectos de la práctica denunciada para que esta prosiga la investigación»*².

En relación con el papel de los Jueces nacionales, la Comisión recuerda que *«debido al monopolio de exención consignado en el Reglamento núm. 17 los órganos jurisdiccionales nacionales no pueden aplicar positivamente el apartado 3 del artículo 85. Y como no tienen el poder de aplicar el artículo 85, párrafo 3, las empresas, en la práctica, pueden bloquear la acción judicial mediante una notificación a la Comisión. Este fenómeno es un gran obstáculo para una mayor aplicación de las normas de la competencia por los órganos jurisdiccionales nacionales. En un sistema de excepción leal, las empresas podrán invocar la aplicación directa del artículo 85, párrafo 3, aumentando con ello su seguridad jurídica. Los denunciantes, por su parte, podrán obtener más rápidamente el resarcimiento por daños y perjuicios cuando son víctimas de un acuerdo ilícito»*.

La reforma del Reglamento 17 plantea graves incógnitas sobre cómo se va a concretar este nuevo papel de los órganos jurisdiccionales, y en concreto en España, incluso sobre la jurisdicción que debe asumir dicha tarea, al igual que la forma que deban tomar en el proceso correspondiente las previsiones de la Comisión para que tenga lugar la *«aplicación coherente y uniforme de las normas de competencia»*. El encaje de esta posible reforma en el ordenamiento procesal español plantea varios interrogantes: si se establece como mecanismo de cooperación la obligación para el Juez nacional de *«información»* a la Comisión, ¿en qué momento del proceso debe formalizarse ésta?, ¿debe ser de oficio o a instancia de parte?, y la resolución judicial ¿qué forma debe adoptar?, con las correspondientes consecuencias en cada caso. Asimismo, dadas las implicaciones de un litigio en el que subyace la defensa de la libre

² En relación con esta cuestión véase Jose María BENEYTO, «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, agosto-septiembre 1999.

competencia, debe establecerse: 1.º si hay que notificar a las autoridades administrativas nacionales en la hipótesis de que la Administración no sea parte en el proceso, y, vista la finalidad de la medida, 2.º si debe paralizarse la resolución del conflicto a la espera del acuse de recibo por parte de la Comisión.

Por otra parte, la intervención de la Comisión «*en los procedimientos judiciales de que tenga conocimiento gracias a la información así transmitida por los órganos jurisdiccionales*» en calidad de «*amicus curiae*» (cita literal del Libro Blanco), figura desconocida hasta la fecha en el Derecho procesal español, plantea la duda de cómo articular esta intervención en el proceso y de la cualificación profesional que deba exigirse a las personas que la encarnen, a fin de que quede garantizada la ausencia de vinculación a los intereses de las partes litigantes.

2. LAS NOVEDADES EN EL PROCESO Y EL PROCEDIMIENTO

El control jurisdiccional de las decisiones de los órganos de Defensa de la Competencia nos lleva al ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa y a la Ley 29/1998. El objeto de este estudio lo constituyen las cuestiones que plantean novedades o suscitan dudas que no se planteaban con anterioridad; en consecuencia, no se tratan otras que, o bien ya se suscitaban en la regulación anterior, o bien ya han sido resueltas por la práctica administrativa o jurisprudencial³.

A. LAS ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS CONTROLABLES

El nuevo artículo 9, párrafo 4, de la Ley Orgánica del Poder Judicial, redactado según la Ley Orgánica 6/1998, de 13 de julio, amplía considerablemente las atribuciones de este orden jurisdiccional en relación con las actuaciones de las Administraciones públicas. En primer lugar, se aborda el control de la «*actuación*» administrativa, utilizando un término más amplio que el estricto de «*acto administrativo*» con el ánimo de extender el control jurisdiccional de la Administración a otras manifestaciones de su actividad. Los estudiosos señalan que, con las citadas reformas legislativas, se está propiciando un acercamiento del recurso contencioso-administrativo a un *proceso de satisfacción de pretensiones*, en tanto que se amplía la posibilidad de que los administrados impugnen cualquier actuación de las Administraciones públicas siempre que tengan un derecho o interés legítimo.

A fecha de hoy, los actos del Tribunal de Defensa de la Competencia son impugnables ante la jurisdicción contencioso-administrativa, y la nue-

³ Mercedes PEDRAZ CALVO, «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, diciembre 1999.

va Ley de esta jurisdicción ha ampliado las atribuciones de los Jueces y Tribunales de la misma para controlar la actuación de la Administración.

La puesta en relación de la Ley 29/1998 y la Ley 16/1989 a fin de concretar cómo está previsto ese control, nos lleva en primer lugar al artículo 25, párrafo 1, de la Ley de la Jurisdicción: «El recurso contencioso-administrativo es admisible en relación con las disposiciones de carácter general y con los actos expresos y presuntos de la Administración Pública que pongan fin a la vía administrativa, ya sean definitivos o de trámite, si estos últimos *deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable* a derechos o intereses legítimos.»

De entre los distintos tipos de actos administrativos en que puede concretarse la actividad del TDC, cabe mencionar el artículo 2, párrafo 2, LDC: «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 limitaciones de restricción de la competencia establecidas de acuerdo con las normas legales.»

Las propuestas al Gobierno no son ninguno de estos actos administrativos previstos en el artículo 25 de la Ley Jurisdiccional y, por lo tanto, no son susceptibles de recurso contencioso-administrativo.

El artículo 13, en la redacción de la LDC efectuada por la Ley 52/1999, contempla el informe al órgano judicial sobre la indemnización de daños y perjuicios consecuencia de las conductas de los artículos 1, 6 y 7. Este informe no es susceptible de impugnación ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

Los artículos 16 y 17 regulan el *informe* del Tribunal al Consejo de Ministros sobre la Concentración, que no es susceptible de recurso, y de hecho, la Ley en su artículo 16, párrafo 3, ha previsto que «el informe del Tribunal será público una vez que el Consejo de Ministros adopte su decisión sobre la operación».

Los acuerdos del Consejo de Ministros en materia de concentraciones serán recurribles ante la Sala Tercera (de lo contencioso-administrativo) del Tribunal Supremo.

La misma regulación se establece respecto del *informe* en materia de ayudas públicas salvo que el Consejo de Ministros se limitará a proponer a los poderes públicos la supresión o modificación de los criterios de concesión de las ayudas. No cabe interponer recurso contencioso-administrativo contra dicha propuesta ni contra los actos en que se materialicen las funciones consultivas previstas en el artículo 26 de la Ley de Defensa de la Competencia.

El artículo 47 regula «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 recurri-

bles ante el TDC en el plazo de diez días». La redacción de este precepto es igual que la del artículo 25 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa recogido al principio de esta exposición.

La lectura de sus *resoluciones* (como contrapuestas a *informes*) revela que el Tribunal de Defensa de la Competencia notifica sus acuerdos indicando que ponen fin a la vía administrativa y que contra los mismos cabe recurso ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional. En algunas de éstas, concretamente las que ordenan la continuación de una instrucción archivada por el Servicio o resolutorias de recursos contra actos de mero trámite, se indica que no cabe recurso alguno.

En resumen: las resoluciones del Servicio de Defensa de la Competencia que no sean de trámite son recurribles ante el Tribunal de Defensa de la Competencia; los actos del Tribunal que no sean informes ni actos de trámite, son recurribles ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional; los Acuerdos del Consejo de Ministros en materia de concentraciones son impugnables ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo.

B. CUESTIONES PREVIAS AL PROCESO

Una vez expuesto el marco general en el que se desenvuelve el control de los actos administrativos en materia de Defensa de la Competencia, parece útil examinar algunos de los problemas concretos que se producen cuando los interesados deciden interponer el recurso contencioso-administrativo ante el órgano jurisdiccional correspondiente, a fecha de hoy la Audiencia Nacional o el Tribunal Supremo.

a) *La autorización de la investigación domiciliaria*

Con carácter previo es necesario abordar una cuestión relevante que queda fuera de los estrictos límites del recurso contencioso-administrativo y que, sin embargo, ofrece un gran interés práctico: la autorización de la investigación domiciliaria.

La reforma de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y de la Ley de Defensa de la Competencia han resuelto la cuestión relativa a la competencia de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo para las autorizaciones de entrada en domicilio. Antes de la reforma, el artículo 32 de la LDC establecía el deber de colaboración e información de «toda persona natural o jurídica» con el Servicio de Defensa de la Competencia y la obligación de proporcionar a su requerimiento toda clase de datos e informaciones necesarias para la aplicación de la Ley de Defensa de la Competencia. En el ejercicio de las funciones de investigación e inspección, el Servicio de Defensa de la Competencia podía

necesitar realizar una investigación domiciliaria, y el mandamiento judicial de entrada en el domicilio debía solicitarse del Juez de Instrucción.

El Tribunal Constitucional señaló en la Sentencia 144/1987 que el Juez de Instrucción «actúa en estos supuestos como garante del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, y, en consecuencia, lo único que ha de asegurar es que requiere efectivamente la entrada en él la ejecución de un acto que, *prima facie*, parece dictado por autoridad competente en ejercicio de facultades propias, garantizando al tiempo que esa irrupción en el ámbito de la intimidad se produzca sin más limitaciones de ésta (o de otros derechos fundamentales de los ocupantes) que aquellas que sean estrictamente indispensables para ejecutar la resolución administrativa».

Antes de la entrada en vigor de la Ley 29/1998, la Sentencia del Tribunal Constitucional 199/1998 interpretó el alcance del derogado artículo 87.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial recordando, con base en la citada Sentencia 144/1987, que este precepto no ha sustraído a la jurisdicción contencioso-administrativa el control de la legalidad de los actos administrativos.

El artículo 8, apartado 5, de la Ley 29/1998 establece: «Conocerán también los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo de las autorizaciones para la entrada en domicilios y restantes lugares cuyo acceso requiera el consentimiento de su titular, siempre que ello proceda para la ejecución forzosa de actos de la Administración pública.»

Por su parte, la nueva LDC establece en su artículo 21 una modificación del anterior artículo 34, que queda redactado en los siguientes términos (en lo que respecta al acceso a los locales mediante mandamiento judicial): «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.»

La primera duda que plantea esta nueva regulación es la relativa a la competencia territorial del Juzgado: el legislador no señala expresamente este extremo, pero parece que deberá ser competente el Juez de lo Contencioso del domicilio del lugar al que se pretende acceder. Ello es coherente con la protección constitucional de la inviolabilidad del domicilio que subyace en los dos preceptos legales reproducidos, pero contrario al sistema de competencias que establece el artículo 14, párrafo 1, regla 1.^a, de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, según el cual «será competente el órgano jurisdiccional en cuya circunscripción tenga su sede el órgano que hubiere dictado la disposición o el acto originario impugnado».

Como ya han señalado reconocidos comentaristas⁴ de la Ley 29/1998, parece que el principio de inmediación en esta forma de tutela judicial debe ser predominante a la hora de resolver sobre la oportunidad de la entrada en el domicilio.

Una segunda duda que suscitan estos dos preceptos es la que plantea la previsión del artículo 34 (Ley 29/1998) en el párrafo 3, de que «El Juzgado competente resolverá en el plazo máximo de cuarenta y ocho horas». Este plazo máximo resulta incompatible con la audiencia del interesado y a su vez la audiencia del interesado parece que no es conciliable con las exigencias de eficacia de la actuación administrativa. La adopción del auto autorizando la entrada sin oír al titular del local es de difícil encaje con el carácter de fundamental del derecho afectado (el de la inviolabilidad del domicilio) y con la exigencia de motivación, así como con la previsión de recurso: el artículo 80, núm. 1, letra d), de la Ley 29/1998 establece que son apelables los autos recaídos sobre las autorizaciones previstas en el artículo 8, párrafo 5, el precepto que regula las autorizaciones para la entrada en domicilios y otros lugares cuyo acceso requiera el consentimiento de su titular, siempre que ello proceda para la ejecución forzosa de actos de la Administración.

Por otro lado, no se establecen por la Ley consecuencias para el no cumplimiento del plazo y no puede darse por supuesto que, transcurrido el mismo, se entendiese concedida la autorización.

La nueva Ley jurisdiccional ha resuelto el problema que planteaba anteriormente la intervención del Juez de Instrucción para otorgar una autorización en el marco de una investigación administrativa, pero la propia solución ha suscitado nuevas dudas.

b) *La terminación convencional del procedimiento*

Otra cuestión previa al propio recurso contencioso-administrativo que debe examinarse es la relativa a la posibilidad de terminación convencional del procedimiento.

La nueva LDC señala en su Exposición de Motivos que «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».

⁴ José María ÁLVAREZ-CIENFUEGOS SUÁREZ y Juan José GONZÁLEZ RIVAS, *Análisis Teórico y Jurisprudencial de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Pamplona, Aranzadi, 1998.

El antecedente más próximo e inmediatamente anterior en el tiempo se encuentra en el artículo 88 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común que a su vez se encuadra en el ámbito del artículo 103, párrafo 1, de la Constitución, es decir, de la eficacia administrativa. El artículo 88 citado remite la determinación del «alcance, efectos y régimen jurídico» de la terminación convencional de los procedimientos administrativos a la normativa legal o reglamentaria específica.

Se añade un nuevo artículo 36 bis a la Ley 16/1989, en cuyo párrafo segundo se regula más detalladamente lo que el párrafo *i*) del artículo 31 señala entre las funciones del Servicio de Defensa de la Competencia: «Promover y acordar la terminación convencional de los procedimientos tramitados como consecuencia de conductas prohibidas en esta Ley.»

Este artículo 36 bis, en el párrafo 1, letra *c*), refuerza la previsión de terminación convencional únicamente para «una *investigación* que se haya iniciado de oficio o a instancia de parte interesada por posible infracción de los artículos 1, 6 y 7 de la Ley», lo que supone una limitación frente a la más amplia enunciación que formula el artículo 88 de la Ley 30/1992 al referirse a los «procedimientos administrativos», añadiendo «siempre que la misma no resulte contraria a lo dispuesto en esta Ley, y esté encaminada a *finalizar* las actuaciones administrativas». La referencia a la terminación convencional de «una investigación» parece excluir en principio acuerdos puntuales en el curso del procedimiento sobre cuestiones como las de mera tramitación (para acelerar el procedimiento, por ejemplo, acuerdos sobre la práctica de pruebas), acuerdos sobre un elemento preparatorio (convenios sobre las cuotas de mercado como hecho probado reconocido, por ejemplo) limitándose a acuerdos que sustituyen al acto administrativo.

Al interpretar el artículo 88 de la Ley 30/1992, la doctrina ha entendido que el mismo incluye tanto acuerdos o convenios que sustituyen al acto administrativo poniendo fin al procedimiento, acuerdos o convenios que sustituyen partes de ese acto administrativo, acuerdos o convenios preparatorios y acuerdos o convenios de mera tramitación, es decir, en cuestiones procedimentales.

En la materia concreta que nos ocupa, la técnica de finalización convencional de estos procedimientos supone en principio que, al resolverse por medio de un acuerdo que integra la voluntad de los afectados, debe disminuir la litigiosidad contencioso-administrativa.

No debe olvidarse que los Tribunales de esta jurisdicción ejercen el control de legalidad del acuerdo en que se traduce la terminación convencional, al igual que controlan el cumplimiento de aquello respecto de lo que han prestado consentimiento válido los particulares y la Administración. Pero el Juez no puede sustituir la voluntad de quienes han suscrito el convenio, y en el caso de que se cuestione la legalidad del mismo, deberá limitarse a un control negativo, con la consiguiente declaración de ineficacia.

C. CUESTIONES PROCESALES

La reforma de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa introdujo otras técnicas dirigidas a evitar que la multiplicación y masificación de los procesos contencioso-administrativos no trajese consigo merma alguna en los derechos fundamentales a la igualdad, a un proceso sin dilaciones indebidas y a la tutela judicial efectiva. Siempre teniendo a la vista los litigios en materia de defensa de la competencia y las perspectivas de futuro en este terreno, consecuencia de la doble descentralización, son especialmente relevantes el intento de conciliación o transacción y la posible elección por el Juez de un proceso-tipo o «*leading case*».

a) *El intento de conciliación*

En esta misma línea de búsqueda de soluciones con las que completar la garantía del control jurisdiccional de los actos administrativos con otras alternativas, la nueva Ley de la Jurisdicción ha previsto en el artículo 77 el intento de *conciliación*. Tal intento deberá tener lugar después de formalizarse la demanda y la contestación, de oficio o a instancia de parte y queda limitado a las materias susceptibles de transacción, es decir, sólo en el ámbito que permite el principio de legalidad.

Con independencia de otros problemas que la transacción en el proceso contencioso-administrativo plantea, y que no constituyen el objeto de esta reflexión, es requisito previo el que la materia litigiosa sea disponible, y esta condición no la cumple la actividad que es consecuencia del ejercicio unilateral de potestades administrativas. En la materia que nos ocupa, la transacción quedaría limitada básicamente a la determinación y valoración de los elementos de hecho constitutivos de las conductas reguladas en los artículos 1, 6 y 7 de la LDC.

La Ley 29/1998 no recoge un procedimiento específico para llevar a cabo la transacción fruto de la conciliación, ni para este mismo trámite: el Juez o Tribunal, de oficio o a instancia de parte, lo planteará a las partes, celebrándose una comparecencia en presencia de los litigantes, el Juez o Tribunal y el Secretario, extendiéndose un acta con el resultado positivo o negativo. Si se llega a un acuerdo transaccional, la representación procesal de la actora y la codemandada deben tener poder suficiente, si bien debe recordarse a estos efectos que la práctica de los Tribunales ha venido admitiendo el desistimiento sin poder especial cuando el poder para pleitos recoge la mención de éste. El Abogado del Estado necesita autorización expresa de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, a tenor de lo establecido en el artículo 7 de la Ley 52/1997, de 27 de noviembre.

Si las partes llegan a un acuerdo, el Juez o Tribunal dictará Auto declarando terminado el procedimiento «siempre que lo acordado no fue-

ra manifiestamente contrario al ordenamiento jurídico ni lesivo del interés público o de terceros».

b) *Elección de uno o varios procesos como leading case*

La existencia de procesos en los que se produce una multiplicidad de recursos contencioso-administrativos frente a un único acto administrativo, y la masificación procesal que tiene lugar en tales supuestos, con consecuencias negativas para los litigantes, se encuentran en la base de la introducción en la Ley 29/1998 del artículo 37, párrafo 2, con el siguiente tenor literal: «Cuando ante un Juez o Tribunal estuviera pendiente una pluralidad de recursos con idéntico objeto, el órgano jurisdiccional podrá no acumularlos y tramitar uno o varios con carácter preferente, previa audiencia de las partes por plazo común de cinco días, suspendiendo el curso de los demás hasta que se dicte sentencia en los primeros. La sentencia deberá ser notificada a las partes afectadas por la suspensión, quienes podrán optar por solicitar la extensión de sus efectos en los términos del artículo 111, por la continuación del procedimiento o por el desistimiento.»

Hasta la entrada en vigor de dicha norma legal, la práctica imponía una paralización *de facto* de los procesos iniciados por varios litigantes contra un único acto administrativo, porque la existencia de un único expediente administrativo y la exigencia de su entrega al actor para la formalización de la demanda obligaba a que los restantes recurrentes hubiesen de esperar su turno para la entrega del expediente y la formalización del referido escrito. En la redacción de la Ley de 1956, el único supuesto en que estaba prevista la puesta de manifiesto del expediente en la Secretaría del Tribunal, era para la formulación simultánea de la contestación a la demanda por los demandados y por los coadyuvantes (art. 68, párrafo 3). Como consecuencia de esta regulación procesal, cuando se producía el señalamiento para votación y fallo del primer recurso, otros aguardaban aún su turno para formalizar la demanda, previa recepción del expediente.

La nueva Ley contempla diversos mecanismos para evitar la situación descrita, y en general para evitar que se produzcan dilaciones indebidas en la tramitación del proceso y su resolución: El primero, de difícil encaje en materia de derecho de la competencia, es el contemplado en el artículo 45.5, la iniciación del recurso mediante la demanda, sometida a la condición de que se impugne una disposición general, acto, inactividad o vía de hecho y *no existan terceros interesados*; el segundo, previsto en el artículo 52, párrafo 2, la formulación simultánea de la demanda por todos, con entrega del expediente en original o copia; el tercero, y de mayor repercusión, el regulado en el artículo 37, párrafo 2.

Este sistema se encuentra regulado en el Título III de la Ley, que regula el «Objeto del recurso contencioso-administrativo», dentro del

capítulo III dedicado a la «Acumulación», y se plantea como una alternativa a ésta («el órgano jurisdiccional podrá no acumularlos...»), participando la resolución judicial del mismo régimen de recursos (únicamente cabe el recurso de súplica, art. 39).

El aspecto más interesante de esta técnica es que permite la extensión de los efectos de la sentencia que se dicte en el proceso o los procesos preferentes a otros idénticos cuya tramitación hubiera sido suspendida, con sujeción a las mismas normas de procedimiento previstas en el artículo 110 (así se ha previsto en el art. 111), pero sin las limitaciones que para la extensión de efectos de la sentencia establece esta norma (la materia tributaria y el personal al servicio de la Administración Pública).

Las limitaciones que trae consigo esta previsión para los procesos suspendidos a fin de lograr una resolución más rápida de estos procesos múltiples son importantes: no procederá su utilización en los casos previstos en el artículo 110, párrafo 5, y una vez utilizado y dictada la sentencia, las partes afectadas por la suspensión podrán optar por la continuación del procedimiento.

3. LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL Y LA LEY DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

La Ley 29/1998 establece en su Disposición Final Primera: «... en lo no previsto por esta ley, regirá como supletoria la de Enjuiciamiento Civil». Por su parte, la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, establece en su artículo 4 que «en defecto de disposiciones en las leyes que regulan los procesos penales, contencioso-administrativos, laborales y militares, serán de aplicación, a todos ellos, los preceptos de la presente ley».

La supletoriedad no es interpretada en ocasiones por los litigantes en su verdadera dimensión, y dado que hasta la fecha es la jurisdicción contencioso-administrativa la competente en los litigios relacionados con la Defensa de la Competencia, pero el futuro parece apuntar hacia una intervención de la jurisdicción civil en la materia, parece oportuno incluir aquí unas breves notas sobre el alcance de la previsión de los preceptos citados.

En primer lugar, la supletoriedad debe interpretarse siempre a la luz de las diferencias entre el proceso contencioso-administrativo y el proceso civil, que justifican la especialidad de la Ley reguladora del primero; en segundo lugar, la supletoriedad queda en numerosos preceptos de la Ley 29/1998 *integrada* mediante la cita expresa de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ésta forma parte de aquélla. El problema se suscita cuando la primera no contiene una regulación expresa y no remite a las disposiciones de la segunda: en este caso, la doctrina se plantea cuál debe ser el orden de fuentes, es decir, si la laguna debe salvarse acudiendo

a la Ley de Enjuiciamiento Civil, o, por el contrario, es preciso acudir en primer lugar a una interpretación integrada de la Ley 29/1998⁵.

En el marco del presente estudio, únicamente deben mencionarse alguno de estos supuestos en que la supletoriedad plantea dudas y que pudieran suscitarse en relación con los procesos contencioso-administrativos en materia de derecho de la competencia.

El primer punto que ya plantea dudas es el relativo a la *legitimación activa* del denunciante que impugna el Acuerdo en el que no se dio plena satisfacción a su pretensión de incriminación o sanción, y que suele estar vinculada al concepto de perjudicado por la conducta que se pretende sea sancionada, cuando la demanda está interpuesta por asociaciones, sindicatos, grupos o entidades, vista la remisión que el artículo 19, párrafo 1, letra b), de la Ley 29/1998 efectúa al artículo 18, y éste a «la Ley» que «así lo declare expresamente». La doctrina ha entendido que, vista la redacción del artículo 11 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, salvo que se trate de un proceso en que recurran Asociaciones de Consumidores y Usuarios para la defensa de intereses dentro de su ámbito propio (el previsto en la Ley 26/1984 para la Defensa de los Consumidores y Usuarios), debe aplicarse el artículo 7, párrafo 3, de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que reconoce la legitimación de las corporaciones, asociaciones y grupos que resulten afectados o que estén legalmente habilitados para su defensa y promoción.

El segundo punto que debe mencionarse es el relativo a la *acumulación* de acciones o de pretensiones, porque la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa ha regulado con gran flexibilidad esta cuestión (hasta el punto de que el Tribunal Supremo ha considerado en ocasiones que, a fin de no dividir la «continencia de la causa», procede la acumulación ante un único Tribunal, en el propio Tribunal Supremo, de dos recursos contra actos administrativos relacionados entre sí, pero de cuya impugnación corresponde conocer a distintos órganos jurisdiccionales) y, por el contrario, la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil prohíbe la acumulación si se alteran las normas de competencia objetiva por razón de la materia o de la cuantía (art. 77, párrafo 2).

No parece conforme con la naturaleza del proceso contencioso-administrativo y ante la ausencia de referencia expresa a la supletoriedad de la Ley de Enjuiciamiento Civil en esta materia acudir a las previsiones de esta para limitar una interpretación de la Ley 29/1998 que permite el enjuiciamiento conjunto de determinados actos administrativos relacionados entre sí en las circunstancias previstas en el artículo 34 o de pretensiones conexas según dicho precepto y el artículo 35.

⁵ José Luis REQUERO IBÁÑEZ, «La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2000, como supletoria de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Principales cuestiones que suscita», en *Puntos críticos de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa. Especial referencia al procedimiento abreviado*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2000.

Por último, una de las cuestiones que plantean más interés es la relativa a la regulación de las *medidas cautelares*, que, según el artículo 129 de la Ley 29/1998, pueden solicitarse «en cualquier estado del proceso», suscitándose a menudo la duda de si aquellas que se planteaban estando pendiente un recurso de casación, debían solicitarse del Tribunal Supremo o directamente ante la Sala sentenciadora (hasta la fecha, la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional). La solución varía en función de si la Sala sentenciadora había adoptado o no medidas cautelares durante la tramitación del proceso: se ha venido entendiendo por los Tribunales que a la Sala sentenciadora únicamente le corresponde adoptar medidas en el marco de la ejecución provisional de la sentencia, con sujeción a las normas reguladoras de esta fase del proceso (art. 91 de la Ley de la Jurisdicción). La Ley 1/2000 en su artículo 731 establece la accesoriadad de las medidas cautelares y la procedencia de la ejecución provisional.

La futura descentralización de los procedimientos administrativos y judiciales de Derecho de la competencia, como consecuencia de la ejecución de la Sentencia del Tribunal Constitucional 208/1999 y de la reforma del Reglamento 17 planteada por la Comisión en el Libro Blanco sobre modernización y descentralización en la aplicación de los artículos 85 y 86, acercará a los administrados —tanto a los organismos administrativos encargados de la defensa de la Competencia como a los órganos judiciales competentes para enjuiciar las actuaciones de éstos—. En consecuencia, las cuestiones relacionadas con el procedimiento administrativo y el proceso contencioso-administrativo, hasta ahora de limitado ejercicio práctico (exceptuando el Servicio de Defensa de la Competencia, el Tribunal de Defensa de la Competencia, la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo), previsiblemente se plantearán a otros Organismos, Juzgados y Tribunales, en todo el territorio del Estado. La interpretación uniforme de las normas de procedimiento en la materia es en este marco de tanta trascendencia como la de aquellas normas de derecho sustantivo, a fin de garantizar que el procedimiento y el proceso cumplan con la finalidad que la Constitución y las leyes les tienen encomendada.

EL RÉGIMEN DE AUTORIZACIÓN ADMINISTRATIVA PREVIA DE LA LEY 5/1995, DE 23 DE MARZO, COMO MECANISMO JURÍDICO COMPLEMENTARIO A LA POLÍTICA DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Francisco URÍA FERNÁNDEZ

Secretario General Técnico. Ministerio de Hacienda

1. CONSIDERACIONES GENERALES

La historia de la intervención del Estado en la economía, profundamente analizada entre nosotros por los más prestigiosos autores de la doctrina administrativista¹, tiene uno de sus hitos fundamentales en la asunción por los poderes públicos de un protagonismo directo en la economía, bien por haberse reservado un completo sector de actividad, en el fenómeno que VILLAR PALASÍ denominó *publicatio* bien por la asunción —originaria o sobrevenida— de la titularidad de activos empresariales, no siempre debida a planteamientos estratégicos o ideológicos sino provocada por situaciones de crisis empresarial con importantes efectos sociales o económicos. En este sentido, GARCÍA FERNÁNDEZ² puntualizó que «la crisis industrial ha constituido el factor singular más significativo de un crecimiento de la empresa pública que pudiera denominarse “cancerígeno” por absorción de sectores en crisis».

Sería probablemente útil, a los efectos de este trabajo, olvidar estos supuestos de «absorción» o «incorporación» indeseada de empresas por el sector público para referirnos exclusivamente a los supuestos en que los poderes públicos, mediante una actuación administrativa plenamente deliberada, se reservan para sí —directa o indirectamente— la producción de determinados bienes o la prestación de ciertos servicios.

¹ Por ejemplo, la obra de Ramón MARTÍN MATEO, *Ordenación del sector público en España*, Civitas, 1974; Santiago MARTÍN RETORTILLO, *Derecho Administrativo Económico*, La Ley, 1988; Gaspar ARIÑO, *Economía y Estado. Crisis y Reforma del sector público*, Marcial Pons, 1993; la obra de este último autor junto con Juan Miguel DE LA CUÉTARA y José Luis MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, *El nuevo servicio público*, Marcial Pons, 1997, y también, la obra en cuatro tomos de Santiago MUÑOZ MACHADO, *Servicio Público y Mercado*, Marcial Pons, 1998, entre otras muchas y por todas ellas.

² J. GARCÍA FERNÁNDEZ, «Política empresarial pública: tiempos de capitulación (1974-1984)», *Información Comercial Española*, núms. 617-618, enero-febrero 1985.

Salvo puntuales excepciones, estos supuestos coinciden con los denominados «sectores estratégicos», tradicionalmente considerados —hasta un pasado no muy lejano— «monopolios naturales» en los que la introducción de competencia se consideraba imposible o, en el mejor de los casos, ineficiente.

No sería fácil deslindar hasta qué punto fueron los avances tecnológicos, el desarrollo de la economía o los efectos de la liberalización auspiciada desde la Comisión Europea, entre otros factores, los que modificaron estos planteamientos, abriendo las puertas, aunque tímidamente, a los primeros pasos en el camino de la liberalización. Posiblemente deba atribuirse la «reconsideración» de esos viejos principios a una saludable combinación de todos esos factores, a los que no puede considerarse lógicamente extraña la propia madurez de las distintas empresas y sectores. Como había sucedido en muchos otros países, la liberalización vino acompañada de la privatización, aunque la autonomía entre uno y otro proceso sea bien conocida.

De este modo, y en un proceso relativamente rápido, la economía española pasó de contar con un sector público empresarial que controlaba directamente una parte fundamental del tejido productivo español —y, singularmente, los sectores estratégicos en la producción de bienes y servicios de transporte, energía, telecomunicaciones, etc.— a vivir un decidido proceso privatizador, intensificando a partir de 1996, como resultado de la incorporación de la privatización como una herramienta básica de la política económica que permitía simultáneamente reducir el déficit público —y con él la presión del sector público sobre los tipos de interés— y aumentar la eficiencia de sectores productivos básicos de la economía española. Este proceso condujo a una significativa reducción del peso del sector público en el producto interior bruto español y, lo que es más importante, ha permitido convertir a las grandes empresas públicas españolas, aparentemente poco preparadas para sobrevivir en un entorno competitivo, en compañías multinacionales que se han situado en posiciones protagonistas en el ámbito internacional.

No obstante, la privatización de una empresa a través de la enajenación de las participaciones que anteriormente ostentaba una Administración Pública no constituye en todos los casos el final de la peculiar relación que había venido vinculando a una y otra.

Si pensamos en algunas compañías privatizadas (Telefónica, Repsol, Argentaria, Endesa, Tabacalera, Iberia...) desconociendo la historia de sus relaciones con el Estado, podría pensarse que su relación se resume en un constante y unilateral flujo de beneficios desde la empresa hacia la Administración que, directa o indirectamente, ostentaba la titularidad de la mayoría de su capital social. Antes al contrario, en el nacimiento y la evolución de la mayor parte de las empresas privatizadas se encuentra una decidida e intensa actividad administrativa, tanto en el orden jurídico (generación de un marco jurídico garantizador de la posición monopolista de la sociedad) como en el puramente material (suscripción de amplia-

ciones de capital tendentes a la reestructuración empresarial, el aumento de la productividad...).

Por otra parte, no pocas de estas empresas conservan una de sus notas características: su carácter básico para la economía nacional derivado de su peso en sectores estratégicos como el de transportes, energía, telecomunicaciones o sector financiero.

La combinación de ambas circunstancias determina que el Estado no pueda, sin más, desligarse de estas empresas una vez concluido el vínculo derivado de la titularidad dominical. El Estado se encuentra obligado con los ciudadanos no sólo a realizar la enajenación de las participaciones empresariales en condiciones tales que se garantice el mantenimiento de los puestos de trabajo, la conservación de una actividad económica esencial y se obtenga el máximo beneficio para las arcas estatales, sino que también debe asegurarse de que esas empresas se encuentran en condiciones adecuadas para competir en mercados ya liberalizados, que lo harán sin desventajas, pero, a la vez, sin aprovechar las que pudieran derivarse de su antigua pertenencia al sector público estatal (ya se tratase de privilegios jurídicos o económicos); y, sobre todo, debe garantizarse que el intenso esfuerzo realizado por la sociedad en tiempos anteriores (incluido el sacrificio que para los consumidores supuso una situación de monopolio de la que se derivaron altos precios y servicios que no siempre tenían la calidad suficiente) no terminará por agotar sus efectos en la rápida generación de beneficios (en forma de plusvalías) para los compradores o por perjudicar a esos mismos consumidores en cuyo esfuerzo se encontró el punto de partida para la capitalización de esas empresas.

Es evidente que el marco jurídico «ordinario» en el que se desenvuelve el conjunto de la actividad empresarial supone ya una limitación importante a toda actuación abusiva. Esta protección que arranca ya desde la legislación societaria, encuentra refuerzos y apoyos de eficacia considerable en la normativa tributaria, social e incluso penal (régimen de responsabilidad de los administradores y, en general, y muy particularmente con el Código Penal de 1995, inclusión de un buen número de tipos penales conocidos como «delitos societarios»). Lógicamente esa limitación tiene uno de los elementos esenciales en la política de defensa de la competencia y en el que es su instrumento jurídico: el Derecho de la competencia.

No obstante, las peculiaridades de estas empresas privatizadas y de los sectores en que se desenvuelven hacen que los instrumentos propios de la defensa de la competencia puedan no ser suficientes y ello, básicamente, por el hecho, a veces olvidado, de que la intervención de las autoridades de defensa de la competencia se produce en supuestos muy concretos, predeterminados normativamente, y que, tanto por la configuración jurídica de los procedimientos, como por la propia necesidad de realizar una serie de actuaciones administrativas con carácter previo a toda resolución (incluso cautelar), su eficacia suele desplegarse en un

momento posterior al de la realización de las conductas o la adopción de los acuerdos. Sin embargo, existen sectores en los que puede ser conveniente reforzar los sistemas de protección de los intereses generales y de la libre competencia a través de instrumentos específicos, insertos en la regulación sectorial, que desempeñan un papel complementario al de la regulación general.

En este sentido, FERNÁNDEZ ORDÓÑEZ³ realizó una interesante distinción entre los mecanismos necesarios para la introducción de competencia en los «sectores normales» y en los «sectores monopolizados», afirmando que para introducir competencia en los primeros bastaba con la liberalización, acompañada de la utilización de los instrumentos de defensa de la competencia, mientras que en los segundos (monopolios) la aplicación de esta fórmula estaría condenada al fracaso. En estos supuestos, sostiene, y aun cuando se utilicen mecanismos tradicionales de la defensa de la competencia, la clave se encuentra en que los instrumentos jurídicos de protección de la competencia actúen *a priori* y no *a posteriori*. Es decir, no se trataría tanto de reaccionar frente a una determinada conducta o acción, sino de diseñar una nueva estructura empresarial para el sector que se desmonopoliza.

Esta reflexión nos parece particularmente atinada, pues ilustra acerca de la necesidad de establecer mecanismos reforzados de introducción y protección de la competencia en los antiguos sectores monopolizados, resultando determinante para su eficacia el que pudieran desplegar su eficacia *a priori* y no como consecuencia de las decisiones ya adoptadas por los operadores. De este modo, los sectores a los que pertenecen esas empresas, los sectores regulados, se caracterizan por el establecimiento de un régimen particularmente riguroso que, por ejemplo, limita la entrada de socios extranjeros (no comunitarios), o evita la participación relevante de una compañía en varios operadores en sectores estratégicos. Entre esos mecanismos «complementarios» a la política de defensa de la competencia se encuentra, a nuestro juicio, el mecanismo jurídico usualmente denominado «*golden share*».

Lo expuesto no equivale a sostener (sería, probablemente, absurdo) que los mecanismos de *golden share* tengan por único objetivo la defensa de la competencia. El objetivo fundamental en la práctica totalidad de los casos se encuentra en la protección de intereses generales. No obstante, la relevancia de estos instrumentos jurídicos como complemento a los mecanismos de defensa de la competencia nos parece insuficientemente resaltada, siendo propósito de estas líneas, precisamente, destacar esta vertiente trascendental.

En cualquier caso, resulta oportuno puntualizar que, bajo la común denominación de *golden share*, se han establecido en distintos ordenamientos mecanismos jurídicos de muy distinta naturaleza, lo que hace

³ M. A. FERNÁNDEZ ORDÓÑEZ, «La desregulación de los monopolios y su relación con las políticas de liberalización y defensa de la competencia», *Anuario de Defensa de la Competencia*, 1996, pp. 59-69.

conveniente aclarar que, como sucede en el caso español, los supuestos en que los instrumentos establecidos se encuentran insertos en los mecanismos administrativos de intervención en la economía, no pueden ser correctamente denominados de ese modo, puesto que se configuran como una potestad administrativa, la de autorizar determinadas operaciones con carácter previo, enteramente independiente del hecho de que el Estado mantenga o no una posición de titularidad dominical de la empresa. Es decir, a diferencia de lo que sucede en algunos países anglosajones, no se trata de la concesión a un accionista —la Administración Pública— de unos derechos políticos o económicos reforzados en relación con su efectiva participación en el capital social, sino de un mecanismo de autorización administrativa previa a la toma de ciertas decisiones empresariales, completamente independiente del dato, en ocasiones escasamente relevante, del mantenimiento de pequeños porcentajes de participación en el capital social, por lo que la denominación *golden share* resulta, en no pocos casos, inexacta.

Tras la necesidad de adoptar medidas de este tipo, sentida en prácticamente todos los Estados que han abordado procesos de privatización de intensidad comparable a la del español, se encuentra, entre otras razones, el deseo de proteger los intereses generales en cuanto a la continuidad con las debidas garantías de precio y calidad de servicios esenciales para la comunidad. Si en el origen de la reserva al sector público de una actividad o de la asunción de la titularidad dominical de activos empresariales o participaciones en empresas se encontraba, junto a otros argumentos de importancia no menor, la necesidad de garantizar a los ciudadanos un estándar mínimo en la prestación de servicios esenciales, ¿por qué considerar que esa necesidad debe desaparecer inexcusablemente como consecuencia del cambio de titularidad —de manos públicas o privadas— de esos activos empresariales? Por el contrario, parece más lógico pensar que aquellas necesidades que en su momento justificaron la asunción directa por el Estado de un determinado sector de actividad económica o de un activo empresarial justifican igualmente el establecimiento de mecanismos jurídicos de protección que garanticen los derechos de los ciudadanos como consumidores y usuarios de los productos y servicios de que se trate en cada caso.

Como decimos, no se trata de una preocupación exclusivamente española. Antes al contrario, bajo diferentes formas jurídicas, y utilizando denominaciones distintas (en cada caso adaptadas a la propia configuración del Derecho societario y el Derecho administrativo), el Reino Unido, Francia, Bélgica, Dinamarca, Portugal y España, entre otros Estados, han establecido mecanismos jurídicos diversos para garantizar fines próximos a los hasta aquí expuestos, si bien, también en cuanto a éstos, habría que realizar importantes matizaciones, especialmente trascendentales en cuanto a la compatibilidad de estos instrumentos con el Derecho comunitario si tenemos en cuenta que en alguno de esos Estados el carácter nacional de los agentes participantes en determinadas operaciones

—aun cuando se tratase de operadores comunitarios— es un dato relevante a la hora de activar los mecanismos de protección. Otros matices de interés derivan, como se ha anticipado, de la configuración de estos mecanismos como un reforzamiento de la posición jurídica de un accionista (en cuyo caso podría hablarse con corrección de una «acción de oro») o como un instrumento de intervención administrativa⁴. Por último, otras distinciones de interés apuntan a la diferenciación entre los supuestos en que dichos mecanismos provocan o no un efecto suspensivo sobre las decisiones o actuaciones de los distintos operadores.

2. EL MECANISMO JURÍDICO DE AUTORIZACIÓN ADMINISTRATIVA CONOCIDO COMO «GOLDEN SHARE»

El origen del mecanismo jurídico conocido como *golden share* se encuentra en los procesos privatizadores emprendidos en la Gran Bretaña de los años 80 bajo el mandato de Margaret Thatcher. En su primera versión se trataba de un mecanismo ligado a la titularidad de una participación en el capital que llevaba aparejada (de ahí la expresiva denominación anglosajona) la atribución de poderes extraordinarios que implicaban la existencia de un auténtico «derecho de veto» del Gobierno británico frente a determinadas operaciones empresariales.

La evidente utilidad del instrumento hizo que rápidamente rebasara las fronteras del Reino Unido, extendiéndose a la Europa continental de la mano de los primeros pasos de los procesos privatizadores que comenzaban a producirse en distintos Estados europeos.

Como no podía ser de otra manera, el paso de un Estado de *common law* a los Estados en que regían derechos de corte continental —como sucede en varios de los casos enumerados— determinó que la *golden share* se alejase de su primitivo origen «cuasi mercantil» (de hecho, «la acción de oro», también conocida como «acción especial» no representaba el ejercicio de poderes exorbitantes por parte de la Administración, sino, más bien, el reconocimiento de un estatuto singular a un accionista (público) mediante instrumentos jurídicos no enteramente extraños al Derecho mercantil, como era la modificación de los estatutos sociales).

Tal vez como consecuencia de su configuración jurídica (singular para cada empresa o grupo de empresas) el diseño de la *golden share* en las compañías privatizadas en Gran Bretaña no responde, a diferencia del caso español, a un diseño uniforme. Antes al contrario, y como destacan ÁLVAREZ y CALLEJA⁵, el establecimiento de la acción especial en el Reino Unido ha tratado de respetar la legislación mercantil en materia de socie-

⁴ Aunque pueda parecer innecesario, me apresuro aclarar que utilizo esta expresión en su sentido más preciso desde un punto de vista jurídico-administrativo, a no confundir con interesadas alusiones al «intervencionismo estatal» como actitud o política de un Gobierno determinado.

⁵ E. ÁLVAREZ y A. CALLEJA, «Privatizaciones y el sistema de la acción especial (*golden share*)», *Revista Economistas*, núm. 63, 1995, pp. 44-63.

dades y, singularmente, las posibilidades que ésta contempla para limitar las actividades, la gestión o la participación en una sociedad, las facultades de los distintos órganos de regulación sectorial, y las de los órganos de supervisión del funcionamiento de los mercados de valores y otras instituciones públicas.

Naturalmente, al tener en cuenta la normativa aplicable a cada específico sector de actividad, conciliando el mecanismo de la acción especial con las competencias de cada órgano administrativo o institución pública encargada de la regulación y supervisión de las distintas actividades y sectores, el abanico de las medidas concretamente adoptadas en cada empresa privatizada es extraordinariamente variado. Así, en el caso de BT, llegaron a introducirse cláusulas en virtud de las cuales el consejero delegado de la compañía debía ser ciudadano británico, reconociéndose al Gobierno el derecho a nombrar a un cierto número de consejeros de la sociedad. En otros casos, el mecanismo consiste en la atribución de los derechos políticos de los accionistas que superasen un 15 por 100 de participación en el capital —en la parte correspondiente a las acciones que superasen ese porcentaje— al titular de la acción especial.

También existe una importante diferencia en el plazo de vigencia de la acción especial, indefinido en no pocos casos (lo que es coherente con la configuración «mercantil» y no «administrativa» del mecanismo) y de duración variable en otros.

En su paso al resto de los Estados europeos, la *golden share* asumió —con distintos matices en cada caso— los ropajes propios de una institución del Derecho administrativo. No se trata del reconocimiento de un estatuto singularizado a un accionista (como sucedía en el Derecho británico), sino de la atribución de una potestad administrativa enteramente independiente de que el Estado conservase o no una participación (en no pocos casos simbólica) en el capital social de una empresa mayoritariamente privatizada. Como dice CANO SOLER⁶, no se trata en estos supuestos de establecer una *golden share* o acción privilegiada, sino simplemente un paso previo de control a la hora de enajenar titularidad pública.

Lo expuesto se explicita con singular claridad con una nueva referencia a la fuente que en cada caso contiene este instrumento de los poderes públicos: los estatutos sociales de las sociedades afectadas en el caso británico y una norma jurídica (de rango legal o reglamentario) en el caso del resto de los Estados europeos.

No obstante, y con independencia de los mecanismos jurídicos utilizados en cada supuesto, es indudable la finalidad común a todos estos instrumentos. Se trata de compaginar la consecución de importantes beneficios desde el punto de vista de los intereses generales con la garantía

⁶ Diego CANO SOLER, *Políticas de privatización. Aproximación teórica. Experiencias prácticas y propuesta para España*, Editorial CES, 1998, p. 238.

de que la pérdida de la titularidad pública no pueda provocar perjuicios a esos mismos intereses como consecuencia de un deterioro en la producción de determinados bienes o en la prestación de ciertos servicios, bien por el aumento de precios o por su menor calidad.

Y es que, como acertadamente sistematizan ÁLVAREZ y CALLEJA⁷, la utilización de los mecanismos jurídicos normalmente conocidos como *golden share* revisten importantes ventajas, como son:

— Al retener únicamente una sola acción con un valor nominal mínimo (o, incluso, no retener, como sucede en el caso español, participación alguna) el Gobierno puede maximizar financieramente la colocación de la empresa en el mercado.

— Al vincularse la utilización de los derechos a casos excepcionales se posibilita que el Gobierno no interfiere en la gestión ordinaria de la compañía ni destine recursos a su dirección y gestión.

— Constituyen un mecanismo de disuasión eficaz frente a los intentos de «inversores no deseados» de llegar a hacerse con el control de las compañías. De hecho, el mayor éxito de la *golden share* reside en este ámbito, pues, formalmente, son muy escasos los supuestos en que ha sido efectivamente utilizada. Uno de estos casos podría ser el freno a operaciones puramente especulativas que no tendiesen al establecimiento o desarrollo de una estrategia empresarial a medio o largo plazo, sino al deseo de obtener beneficios rápidos a través de la generación de importantes plusvalías.

— Salvaguarda de intereses generales compatibles con el interés comunitario.

3. EL SISTEMA DE AUTORIZACIÓN ADMINISTRATIVA PREVIA VIGENTE EN EL CASO ESPAÑOL

En nuestro país, las ventajas que acaban de enumerarse se hicieron bien pronto evidentes, decidiéndose establecer un mecanismo similar al que se estaba constituyendo en otros Estados europeos, optando lógicamente por la fórmula de la autorización administrativa previa, más próxima a nuestra tradición jurídica.

Concretamente, el mecanismo de autorización administrativa previa fue establecido en la Ley 5/1995, de 23 de marzo, de régimen jurídico de enajenación de participaciones públicas en determinadas empresas, siendo desarrollada por el Real Decreto 1525/1995, de 15 de septiembre.

Hasta la fecha, este mecanismo de actuación administrativa previa se ha establecido en seis ocasiones:

— El Real Decreto 3/1996, de 15 de enero, por el que se determinó la aplicación del régimen de autorización administrativa previa a Repsol, S. A., y a determinadas sociedades de su grupo.

⁷ *Op. cit.*, p. 46.

— El Real Decreto 40/1998, de 16 de enero, por el que se aplicó el régimen de autorización administrativa previa, a Corporación Bancaria de España, S. A., y a determinadas sociedades de su grupo.

— El Real Decreto 552/1998, de 2 de abril, de aplicación del régimen de autorización administrativa previa, a Tabacalera, S. A.

— El Real Decreto 929/1998, de 14 de mayo, por el que se aplicó el régimen de autorización administrativa previa a ENDESA, S. A., y a determinadas sociedades de su grupo.

— El Real Decreto 482/1999, de 18 de marzo, por el que se aplicó el régimen de autorización administrativa previa a Indra Sistemas, S. A., y a determinadas sociedades de su grupo.

— El Real Decreto 343/2001, de 4 de abril, de aplicación de régimen de autorización administrativa previa a Iberia, Líneas Aéreas de España, Sociedad Anónima.

La redacción de la Exposición de Motivos de la Ley 5/1995, de 23 de marzo, expresa con gran claridad el fundamento del establecimiento del mecanismo de autorización administrativa previa para determinadas operaciones relativas a las empresas privatizadas cuando diferencia la enajenación de participaciones estatales en entidades mercantiles en las que la presencia pública no tiene otro fundamento que la genérica habilitación constitucional para la iniciativa económica, de los casos en que esa presencia tiene por objeto la garantía y realización de un preciso interés público. En este caso, se trata de mantener esa garantía de los intereses generales por mecanismos jurídicos alternativos a la titularidad dominical hasta el momento ostentada.

La opción por el mecanismo jurídico público de la autorización administrativa previa en lugar de por los modelos anglosajones de concesión de poderes especiales asociados a la titularidad de determinadas acciones (la auténtica *golden share*) se realiza, como se ha indicado anteriormente, «por ser la que mejor se acomoda a las características de nuestro sistema jurídico propio».

El sistema establecido en la Ley 5/1995 parte de la delimitación de su ámbito de aplicación subjetivo, que se refiere a las entidades de naturaleza mercantil que en su fecha de entrada en vigor contasen con una participación directa o indirecta del Estado en su capital social y estuviesen controladas por el socio estatal por cualquiera de los medios establecidos en la legislación mercantil aplicable.

Además, se exige la concurrencia de ciertos requisitos referidos a la actividad de la sociedad: que preste servicios esenciales o servicios públicos formalmente declarados como tales, que desarrolle actividades sujetas por Ley y razones de interés público a un específico régimen administrativo de control (sectores regulados) y estar exenta total o parcialmente de la libre competencia en los términos del entonces artículo 90 del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea.

La aplicación de la Ley se proyecta, igualmente, sobre las sociedades que formen parte del grupo en el que alguna de las entidades descritas

ostentasen una posición dominante en los términos de la legislación del mercado de valores.

Así pues, la normativa se aplica a empresas públicas, en que el Estado ostente una posición «de control», que presten servicios esenciales en sectores regulados y en los que no se hubiera introducido competencia.

Se hace así evidente el carácter restringido del ámbito de aplicación subjetivo de la normativa: el mecanismo de autorización administrativa previa pretende circunscribirse a un conjunto relativamente reducido de sociedades y no a aquellas en que la reserva al sector público hubiera sido fruto de la historia o de la necesidad de adoptar decisiones de marcado carácter coyuntural.

Pero no basta con los requisitos expuestos para que lo dispuesto en la Ley 5/1995 produzca sus efectos respecto de las empresas públicas: Es igualmente necesaria la concurrencia de lo que el texto legal denomina «el presupuesto de aplicación de la norma», a saber, que en un solo acto o en actos sucesivos sea objeto de enajenación la participación pública de forma que se reduzca en un porcentaje igual o superior a un 10 por 100 del capital social y siempre que la participación directa o indirecta del Estado en dicho capital quede por debajo del 50 por 100. También se produce el presupuesto de aplicación de la norma cuando, como consecuencia directa o indirecta de cualquier acto o negocio quede reducida a un porcentaje inferior al 15 por 100 del capital social.

Cuando concurren todas estas circunstancias, y así se haya declarado en el Real Decreto que establezca el concreto régimen de autorización administrativa aplicable al caso, la Ley 5/1995 somete al requisito de autorización administrativa previa, bajo sanción de nulidad absoluta en caso contrario, a los siguientes acuerdos adoptados por los órganos sociales:

- La disolución voluntaria, la escisión o la fusión de la sociedad.
- La enajenación o el gravamen, en cualquier forma y por cualquier título, de los activos o participaciones sociales necesarias para el cumplimiento del objeto social de la empresa y que a tal efecto se determinen.
- La sustitución del objeto social.
- Las operaciones consistentes en actos de disposición sobre el capital social que determinen, en un solo acto o en varios sucesivos, la reducción de la participación social pública, respecto de la empresa, sujeta al régimen especial previsto en la Ley en un porcentaje igual o superior al 10 por 100.
- La adquisición, directa o indirecta, incluso a través de terceros fiduciarios o interpuestos, de participaciones sociales u otros valores que puedan dar derecho, directa o indirectamente a la suscripción o adquisición de aquéllas, cuando tenga por consecuencia la disposición sobre, al menos, el 10 por 100 del capital social.

Además de la referida sanción de nulidad para el caso de que la autorización administrativa previa no hubiese sido solicitada u obtenida, la Ley 5/1995 prevé que en el caso de que las adquisiciones de participa-

ciones sociales en las que se rebase el límite fijado al efecto, el adquirente o adquirentes no podrán ejercer en ningún caso los derechos políticos correspondientes al exceso.

La Administración podrá ejercitar las acciones procedentes en derecho para la impugnación de los acuerdos adoptados, así como solicitar la suspensión de los mismos.

El procedimiento de otorgamiento de la autorización administrativa previa, esbozado en la Ley 5/1995, se concreta con mayor detalle en el Real Decreto 1525/1995, de 15 de septiembre, previéndose en ambas normas, y como se ha anticipado, la futura existencia de un Real Decreto para cada supuesto en que pretenda establecerse un sistema de autorización administrativa previa para una empresa o grupo de empresas. Éstos son los Reales Decretos a que se ha hecho referencia anteriormente.

De hecho, el contenido de los distintos Reales Decretos de aplicación del régimen de autorización administrativa previa a las distintas empresas y grupos de empresas es básicamente coincidente, con los matices derivados de la atribución de la competencia a los órganos del Departamento Ministerial competente en cada caso y del establecimiento de distintos plazos de vigencia del sistema. Puede ser igualmente conveniente hacer constar que este plazo varía de unos supuestos a otros (diez años en el caso de Repsol, S. A., y determinadas sociedades de su grupo o en el caso de Endesa, S. A., y su grupo, cinco años en el reciente caso de Iberia, S. A., o los cuatro años que se establecieron en el caso de Argentario) y que, una vez fijado, no tiene necesariamente que mantenerse invariable. De hecho, el Real Decreto 67/2000, de 21 de enero, modificó el Real Decreto 552/1998, de 2 de abril, por el que se aplicó el régimen de autorización administrativa previa a Tabacalera, S. A., de modo que el plazo de vigencia del régimen de autorización, inicialmente fijado en ocho años, pasaba a concluir el 5 de octubre de 2000, lo que nos advierte acerca de una característica relevante del mecanismo de autorización administrativa previa propio del ordenamiento español: su flexibilidad, de modo que las circunstancias de la empresa o del sector en que opera pueden, en cualquier momento, provocar una modificación, o incluso la extinción anticipada del régimen de autorización inicialmente aprobado.

A pesar de las especulaciones que al respecto se han venido produciendo en los medios de comunicación, y de las declaraciones que en algún momento han realizado al respecto importantes responsables políticos (siempre referidas a la utilización de este instrumento como forma de garantía de los intereses generales y, en lo que aquí interesa, de la competencia en un determinado sector o mercado), es lo cierto que, hasta la fecha, el mecanismo de autorización administrativa previa no ha sido utilizado en ningún caso por lo que su eficacia, si es que se ha producido, ha sido meramente disuasoria.

4. EL MECANISMO DE LA AUTORIZACIÓN ADMINISTRATIVA ESPAÑOLA ANTE LAS INSTITUCIONES DE LA UNIÓN EUROPEA

Es llamativo constatar que la Exposición de Motivos de la Ley 5/1995 contenía una contundente declaración en el sentido de que el mecanismo de protección del interés público con ella introducido es plenamente respetuoso con lo establecido en el entonces artículo 90 del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea y, en consecuencia, no supone vulneración alguna de las normas sobre la competencia.

El texto transcrito evidencia que el legislador español era plenamente consciente de los riesgos que en el ámbito europeo suponía la introducción de un mecanismo como el descrito. Lo cierto es que las instituciones europeas y, particularmente, la Comisión y el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas se han pronunciado, aunque con importantes matices y diferencias entre unas y otras resoluciones, respecto de la pretendida incompatibilidad de este tipo de mecanismos (o, mejor dicho, respecto de algunos de los mecanismos que hasta el momento se han citado) con el ordenamiento comunitario.

La Comisión Europea ha venido considerando, entre otros argumentos (en el caso español, y como seguidamente se dirá, la Comisión realiza otros reproches relativos a la insuficiente concreción del mecanismo y a su falta de proporcionalidad), que las normas que contienen estos instrumentos resultan contrarias a los artículos 43, 49 y 56 del Tratado CE tras su modificación, y así lo ha ido comunicando a los distintos Estados —entre ellos España— con ocasión de cada acto de establecimiento de un sistema de protección análogo a los descritos.

De hecho, y ante la negativa de los Estados a modificar sus disposiciones en este ámbito, la Comisión ha procedido a la presentación de demandas ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea en las que, en coherencia con lo expuesto, ha sostenido que el establecimiento de estas potestades administrativas de autorización puede entorpecer o hacer menos atractivo el ejercicio de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado y, más concretamente, la libertad de establecimiento y la libre circulación de capitales.

Como no podía ser de otro modo, España ha sido también demandada en junio de 2000 (asunto C-463/00) por considerar que la Ley 5/1995, de 23 de marzo, de régimen jurídico de enajenación de participaciones públicas en determinadas empresas y los Decretos promulgados en aplicación de la misma son incompatibles con los artículos 43 y 56 del Tratado CE (derecho de establecimiento y libertad de movimiento de capitales).

Atendiendo a la distinta fecha de adopción de las medidas impugnadas, y a la lógica disparidad de fechas de presentación de las demandas contra los Estados por la Comisión Europea, los procesos se tramitan

y resuelven sucesivamente, habiéndose dictado sentencia, en el momento de escribir estas páginas, exclusivamente en el asunto C-58/99, que enfrentaba a la Comisión con la República Italiana con relación a las disposiciones para la aceleración de los procedimientos de venta de las participaciones del Estado y de los organismos públicos en las sociedades por acciones, así como los Decretos relativos a los poderes especiales atribuidos en el caso de las privatizaciones de ENI SpA y de Telecom. Italia SpA. La Sentencia, de fecha 23 de marzo de 2000, declara que la República Italiana ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos ya citados, al adoptar las disposiciones antes referenciadas.

En otros procesos distintos, como el C-483/99, que enfrenta a la Comisión con la República Francesa (en el que España interviene junto al Reino Unido como coadyuvante), el C-367/98, Comisión contra Portugal y el C-503/99, Comisión contra Bélgica, basado en similares fundamentos jurídicos, se ha celebrado la vista pública el pasado 2 de mayo de 2001.

En cuanto a la demanda contra el Reino de España, la contestación de la Abogacía del Estado ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas se presentó en el pasado mes de marzo.

Es interesante mencionar cómo las posturas que, en los distintos procesos, vienen sosteniendo los diferentes Estados demandados manifiestan importantes diferencias. Concretamente, la postura procesal del Reino Unido en la defensa de sus mecanismos de protección (la auténtica *golden share*) acentúa la singularidad de sus instrumentos respecto a los de otros Estados europeos, resaltando la utilización de los propios estatutos sociales sin derogación de las normas generales aplicables a las sociedades mercantiles, lo que se ha mantenido en casos (como la intervención como coadyuvante en el proceso seguido contra Francia) en que dicha argumentación podría incluso reforzar la posición procesal de la Comisión frente a otros Estados. Se adivina así que, a pesar de la existencia de un importante número de Estados demandados, el grado de coincidencia respecto de las situaciones examinadas resulta suficientemente variable como para no hacer recomendable el ejercicio de trasponer los fundamentos de las resoluciones ya dictadas a casos todavía no enjuiciados.

No obstante, antes de analizar los reproches que, desde las instituciones comunitarias se han realizado respecto de este tipo de mecanismos jurídicos, nos parece conveniente realizar alguna reflexión complementaria sobre el sentido de estos instrumentos desde el propio punto de vista del Derecho comunitario.

Así, al examinar la adecuación de estos mecanismos al derecho comunitario, no sólo debe considerarse la pretendida vulneración de principios comunitarios de la importancia de libertad de establecimiento y el libre movimiento de capitales, sino que también debe tenerse en cuenta que sirven a principios igualmente relevantes desde el punto de vista del derecho comunitario, como la libre competencia, por lo que sería igualmente

conveniente ponderar su utilidad como instrumento de protección de esos otros principios comunitarios.

Y es que en el caso de sostener una interpretación exclusivamente centrada en la pretendida vulneración del Tratado, sin tener en cuenta la licitud de los fines perseguidos con los instrumentos implantados, puede incurrirse en la contradicción de que, para evitar una más que discutible afectación a libertades fundamentales, se produjesen daños irreparables a intereses generales (no sólo comunitarios) y a principios que, como el de la libertad de competencia, han encontrado también asiento en el ordenamiento europeo.

En este sentido, si el objetivo genérico de las instituciones comunitarias (además, lógicamente, de velar por el respeto al derecho comunitario originario y derivado) es el incremento de la competencia en los distintos sectores productivos y la progresiva liberalización de los mercados, como medio para lograr un auténtico mercado interior, resultaría lógico pensar que su actuación debería ser más estricta respecto de aquellos Estados en los que los procesos de introducción de competencia y liberalización se encuentran en un grado más incipiente, acogiendo globalmente con agrado —sin perjuicio de la formulación de reproches puntuales— la actitud de aquellos otros que, como en el caso español, han optado por una decidida estrategia liberalizadora.

Y es que la situación puede llevarnos al absurdo de que, al impedir el establecimiento de mecanismos de protección de las empresas y sectores que protagonizan, no sin dificultades, procesos de liberalización, estas empresas puedan llegar a ser controladas por operadores que, en su Estado de origen, disfrutaban de los beneficios derivados de la inexistencia de competencia, trasladando a su vez a los mercados los vicios e ineficiencias que los procesos de privatización y liberalización habían pretendido desterrar, sin que la nota de la titularidad foránea de las empresas aporte otro matiz que la sujeción a un ordenamiento jurídico distinto, más permisivo con las situaciones monopolísticas.

Lo anterior no es, en absoluto, una mera cuestión académica o, incluso, ideológica. La decisión de privatizar no responde únicamente a la opinión de que, como cuestión de principio, determinadas actividades deban encontrarse en manos privadas y no públicas (lo que podría considerarse, incluso, como un instrumento de limitación del poder del Estado), sino que, como resalta CUERVO GARCÍA⁸, «la privatización no es una simple transferencia de propiedad del sector público al privado, es un medio para mejorar la eficiencia y la competitividad de la empresa». Se trata, pues, de una de las grandes decisiones que puede adoptar un Gobierno como parte de su política económica nacional.

Pero es que, además, y éste es, precisamente, el motivo de estas líneas, si atendemos a los fines perseguidos con el establecimiento de este tipo

⁸ A. CUERVO GARCÍA, «La privatización de las empresas públicas. Cambio de propiedad, libertad de entrada y eficiencia», *Información Comercial Española*, núm. 772, julio-agosto 1998, pp. 45-57.

de mecanismos, llegaremos a la conclusión de que, como ya hemos dicho, resultan absolutamente coherentes con otros sectores del Derecho comunitario y, más concretamente, con la defensa de la competencia.

En el ámbito de nuestro Derecho de la competencia, una operación por la que un operador en un determinado sector de actividad, que ostentase una posición de dominio, pretendiese tomar el control de otro operador en el mismo sector merecería una respuesta inmediata en forma de prohibición (o, a lo sumo, autorización sometida al cumplimiento de exigentes condiciones) a través de los mecanismos de control de concentraciones. En el supuesto de que el operador en cuestión estuviese controlado por una Administración pública que ostentase la condición de regulador y supervisor del sector en cuestión la respuesta sería, si cabe, aún más contundente, entendiéndose que la posición de dominio alcanzada gracias a esa relevante participación pública no podía utilizarse para controlar un operador distinto.

¿Debe introducirse algún matiz por el hecho de que el operador en cuestión sea una empresa domiciliada en otro Estado de la Unión Europea? A mi juicio, la respuesta es negativa. Cuando se trata de sectores que, como consecuencia de la propia evolución de la política comunitaria, están llamados a un creciente nivel de integración, la presencia (normalmente en posiciones de control) de una Administración pública en la empresa que pretende adquirir una participación significativa en un operador español en un sector estratégico es un dato en todo caso relevante, especialmente en aquellos supuestos en que, por las propias características de la regulación del mercado de origen, no sea posible a las empresas españolas realizar operaciones similares en estos mercados.

No existe, en consecuencia, discriminación alguna de empresas u operadores por razón de su «nacionalidad», lo que sí resultaría frontalmente contrario al Tratado y respecto de la que no podría oponerse ninguna excusa o matización. La generalidad con que la normativa española ha construido el sistema de protección de los intereses generales hace que no pueda afirmarse que una empresa u operador foráneo vaya a merecer un tratamiento diferente de uno nacional.

El mecanismo de autorización administrativa previa de la Ley 5/1995 no limita en grado alguno la participación de capital extranjero de proveniencia comunitaria en empresas privatizadas y, de hecho, se han producido ya supuestos en que empresas u operadores extranjeros han adquirido porcentajes significativos del capital de empresas españolas privatizadas. Lo que sí se limita es la entrada de empresas u operadores, españoles o no, cuyas características, o posición en el mercado, resulten inconciliables con las decisiones de privatización y liberalización previamente adoptadas por el Gobierno español como instrumento básico de la política económica nacional.

Naturalmente, la adopción de este tipo de mecanismos podría haberse sustituido con ventaja por el establecimiento de normas homogéneas en

toda la Unión Europea. Se trataría, como se reclama desde algunos ámbitos, de que la Comisión realizase un esfuerzo decidido por aproximar las situaciones de partida de los distintos Estados miembros.

Y es que, en efecto, lo más sorprendente de la actuación de la Comisión en este ámbito se encuentra, como se ha dicho, en su escasa actividad frente a los Estados que se muestran más reacios a asumir que, como lógica consecuencia de la Unión Económica y Monetaria, todos los mercados deben abrirse a la competencia de otros operadores europeos. Es la falta de actividad de la Comisión en este ámbito —la ausencia de toda medida tendente a garantizar que las situaciones de dominio, cuando no de monopolio, existentes en determinados Estados no servirán, precisamente, y a través de la situación beneficiosa que para la empresa en cuestión representa ese estatuto privilegiado, para extender esa posición de privilegio a otros mercados, en perjuicio de los operadores nacionales que sí están sujetos a las exigencias derivadas del pleno establecimiento de un mercado competitivo—, la que obliga a los Estados miembros que más decididamente han apostado por la liberalización a proteger los saludables efectos que en términos de eficiencia se están produciendo en los distintos sectores como resultado de la introducción de competencia y de la desaparición de los privilegios de todo orden de que venían disfrutando algunos operadores.

Analizado desde este punto de vista, resulta paradójico que la actuación de la Comisión en este ámbito, pretendiendo restaurar libertades fundamentales que hipotéticamente podrían verse afectadas como consecuencia del efectivo ejercicio de los mecanismos de autorización administrativa previa, conlleve precisamente el efecto —igualmente contrario a los principios del Tratado— de permitir la entrada en sectores abiertos de la competencia de operadores o empresas situados, en origen, en una situación de privilegio.

Podría argumentarse frente a lo anterior que el Tratado de la Unión no prejuzga las decisiones que en materia dominical puedan ser adoptadas por los Estados miembros, es decir, que para la Comisión resulta indiferente cuál sea la titularidad —pública o privada— de las empresas u operadores, estando unas y otras sujetas a un mismo marco jurídico. Pero es que resulta difícil entender que una empresa participada por la Administración pública que opera en un sector en el que ostenta una posición cercana al monopolio deba merecer el mismo trato que un operador privado inmerso en un mercado competitivo.

¿Realmente podría afirmarse que, incluso en términos de derecho comunitario, ambas empresas son merecedoras de un mismo nivel de protección? ¿Podría decirse que las empresas que se encuentran en esa posición de privilegio originario están sometidas a una discriminación injustificada como consecuencia del establecimiento de este tipo de medidas? Si consideramos las previsiones del Tratado y las resoluciones adoptadas por las instituciones europeas en materia de ayudas públicas llegaremos a la inevitable conclusión de que esa diferencia de trato, en

absoluto discriminatoria, no puede ser considerada contraria al derecho comunitario.

En definitiva, parece indiscutible que un marco jurídico permisivo con el hecho de que empresas en que las Administraciones Públicas ostenten una participación significativa (que incluso permita el control de la compañía) puedan adquirir una posición equivalente en otras empresas europeas, condicionaría las decisiones de un Estado que, como el español, hubiera optado por la existencia de operadores privados y no públicos en un determinado mercado o sector.

Y es que, si bien puede afirmarse que el Tratado no permite ninguna singularidad —favorable o desfavorable— en el régimen jurídico aplicable a una determinada empresa por el hecho de que su titularidad sea pública o privada, lo que sí resulta plenamente coherente con el Tratado —y, de hecho, existen tanto en el propio ordenamiento comunitario como en el derecho interno de los Estados miembros previsiones y mecanismos jurídicos encaminados a tal fin (defensa de la competencia y, más concretamente, control de concentraciones)—, es el establecimiento de medidas tendentes a evitar que los operadores que se sitúan en una posición de dominio como consecuencia de la regulación de su Estado de procedencia (en absoluto ajena a la cuestión de la titularidad pública del capital) puedan servirse de ella para adquirir el control de otros operadores. Los mecanismos jurídicos usualmente conocidos como *golden share* (autorización administrativa previa en el caso español) se configuran así como instrumentos jurídicos complementarios a los propios del derecho de la competencia (comunitario y nacional), con los que comparten plenamente fines y no pocas categorías jurídicas, y cuya singularidad responde a la importancia de los intereses generales afectados.

En esta línea argumental, PAREJO ALFONSO⁹ resalta que, aunque los Estados puedan acotar negativamente (vía exclusión o publicación de actividades) el ámbito de la vida económica accesible libremente a todos los sujetos, es decir, conservan prácticamente íntegro el poder de intervención social, el ahora artículo 90 del Tratado establece importantes limitaciones y cautelas y exige que tales decisiones se deriven de la cobertura de verdaderas necesidades colectivas.

No puede afirmarse, en consecuencia, que el Tratado se muestre totalmente indiferente ante la opción público-privado en el ámbito empresarial. Antes al contrario, la presencia pública se encuentra sujeta a importantes restricciones y cautelas, manifestando la radical desconfianza del legislador comunitario ante la presencia de operadores públicos en el ámbito de mercados abiertos a la competencia.

Y es que en la génesis de la redacción del entonces artículo 90 del Tratado se encuentra, como indica el propio autor, «un compromiso polí-

⁹ Luciano PAREJO ALFONSO, «Mercados de servicios en libre competencia y sector público en el orden comunitario», *Anuario de Defensa de la Competencia*, 1996, pp. 87-117.

tico sugerido significativamente por Francia para superar los reparos formulados por los pequeños Estados sobre la base de la desigual competencia entre sus empresas y las grandes empresas públicas beneficiarias de monopolios».

Ésta es la clave de la cuestión. De no adoptarse medidas armonizadoras que equiparen el grado de liberalización de los distintos mercados nacionales, un Estado al que, en principio, el Tratado atribuye libertad para decidir si desea o no reservar al sector público un determinado ámbito empresarial y que ha optado decididamente, a través de la combinación entre privatización y liberalización, por la competencia entre operadores privados, puede ver desvirtuada una decisión fundamental en materia de política económica (nacional) como consecuencia de la indeseable aparición de operadores públicos de otros Estados que hubieran adoptado —con el mismo fundamento jurídico y con igual legitimidad— mantener un determinado sector de actividad en el ámbito de lo público.

Y es que al final, por la vía de la inacción, llegaríamos a una situación en la que cuando un Estado decidiese —con los costes de todo orden que de ello se derivan— emprender la privatización de empresas de capital mayoritariamente público que operan en sectores estratégicos, por entender que con ello se logra una mayor eficiencia en el comportamiento de empresas y mercados, esa decisión —para la que el Tratado, insistimos, atribuye plena libertad a cada Estado miembro— podría ser alterada por la actuación de otros Estados y sus operadores. No nos encontramos aquí ante un problema exclusivamente jurídico, sino ante el serio riesgo de que determinadas opciones de política económica —plenamente aceptables de acuerdo con el Tratado— se vean penalizadas desde un punto de vista estrictamente empresarial, sin perjuicio de los beneficiosos efectos que pudieran estar produciéndose a favor de los consumidores y de la economía en su conjunto, en términos de una mayor eficiencia.

La clave no sólo se encuentra en resolver la cuestión planteada por las instituciones comunitarias, como seguidamente se verá, de si cabe o no introducir modificaciones a la libertad de establecimiento o al libre movimiento de capitales, pues, como recuerda PIÑAR MAÑAS¹⁰, el ordenamiento comunitario admite tanto las restricciones a los movimientos de capital como las excepciones a las libertades comunitarias derivadas de la cláusula de interés general, aun cuando ésta deba ser interpretada restrictivamente. Lo que debe concretarse es si nos encontramos ante limitaciones compatibles con el Tratado que tratan de proteger principios e intereses igualmente garantizados por aquél.

Dejando al margen estas consideraciones generales, si nos adentramos en el análisis de los reproches jurídicos concretamente formulados a los mecanismos de autorización administrativa previa (como sucede, por ejemplo, en el caso de la demanda interpuesta por la Comisión contra

¹⁰ J. L. PIÑAR MAÑAS, «Privatización de empresas públicas y derecho comunitario», *Revista de Administración Pública*, núm. 133, enero-abril 1994, pp. 17-56.

el Reino de España), se descubre que, en ocasiones, están más basados en un juicio de intenciones respecto de los riesgos de una utilización arbitraria de la norma que en un análisis del contenido de las normas adoptadas, lo que seguramente resulta inevitable al no haberse utilizado el mecanismo jurídico de la autorización administrativa previa en ningún caso.

En realidad, y centrándonos en el caso español, la Comisión no puede reprochar al Reino de España que la autorización administrativa previa haya impedido el libre movimiento de capitales o el establecimiento en España de una empresa comunitaria. A lo sumo, y es un reproche ciertamente débil, podría llegar a decirse que la normativa española podría producir ese efecto, lo que tal vez hiciese aconsejable que la actuación de las autoridades comunitarias se pospusiera al momento en que el ejercicio de las potestades administrativas contenidas en la normativa de referencia hubiera provocado efectivamente una situación contraria al Tratado.

Otro punto sobre el que puede merecer la pena detenerse se refiere al reproche relativo a la falta de proporcionalidad del instrumento.

Si se tiene en cuenta el número de supuestos en que la autorización administrativa previa ha sido establecida como mecanismo jurídico (especialmente si insistimos en la idea de que, hasta el momento, ese instrumento permanece inédito), comparamos el número de empresas privatizadas con los supuestos en que se ha establecido la autorización administrativa previa, si tenemos en cuenta el innegable carácter estratégico de los sectores comprendidos, la importancia de los intereses generales afectados; y si, por último, se tiene en cuenta el hecho de que, cuando las circunstancias lo han permitido (por ejemplo, cuando los mercados o sectores han alcanzado una situación de madurez que han hecho innecesario el mantenimiento de estos instrumentos de protección) este régimen singular ha desaparecido, entonces podremos afirmar que se trata de mecanismos de evidente carácter excepcional, proporcionados a la importancia de los intereses en concurrencia, y que, al día de la fecha, no han producido en ningún caso comprobado un efecto contrario a los preceptos del Tratado invocados por la Comisión.

Aludiendo a la pretendida vulneración del principio de proporcionalidad, otro argumento que puede merecer algún comentario se refiere a que la protección de los intereses generales a los que pretende servir podría haberse alcanzado por medios menos restrictivos.

De partida, resulta llamativo que esos medios restrictivos no se citen en ningún momento por quienes realizan estos comentarios. En no pocas ocasiones, ni tan siquiera se alude al ámbito (normativo, estatutos sociales, decisiones de órganos administrativos) en el que la adopción de las medidas posibles hubiera podido tener mejor acomodo. De hecho, no existe ninguna norma comunitaria que haya realizado un esfuerzo de armonización en este ámbito.

Por otra parte, debemos considerar el hecho de que, a pesar de los matices jurídicos que en cada caso han revestido las medidas adoptadas (más próximas al derecho mercantil en el caso del Reino Unido y más administrativizadas en los demás supuestos), la Comisión no ha considerado aceptable ninguno de los sistemas y ha demandado a todos los Estados en que están vigentes.

El hecho de que la mayor parte de los Estados de la Unión Europea que han debido compaginar intensos procesos de privatización con la necesidad de garantizar la protección de relevantes intereses generales hayan adoptado medidas que, al margen de las mencionadas singularidades, resultan equiparables en cuanto a su finalidad, duración y efectos y en ningún caso éstas hayan sido consideradas adecuadas por la Comisión, es suficientemente ilustrativo de la debilidad del argumento de las instituciones comunitarias.

Centrándonos, para finalizar, en el concreto reproche jurídico que realizan las instituciones comunitarias, a saber, la contravención de libertades fundamentales contenidas en el Tratado, hay que partir de la afirmación de que, a menudo, los reproches que se formulan a estos instrumentos no tienen suficientemente en cuenta la diferencia existente en nuestro ordenamiento respecto de los supuestos en que cabe la imposición de autorización administrativa como condición a la realización de determinadas operaciones.

Así, deben distinguirse, por un lado, los supuestos en que se produce una actuación tendente al control de una de las compañías, de aquellos, seguramente derivados de lo anterior, en que quien ostenta una posición de control de la compañía aprovecha ésta para enajenar los activos que permiten a la empresa realizar sus actividades.

Ni puede afirmarse que una medida tendente a que una empresa pueda alcanzar el dominio efectivo de una compañía privatizada afecte a la libertad de circulación de capitales ni que la enajenación de los activos imprescindibles para el desarrollo de la actividad empresarial y el cumplimiento de obligaciones de servicio público (que, recordemos, fueron previamente adquiridos mediante ampliaciones de capital suscritas por las Administraciones Públicas o gracias a los ingresos producidos en situaciones de monopolio o cuasi-monopolio), bien para obtener rápidas plusvalías o, incluso, y en la peor de las hipótesis, para perjudicar a un competidor (supuestos en que la posición de dominio fuese alcanzada por un operador en el mismo sector de actividad que la empresa privatizada) afecten al derecho de establecimiento.

De lo anterior deriva la incorrección jurídica de la realización de argumentaciones jurídicas «por agregación» del tipo de las que, a menudo (e, incluso, desde las instituciones comunitarias) se efectúan respecto del sistema de autorización administrativa previa establecido en el ordenamiento español: no pueden utilizarse indistintamente las normas sobre libre circulación de capitales y libertad de establecimiento cuando se

enjuician medidas pertenecientes a los dos distintos grupos antes enunciados. Cuando se priva del beneficio derivado de la utilización indistinta de argumentos y doctrina del propio Tribunal para unos y otros supuestos a quienes censuran la compatibilidad con el Tratado de estos instrumentos, su argumentación jurídica resulta seriamente debilitada.

El recurso argumental a normas que tienen por objeto fundamental permitir la realización de inversiones financieras transfronterizas en el ámbito de la Unión Europea como instrumento de reproche a normas que, en todo caso, se refieren a supuestos de inversión directa, en los que el propio ordenamiento europeo se muestra más permisivo en cuanto al establecimiento de limitaciones y controles, no existiendo normativa comunitaria que armonice materias tan vinculadas a las que nos ocupan, como la limitación de los derechos políticos de los accionistas en las sociedades, no representa, precisamente, una construcción jurídica que pueda considerarse sólida.

En este sentido, cabe preguntarse si cabría considerar contrario a la libre circulación de capitales el hecho de que un buen número de ordenamientos europeos (entre ellos el español) permita la emisión de acciones sin voto y que un inversor europeo que desee invertir en una determinada empresa que haya elegido esta vía de financiación no tenga otra opción que suscribir ese tipo de acciones, aceptando la limitación impuesta por los órganos societarios.

Podría argumentarse, frente a lo anterior, que supuestos como el de las acciones sin voto y, en general, aquellos en que se utilizan los estatutos sociales como vehículo para la introducción de estas limitaciones (como sucede en el caso británico), derivan de la propia voluntad de las sociedades y la de quienes, en cada momento, ostentan su control. Pero este argumento quiebra si tenemos en cuenta que, en el momento en que se aprueba el establecimiento del mecanismo de autorización administrativa previa, el Estado se encuentra, precisamente, en esa posición de control. ¿Es que el derecho comunitario puede admitir que el Estado, como principal accionista de una compañía, elija establecer mecanismos de protección en sede estatutaria y no en sede legal? Afirmarlo sería desconocer que, de hecho, el establecimiento de limitaciones en sede normativa garantiza tres notas de gran importancia: publicidad, transparencia y generalidad (ausencia de discriminación o arbitrariedad).

Y es que la aplicación del principio de libre establecimiento a un supuesto en que una empresa adquiere una participación en el capital de otro o parte de sus activos debe, cuando menos, ser cuidadosamente matizada, como igualmente debe serlo la traslación de la normativa sobre movimiento de capitales, en absoluto concebida para dar respuesta a situaciones como las que se plantean como consecuencia de la vigencia de mecanismos jurídicos como los explicitados.

En definitiva, consideramos que las normas establecidas no vulneran ni el derecho al libre establecimiento ni al libre movimiento de capitales.

Son normas que se limitan a introducir restricciones, plenamente compatibles con el Tratado (y aún exigibles por otros principios en él contenidos como el de la libre competencia), tendentes a evitar que empresas u operadores, nacionales o extranjeros, que, por sus especiales características, posición en el sector, naturaleza o situación en el mercado de procedencia, puedan beneficiarse de una posición no competitiva para hacerse con el control de empresas u operadores respecto de las que el Estado español ha adoptado medidas precisas, en el ámbito de las competencias que el Tratado le reconoce, para garantizar su eficiencia a través del doble proceso de liberalización y privatización.

5. CONCLUSIÓN

Los mecanismos de protección de los intereses generales usualmente conocidos como *golden share*, están presentes en la totalidad de los ordenamientos de los Estados europeos que han emprendido decididos procesos de privatización de empresas en sectores estratégicos (regulados), aunque revistiendo distintas denominaciones y configuraciones jurídicas que se adecuan a los rasgos caracterizadores de cada uno de esos ordenamientos. A pesar de esas diferencias formales, estos mecanismos, que en el Derecho español presentan la configuración de instituciones de derecho administrativo (autorización administrativa previa) establecidas en normas imperativas, responden a idénticos fines, se aplican en supuestos similares y tienen plazos de vigencia a menudo coincidentes.

Aunque la Comisión Europea ha mostrado una opinión desfavorable respecto de la compatibilidad de estos mecanismos con el Tratado de la Unión Europea y, de hecho, ha llegado a demandar a varios Estados ante el Tribunal de Justicia de Luxemburgo, es lo cierto que, como se ha tratado de argumentar aquí, su análisis presenta algunas debilidades, entre las que destaca la falta de atención a la utilidad de estos mecanismos como instrumento de protección de la libre competencia, complementario, por lo expuesto, a otros instrumentos establecidos tanto en el ámbito europeo como en el de los distintos Estados miembros.

Así pues, sería injusto considerar, como no pocas veces sucede, que el establecimiento de este tipo de instrumentos responde a absurdos criterios de proteccionismo nacional. Antes al contrario, la experiencia vivida hace evidente que estos mecanismos no se han utilizado para responder a las actuaciones de operadores cuando éstos son privados y se encuentran sujetos a la libre competencia. Más bien la existencia de estos supuestos ha conducido en no pocos casos a la reconsideración, cuando no a la desaparición, de los instrumentos de protección previamente establecidos. Es precisamente la necesidad de consolidar los procesos de liberalización emprendidos en los distintos Estados, en los que la privatización como instrumento al servicio de la eficiencia de empresas y mercados tiene una relevancia fundamental, la que constituye el fundamento último, junto

con la protección de los intereses generales en presencia, de este tipo de medidas.

Resultaría así que, lejos de constituir instrumentos jurídicos contrarios al Tratado, los mecanismos normalmente denominados como *golden share*, se encuentran perfectamente alineados con algunos de los principios fundamentales del ordenamiento comunitario y, sin duda, con la defensa de la competencia en los supuestos en que ésta puede verse falseada por la intervención de operadores cuya posición se encuentra, en origen, distorsionada tanto por su titularidad pública como por el privilegiado régimen jurídico del que disfrutan.

1. INTRODUCTION

1. Le régime de "golden share" constitue l'un des instruments de régulation de l'économie nationale et de politiques économiques nationales qui peut significativement influencer les instruments de l'Union européenne de régulation de l'économie nationale et de politiques économiques nationales par des interventions en son sein.

2. Depuis l'entrée en vigueur de l'Union européenne, de nombreux États membres, en les adoptant volontairement pour promouvoir les politiques économiques nationales dans les secteurs réglementés par l'UE, ont adopté le mécanisme juridique de "golden share" consistant à exercer le contrôle de la direction, en défendant les restrictions verticales nationales, les politiques économiques, les ports de marché et les entreprises locales.

3. Ce régime juridique peut être défini comme un mécanisme de régulation de l'économie nationale et de politiques économiques nationales qui consiste à exercer le contrôle de la direction, en défendant les restrictions verticales nationales, les politiques économiques, les ports de marché et les entreprises locales.

4. Il est vrai que l'effet cumulatif de ces mécanismes de régulation de l'économie nationale et de politiques économiques nationales peut constituer une entrave à la libre concurrence et à la libre circulation des marchandises, mais ce n'est pas le cas de ces instruments de régulation de l'économie nationale et de politiques économiques nationales.

1. Véronique Van de Venne, *Golden Shares*, 2014.
2. Véronique Van de Venne, *Golden Shares*, 2014.
3. Véronique Van de Venne, *Golden Shares*, 2014.
4. Véronique Van de Venne, *Golden Shares*, 2014.
5. Véronique Van de Venne, *Golden Shares*, 2014.

L'EFFET CUMULATIF DE RÉSEAU(X)

Didier FERRIER

Professeur à la Faculté de Droit de Montpellier

1. INTRODUCTION

1. Le règlement n.º 2790-99¹ concernant l'exemption de catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées consacre une part significative de son dispositif au traitement de «*l'effet cumulatif de réseaux parallèles de restrictions verticales similaires pratiquées par des fournisseurs ou des acheteurs*»².

Il s'agit même de l'innovation la plus marquante du nouveau règlement, car les autres dispositions reprennent pour l'essentiel les solutions déjà retenues dans les anciens règlements³ n.º 1983-83 concernant la distribution exclusive, n.º 1984-84 concernant l'achat exclusif et n.º 4087-88 concernant la franchise, en définissant les restrictions verticales concernées⁴, les pratiques condamnables⁵, les parts de marché et les entreprises liées⁶.

Elle n'a pourtant pas fait l'objet d'études critiques, au sens neutre du terme, comme si la notion d'effet cumulatif et les applications qui en ont été faites dispensaient de toute interrogation sur l'avenir du nouveau dispositif.

2. Il est vrai que l'effet cumulatif ou effet de réseau⁷ a été défini de manière claire par la Commission européenne comme celui réalisé «*lorsqu'un fournisseur qui pratique une restriction verticale déterminée avec ses acheteurs n'est pas le seul fournisseur à agir ainsi sur le marché*»⁸.

¹ Du 22 décembre 1999, JOCE 29 décembre, n.º L.336.

² Règlement article 6, 7 et 8, soit trois articles sur un total de 13 articles.

³ Dont l'application aux accords conclus avant le 1er juin 2000 est maintenue jusqu'au 31 décembre 2001.

⁴ Article 1 à 3.

⁵ Article 4 et 5.

⁶ Article 9 à 11.

⁷ I. VAN BAELE et J. F. BELLIS, *Droit de la concurrence de la CEE*, 1991, Bruylant.

⁸ Communication 26 novembre 1998, 98/C/365/03, S.III, pt. 4.

La Commission a d'abord utilisé l'effet cumulatif pour soumettre à l'application de l'article 81-1 du traité CE des contrats⁹ qui en principe n'auraient pas du en relever.

Elle a ensuite pris en compte cet effet pour retirer le bénéfice de l'exemption par catégorie dont profitaient certains contrats, lorsqu'elle constatait que *«l'accès au marché en cause ou la concurrence sur celui-ci, (était) restreint de façon significative par l'effet cumulatif de réseaux parallèles d'accords similaires établis par des producteurs ou distributeurs concurrents»*¹⁰.

3. Le règlement n.º 2790-99 reprend formellement cette seconde utilisation de l'effet cumulatif en vue de l'inapplicabilité de l'exemption catégorielle mais en élargit la portée (3), ce qui conduit à s'interroger sur le devenir de la première utilisation de l'effet cumulatif de réseaux en vue de l'applicabilité de l'article 81-1 (2).

2. L'APPLICABILITÉ DE L'ARTICLE 81-1

4. L'effet cumulatif, selon la définition donnée par la Commission, est lié à l'existence de réseaux d'accords similaires (A) dont la conjonction a été considérée comme susceptible d'affecter la concurrence (B) et, par voie de conséquence, de justifier l'application de l'article 81-1 du Traité CE.

A. L'EXISTENCE DE RÉSEAUX

5. Le réseau est un mode d'organisation des relations considéré comme un stade intermédiaire entre d'un côté le marché c'est-à-dire la confrontation en vue d'échanges entre des entités autonomes, d'un autre côté la hiérarchie c'est-à-dire l'intégration des échanges sous une autorité unique¹¹ permettant *«de constituer un appareil commercial peu coûteux (qui) assurera une régularité et souvent un développement des ventes»*¹².

6. Juridiquement, il est défini comme *«un groupe de contrats (visant) un but commun à toutes les parties, connu et voulu par elles, qui assure*

⁹ Notamment des accords d'achat exclusif de bière: CJCE 12 décembre 1967, Brasserie de Haecht, Rec. 525, et 28 janvier 1991, Stergios Delimitis, Rec. I, 935; Commission 24 février 1999, Whitbread, JOCE n.º L88, 31 mars; mais aussi CJCE 25 novembre 1971, Beguelin, Rec. 949, CJCE 10 juillet 1980, Lancôme Rec. 2511.

¹⁰ Règlement n.º 4087-88 en matière d'accord de franchise, article 8.a

¹¹ H. THORELLI, «Networks : between markets and hierarchies», *Strategy Management Journal*, vol. 7, t. 1, 1986, p. 375; G. PACHÉ et C. PARAPONARIS, *L'entreprise en réseau*, PUF, 1993, p. 313.

¹² Ph. MALAURIE et L. AYNÈS, *Contrats spéciaux*, Cujas, 10ème éd., 1997, p. 468, n.º 827; mais on pourrait ajouter mandant lié à des agents commerciaux ou commettant lié à des commissionnaires, donneur de licence lié à des licenciés, Commission 13 décembre 1985, JOCE n.º L369, 31 décembre, centre serveur lié à des utilisateurs...

la connexité de leurs conventions»¹³. Le réseau, à la différence du faisceau, n'est pas constitué par une simple addition de contrats, il est le résultat d'un entrelacement de relations juridiques: «chaque contrat déborde les relations des parties contractantes pour s'étendre à l'ensemble des membres du groupement qui ont adhéré par l'intermédiaire du (promoteur du réseau)»¹⁴. Il apparaît donc comme le produit des contrats conclus entre un promoteur du réseau qui est généralement fournisseur, concédant, franchiseur, et les adhérents au réseau qui sont des distributeurs: acheteur exclusif, distributeur sélectionné, concessionnaire, franchisé.

Il ressort de cette considération que le réseau est caractérisé par la combinaison d'une multiplicité d'engagements (a) similaires (b).

a) La multiplicité des engagements

7. La caractéristique première du réseau est la multiplicité des engagements qui le constituent.

A cet égard, le nombre des distributeurs déjà liés au réseau est généralement considéré comme un élément déterminant de l'engagement du candidat à l'adhésion: «chacun des partenaires devrait connaître l'existence des contrats auxquels il n'a pas été partie et sait que son contrat n'aurait pas été conclu si les autres ne l'avaient pas été»¹⁵; en droit français, dans les réseaux où les distributeurs supportent une obligation d'exclusivité au profit du promoteur, ce dernier doit ainsi donner à tout nouveau distributeur qui souhaiterait s'agréger une information, vingt jours avant la formation du contrat, sur l'importance du réseau et l'évolution quantitative qu'il a connue¹⁶.

8. Mais la caractéristique essentielle du réseau est la combinaison des engagements découlant de ces contrats, à travers la répartition des obligations entre tous les membres et la composition de ces obligations entre elles.

¹³ B. TEYSSIÉ, *Les groupes de contrats*, LGDJ, 1975, p. 36, n.º 67; adde définition donnée par L. AMIEL-COSME, *Les réseaux de distribution*, LGDJ, 1995, p. 8: «le réseau de distribution est celui qui naît de la somme de volontés individuelles, unissant un fournisseur, l'intégrateur, à une pluralité de revendeurs, distributeurs intégrés, donnant naissance à des accords-cadres principaux liés à des contrats accessoires, constituant un groupe de contrats synallagmatiques, conclus à titre onéreux et dans l'intérêt commun de ses membres, en vue d'organiser la revente de produits et/ou la fourniture de services, sur un marché déterminé, à un consommateur final»; E. BROUSSEAU, *L'économie des contrats*, PUF, 1993, p. 43: «les contrats contribuent à la création de réseaux qui forment des institutions»; dans le même sens, Y. FOURNIER, *Le réseau de vente*, Dalloz, 1990, p. 47.

¹⁴ J. GUYENOT, note sous Paris 18 novembre 1964, D.1965, 794; on a dans le même sens relevé que «la notion de réseau confère une dimension collective aux rapports bilatéraux établis entre un fournisseur et un revendeur en vue de former un ensemble cohérent», P. PIGASSOU, «La distribution intégrée», *Revue trimestrielle de droit commercial*, 1980, p. 483.

¹⁵ M. CABRILLAC, «Remarques sur la théorie générale du contrat», *Mélanges Marty*, 1978, p. 253.

¹⁶ C.com. article L.330-3 et décret 4 avril 1991, article 1, le fournisseur doit indiquer notamment: «la liste des entreprises qui font partie du réseau avec l'indication pour chacune d'elles du mode d'exploitation convenu; l'adresse des entreprises établies en France...; le nombre d'entreprises qui... ont cessé de faire partie du réseau au cours de l'année précédente».

9. La répartition des obligations vise à assurer la complémentarité des efforts de l'ensemble des membres du réseau.

Ainsi la participation de chacun à l'activité globale du réseau est généralement fixée par la stipulation d'engagements de quota ou de minima pour l'achat, la revente ou le chiffre d'affaires à réaliser.

Lorsque le distributeur a l'exclusivité de la commercialisation sur un territoire ces objectifs imposés par le promoteur du réseau sont très largement admis puisqu'ils constituent, alors, la contrepartie de la réservation territoriale liée à cette exclusivité¹⁷. Lorsque le distributeur ne bénéficie pas d'une exclusivité de commercialisation les objectifs de vente sont appréciés très restrictivement puisqu'il doit conserver la liberté de commercialiser d'autres produits¹⁸.

La participation de chacun à la promotion du réseau peut également être fixée, par l'obligation imposée au distributeur d'utiliser les signes distinctifs du réseau, de payer une fraction du budget promotionnel concernant l'ensemble du réseau, de réaliser des opérations promotionnelles et d'appliquer celles qui auront été décidées par le promoteur du réseau¹⁹. Là encore, la détermination de la participation aux promotions est très largement admise, sous réserve toutefois qu'elle ne vise pas un autre but en constituant l'argument d'une discrimination illicite, d'une imposition de prix²⁰ ou d'une entente sur les prix²¹.

10. La composition des obligations vise à assurer la synergie des efforts. Le réseau prend, en effet, tout son sens dans les effets positifs ou négatifs induits par chacun des contrats sur l'activité des autres mem-

¹⁷ Ancien règlement n.º 1983-83, considérant n.º 6: «la désignation d'un concessionnaire exclusif se chargeant de la promotion de la vente... constitue pour le fournisseur le moyen souvent le plus efficace et parfois même le seul moyen de pénétrer dans un marché... qu'il y a lieu de laisser à l'appréciation des parties le point de savoir si elles estiment souhaitable de stipuler dans les accords des obligations destinées à promouvoir les ventes et la mesure dans laquelle elles désirent prévoir de telles obligations» et article 2 pt. 3 validant l'obligation «d'acheter des quantités minimales» de produits; règlement n.º 1475-95, article 4, pt. 1-3, validant l'obligation «d'écouler pendant une période déterminée à l'intérieur du territoire convenu un nombre minimal de produits contractuels fixé par les parties de commun accord ou en cas de désaccord sur le nombre minimal de produits contractuels à écouler annuellement, par un tiers expert...», avec parfois le contrôle des objectifs en fonction des résultats de l'activité de l'ensemble des concessionnaires, ce qui montre bien qu'il s'agit d'une répartition des efforts entre eux; le règlement n.º 1475-95, art. 4, pt. 1-3 à propos de la fixation du minima précise: «... en tenant compte notamment... des estimations prévisionnelles de ventes pour ce territoire et au niveau national».

¹⁸ Ainsi, en matière de distribution sélective de produits parfumants et cosmétiques, le distributeur ne peut être tenu de réaliser un chiffre d'affaires minimal annuel supérieur à quarante pour cent du chiffre d'affaires moyen réalisé dans le réseau au cours de l'année précédente, TPI CE 12 décembre 1996, Leclerc, Rec. II, 1851; le juge français a estimé que la clause «imposant la réalisation d'un chiffre d'affaires minimal manifestement supérieur au pourcentage que les produits du fournisseur réalisaient sur le marché... perd le caractère raisonnable qui le légitime», Paris 1er février 1995, Lettre de la distribution 1995-4.

¹⁹ Commission CE décision 16 décembre 1985, Villeroy et Boch, JOCE n.º L.376, 31 décembre 1985.

²⁰ Règlement n.º 2790-99, article 4-a; CJCE 25 octobre 1983, AEG Telefunken, Rec. 3151.

²¹ Commission CE 16 décembre 1991, Yves Saint-Laurent, JOCE n.º L.12, 18 janvier 1992.

bres du réseau. Ces effets manifestent très clairement que le réseau n'est pas une simple juxtaposition de contrats mais un entrelacement de relations.

Ainsi, en illustration d'effet négatif, le concessionnaire ou le franchisé sont tenus pendant la durée du contrat de ne pas pratiquer une politique active de revente sur le territoire confié à un autre membre du réseau²², la politique active étant entendue comme le fait d'entretenir une succursale ou un dépôt sur le territoire d'un autre distributeur exclusif, d'y prospecter la clientèle par des actions publicitaires ou promotionnelles, d'y installer une force de vente concurrente.

En illustration d'effet positif induit par les contrats, chaque membre du réseau est tenu d'exécuter les prestations de garantie et de service après-vente demandées non seulement par ses clients mais aussi par ceux des autres membres du réseau et même par ceux ayant acquis les produits auprès de revendeurs n'appartenant pas au réseau²³.

L'inexécution de l'une de ces obligations par un membre du réseau engage la responsabilité de ce dernier vis-à-vis du promoteur du réseau (responsabilité contractuelle) mais aussi vis-à-vis des autres adhérents du réseau (responsabilité délictuelle). Des liens d'obligation s'établissent ainsi entre les membres du réseau alors qu'ils n'ont pas conclu de contrat entre eux²⁴.

De son côté, le promoteur du réseau est responsable vis-à-vis de l'ensemble des adhérents du respect de ces obligations par chacun. Il a donc le pouvoir mais surtout le devoir de faire sanctionner leur violation²⁵.

11. La composition de tous ces engagements confère aux relations contractuelles les aménageant une dimension collective qui a justifié l'application du droit de la concurrence au titre de l'article 81 du Traité CE.

Les autorités de la concurrence ont, en effet, très vite estimé que l'ensemble des contrats conclus entre le promoteur du réseau et chacun des adhérents était constitutif d'une entente entre tous les membres du réseau²⁶.

12. Encore faut-il, pour assimiler l'ensemble de ces contrats à un réseau, qu'ils emportent des obligations analogues; à défaut, l'ensemble

²² Règlement n.º 2790-99, article 4 validant «la restriction des ventes actives vers un territoire exclusif ou à une clientèle exclusive... concédés par le fournisseur à un autre acheteur»; règlement n.º 1475-95, article 3 pt. 8 et 9 validant l'obligation «de ne pas, en dehors du territoire convenu: entretenir des succursales ou des dépôts pour la distribution de produits contractuels... prospecter la clientèle pour des produits contractuels par une publicité personnalisée, de ne pas confier à des tiers la distribution ou le service... de produits contractuels...».

²³ La garantie contractuellement offerte par le promoteur du réseau peut toutefois être réservée aux produits vendus par un membre du réseau, CJCE 13 janvier 1994, Metro II, Rec. I, 15.

²⁴ M. CABRILLAC, article préc., p. 253, souligne «qu'ils ne sont pas les uns par rapport aux autres d'authentiques penitus extranei».

²⁵ Paris 28 septembre 1989, D.1990, Somm.371, obs. D. Ferrier; T. com. Paris 14 mai 1986, D.1988, Somm.23, obs. D. Ferrier.

²⁶ CJCE 13 juillet 1966, Grundig Consten, Rec. 429.

doit être qualifié de groupe de contrats, pour exprimer que les accords conclus à l'initiative d'une même personne sont liés par une identité de cause (exemples fréquents en matière de contrats organisant une publicité: contrat avec l'agence de publicité, contrats avec les supports..., de contrats organisant une application informatique: contrat portant sur le matériel, contrat portant sur le logiciel, contrat portant sur la maintenance...) et non par l'identité d'objet qui caractérise, elle, le réseau.

b) *La similarité des engagements*

13. Les contrats liant le promoteur d'un réseau et les adhérents de ce réseau sont en principe identiques, puisque toute différence de traitement entre eux s'analyse comme une discrimination et qu'une telle discrimination est condamnable si elle n'est pas justifiée par une contrepartie réelle et si elle affecte, par voie de conséquence, la capacité concurrentielle de celui qui la subit²⁷ ou la concurrence sur le marché²⁸.

14. Cependant, les autorités de la concurrence ont constaté qu'il existait parfois entre le promoteur du réseau et les adhérents des contrats différents²⁹. Elles ont été alors conduites à apprécier dans quelle mesure la similarité présentée par ces contrats permettait de les considérer globalement comme des accords constitutifs d'un même réseau.

Le règlement n.º 2790-99 en visant précisément les «*accords similaires*» (art. 6), comme le décret du 4 avril 1991 en imposant la «*présentation du réseau... qui doit comporter l'adresse des entreprises avec lesquelles la personne qui propose le contrat est liée par des contrats de même nature que celui dont la conclusion est envisagée...*» (art. 1) confortent cet élargissement de la notion de réseau.

Encore faut-il préciser le critère de la similarité.

15. Selon les autorités de la concurrence, la similarité s'apprécie essentiellement au vu des restrictions verticales convenues entre le promoteur du réseau et les distributeurs: «*Des réseaux parallèles d'accords verticaux sont considérés comme similaires s'ils contiennent des restrictions qui produisent des effets similaires sur le marché*»³⁰.

Le règlement n.º 2790-99 retient à ce titre quatre types de restrictions verticales:

— le «*monomarquisme*» par lequel le distributeur est incité à s'approvisionner uniquement ou presque exclusivement auprès du promoteur

²⁷ C.com. article L. 442-6.

²⁸ Traité CE article 81; C.com. art. L.420-1 et L. 442-6.

²⁹ Commission 2 décembre 1988, Charles Jourdan, JOCE n.º L.35, 7 février 1989, relève plusieurs types de contrats de distribution dans le réseau des distributeurs de chaussures Ch. Jourdan; CJCE 25 octobre 1977, Metro, Rec. 1875, après avoir exigé que «*les conditions de sélection soient fixées de manière uniforme à l'égard de tous les revendeurs potentiels et appliquées de façon non discriminatoire*», admet «*l'existence de canaux de distribution différenciés*».

³⁰ Lignes directrices, pt. 73.

du réseau, par une clause d'exclusivité d'approvisionnement ou de non concurrence, par une clause imposant un quota d'achat, ou encore par une clause imposant des achats ou des ventes liés³¹. Ces obligations sont susceptibles d'avoir un effet négatif sur la concurrence car les autres fournisseurs se voient empêchés de vendre aux distributeurs liés, ce qui limite la concurrence intermarques; en outre elles peuvent limiter aussi la concurrence entre les distributeurs liés, en leur interdisant de s'approvisionner auprès d'autres fournisseurs. La Commission apprécie toutefois de manière favorable ces obligations lorsque leur portée est limitée dans le temps³² ou quantitativement³³;

— la «distribution limitée» par laquelle le promoteur du réseau est tenu de ne vendre qu'à un acheteur ou à une certaine catégorie d'acheteurs dans un territoire, par une clause d'exclusivité de fourniture reposant sur une sélection quantitative (concession exclusive) ou qualitative (distribution sélective), ou par une clause aménageant la prestation de services après-vente en limitant les possibilités de vente du promoteur du réseau également fournisseur de composant. Ces obligations ont un effet négatif sur la concurrence dès lors que les distributeurs non sélectionnés ne pourront pas s'approvisionner auprès du fournisseur, que la limitation du nombre des distributeurs sélectionnés est susceptible de diminuer la concurrence intramarque, et surtout du fait que *«lorsque la plupart des fournisseurs concurrents restreignent le nombre de leurs détaillants, la collusion peut être facilitée au niveau des distributeurs ou au niveau des fournisseurs»*³⁴;

— l'«imposition de prix de vente» empêchant le distributeur de fixer librement ses prix de revente, par une clause imposant un prix minimal ou un prix fixe ou un prix maximal trop contraignant; le conseil de prix pouvant lui-même être assimilé à une imposition de prix lorsqu'il se traduit par une homogénéité des prix dans le réseau. L'imposition de prix produit un effet négatif évident sur la concurrence en réduisant la concurrence intramarque et en accroissant la transparence des prix au risque de faciliter la collusion horizontale entre fournisseurs ou entre distributeurs; la réduction de la concurrence intramarque entraîne par ailleurs un affaiblissement de la concurrence intermarques, en réduisant la pression à la baisse sur les prix³⁵;

— la répartition de marché par laquelle le distributeur est limité dans sa liberté de choisir sa source d'approvisionnement ou le marché sur lequel il écoulera certains produits, par une clause d'achat exclusif auprès du promoteur du réseau ou d'un fournisseur désigné par lui, ou par une clause d'exclusivité territoriale, d'attribution de zone de responsabilité principale, de limitation d'implantation ou encore de restriction de clien-

³¹ Lignes directrices, pt. 98.

³² Engagement souscrit pour une durée inférieure à cinq ans : règlement n.º 2790-99, article 5.

³³ Approvisionnement exclusif pour moins de 80% du chiffre d'affaires de l'acheteur: règlement n.º 2790-99, article 1.

³⁴ Lignes directrices, pt. 110.

³⁵ Lignes directrices, pt. 112.

tèle. Là encore, l'effet négatif sera la limitation de la concurrence intramarque permettant au fournisseur de cloisonner le marché; là encore, *«lorsque la plupart des fournisseurs concurrents restreignent les possibilités d'approvisionnement ou de revente de leurs acheteurs, la collusion peut s'en trouver facilitée, soit au niveau des distributeurs soit à celui des fournisseurs»*³⁶.

16. Au regard de l'effet cumulatif, ces restrictions verticales doivent être considérées dans leur portée plus que dans leur nature. En effet des restrictions distinctes par leur objet peuvent cependant produire des effets similaires sur le marché, par exemple: le monomarquisme d'une part et la répartition de marché d'autre part; il convient alors de les traiter comme des restrictions similaires.

La Commission donne comme exemple de restrictions similaires *«la distribution sélective fondée sur des critères exclusivement qualitatifs»* et *«la distribution sélective basée sur des critères quantitatifs»*³⁷.

17. La similarité des restrictions verticales apparaît plus fréquemment entre des contrats constitutifs de réseaux concurrents.

La Cour de justice a ainsi indiqué, dans des termes très généraux, que *«l'existence de contrats similaires est une circonstance qui, avec d'autres, peut former un ensemble constitutif du contexte économique et juridique dans lequel le contrat doit être apprécié»*³⁸ et que *«pour apprécier si l'existence de plusieurs contrats... entrave l'accès au marché, il faut... examiner la nature et le contexte de l'ensemble de ces contrats. Cet ensemble comprend tous les contrats similaires qui lient à plusieurs producteurs nationaux un nombre important de points de vente»*³⁹.

L'observation doit alors s'élargir de l'effet cumulatif des accords constitutifs d'un réseau à l'effet cumulatif des accords constitutifs de réseaux concurrents, lorsqu'il en résulte une affectation de concurrence.

B. L'AFFECTATION DE CONCURRENCE

18. L'ensemble des contrats organisant un réseau constitue une entente entre les membres du réseau. Cette entente n'est pas systématiquement condamnable au titre de l'article 81-1 du traité. Elle échappe à son application lorsqu'elle ne produit pas d'effet anticoncurrentiel sensible.

19. Pour apprécier si la concurrence est affectée de manière sensible par les contrats constitutifs d'un réseau, les autorités pourraient se limiter

³⁶ Lignes directrices, pt. 114.

³⁷ Lignes directrices, pt. 73.

³⁸ CJCE 12 décembre 1967, Brasserie de Haecht, Rec. 526; 18 mars 1970, Bilger, Rec. 127; 28 février 1991, Stergios Delimitis, Rec. I, 935.

³⁹ CJCE 18 mars 1970, Bilger, Rec. p. 127.

à la considération de ces contrats⁴⁰ mais, utilisant la notion d'effet cumulatif, elles considèrent également les contrats similaires constitutifs d'autres réseaux commercialisant des biens ou des services interchangeables ou substituables.

C'est ainsi que l'effet cumulatif des réseaux est pris en compte pour déterminer d'abord si la concurrence est restreinte sur le marché concerné (a), et dans l'affirmative, si les contrats constituant chacun des réseaux en cause relèvent de l'article 81-1 en raison de leur contribution à cette affectation de concurrence (b).

a) *La production de l'effet anticoncurrentiel*

20. L'accumulation de réseaux concurrents n'est pas à elle seule productrice d'un effet anticoncurrentiel. Cette accumulation constatée, l'article 81-1 commande de s'interroger sur l'affectation de concurrence qui en découle, c'est-à-dire d'apprécier les possibilités subsistantes d'accès au marché.

Comme l'a souligné le Tribunal de première instance, l'effet cumulatif des réseaux justifie l'application de l'article 81-1 dès lors *«premièrement qu'il existe des barrières à l'entrée sur le marché à l'encontre de nouveaux concurrents aptes à vendre les produits... de sorte que les systèmes de distribution en cause ont pour but de figer la distribution au profit des canaux existants..., ou deuxièmement qu'il n'y a pas de concurrence efficace, notamment en matière de prix...»*⁴¹.

L'effet anticoncurrentiel est donc évalué en considérant non seulement les contrats et les réseaux en cause mais aussi les solutions alternatives offertes à d'éventuels concurrents désireux d'accéder au marché.

21. Les contrats constitutifs de réseaux pourront en raison de leur nombre opérer une saturation de l'offre telle que le marché sera fermé à tout intervenant potentiel.

S'interrogeant sur l'effet cumulatif de contrats de bière, la Cour de justice a relevé que *«l'incidence des réseaux de contrats sur l'accès au marché dépend notamment du nombre des points de vente liés aux producteurs nationaux par rapport à celui des débits de boissons qui ne le sont pas, de la durée des engagements souscrits, des quantités de bière sur lesquelles ces engagements portent ainsi que de la proportion entre ces quantités et celles qui sont écoulées par des distributeurs non liés»*⁴².

S'interrogeant sur l'effet cumulatif des contrats de distribution de crème glacée, le Tribunal de première instance a estimé que le nombre important de distributeurs terminaux pouvait, en raison de l'absence d'in-

⁴⁰ CJCE 13 juillet 1966 cité *supra* note 26.

⁴¹ TPI CE 12 décembre 1996, Leclerc, Rec. II, 1851; TPI CE 14 mai 1997, Florimex, Rec. II, 693.

⁴² CJCE 18 mars 1970, Bilger, Rec. p.129, pt. 19.

termédiaire indépendant, gêner l'entrée sur le marché d'un nouveau fournisseur⁴³.

22. Il faut compléter l'appréciation quantitative des contrats par une appréciation qualitative. Les contrats constitutifs de réseaux peuvent produire un effet anticoncurrentiel en raison de la nature même des engagements qu'ils stipulent. Par exemple, l'obligation imposée au distributeur d'utiliser pour les seuls produits du fournisseur un matériel mis à sa disposition par ce dernier, lorsque ce matériel est essentiel pour la commercialisation des produits concernés et que le point de vente ne peut pas en accueillir un autre⁴⁴.

23. La nature et le nombre des contrats ne sont pas les seuls indicateurs de l'effet anticoncurrentiel, *«il ne suffit pas de constater qu'à un moment donné, sur un marché, la majorité des distributeurs d'un produit est liée par des exclusivités... aux fabricants nationaux pour en déduire que l'accès au marché est fermé... un marché n'est fermé que si les concurrents n'ont réellement aucune possibilité d'y pénétrer»*⁴⁵.

Ainsi, la Cour de justice a estimé, dans le secteur de la bière, qu'il fallait vérifier *«s'il existe des possibilités réelles et concrètes pour un nouveau concurrent de s'infiltrer dans le faisceau de contrats grâce à l'acquisition d'une brasserie déjà implantée sur le marché avec toute sa chaîne de points de vente ou de contourner le faisceau de contrats par l'ouverture de nouveaux débits de boissons»*⁴⁶.

24. Il résultera de la constatation d'un effet anticoncurrentiel que des contrats constituant un réseau, qui échapperaient a priori à l'application de l'article 81-1 du traité parce qu'ils apparaissent comme des accords d'importance mineure⁴⁷ ou parce qu'ils ne comportent pas de restrictions de concurrence en principe condamnables⁴⁸, pourront s'y trouver tout de même soumis en raison de l'existence d'autres réseaux⁴⁹.

La prise en compte de l'effet cumulatif dans un règlement d'exemption ne saurait remettre en cause cette solution puisqu'elle est fondée sur la constatation d'une affectation de concurrence relevant de l'article 81-1.

⁴³ TPI CE 8 juin 1995, Scholler, Rec. II, 1611, pt. 85 et Langnese, Aff. T. 7/93, pt. 110.

⁴⁴ Utilisation exclusive pour les produits du fournisseur de crème glacée d'un congélateur prêté par ce dernier et occupant pratiquement toute la place disponible dans le point de vente, cf. TPI CE 8 juin 1995, préc.

⁴⁵ M. C. BOUTARD-LABARDE, «Les contrats d'approvisionnement exclusif», *JCP Cah.dr.ent.* 1992-3, p. 2.

⁴⁶ CICE 28 février 1991, Delimitis, Rec. I, p.935, pt. 21.

⁴⁷ Communication sur les accords d'importance mineure, 15 octobre 1997, *JOCE* 9 décembre 1997; Commission 11 janvier 1991, Vichy, *JOCE* n.° L.75, 21 mars 1991.

⁴⁸ Absence de clause dite «noire» visée par les articles 4 et 5 du règlement n.° 2790-99.

⁴⁹ On a fait reproche à cette solution de reposer non pas sur le dispositif du traité puisque l'article 81 ne fait aucune référence à l'effet cumulatif mais sur la théorie des pouvoirs implicites aux termes de laquelle les autorités chargées d'appliquer l'article 81 auraient tout pouvoir pour réaliser son objectif de maintien d'une concurrence efficace, B. GOLDMAN, A. LYON-CAEN et L. VOGEL, *Droit commercial européen*, Dalloz 1994, n.° 499; sur la théorie, cf. R. KOVAR, *Le pouvoir réglementaire de la communauté européenne*, Paris 1964, 131 s.

L'article 81-1 s'appliquera donc, mais uniquement aux contrats qui contribuent à affectation de concurrence, c'est-à-dire qui jouent un rôle dans la «fermeture du marché»⁵⁰.

b) *La contribution à l'effet anticoncurrentiel*

25. La Commission a précisé que «*la responsabilité de l'effet anticoncurrentiel cumulatif ne peut être imputée qu'aux entreprises qui contribuent d'une manière significative à cet effet. Les accords conclus par des entreprises dont la contribution à l'effet cumulatif est insignifiante ne tombent pas sous le coup de l'article 81-1*»⁵¹.

Il appartient aux autorités de la concurrence d'apprécier dans quelle mesure les contrats de chacun des réseaux en cause contribuent à l'effet de blocage par leur contenu (durée, nature des engagements...) ou par leur économie (part de marché des parties concernées, nombre de points de vente impliqués, gamme des produits concernés...).

26. Il en résulte que des contrats constitutifs de réseaux différents, qui comportent un même type de restriction pourront être appréciés de manière différente en raison de la portée de cette restriction.

La solution s'étend aux contrats constitutifs d'un même réseau. Selon la Cour de justice «*le fait de fractionner... le réseau d'un même fournisseur ne relève pas de l'arbitraire et ne compromet pas le principe de sécurité juridique. En effet un tel fractionnement procède d'une appréciation concrète de la position de l'opérateur..., visant... à limiter la nullité encourue aux seuls contrats d'un fournisseur qui ont ensemble une incidence significative sur l'effet de fermeture du marché*»⁵². En l'occurrence, des contrats d'achat exclusif d'hydrocarbures résiliables avec préavis d'un an ont été considérés comme distincts de contrats de même nature conclus pour une durée plus longue et n'ont pas été pris en compte au titre de l'effet cumulatif.

27. De la même manière, le réseau dont la part de marché est faible⁵³ ou dont les contrats aménagent de réelles libertés concurrentielles par rapport aux contrats constituant les autres réseaux⁵⁴ échappera à l'application de l'article 81-1, puisqu'il emporte, contrairement aux autres, un rétablissement de la concurrence ou un affaiblissement des restrictions de concurrence.

28. Il appartient, dès lors, à chaque promoteur de réseau d'apprécier sa part de marché par rapport à celle détenue par les réseaux concurrents

⁵⁰ TPI CE 27 février 1992, Vichy, Rec. II, 415.

⁵¹ Lignes directrices, pt. 74.

⁵² CJCE 7 décembre 2000, Neste Markkinointy Oy, Aff. C.214/99, pt. 37.

⁵³ CJCE 7 décembre 2000, Neste Markkinointy Oy, préc., ventes du réseau représentant moins de 2,5% des ventes totales sur le territoire national.

⁵⁴ CJCE 28 février 1991, Delimitis, préc.: clause dit «d'ouverture» permettant «réellement» au distributeur d'acquérir certains produits concurrents.

et, dans l'hypothèse où il détiendrait une part significative, d'aménager ses contrats de manière à ne pas restreindre de manière trop sensible la concurrence intermarques.

29. On a reproché au jeu de l'effet cumulatif des réseaux de créer ainsi une insécurité juridique puisque l'on «parvient à faire grief à des entreprises d'atteintes à la concurrence dont elles ne peuvent guère même avoir conscience»⁵⁵, ou encore «connaissance»; les informations concernant le marché et les contrats passés par les concurrents étant souvent «difficiles à appréhender»⁵⁶.

Ces reproches seraient recevables si le droit de la concurrence se bornait à une police des comportements anticoncurrentiels, mais ils ne peuvent être retenus, particulièrement au moment où le droit de la concurrence donne une importance considérable au contrôle de la structure du marché à travers la notion de pouvoir de marché⁵⁷.

L'effet cumulatif de réseaux parce qu'il renforce les pouvoirs de marché, peut donc non seulement provoquer, comme par le passé, l'applicabilité de l'article 81-1, mais aussi entraîner, de manière désormais plus large, l'inapplicabilité de l'exemption catégorielle.

3. L'INAPPLICABILITÉ DE L'EXEMPTION CATEGORIELLE

30. L'article 81-3 du traité permet d'exempter les accords susceptibles de tomber sous le coup de l'article 81-1.

Le règlement n.º 2790-99 souligne, à cet égard, que «les accords verticaux peuvent améliorer l'efficacité économique à l'intérieur d'une chaîne de distribution grâce à une meilleure coordination entre les entreprises participantes; ils peuvent en particulier entraîner une diminution des coûts de transaction et de distribution des parties et assurer un niveau optimal de leurs investissements et de leurs ventes», en précisant que «la probabilité que de tels gains d'efficacité l'emportent sur les éventuels effets anticoncurrentiels des restrictions contenues dans les accords verticaux dépend du pouvoir de marché des entreprises concernées et dès lors du degré de concurrence des autres fournisseurs...»⁵⁸.

31. Il en résulte que «la présomption de légalité que confère (ce) règlement... peut être écartée si un accord vertical, considéré... en combinaison avec des accords similaires mis en œuvre par des fournisseurs... concurrents

⁵⁵ B. GOLDMAN, A. LYON-CAEN et L. VOGEL, *op.cit.*, n.º 500; C. GAVALDA et G. PARLÉANI, *Traité de droit communautaire des affaires*, Litec, 1992, n.º 566.

⁵⁶ L. IDOT et C. MOMÈGE parlent de «la menace d'une sanction permanente», *JCP Cah.dr.ent.*, 1995-6, p. 5.

⁵⁷ Lignes directrices pt. 9: «Les accords verticaux conclus par des entreprises dont la part ne dépasse pas 10% du marché en cause sont généralement considérés comme ne relevant pas de l'article 81-1»; règlement n.º 2790-99 art.3: «L'exemption s'applique à condition que la part du marché détenue par le fournisseur ne dépasse pas 30 % du marché pertinent».

⁵⁸ Considérant, pt. 6 et 7.

entre dans le champ d'application de l'article 81-1 et ne remplit pas toutes les conditions prévues à l'article 81-3»⁵⁹.

L'inapplicabilité de l'exemption catégorielle pourra ainsi intervenir en raison de l'effet cumulatif de réseaux dans deux hypothèses: lorsque cet effet se traduit par une fermeture du marché, il s'agit alors de sanctionner, par un retrait individuel de l'exemption, l'affectation de concurrence (A), ou lorsqu'il implique des réseaux couvrant une part importante du marché en cause, il s'agit alors de prévenir, par l'exclusion collective du champ de l'exemption, une affectation de concurrence (B).

A. LE RETRAIT INDIVIDUEL DE L'EXEMPTION

32. De la même manière que l'article 81-1 peut s'appliquer à des accords de réseau qui devraient en principe lui échapper, lorsqu'ils contribuent à la production d'un effet anticoncurrentiel⁶⁰, l'article 81-3 ne s'applique plus aux accords de réseau qui bénéficiaient de l'exemption, lorsque «l'accès au marché en cause, ou la concurrence sur ce marché, est restreint de manière significative par l'effet cumulatif de réseaux parallèles de restrictions verticales similaires pratiquées par des fournisseurs ou des acheteurs concurrents»⁶¹.

Le retrait de l'exemption se singularise ici moins par ses conditions (a) que par son auteur (b).

a) Les conditions du retrait

33. Les conditions du retrait de l'exemption prévue par l'article 81-3 sont, normalement, les mêmes que celles gouvernant l'application de l'article 81-1, puisque le retrait rétablit précisément la pleine application de l'article 81-1.

La Commission doit donc faire la preuve que les contrats en cause relèvent de l'article 81-1 et ne satisfont pas les conditions d'exemption visées à l'article 81-3⁶².

34. L'appréciation de l'effet de fermeture du marché prendra en compte: la part de marché des accords en cause⁶³, ainsi que le nombre de points de vente concernés, la durée des accords, la nature des engagements⁶⁴.

⁵⁹ Lignes directrices, pt. 71.

⁶⁰ *Supra* n.° 21.

⁶¹ Règlement n.° 2790-99, art. 6.

⁶² Lignes directrices, pt. 72.

⁶³ Lignes directrices, pt. 73: «... une décision de retrait peut être prise, entre autres, dans les cas où l'acheteur par exemple dans le contexte de la distribution exclusive, dispose d'un pouvoir de marché important sur le marché en cause en aval, dans lequel il revend les biens ou effectue les prestations de services».

⁶⁴ *Supra* n.° 11.

La Commission fournit des exemples de cette appréciation en visant tout particulièrement la distribution sélective: l'effet cumulatif anticoncurrentiel peut être constaté «*si certains fournisseurs, sur un marché donné, pratiquent une distribution sélective fondée sur des critères exclusivement qualitatifs tandis que d'autres fournisseurs utilisent un système de distribution sélective basé sur des critères quantitatifs*»⁶⁵, et l'exclusivité d'approvisionnement: «*de tels effets cumulatifs peuvent par exemple se produire dans le cas d'obligations de non concurrence*»⁶⁶.

35. Il faudra là encore analyser l'impact de chaque réseau pour décider si les contrats qui le constituent contribuent significativement à l'effet de fermeture du marché⁶⁷: «*Les accords conclus par des entreprises dont la contribution à l'effet cumulatif est insignifiante ne tombent pas sous le coup de l'article 81-1 et ne sont donc pas soumis au mécanisme du retrait de l'exemption*»⁶⁸.

Le retrait de l'exemption pourra alors ne concerner que certains accords. Dans l'exemple, fourni par la Commission, de deux réseaux de distribution sélective, l'un fondé sur des critères qualitatifs, l'autre fondé sur des critères qualitatifs et aussi quantitatifs⁶⁹, il est souligné qu'«*il faut tenir compte des effets anticoncurrentiels imputables à chaque réseau d'accords considéré séparément. Le cas échéant, le retrait de l'exemption peut ne concerner que les limitations quantitatives concernant le nombre de distributeurs agréés*»⁷⁰.

36. La décision de retrait établira l'existence de l'infraction à l'article 81-1 commise par les contrats en cause et les soumettra à la sanction de l'article 81-2.

La perturbation ainsi apportée aux réseaux à travers la remise en cause de leurs contrats se trouve limitée, dans un souci de sécurité juridique, par l'absence d'effet rétroactif de la décision de retrait; d'où il résulte que les situations nées de l'exemption et les droits bénéficiant jusque là au contrats concernés ne seront pas remis en cause pour la période écoulée avant la date de prise d'effet du retrait⁷¹.

La perturbation peut-elle être également limitée par une remise en cause seulement partielle de ces contrats ? La question avait été posée au nom du principe de proportionnalité entre la sanction et la pratique en cause. Le Tribunal de première instance y a répondu négativement, en estimant que le retrait de l'exemption devait affecter les contrats dans leur ensemble, puisque l'appréciation de l'effet cumulatif tenait elle-même compte de l'ensemble des contrats⁷².

⁶⁵ Règlement considérant n.º 13 et Lignes directrices, pt. 73.

⁶⁶ Règlement considérant, n.º 13.

⁶⁷ Lignes directrices, pt. 74.

⁶⁸ De sorte que l'on retrouve alors le principe d'inapplicabilité de l'article 81-1, vu *supra*.

⁶⁹ *Supra* n.º 16.

⁷⁰ Lignes directrices, pt. 73.

⁷¹ Lignes directrices, pt. 75.

⁷² TPI CE Langnese, Aff. T.7/93, pt. 193.

b) *L'auteur du retrait*

37. La décision de retrait ne peut normalement être prise que par la Commission, en application du principe du parallélisme des formes: elle seule peut accorder l'exemption, elle seule peut la retirer.

C'est d'ailleurs la différence essentielle entre la décision de retrait du bénéficiaire de l'exemption lorsque l'accord ne satisfait plus les conditions requises par le règlement d'exemption et la décision d'inapplicabilité du règlement d'exemption lorsque l'accord ne satisfait pas les conditions requises par le règlement pour l'obtention de cette exemption; la seconde pouvant être prise par la Commission comme par le juge national.

38. L'article 7 du règlement n.º 2790-99 confie cependant l'exercice du retrait de l'exemption au juge national, dans l'hypothèse où l'effet cumulatif restreindrait l'accès au marché ou la concurrence *«sur le territoire d'un Etat membre ou sur une partie de ce territoire qui présente toutes les caractéristiques d'un marché géographique distinct»*. Il appartiendra au juge national de relever la spécificité du marché ainsi délimité.

Ce dispositif n'emporte pas, pour autant, l'éviction de la Commission. D'abord, il est précisé que *«si un Etat membre n'a pas adopté de législation qui permette à l'autorité nationale compétente d'appliquer le droit communautaire de la concurrence ou, du moins, de retirer le bénéfice de l'exemption par catégorie, cet Etat membre peut demander à la Commission d'engager une procédure»*⁷³; ensuite, la Commission conserve la possibilité de traiter directement les contrats en cause si l'affaire lui paraît présenter un intérêt communautaire⁷⁴. Le dispositif emporte seulement une application décentralisée des règles de concurrence par les autorités nationales⁷⁵. Il est donc admis que la Commission et les autorités nationales ont, dans l'hypothèse d'une affectation de concurrence localisée au plan national, des *«compétences concurrentes pour le retrait du bénéfice de l'exemption»*⁷⁶.

39. Les décisions nationales de retrait du bénéficiaire de l'exemption doivent bien sûr être prises conformément aux procédures prévues par le droit national, et leur portée est limitée au territoire national.

Mais, pour prévenir toute distorsion dans l'application des règles communautaires au plan du marché unique, la Commission rappelle que *«les décisions nationales ne peuvent porter préjudice à l'application uniforme des*

⁷³ Lignes directrices, pt. 76.

⁷⁴ Par exemple, parce qu'elle *«soulève un problème juridique nouveau»*, Lignes directrices, pt. 77; sur la notion d'intérêt communautaire : TPI 24 janvier 1995, Viho, Rec. II, 17; 18 septembre 1992, Automec, Rec. II, 2223.

⁷⁵ Dans l'esprit du règlement du Conseil, n.º 1215-99 du 10 juin 1999, JOCE n.º L148, 15 juin.

⁷⁶ Lignes directrices, pt.77; si l'affectation concerne un marché dépassant le territoire national, l'autorité nationale n'est plus compétente.

règles de concurrence communautaires ni au plein effet des actes pris en application de ces règles»⁷⁷.

B. L'EXCLUSION COLLECTIVE DU CHAMP DE L'EXEMPTION

40. L'effet cumulatif peut être pris en considération alors même qu'aucune affectation de la concurrence ne se trouve constatée.

Le règlement n.º 2790-99 dispose en effet que *«la Commission peut déclarer, par voie de règlement, lorsque des réseaux parallèles de restrictions verticales similaires couvrent plus de 50 % d'un marché en cause, que le règlement ne s'applique pas aux accords verticaux qui comportent des restrictions spécifiques concernant ce marché»⁷⁸.*

Ce traitement de l'effet cumulatif se singularise autant par les conditions de sa mise en œuvre (a) que par ses conséquences (b).

a) Les conditions de l'exclusion

41. Le retrait du bénéfice de l'exemption au titre des articles 6 ou 7 du règlement n.º 2790-99 supposait que soit établie une infraction à l'article 81-1⁷⁹; l'exclusion du champ de l'exemption, en application de l'article 8 du règlement, suppose seulement que soit constaté un effet cumulatif de réseaux d'accords similaires couvrant plus de 50 % du marché.

42. Il semble donc présumé que la multiplication des réseaux conduirait à entraver la concurrence. Le maintien sur les différents marchés de produits ou de services, d'une diversité des modes de distribution apparaît alors aussi important que le maintien d'une libre concurrence⁸⁰. Dans le même esprit, le Tribunal de première instance avait déjà condamné *«l'élimination (par un producteur) d'une forme de distribution en elle-même»⁸¹.*

La Commission fournit dans les Lignes directrices un exemple, qui se veut rassurant, d'application de l'article 8 du règlement: *«En règle générale l'exclusion du champ d'application de l'exemption par catégorie se justifie lorsque l'accès au marché en cause ou la concurrence sur ce marché sont susceptibles d'être limités sensiblement. Tel peut être le cas notamment lorsque des réseaux parallèles de distribution sélective couvrant plus de 50 % du marché utilisent des critères de sélection qui ne sont pas exigés par la*

⁷⁷ Lignes directrices n.º 78, CICE 13 février 1969, Walt Wilhelm, Rec. 1969, I, pt. 4; cf. règles sur la coopération entre la Commission et les autorités de la concurrence, Communication du 15 octobre 1997, JOCE n.º C.313, 15 octobre.

⁷⁸ Article 8; cf. règlement n.º 1215-1999 ajoutant un article 1 bis au règlement n.º 19-65.

⁷⁹ *Supra* n.º 25.

⁸⁰ M. C. BOUTARD-LABARDE, Thèse Paris II, 1981, 159.

⁸¹ TPI CE Leclerc, Givenchy, préc.

*nature des biens en cause ou pratiquent une discrimination à l'égard de certains modes de distribution pourtant adaptés à la vente de ces biens*⁸². Mais l'exemple choisi et la solution dégagée ne présentent guère d'originalité puisqu'il a déjà été jugé que la distribution sélective pour être validée doit être justifiée par la nature des produits⁸³, doit prévoir des restrictions de concurrence «*qui ne vont pas au delà de ce qui est nécessaire*»⁸⁴ et doit reposer sur des critères de sélection «*appliqués de manière non discriminatoire*»⁸⁵.

43. On pourrait reprocher à cette application de l'effet cumulatif de sous-estimer la réalité de la concurrence intermarques et surtout de remettre en cause la validation des formules contractuelles utilisées. Les accords constitutifs de réseaux sont, en effet, ceux dont l'apport économique a été reconnu par les autorités de la concurrence parce qu'ils répondent de manière pertinente aux réalités économiques tant du point de vue des nécessités de la production et de la distribution que de celui des besoins des consommateurs. La distribution sélective pour la vente de parfums et cosmétiques, l'achat exclusif pour la vente des hydrocarbures, la franchise pour les prestations hôtelières et de restauration, la concession exclusive pour la vente et le service après-vente des véhicules sont, parmi d'autres, des exemples d'accords établis pour répondre optimalement aux exigences économiques. C'est à ce titre qu'ils sont validés par les autorités de la concurrence, parfois de manière radicale⁸⁶, et légitimement utilisés par les entreprises du secteur concerné. La Commission a même regretté à l'occasion de la réforme du régime d'exemption des restrictions verticales «*l'effet camisole*» constitué par l'application scrupuleuse des normes contractuelles qu'elle avait indirectement établies dans ses règlements d'exemption⁸⁷.

Or désormais l'utilisation généralisée de ces accords rendra les réseaux très vulnérables. Il en résulte paradoxalement que plus la formule sera efficace économiquement et pertinente juridiquement moins elle devra être appliquée. Le traitement des contrats constitutifs de réseaux apparaît radicalement inverse de celui prévu dans les anciens règlements d'exemption par catégorie qui définissaient les formules à appliquer et encourageaient leur utilisation.

44. Certes, on comprend que la Commission cherche désormais à contrôler la structure du marché autant que le comportement des entreprises qui y interviennent⁸⁸, puisque l'objet du traité est non seulement

⁸² Lignes directrices, pt. 83.

⁸³ CJCE 25 octobre 1977, Metro, Rec. 1875.

⁸⁴ CJCE 11 décembre 1980, L'Oréal, Rec. p. 3775.

⁸⁵ CJCE 25 octobre 1977, Metro, Rec. 1875.

⁸⁶ Cf. application de la règle de raison à certaines restrictions convenues dans ces accords en matière de distribution sélective, CJCE 25 octobre 1977, Metro, Rec. 1875; en matière de franchise, CJCE 28 janvier 1986, Pronuptia, Rec. 353 et règlement n.° 4087-88, préc.

⁸⁷ Livre vert du 22 janvier 1997 et Communication du 26 novembre 1998.

⁸⁸ On retrouve cette préoccupation dans la référence systématique de la Commission à la nécessité de procéder à des études sectorielles approfondies, Communication préc.

d'éviter l'élimination de la concurrence mais encore d'assurer l'effectivité de la concurrence⁸⁹. Peut-on toutefois, en l'absence d'atteinte au moins potentielle à la concurrence, entretenir l'incertitude sur la pérennité d'accords reconnus comme bien adaptés aux réalités du marché ?

45. Pour ménager les entreprises concernées autant que pour éviter le grief d'intervention injustifiée, la Commission a soumis l'exclusion du champ de l'exemption à des modalités spécifiques de nature à en limiter la décision.

L'exclusion ne peut être décidée que par la Commission, et elle est libre d'en apprécier l'opportunité: *«l'article 8 n'impose à la Commission aucune obligation d'agir dès que le taux de couverture de 50 % est dépassé... la Commission déterminera si une décision de retrait (individuel) de l'exemption ne serait pas une mesure corrective plus appropriée (que le règlement de retrait)»*⁹⁰.

L'exclusion ne peut intervenir que par l'effet d'un règlement précisant *«clairement son champ d'application... et le type de restriction verticale auquel le règlement d'exemption ne sera plus applicable»*⁹¹.

Ce règlement d'exclusion ne s'appliquera *«qu'après au moins six mois à compter de son adoption»* de sorte que les situations nées de l'exemption initiale ne soient pas affectées pour toute la période antérieure et que les entreprises concernées puissent *«adapter leurs accords pour tenir compte du règlement d'exclusion»*⁹².

b) *Les conséquences de l'exclusion*

46. L'adoption du règlement d'exclusion n'emporte pas condamnation des réseaux concernés mais conduit au rétablissement de l'application des paragraphes 1 et 3 de l'article 81, comme si le règlement n.º 2790-99 n'existait plus.

Les contrats concernés pourront donc subsister mais sans profiter de la présomption de légalité conférée par le règlement d'exemption et avec une vulnérabilité découlant précisément de l'adoption du règlement d'exclusion.

47. Pour pallier l'incertitude qui pourrait en résulter, la Commission prévoit qu'à défaut de critères clairs de validité résultant de sa pratique décisionnelle antérieure ou de la jurisprudence elle *«rendra dans un cas donné une décision qui pourra servir de référence pour toutes les entreprises présentes sur le marché concerné»*⁹³.

⁸⁹ *Supra* note 49 et n.º 25.

⁹⁰ Lignes directrices, pt. 83 et 84.

⁹¹ Lignes directrices, pt. 85.

⁹² Lignes directrices, pt. 86.

⁹³ Lignes directrices, pt. 81.

48. Le règlement d'exclusion pourra également avoir un champ d'application modulé «*en fonction du problème de concurrence*» qui se trouve soulevé⁹⁴. La Commission fournit des exemples de cette modulation:

«A titre d'exemple, même si tous les réseaux parallèles d'accords du type monarquisme doivent être pris en considération afin d'établir si le seuil de 50 % de couverture du marché est atteint, la Commission pourra néanmoins limiter le champ d'application du règlement d'exclusion aux seules obligations de non concurrence qui dépassent une certaine durée. Ainsi, les accords conclus pour des courtes durées ou ayant une nature moins restrictive pourraient ne pas être affectés par le règlement adopté, parce que l'effet de verrouillage du marché imputable à ces restrictions est moindre. De même, lorsqu'un système de distribution sélective est pratiqué sur un marché déterminé en combinaison avec des restrictions supplémentaires telles qu'une obligation de non concurrence ou des quotas d'achat imposés à l'acheteur, le règlement d'exclusion peut ne concerner que ces restrictions supplémentaires. La Commission peut, s'il y a lieu, fournir également des indications en précisant le niveau de part de marché qui, dans le contexte propre au marché en cause, peut être considéré comme insuffisant pour entraîner une contribution significative d'une entreprise donnée à l'effet cumulatif».

Le règlement d'exclusion constituera ainsi, de manière négative, une sorte de sous règlement d'exemption par catégorie créant un, voire plusieurs statuts intermédiaires entre celui découlant du règlement n.º 2790-99 et ceux résultant d'une exemption individuelle.

49. Ainsi, entre les effets de seuil et les jeux d'exemption ou d'exclusion, la concurrence doit désormais se faire à partir de formules différenciées, à armes inégales, en fonction du pouvoir de marché qui devient le nouveau paradigme du droit européen de la concurrence.

⁹⁴ Lignes directrices, pt. 85.

OBIETTIVI DELLA DISCIPLINA ANTITRUST ED INTERESSI DEI CONSUMATORI: BREVI CONSIDERAZIONI ALLA LUCE DELL'ESPERIENZA ITALIANA

Paolo CASSINIS

Piero FATTORI¹

Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato

Abstract

The article deals with the relation between antitrust law objectives and consumers' interest, with specific reference to the Italian competition rules which are quite similar to the Community ones and which must be interpreted in accordance to them. The idea is that antitrust rules are directly aimed at protecting the competitive structure of the market, economic efficiency and, by so doing, at maximizing consumers' welfare—with a greater quantity of product and services, of a better quality and lower prices, stimulating innovation and investments—rather than at protecting final consumers, which is the specific purpose of different rules. In this way, the final consumers—indirectly—take advantage of the enforcement of the competition rules against collusions, abuses of dominant positions and the creation and strengthening of dominant positions through concentrations.

1. PREMESSA

Il problema del rapporto esistente tra *antitrust* e tutela dei consumatori si presenta come estremamente complesso, e non suscettibile di ricevere univoche soluzioni, essendo da una parte strettamente collegato con la mutevole definizione degli obiettivi delle normative a tutela della concorrenza, e dall'altro atteggiandosi diversamente con riferimento alla varietà delle condotte d'impresa che possono assumere rilevanza ai fini dell'applicazione della relativa disciplina.

In linea generale, compito delle normative *antitrust* è quello di controllare le condotte d'impresa volte a limitare ingiustificatamente l'attività dei concorrenti, nonchè a creare, rafforzare e sfruttare situazioni di mercato che consentano loro di praticare, direttamente o indirettamente,

¹ Le opinioni espresse sono di esclusiva responsabilità degli autori e non riflettono necessariamente la posizione dell'Istituzione.

prezzi o altre condizioni contrattuali deteriori per i contraenti, rispetto a quelle che si avrebbero in un contesto di mercato concorrenziale². Benchè spesso le finalità delle norme antimonopolistiche non siano esplicitamente indicate nelle leggi, e la loro corretta individuazione sia tuttora particolarmente controversa, può ritenersi che tra le finalità delle normative antitrust vi sia, in primo piano, la *tutela della struttura concorrenziale del mercato*, l'*efficienza economica* e, loro tramite, il *benessere sociale*³. Se questo è vero, occorre però subito aggiungere che le modalità con cui perseguire questi obiettivi sono variate —anche sensibilmente— sotto l'influenza delle diverse dottrine economiche e politiche che hanno influenzato l'applicazione delle normative *antitrust*⁴, ovvero a seconda della stessa rilevanza assunta dall'analisi economica in diversi contesti storici, geografici ed economici⁵.

Obiettivi ulteriori (ad esempio, di tutela delle piccole e medie imprese, di correttezza nei rapporti tra imprese e tra imprese e consumatori, di integrazione dei mercati ecc.), inoltre, sono stati e sono spesso perseguiti,

² In questi termini, F. DENOZZA, *Antitrust, Leggi antimonopolistiche e tutela dei consumatori nella CEE e negli USA*, Bologna, 1988, 18.

³ Sugli obiettivi delle politiche di concorrenza si veda anche OCSE, *A framework for the design and implementation of competition law and policy*, 1999, 2. In relazione agli obiettivi della politica di concorrenza si vedano i contributi alla tavola rotonda tenuta nel giugno 1997, presso l'Istituto Universitario Europeo di Fiesole: *European Competition Law Annual 1997: Objectives of competition policy*, a cura di C. D. EHLERMANN, L. L. LAUDATI, Oxford, 1998.

⁴ Le normative antitrust possono avere di mira diverse nozioni di benessere sociale, tra cui il *surplus* del consumatore, il *surplus* totale del mercato, il *surplus* totale anche in altri mercati: sul punto, cfr. P. S. CRAMPTON, *Alternative approaches to competition law*, *World Competition*, vol. 17, n. 3, 1994, 55; M. POLO, F. GHEZZI, D. PREITE, *L'attuazione delle politiche di tutela della concorrenza e l'esperienza italiana di attività antitrust*, in *Promozione della concorrenza e politiche antitrust*, a cura di A. Del Monte, Bologna, 1997, 83.

Come noto, una delle impostazioni teoriche più celebri e controverse, che ha fatto da sfondo all'applicazione delle regole di concorrenza è stata quella elaborata dalla scuola di Chicago a partire dagli anni cinquanta, prendendo piede negli anni settanta e ottanta, secondo cui la *ratio* delle norme *antitrust* consiste nel benessere complessivo dei consumatori (*consumer welfare*), inteso però come benessere della collettività globalmente considerata nel senso di efficienza globale del sistema economico, con un sostanziale indifferenza circa il problema della distribuzione delle risorse, vale a dire circa l'identità dei soggetti destinatari, rispettivamente, delle perdite o dei guadagni derivanti da una determinata politica di concorrenza, considerando come «efficiente» anche quella politica di concorrenza che procuri alle imprese un vantaggio maggiore delle perdite arretrate ai consumatori. Le idee portanti della scuola di Chicago sono state elaborate da R. BORK, W. BOWMAN, J. MCGEE e G. L. TELSER; l'opera che espone in maniera più completa ed ortodossa la posizione della scuola è probabilmente quella di R. BORK, *The Antitrust paradox* (New York, 1978; II ed., 1993). In proposito si veda anche V. MANGINI, «La vicenda dell'antitrust: dallo Sherman Act alla legge italiana n. 287/90», in *Riv. Dir. Industriale*, I, 1995, 191.

⁵ Per una analisi dell'evoluzione della politica antitrust statunitense, si veda H. HOVENKAMP, *Federal Antitrust Policy*, II ed., St. Paul, Minnesota, 1999; dello stesso autore, con riferimento agli sviluppi più recenti della dottrina economica, si veda *Post-Chicago developments in U.S. antitrust*, intervento al convegno «Post Chicago developments in antitrust analysis», Taormina, 26-28 ottobre 2000 (dattiloscritto); R. J. R. PERITZ, *Competition Policy in America 1888-1992*; sul versante comunitario, si veda D. GERBER, *Law and competition in twentieth century in Europe*, Oxford, 1998.

ancorchè non strettamente correlati alle finalità di tutela della concorrenza nel senso sopra indicato ⁶.

Vi è comunque un generale consenso che in una economia di mercato la concorrenza, intesa come processo dinamico, oltre a razionalizzare l'allocazione delle risorse, ad evitare le concentrazioni permanenti di potere economico, a favorire l'accesso ai mercati di nuovi operatori, spinge le imprese ad un continuo aumento della quantità, varietà, qualità ed innovazione di prodotti e servizi e ad un costante ribasso dei prezzi verso il prezzo di costo, accrescendo le possibilità di scelta dei consumatori ⁷.

La concorrenza si configura quindi come uno strumento efficace, oltrechè di «democrazia economica» ⁸, anche di salvaguardia degli interessi generali della collettività e dei consumatori ⁹.

2. IL DIRITTO ANTITRUST ITALIANO TRA ORDINAMENTO INTERNO E ORDINAMENTO COMUNITARIO

Sarà ora esaminato il rilievo degli interessi dei consumatori nell'ambito della normativa italiana a tutela della concorrenza, avendo riguardo alle corrispondenti norme comunitarie ed all'esperienza maturata

⁶ Per una rassegna sintetica delle altre finalità perseguite dalla normativa comunitaria sulla concorrenza, si veda V. KORAH, in *EC Competition Law and Practice*, Oxford, 1997, 10-11. E' stato autorevolmente osservato che —specie nella fase iniziale di applicazione delle regole comunitarie di concorrenza— «the goal of a unified market dominated the process of constructing the competition law system, because it was the central impetus for the new Europe»: D. GERBER, *Law and competition in twentieth century in Europe*, cit., 347.

⁷ Si veda in proposito l'ultima Relazione Annuale sull'attività svolta (30 aprile 2000) presentata dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato, dove si legge che «L'azione dell'Autorità è volta a impedire che l'esercizio abusivo del potere di mercato, i comportamenti concertati dei soggetti economici e la realizzazione di concentrazioni tali da costituire o rafforzare una posizione dominante restringano in misura significativa la capacità degli operatori di competere effettivamente sui mercati, ostacolando l'adeguamento della struttura produttiva alle trasformazioni tecnologiche e all'evoluzione della domanda... assicurare agli operatori economici pari opportunità, impedendo le collusioni e l'esercizio abusivo del potere di mercato, conduce alla realizzazione di un ambiente di mercato senza barriere all'ingresso e operante in regime concorrenziale tale da soddisfare anche le esigenze dei consumatori: le imprese, in presenza di pressioni concorrenziali, offrono infatti una più ampia gamma di beni e servizi, di migliore qualità e a prezzi più contenuti» (p. 10).

⁸ Sui rapporti fra potere privato, libertà economica e intervento pubblico si veda G. AMATO, *Il potere e l'Antitrust*, Bologna, 1998.

⁹ Come osserva la Commissione Europea nella sua ultima relazione in materia di concorrenza «pur non essendo gli unici, i consumatori sono importanti beneficiari della politica di concorrenza. Quando esistono condizioni di concorrenza, i produttori cercano di attirare i clienti offrendo loro un prezzo inferiore, una più alta qualità o un miglior servizio rispetto ai concorrenti. I consumatori ottengono benefici anche nel lungo periodo, quando gli sforzi compiuti dalle imprese per superare i concorrenti portano infine a maggiore innovazione ed efficienza in alcune produzioni» (cfr. XXX Relazione sulla politica di concorrenza, 2000, 33). In termini analoghi la Commissione si era espressa nella XXIX Relazione sulla politica di concorrenza, 1999, 39.

Ancora, nella recente Comunicazione sulle *Linee Diretrici sulle restrizioni verticali* (in *GUCE* C291 del 13.10.2000), la Commissione chiarisce che «la tutela della concorrenza è l'obiettivo primario della politica comunitaria di concorrenza in quanto essa incrementa il benessere dei consumatori e determina un'efficiente distribuzione delle risorse» (paragrafo 7).

dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato nell'applicazione della legge. L'indagine contribuirà a chiarire anche le interrelazioni tra gli obiettivi della tutela della concorrenza e la protezione dei consumatori, nell'ambito della normativa *antitrust*, che, come si vedrà, contiene taluni espliciti richiami agli interessi dei consumatori, finali ed intermedi. L'analisi verrà condotta tenendo altresì conto della distinzione —in termini di obiettivi, ambiti e modalità d'intervento— esistente tra le normative a tutela della concorrenza e quelle a protezione dei consumatori, distinzione ben nota anche nell'esperienza *antitrust* comunitaria e statunitense¹⁰.

Come è noto, l'introduzione in Italia di una disciplina generale a tutela della concorrenza e del mercato è avvenuta con la legge 10 ottobre 1990, n. 287, il cui articolo 1, comma 1, dichiara solennemente che la stessa si pone in «attuazione dell'art. 41 della Costituzione a tutela e garanzia del diritto di iniziativa economica», qualificando in tal modo la permanenza di una struttura concorrenziale del mercato come interesse costituzionalmente rilevante¹¹.

La concezione del mercato, come valore da tutelare e difendere in quanto promotore di efficienza economica e produttiva, tramite regole volte a garantire la permanenza in esso di condizioni di libera concorrenza, penetra nella cultura economica e giuridica del nostro paese solo in tempi relativamente recenti e di «riflesso» rispetto all'ordinamento comunitario, nel quale, come si è detto, la tutela della concorrenza trovava sin dall'inizio la sua solenne affermazione in una pluralità di norme del Trattato CEE (tra cui gli artt. 85, 86 e 90 —ora artt. 81, 82 e 86 e artt. 92-

¹⁰ A tal riguardo particolarmente chiare appaiono le affermazioni di H. HOVENKAMP: «*United States law has generally distinguished sharply between competition policy and consumer protection policy, and does not see "consumer protection" as defined in our laws as a general antitrust goal. To be sure, there is more than a little ambiguity here, for consumer welfare is often stated to be the paramount antitrust goal. Nevertheless, antitrust generally uses consumer welfare in the technical sense relating to the maximising of consumers' surplus and control of monopoly, while it uses the term "consumer protection" to deal with such issues as fraud, false and misleading advertising, collection practices, and the like*»; in *European Competition Law Annual 1997: Objectives of competition policy*, a cura di C. D. EHLERMANN, L. L. LAUDATI, Oxford, 1998, 426.

¹¹ Come è stato osservato, il testo dell'art. 41 venne elaborato in un contesto culturale nel quale il mercato era considerato tendenzialmente un disvalore, e rappresenta il frutto di un compromesso politico raggiunto in seno all'Assemblea Costituente tra dirigismo economico e tutela di una libertà politica dell'individuo; l'intento originario della norma era infatti quello di tutelare la libertà di iniziativa economica del singolo, vale a dire del privato imprenditore, piuttosto che quello di tutelare il mercato in sé considerato. In tal modo, veniva comunque operata una scelta decisiva in favore del modello dell'economia di mercato, ancorché i decenni che seguirono l'approvazione della Carta Costituzionale furono caratterizzati da un penetrante e pervasivo intervento da parte dello Stato nell'economia di stampo quasi dirigistico. Cfr., sul punto, G. AMATO, «Il Mercato nella Costituzione», in *Quaderni Costituzionali*, n. 1, aprile 1992, 12; ed anche in «Radici storiche, ruolo e prospettive dell'Antitrust in una moderna democrazia economica», in *Rivista di politica economica*, 1995, fasc. IV, 102. E' stato inoltre affermato che la legge n.287/90, benché si qualifichi come disciplina che attua il disposto dell'art. 41 della Costituzione, in realtà ne ha precisato e specificato il contenuto, conferendo a tale norma una portata certamente diversa da quella che avevano immaginato i suoi ideatori in seno all'Assemblea Costituente; a tal riguardo, si vedano le lucide osservazioni di N. IRTI in «L'ordine giuridico del mercato», Bari, 1998, 93 ss.

94— ora artt. 87-89 in materia di aiuti di Stato), costituendone anzi uno degli obiettivi principali (artt. 2 e 3 lett. g) ¹².

Ma è soltanto con la legge n. 287/90 che, all'esito di un lungo dibattito svoltosi in Italia dapprima negli anni cinquanta e sessanta, poi negli anni ottanta, attorno alla necessità di una normativa a tutela del funzionamento del mercato ¹³, nella scia del processo di integrazione europea e sulla scorta del diritto comunitario, viene introdotta nel nostro ordinamento una disciplina generale a tutela della libera concorrenza e del mercato, intesi in senso oggettivo. La nuova legge —che si caratterizzava per il suo contenuto fortemente innovativo, quasi «dirompente» nel nostro ordinamento ¹⁴— nonostante l'efficacia diretta degli articoli 81, paragrafo 1, e 82 del Trattato —si risolveva, per un verso nell'affermazione del diritto di ciascuno e di tutti di competere nel mercato e, per un altro verso, in una limitazione della libertà di iniziativa economica dei singoli laddove il suo esercizio, tramite condotte configuranti intese, sfruttamento abusivo di posizioni dominanti ed operazioni di concentrazione, potesse pregiudicare la permanenza di una struttura concorrenziale del mercato ¹⁵.

3. I CARATTERI GENERALI DELLA DISCIPLINA ITALIANA A TUTELA DELLA CONCORRENZA

Come è noto, la legge a tutela della concorrenza è strettamente modellata, nelle disposizioni sostanziali, sulle corrispondenti regole di concorrenza comunitarie, segnatamente i citati articoli 81, 82 e 86 del Trattato CE ed il Regolamento sul controllo delle concentrazioni n. 4064/89 ¹⁶.

Al pari del sistema comunitario, anche la legge n. 287/90 prevede una sorta di tutela «binaria», vale a dire, in sede amministrativa da parte

¹² In dottrina è stato affermato molto chiaramente che i valori cui «s'ispira l'intero sistema comunitario sono quelli c.d. liberali dell'economia di mercato, nel rispetto dei quali il grande mercato europeo deve consentire agli imprenditori di competere tra loro ad armi pari e sulla base delle rispettive capacità e possibilità; ed ai consumatori di scegliere i prodotti e i servizi che ritengono migliori e dove siano più convenienti»: G. TESAURO, *Diritto Comunitario*, II ed., Padova, 2001, 526.

¹³ Cfr. G. BERNINI, *Un secolo di filosofia antitrust. Il modello statunitense, la disciplina comunitaria e la normativa italiana*, Bologna, 1991; P. G. MARCHETTI, «Diritto societario e disciplina della concorrenza», in *Storia del capitalismo italiano*, dal dopoguerra ad oggi, a cura di F. BARCA, Roma, 1997, 467 ss.

¹⁴ E' stato efficacemente osservato che «l'approvazione della legge 287 e l'affermazione della libertà di concorrenza come principio generale sono state, dieci anni fa, un fenomeno di rottura nella storia del nostro ordinamento ... l'introduzione nell'ordinamento della legge 287 appare dunque, al di là dello specifico contenuto dispositivo, come un fatto normativo volto ad incidere sui principi generali dell'ordinamento, affermando a tale livello il principio di libertà di concorrenza»: così M. LIBERTINI, *La prospettiva giuridica: caratteristiche della normativa antitrust e sistema giuridico italiano*, intervento al convegno «Concorrenza e Autorità Antitrust: un bilancio a dieci anni dalla legge», organizzato dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato a Roma il 9 e 10 ottobre 2000 (dattiloscritto).

¹⁵ Cfr. R. ALESSI, *Enciclopedia Giuridica Treccani*, voce «Concorrenza».

¹⁶ A tal riguardo, va inoltre ricordato il criterio ermeneutico «comunitario» contenuto nell'art. 1, comma 4, legge n. 287/90, volto ad assicurare la coerenza dell'applicazione delle norme sostanziali della legge antitrust italiana con i principi dell'ordinamento comunitario in materia di concorrenza; la giurisprudenza delle corti nazionali hanno ritenuto tale criterio come vincolante.

dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, cui è affidato in via esclusiva ed in posizione di indipendenza, l'applicazione degli articoli 2, 3, 4 e 6 della legge, ed in sede civile, ad opera del giudice ordinario (le Corti d'Appello), per la garanzia delle situazioni giuridiche soggettive eventualmente lese dalla violazione delle norme antitrust¹⁷ (art. 33, comma 2, legge 287/90).

La disciplina a tutela della concorrenza, pur ricollegandosi, come visto, all'art. 41 della Costituzione, non definisce esplicitamente le sue finalità, che tuttavia, come si vedrà in seguito, possono essere desunte da una lettura sistematica delle norme sostanziali, specialmente in materia di intese (artt. 2 e 4, legge n. 287/90).

Parallelamente, da un punto di vista economico, la legge n. 287/90 non assume come oggetto di tutela, né tende a prefigurare, una qualche forma o struttura di mercato, in cui coesista, per esempio, una pluralità di operatori indipendenti, con limiti prefissati alla loro crescita¹⁸. In particolare, analogamente a quanto previsto dalla normativa comunitaria sulla concorrenza, anche la disciplina nazionale non vieta il raggiungimento di situazioni di monopolio o di dominanza, se non quando ciò avvenga non per crescita interna ma «artificialmente», tramite fenomeni concentrativi. Questa impostazione si radica nella opportunità di garantire sufficienti incentivi all'adozione di strategie imprenditoriali volte al raggiungimento di una maggiore efficienza e di un ampliamento dell'offerta di beni e servizi, nella convinzione che, qualora si registrino situazioni di elevato potere di mercato di una o più imprese, l'azione dei concorrenti costituisca la forma più efficace per disciplinare i comportamenti delle imprese stesse. In sostanza, quindi, la legge *antitrust* nazionale è espressione del principio secondo il quale la concorrenza, effettiva e potenziale, tra imprese rappresenta lo strumento privilegiato per garantire ai consumatori beni e servizi a prezzi convenienti, nella quantità e della qualità desiderate¹⁹. E' in questa prospettiva che essa dispone interventi residuali sui comportamenti degli operatori, volti a vietare le restrizioni della con-

¹⁷ Cfr. Comunicazione della Commissione relativa alla cooperazione tra i giudici nazionali e la Commissione nell'applicazione degli articoli 85 e 86 del Trattato CEE, GUCE C39 del 13.2.1993, punto 4.

¹⁸ Sotto questo profilo, assai diverso è l'approccio seguito nella legge 29 marzo 1999, n. 78, recante disposizioni urgenti per lo sviluppo equilibrato dell'emittenza televisiva e per evitare la costituzione o il mantenimento di posizioni dominanti nel settore radiotelevisivo, che, ad esempio, all'art. 2 ha stabilito un limite — ancorché suscettibile di deroghe e modifiche — alla disponibilità in esclusiva di diritti televisivi in forma criptata sulle partite di calcio della serie A per la pay-tv.

¹⁹ In proposito il primo Presidente dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato commentando il ruolo della legge n. 287/90 nel nostro ordinamento, osservava che la disciplina della concorrenza possiede una «peculiarità (...) che la proietta al di là del campo strettamente economico in cui d'abitudine essa viene circoscritta. Tale disciplina incide invero anche sul piano sociale, non solo perché dà attuazione ad una libertà prevista dalla Costituzione, ma perché è anche protesa profondamente verso la tutela del consumatore: il quale trova sì la sua diretta protezione in altra normativa, per lui esclusivamente dettata, ma indirettamente è tutelato da quella in oggetto per gli effetti che un libera concorrenza e la regolarità del mercato possono produrre nei confronti dell'intera collettività sul binomio prezzo-qualità»: F. SAJA, «L'autorità garante della concorrenza e del mercato: prime esperienze e prospettive di applicazione della legge», in *Giur. Comm.*, 1991, 455.

correnza realizzate artificialmente tramite intese e operazioni di concentrazione suscettibili di peggiorare l'efficienza del mercato e le condizioni dei consumatori, e ad impedire e reprimere le azioni delle imprese che, in quanto collocate in una posizione di dominio su un determinato mercato, possono ostacolare o distorcere illecitamente il processo concorrenziale²⁰.

Con riferimento ai caratteri della disciplina, ed in particolare al suo ambito di applicazione, va inoltre sottolineato che le disposizioni a tutela della concorrenza sono rivolte sia alle imprese pubbliche che a quelle private (art. 8, comma 1). L'unico limite, di stretta interpretazione, alla loro applicazione, riguarda condotte di imprese a cui sia stata normativamente conferita la titolarità di servizi di interesse economico generale²¹ (art. 8, comma 2, legge n. 287/90 e art. 86, paragrafo 2, Trattato), ma solo per tutto quanto strettamente connesso all'adempimento degli specifici compiti ad esse affidati. Inoltre, in linea con la restrittiva giurisprudenza comunitaria ribadita anche in una recente pronuncia del Tribunale di Primo Grado²², la normativa antitrust italiana non si applica laddove gli atti o i comportamenti imprenditoriali siano direttamente imposti da interventi pubblici di natura regolamentativa che non lascino alle imprese alcun margine di autonomia²³.

In caso di accertamento di illeciti concorrenziali connotati da gravità, l'Autorità applica delle sanzioni amministrative commisurate al fatturato delle imprese coinvolte²⁴.

Oltre al controllo delle condotte d'impresa, una parte fondamentale delle attribuzioni dell'Autorità, funzionali alla tutela della concorrenza, è costituito dal potere c.d. di *advocacy*, vale a dire consultivo e di segna-

²⁰ In questi termini, con riferimento alla normativa antitrust italiana, vedi G. BRUZZONE, P. FATTORI, A. HEIMLER, «Politiche per la concorrenza e benefici per il consumatore», in *Concorrenza e Mercato* n. 5/1997, 343 ss. Si veda altresì A. PERA, «Politica della concorrenza e normativa antitrust in Italia», in *Anuario de la Competencia*, 1997, 423 ss.

²¹ Tra cui, ad esempio, servizi con carattere di universalità, che debbano essere resi disponibili o accessibili a condizioni eque e non discriminatorie in modo capillare ad un'ampia platea di utenti, come chiarito dalla giurisprudenza della Corte di giustizia. Si veda, in particolare la celebre sentenza nel caso *Corbeau* (sentenza del 19 maggio 1993, causa C-320/91, Racc., I-2533, par. 13). Di particolare rilievo sono anche le Comunicazioni della Commissione: su *Il Servizio Universale di telecomunicazioni nella prospettiva di un contesto pienamente liberalizzato*, del 13.3.1996 [COM(96)73 def]; su *I servizi di interesse generale in Europa*, del 20.9.2000 [COM(2000)580 def]. In dottrina, G. TESAURO, «Intervento pubblico in economia e art. 90, n.2, del Trattato CE», in *Il Diritto dell'Unione Europea*, n. 3/96, 719 ss. In relazione all'interpretazione restrittiva dell'art. 8, legge n. 287/90, si veda da ultimo, Tar del Lazio, I, sentenza del 18 ottobre 2000, n. 8339.

²² Cfr. Tribunale di Primo Grado, sentenza 30 marzo 2000, causa T-513/93, Consiglio Nazionale Spedizionieri Doganali.

²³ Sull'impatto delle misure normative sull'applicabilità delle regole di concorrenza si rinvia a M. TODINO, P. CASSINIS, «Misure normative e applicabilità alle imprese della disciplina della concorrenza - Recenti sviluppi giurisprudenziali», in *Concorrenza e Mercato*, n. 8/2000, 381.

²⁴ Sotto il profilo sanzionatorio, si osserva che secondo una recente disposizione di legge (legge n. 388/2000, legge finanziaria per il 2001, art. 148) gli importi delle sanzioni amministrative irrogate dall'Autorità alle imprese, per lo più, a seguito dell'accertamento di intese o abusi di posizioni dominanti, devono essere destinate ad «iniziative a vantaggio dei consumatori».

lazione (artt. 21 e 22 delle legge), nei confronti di Parlamento, Governo e pubbliche amministrazioni, di cui l'Autorità ha fatto ampio uso nel tentativo di rimuovere o prevenire ingiustificate distorsioni al corretto ed efficiente funzionamento dei mercati da parte di determinati assetti normativi e regolamentari, specie nel corso dei processi di liberalizzazione e ri-regolazione che hanno interessato il nostro paese a partire dagli anni novanta, spesso sotto l'impulso di processi di riforma avviati a livello comunitario^{25 26}.

4. LE DISPOSIZIONI DELLA LEGGE 287/90 E GLI INTERESSI DEI CONSUMATORI

Svolte queste considerazioni di carattere generale e venendo ora più direttamente al tema del rilievo dell'interesse dei consumatori nell'ambito della normativa *antitrust*, si può muovere dall'ovvia constatazione che i consumatori sono espressamente menzionati da varie disposizioni della legge n. 287/90. Particolare evidenza assume, in questa prospettiva, l'art. 12 della legge, che sotto un profilo procedurale, nel descrivere il potere dell'Autorità di procedere *ex officio* alle istruttorie in materia di intese ed abusi di posizione dominante in base ad elementi in suo possesso, riconosce un potere di segnalazione e denuncia non solo alle pubbliche amministrazioni o a chiunque vi abbia interesse, ma anche alle

²⁵ L'importanza del ruolo di *advocacy* svolto dall'Autorità nel quadro della riforma della regolamentazione in atto, trova un suo riconoscimento, da ultimo, nel rapporto dell'OCSE dal titolo *Regulatory Reform in Italy*, 2001.

²⁶ Per completezza, si osserva che, da ultimo la legge 5 marzo 2001, n. 57, Disposizioni in materia di apertura e regolazione dei mercati, collegata alla legge finanziaria per il 2001, ha esteso le competenze dell'Autorità. In particolare, il nuovo comma 3-bis, dell'art. 9 della legge n. 192/1998 dispone che «*Ferma restando l'eventuale applicazione dell'articolo 3 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato può, qualora ravvisi che un abuso di dipendenza economica abbia rilevanza per la tutela della concorrenza e del mercato, anche su segnalazione di terzi ed a seguito dell'attivazione dei propri poteri di indagine ed esperimento dell'istruttoria, procedere alle diffide e sanzioni previste dall'articolo 15 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, nei confronti dell'impresa o delle imprese che abbiano commesso detto abuso*». Inoltre, all'articolo 8 della legge n. 287/90 sono aggiunti alcuni commi: «*2-bis. Le imprese di cui al comma 2, qualora intendano svolgere attività in mercati diversi da quelli in cui agiscono ai sensi del medesimo comma 2, operano mediante società separate. 2-ter. La costituzione di società e l'acquisizione di posizioni di controllo in società operanti nei mercati diversi di cui al comma 2-bis sono soggette a preventiva comunicazione all'Autorità. 2-quater. Al fine di garantire pari opportunità di iniziativa economica, qualora le imprese di cui al comma 2 rendano disponibili a società da esse partecipate o controllate nei mercati diversi di cui al comma 2-bis beni o servizi, anche informativi, di cui abbiano la disponibilità esclusiva in dipendenza delle attività svolte ai sensi del medesimo comma 2, esse sono tenute a rendere accessibili tali beni o servizi, a condizioni equivalenti, alle altre imprese direttamente concorrenti. 2-quinquies. Nei casi di cui ai commi 2-bis, 2-ter e 2-quater, l'Autorità esercita i poteri di cui all'articolo 14. Nei casi di accertata infrazione agli articoli 2 e 3, le imprese sono soggette alle disposizioni e alle sanzioni di cui all'articolo 15. 2-sexies. In caso di violazione degli obblighi di comunicazione di cui al comma 2-ter, l'Autorità applica la sanzione amministrativa pecuniaria fino a lire 100 milioni*». Infine, la disposizione sulle sanzioni amministrative in materia di intese ed abusi (art. 15) è stata modificata, semplificandola, eliminando sia il previgente limite minimo dell'1% del fatturato, sia il riferimento al fatturato «del prodotto» da prendere in considerazione in sede di quantificazione.

associazioni dei consumatori interessate. Si è dell'avviso, tuttavia, che data l'ampiezza del sistema di legittimazione alla denuncia delineato dal legislatore, riconosciuto in sostanza a qualsiasi soggetto interessato — senza peraltro vincolare l'Autorità nella valutazione degli elementi portati a sua conoscenza ai fini dell'avvio di una formale istruttoria— l'individuazione della reale consistenza degli interessi dei consumatori in relazione alla disciplina *antitrust* debba essere condotta essenzialmente in relazione alle disposizioni sostanziali che disciplinano le condotte delle imprese^{27 28}.

A tale riguardo, la legge, come noto, ha introdotto tre ipotesi di illecito —riguardanti le intese, gli abusi di posizione dominante e le concentrazioni— relative a comportamenti d'impresa, e questa, da intendersi in un'accezione ampia di natura economica²⁹.

In primo luogo, sono vietate le intese, orizzontali e verticali —siano esse accordi, pratiche concordate o deliberazioni di organismi associa-

²⁷ Nell'ambito della disciplina delle procedure istruttorie, ispirata a principi di democrazia procedimentale, sono garantite ampie forme di partecipazione anche alle associazioni di consumatori interessate. In particolare, alla possibilità di denunciare infrazioni anticoncorrenziali fornendo elementi utili ai fini dell'istruttoria sono collegate anche delle garanzie procedurali, qualora l'istruttoria venga effettivamente aperta, quali la notificazione dell'atto di avvio dell'istruttoria (cfr. art. 6, comma 4, regolamento di procedura, DPR n. 217/98), la facoltà di partecipare al procedimento con memorie, documenti, deduzioni e pareri, di accedere ai documenti (nei limiti previsti dall'art. 13 del regolamento di procedura), nonché di essere sentiti all'inizio ed alla fine della procedura, in occasione dell'audizione che si svolge dinanzi al Collegio (cfr. art. 7, commi 1-3, e art. 14 del regolamento di procedura). Ai soggetti, tra cui le associazioni dei consumatori, che -denunciato all'Autorità la condotta in relazione alla quale sia stata avviata l'istruttoria pur non avendo— possano derivare da essa un pregiudizio diretto, attuale ed immediato è inoltre consentito di intervenire nel procedimento (motivando la sussistenza del predetto interesse ad intervenire ai sensi dell'art. 7, comma 1, del regolamento di procedura e secondo le modalità ivi previste).

²⁸ Coerentemente al ruolo di tutela e garanzia della concorrenza nei mercati proprio dell'Autorità, in giurisprudenza è stato più volte ribadito, che al diritto di un'associazione di consumatori di partecipare ad una procedura istruttoria dell'Autorità non corrisponde una situazione giuridica sostanziale tale da legittimare la stessa ad impugnare il provvedimento dinanzi ai giudici amministrativi. A tal riguardo, si vedano in particolare la sentenza del Tar del Lazio, Sez. I, n. 1474/95 e la sentenza del Consiglio di Stato, Sez. VI, n. 1792/96, nella quale si è negato ad un'associazione di consumatori, intervenuta nell'istruttoria dell'Autorità e nel successivo giudizio d'impugnazione dinanzi al Tar di appellare la sentenza, vertendosi di procedimenti repressivi, rispetto ai quali la situazione giuridica sostanziale dell'associazione dei consumatori non si qualifica come diritto soggettivo o interesse legittimo per effetto dell'intervento nel procedimento amministrativo, consentito dalla legge ai portatori di interessi diffusi (in *Giorn. Dir. Amm.*, 1997, 443, con nota di M. LIBERTINI). Dal predetto orientamento giurisprudenziale, in dottrina, se ne è dedotto che nell'ambito della disciplina *antitrust* sia esclusa la diretta rilevanza dell'interesse dei consumatori: in questi termini, A. ZITO, *Attività amministrativa e rilevanza dell'interesse del consumatore nella disciplina antitrust*, Torino, 1998, 65; sul punto si vedano, da ultimo, anche le osservazioni di M. ARGENTATI, nel senso che la legge n. 287/90 non tutela direttamente gli interessi dei consumatori (in *Giorn. Dir. Amm.* n. 1/2001, 50-51).

²⁹ La nozione ampia e funzionale di impresa è oramai accolta pacificamente dalla giurisprudenza comunitaria e nazionale (cfr. per tutte, in ambito comunitario, le sentenze della Corte di Giustizia del 23 aprile 1991, causa C-41/90, *Höfner e Helser*, in Racc., I-2010; del 18 giugno 1998, causa C-35/96, *Consiglio Nazionale degli Spedizionieri Doganali*, Racc., I-3851; del 12 settembre 2000, cause riunite C-180/98 e C-184/98, caso *Pavlov*, inedita; a livello nazionale, cfr. TAR del Lazio, Sez. I, sent. n. 476/96, *Amministratori di Condominio*; ed in particolare la sent. n. 466/2000, *Ordini Professionali*, in in Foro It., n. 4/2000, con nota di L. Di Via-R. Pardolesi). Sulla nozione d'impresa ai fini del diritto della concorrenza, si veda da ultimo W. P. J. WILS, «The undertaking as subject of the EC competition

tivi— «che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare in maniera consistente il gioco della concorrenza all'interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante», attraverso alcune condotte indicate in via esemplificativa (articolo 2, comma 2).

Tuttavia, ai sensi dell'articolo 4 (deroghe al divieto di intese restrittive della libertà di concorrenza) le intese altrimenti vietate ex art. 2, legge 287/90, in quanto restrittive in modo sensibile della concorrenza, tenuto conto del contesto economico e giuridico del caso di specie³⁰, possono essere temporaneamente autorizzate—in via esclusiva— da parte dell'Autorità Garante, laddove i temuti effetti restrittivi della concorrenza siano compensati da guadagni di efficienza. Ai fini di tale complessa valutazione, di cui è stata posta in luce la natura discrezionale³¹, la norma nazionale (al pari di quella comunitaria) pone quattro condizioni, due di segno positivo, e due di segno negativo.

Tra le condizioni positive, oltre al miglioramento delle condizioni dell'offerta (in termini di aumento quantitativo e qualitativo della produzione e distribuzione, progresso tecnico e tecnologico), è richiesto —per ciò che in questa sede maggiormente rileva— che dall'intesa derivi un «*sostanziale beneficio per i consumatori*»³². Tra le condizioni di segno negativo si annovera un criterio di necessità e proporzionalità tra le restrizioni della concorrenza ed i predetti effetti benefici³³, e soprattutto la condizione secondo cui, per effetto dell'intesa, non venga eliminata la concorrenza dal mercato³⁴.

Quanto all'esatta rilevanza e significato della condizione consistente nel «*sostanziale beneficio per i consumatori*», è opportuno svolgere alcune importanti precisazioni.

Per un verso, infatti, occorre subito mettere in luce che —a differenza che nelle discipline poste a protezione diretta dei consumatori, tra cui, nel nostro ordinamento la legge 14 agosto 1998, n. 281— il termine «con-

law and the imputation of infringements to natural or legal persons», *European Law Review*, n. 2/2000, 99 ss.

³⁰ Con riferimento al rilievo dell'analisi economica nell'applicazione della legge antitrust, con particolare riferimento alle intese, si veda R. PARDOLESI, «Analisi economica della legislazione antitrust italiana», in *Analisi Economica del Diritto Privato*, a cura di G. ALPA, P. CHIASSONI, A. PERICU, F. PULITINI, S. RODOTÀ, F. ROMANI, Milano, 1998. Nella giurisprudenza comunitaria si veda da ultimo la sentenza della Corte di Giustizia del 7 dicembre 2000, causa C-214/99, inedita.

³¹ Sul punto si veda M. CLARICH, «Per uno studio sui poteri dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato», in *Dir. Amm.*, 1993, 92-93; M. D'ALBERTI, «Autorità Indipendenti», in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, 1995, 5.

³² Nell'art. 81, paragrafo 3, del Trattato, è richiesta la congrua partecipazione degli «*utilizzatori*» all'utile.

³³ Il ché spesso si risolve nella verifica se in concreto non esistano modalità meno restrittive per conseguire benefici analoghi.

³⁴ Da notare che questa condizione è espressamente richiamata anche nel Regolamento n. 4064/89, come modificato dal Regolamento n. 1310/97, con riferimento alla valutazione delle imprese comuni strutturali cooperative (art. 2, comma 4).

sumatore» non identifica soltanto gli «end-users»³⁵ ma, più in generale, tutti gli acquirenti dei prodotti o servizi oggetto dell'intesa e comprende anche gli utilizzatori intermedi (industriali o commerciali), quindi degli imprenditori essi stessi³⁶.

Per altro verso, va osservato in termini generali che, pur se non sono mancate decisioni in cui l'esenzione è stata negata per la mancanza di condizioni che garantivano o rendevano probabile una congrua partecipazione degli utilizzatori ai vantaggi dell'intesa, il realizzarsi di questa condizione anche a livello comunitario, è stata riscontrata con relativa facilità, nella prassi applicativa della Commissione ed anche dell'Autorità. Si è, infatti, ritenuto che allorquando l'intesa realizzi un miglioramento in termini di efficienza nella produzione o distribuzione dei prodotti o servizi, ovvero un progresso tecnico o economico (ad esempio, miglioramento della quantità, qualità o gamma dei prodotti/servizi o di prodotti innovativi; riduzione dei prezzi, ecc.), senza peraltro pregiudicare la permanenza di un sufficiente grado di concorrenza nel mercato rilevante, una parte dei vantaggi dell'intesa vengono normalmente trasferiti ai consumatori finali o intermedi, i quali, per effetto di essa potranno disporre, a seconda dei casi, di una gamma più ampia di prodotti, di prodotti tecnologicamente più avanzati, ovvero a prezzi più vantaggiosi, a meno che non vi siano elementi che rendano improbabile la partecipazione dei consumatori a detti benefici³⁷.

Particolarmente indicative, in questo senso, considerato il loro carattere interpretativo e di indirizzo, che recepisce la maggiore influenza dell'analisi economica nell'applicazione del diritto della concorrenza, sono le recenti *Guidelines* adottate dalla Commissione sugli *accordi di cooperazione orizzontali* tra imprese, nelle quali si chiarisce che il presupposto secondo il quale ai consumatori deve essere riservata una congrua parte

³⁵ Sotto questo profilo, vi è una rilevante differenza tra la categoria dei consumatori alla cui tutela sono rivolti in generale gli articoli 3, lett. t, e 129 A del Trattato —poi sostituito dal Trattato di Amsterdam e rinumerato in art. 153— nonché le direttive adottate sulla base di tali norme e la categoria dei consumatori in senso lato (e comprensiva anche di imprese intermedie) presa in considerazione dalle norme a tutela della concorrenza. E' stato osservato che, benchè nelle singole direttive a tutela dei consumatori manchi una definizione unitaria di consumatore, esso è comunque considerato come un soggetto non professionista, vale a dire come «*colui che acquista beni e servizi per scopi non connessi con l'esercizio di un'attività professionale*»: G. ALPA, «Proposte di modifica del Trattato CEE in tema di tutela del consumatore», in *Contratto e Impresa Europa*, n. 1/96, 372. Giova anche rilevare che la definizione di consumatore contenuta nella Carta europea di protezione dei consumatori, approvata dal Consiglio d'Europa nel 1973, si riferiva solo ai consumatori finali, vale a dire ad «*ogni persona, fisica o morale, alla quale siano venduti beni o forniti servizi per uso privato*».

Come accennato nel testo, la legge n. 281/1998, all'art. 2, comma 1, lett a) definisce espressamente consumatori e utenti «*le persone fisiche che acquistano beni o servizi per scopi non riferibili all'attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta*».

³⁶ Cfr. R. PARDOLESI, in *Diritto Antitrust Italiano* (a cura di A. FRIGNANI, R. PARDOLESI, A. PATRONI GRIFFI, L. C. UBERTAZZI), Bologna, I, 1993, 415; V. MANGINI, G. OLIVIERI, *Diritto Antitrust*, Torino, 2000, 39 e 102.

³⁷ Cfr. sul punto I. VAN BAEL, J. F. BELLIS, *Il diritto della concorrenza nella Comunità europea*, Torino, 1995, 62; J. FAULL, A. NIKPAY, *The EC Law of Competition*, Oxford, 1999, 110.

dell'utile va inteso nel senso che «i benefici economici dell'accordo non devono affluire esclusivamente alle parti dell'accordo, ma devono tornare anche a vantaggio dei consumatori o utilizzatori», precisando peraltro che «in generale, la trasmissione dei vantaggi ai consumatori dipenderà dall'intensità della concorrenza sul mercato rilevante». Infatti, «a condizione che sul mercato sussista una concorrenza sufficiente che vincoli effettivamente le parti, il processo competitivo garantirà di regola che i consumatori ricevano una congrua parte dei vantaggi economici»³⁸. In termini analoghi si esprimono anche le *Guidelines sulle restrizioni verticali*³⁹, elaborate dalla Commissione a seguito dell'adozione del Regolamento comunitario di esenzione per categoria n. 2790/1999. Viceversa, neppure incrementi di efficienza anche molto elevati connessi ad accordi di cooperazione orizzontali o verticali possono giustificare l'eliminazione di una concorrenza efficace nel mercato rilevante, come quando le imprese già detengano o vengano a detenere, tramite detti accordi, una posizione dominante⁴⁰.

Queste precisazioni, se per un verso rivelano una particolare attenzione da parte delle norme nazionali e comunitarie agli effetti del coordinamento tra le imprese sul *surplus* del consumatore nel singolo mercato rilevante (non accontentandosi di apprezzare il *surplus* totale in quel mercato ovvero anche in altri mercati), sottolineando l'importanza di profili di efficienza distributiva e non solo allocativa⁴¹, per un altro verso confermano l'esistenza di un nesso tra tutela dei consumatori/utilizzatori e tutela della struttura concorrenziale del mercato, nonché la natura per lo più «derivata» della tutela dei consumatori dall'esistenza di un contesto di mercato concorrenziale.

In secondo luogo, la legge antitrust vieta l'abuso da parte di una o più imprese⁴² «di una posizione dominante all'interno del mercato nazionale

³⁸ Cfr. «Linee Diretrici sull'applicabilità dell'art. 81 del Trattato CE agli accordi di cooperazione orizzontale», in *GUCE* C3 del 6.1.2001, paragrafo 34.

³⁹ In esse, la Commissione nell'analizzare le condizioni per il rilascio di un'esenzione individuale ad accordi verticali non rientranti nell'ambito dell'esenzione per categoria del Regolamento n. 2790/1999, dopo aver indicato che «i vantaggi in termini di efficienza devono apportare benefici non solo alle parti ma anche ai consumatori», osserva che «in linea generale il trasferimento dei vantaggi ai consumatori dipenderà dall'intensità della concorrenza nel mercato rilevante. Normalmente la pressione concorrenziale farà sì che i risparmi sui costi vengano trasferiti attraverso un abbassamento dei prezzi o che le imprese siano incentivate a introdurre nuovi prodotti nel mercato il più velocemente possibile». Sul punto la Commissione conclude osservando che «pertanto se nel mercato si mantiene un livello di concorrenza tale da limitare efficacemente le parti dell'accordo, il processo concorrenziale garantirà in una situazione normale che i consumatori ricevano una congrua parte dei vantaggi economici»; «Linee Diretrici sulle restrizioni verticali», in *GUCE* C291 del 13.10.2000, paragrafo 136.

⁴⁰ Questa rappresenta la quarta ed ultima condizione (negativa) per ottenere l'esenzione; cfr. le *Linee Diretrici* sugli accordi di cooperazione e sulle restrizioni verticali, citati, rispettivamente, ai paragrafi 36 e 135.

⁴¹ In tal senso, si veda R. VAN DER BERGH, *The difficult reception of economic analysis in European competition law*, intervento al convegno «Post Chicago developments in antitrust analysis», Taormina 26-28 ottobre 2000 (dattiloscritto).

⁴² Il riferimento ad una pluralità di imprese rappresenta la base giuridica della particolare fattispecie dell'abuso di posizione dominante collettiva, che è stata oggetto di una recente pronuncia della Corte di giustizia, sent. 16 marzo 2000, causa C-395/96P e C-396/96P, caso *Cewal*, inedita;

o in una sua parte rilevante» (art. 3 della legge ed art. 82 del Trattato). Come noto, i comportamenti abusivi —vietati in quanto posti in essere da un'impresa che essendo dominante opera in un contesto di mercato caratterizzato da ridotta concorrenza— sono in genere ricondotti a due categorie generali, in relazione ai loro possibili effetti, segnatamente: i) i c.d. *abusi di sfruttamento*, vale a dire pratiche tramite le quali l'impresa utilizza e sfrutta a proprio vantaggio il potere di mercato che detiene sul mercato rilevante in diversi modi, ad esempio, fissando prezzi o altre condizioni di vendita eccessivamente gravose, discriminando tra i diversi clienti in relazione alla loro specifica capacità di pagare, ovvero collegando la vendita di un prodotto a separati obblighi di natura contrattuale (c.d. *tying*); ii) i c.d. *abusi di impedimento (o escludenti)*, vale a dire pratiche tramite le quali un'impresa ostacola la concorrenza, per lo più nel contesto di un comportamento strategico, ad esempio rifiutando ingiustificatamente la vendita di beni o servizi, aumentando i costi d'accesso al mercato di eventuali concorrenti (c.d. *raising rival costs*), o ancora fissando prezzi di tipo predatorio.

Nell'elencare, in maniera peraltro non tassativa, taluni dei possibili comportamenti abusivi, l'art. 3, lett. b), legge 287/90 indica quello consistente nell'«*impedire o limitare la produzione, gli sbocchi o gli accessi al mercato, lo sviluppo tecnico o il progresso tecnologico, a danno dei consumatori*»⁴³.

Nonostante il tenore letterale della norma in esame possa far apparire la stessa come uno strumento di tutela «diretta» dei consumatori/utilizzatori, essa ha di mira piuttosto la struttura concorrenziale del mercato, essendo volta a colpire le condotte strategiche dell'impresa dominante per ostacolare l'ingresso sul mercato di un concorrente (o costringerlo a uscirne) o per monopolizzare un mercato connesso. Inoltre, presupposto per l'applicazione di tale norma è, come noto, la sussistenza di una posizione dominante in capo all'impresa agente che consenta a quest'ultima «*di ostacolare la persistenza di una concorrenza effettiva*» nel mercato rilevante, quest'ultimo previamente definito in senso economico⁴⁴. In tale contesto, il riferimento al «danno dei consumatori» di cui all'art. 3, lett. b) legge n.287/90 (e art. 82, paragrafo 2, lett. b), non potrebbe condurre *di per sé* a qualificare automaticamente come abusivi dei comportamenti d'impresa che, ancorché apparentemente pregiudizievoli per i consumatori/utilizzatori, in realtà non ostacolano, né riducono la permanenza di

per una ricostruzione dell'istituto alla luce della recente giurisprudenza, si veda, C. RIZZA, «La posizione dominante collettiva nella giurisprudenza comunitaria», in *Concorrenza e Mercato*, n. 8/2000, 509 ss.

⁴³ Analogamente, l'art. 82, paragrafo 2, lett. b) del Trattato recita «*limitare la produzione, gli sbocchi o lo sviluppo tecnico, a danno dei consumatori*».

⁴⁴ Sulla definizione del mercato rilevante, si vedano i criteri indicati nella Comunicazione della Commissione sulla definizione del mercato rilevante ai fini dell'applicazione del diritto comunitario in materia di concorrenza, GUCE C372 del 9.12.1997; cfr. G. BRUZZONE, *L'individuazione del mercato rilevante nella tutela della concorrenza*, collana Temi e Problemi a cura dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato (n. 1), giugno 1995.

una concorrenza effettiva nel mercato rilevante ovvero siano oggettivamente giustificati⁴⁵. Viceversa, la sussistenza di conseguenze pregiudizievoli per i consumatori —in presenza degli altri presupposti del divieto— può costituire un elemento che concorre alla qualificazione del comportamento posto in essere dall'impresa in posizione dominante come abusivo e anche, se del caso, ad apprezzarne la gravità sotto il profilo sanzionatorio⁴⁶. Infine, si osserva che in generale, un comportamento d'impresa può essere considerato abusivo anche in assenza di un danno *diretto ed attuale* ai consumatori/utilizzatori e addirittura in presenza di un immediato beneficio per gli stessi (ad esempio, nella prima fase di una strategia di prezzi predatori, caratterizzata da prezzi inferiori ai costi totali o variabili)⁴⁷. Le corti comunitarie hanno infatti considerato sufficiente che le condotte dell'impresa dominante determinino il *rischio* che la struttura concorrenziale del mercato sia pregiudicata, ad esempio, con l'estromissione dal mercato di un concorrente⁴⁸.

⁴⁵ A tal proposito, in dottrina è stato osservato che, ad esempio, la decisione di cessare la produzione di alcuni beni, ancorchè possa recare danno ai consumatori, se giustificata, non può essere qualificata come abuso di posizione dominante: A. FRIGNANI, in *Diritto Antitrust Italiano*, cit., I, 380. Analoghe considerazioni potrebbero essere svolte per il caso di un rifiuto a contrarre giustificato, ad esempio, dall'inadempimento della controparte.

⁴⁶ A tal riguardo si veda la recente sentenza del Tar del Lazio, I, n. 11485/2000, punto VII.2, che ha confermato la rilevanza del danno ai consumatori ai fini della valutazione della gravità di abusi di posizione dominante.

⁴⁷ A titolo esemplificativo, in relazione alla non essenzialità dell'elemento del danno ai consumatori finali ai fini dell'abuso, nel caso *sip/Telsystem* (1995), l'Autorità qualificò come abusivo ex art. 3, lett. b, della legge il rifiuto ingiustificato di Telecom di fornire le linee affittate ad una impresa *new entrant*, nel mercato appena liberalizzato dei servizi di telefonia a gruppi chiusi di utenti, impedendo ad essa l'accesso a tale nuovo mercato. In tal caso, se certamente Telsystem poteva lamentare un grave danno —poi risarcito in sede civile dalla Corte d'Appello di Milano— il danno ai consumatori finali era ipotetico, non avendo Telsystem iniziato ad operare, mentre assai limitato era anche il danno subito dai clienti di quest'ultima. Nello stesso senso si veda, ad esempio, anche il caso *FIAT Ferroviaria/Goriziane* (1998) in cui la violazione dell'art. 3, lett. b, era stata riscontrata avendo Fiat Ferroviaria rifiutato la fornitura di pezzi di ricambio per locomotori in occasione di una gara indetta da un ente ferroviario impedendo così lo sviluppo della concorrenza nella revisione dei motori diesel per locomotori; detta condotta era stata considerata come recante danno «non solo agli altri partecipanti alla gara, ma anche agli enti ferroviari che sono stati privati della possibilità di scelta tra offerte alternative». Anche in dottrina è stato sottolineato che il riferimento al danno dei consumatori non costituisca un elemento costitutivo della fattispecie, ma piuttosto una delle possibili conseguenze dell'illecito: Cfr. sul punto V. MANGINI, G. OLIVIERI, cit., 67; P. FATTORI, *La tutela giurisdizionale nei confronti dei provvedimenti dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, Raccolta degli atti del IV convegno Antitrust tra diritto nazionale e diritto comunitario, a cura di E. A. RAFFAELLI, Milano, 2000, 307. Sotto questo profilo non può essere attribuita portata generale alla sentenza del Consiglio di Stato, VI, del 17.2.1999, n. 172 che, peraltro in *obiter dictum*, ha indicato come presupposto necessario della fattispecie di abuso in parola l'esistenza di «un pregiudizio ai danni dei consumatori, sub specie di variazioni peggiorative su prezzi, quantità e varietà dei prodotti immessi sul mercato».

⁴⁸ Si veda a tal proposito, la sentenza della Corte di Giustizia del 14 novembre 1996, causa C-333/94P, caso *Tetra Pak International*, Racc., I-5987, punto 44, dove si statuisce l'irrilevanza della «dimostrazione del fatto che la Tetra Pak disponeva di una effettiva possibilità di recupero delle perdite subite. Infatti, una pratica di prezzi predatori deve potersi sanzionare non appena sussista il rischio di eliminazione dei concorrenti»; cfr. anche Tribunale di Primo Grado, sentenza del 7 ottobre 1999, causa T-228/97, caso *Irish Sugar*, punto 170.

Ciò detto, occorre osservare che il divieto di abuso di posizione dominante può riguardare anche condotte poste in essere direttamente nei confronti di consumatori finali, rientrando tra gli abusi di sfruttamento, consistenti ad esempio, nell'imporre prezzi o altre condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose⁴⁹ o nell'imporre prestazioni gemellate [fattispecie previste, rispettivamente, dall'art. 3, lett. a), e lett. d), legge n. 287/90]⁵⁰.

In terzo luogo, la legge n.287/90 vieta (solo) le operazioni di concentrazione restrittive della concorrenza, individuate come quelle che comportano «*la costituzione o il rafforzamento di una posizione dominante sul mercato nazionale in modo da eliminare o ridurre in maniera sostanziale e durevole la concorrenza*» (articolo 6, comma 1).

In particolare, l'articolo 6, comma 1, della legge n. 287/90, tra i criteri per valutare *ex ante* se l'operazione ad essa comunicata —tenuto conto delle condizioni di concorrenza effettiva e potenziale nei mercati rile-

⁴⁹ Va ricordato, in ogni caso, che la fattispecie dei prezzi ingiustificatamente gravosi di cui all'articolo 3, lett. a), della legge n. 287/90, modellato sull'articolo 81, lett. a), del Trattato, assume un carattere peculiare nell'ambito della disciplina *antitrust*, trattandosi di una disposizione di difficile applicazione, in relazione sia all'accertamento dei costi sopportati dalle imprese, che alla valutazione del carattere «non equo» di un prezzo, ciò che spiega la sporadicità dei casi, comunitari e nazionali, volti all'accertamento di illeciti fondati su violazioni di tale fattispecie. Per un approfondimento delle problematiche di questa figura di abuso, cfr. V. MELI, *Lo sfruttamento abusivo di posizione dominante mediante imposizione di prezzi «non equi»*, Milano, 1989. A titolo esemplificativo, uno dei pochi abusi di questo tipo accertati dall'Autorità —caso *Viacard* (1994)— ha riguardato un abuso di posizione dominante consistente nell'adozione di un piano di automatizzazione dei pedaggi autostradali, che aveva comportato l'eliminazione in cinque caselli a elevato scorrimento del servizio di pagamento per contanti, lasciando come uniche modalità di pagamento istantaneo, l'utilizzo di tessere Viacard o del sistema di pagamento Telepass. Nel corso dell'istruttoria era stato ravvisato che l'uso esclusivo della Viacard o del Telepass rappresentava per una considerevole fascia di utenti «un disagio ingiustificato». Tra le ragioni di tale disagio, l'Autorità aveva considerato che l'acquisto delle tessere comportava un esborso anticipato di un importo notevolmente superiore ai pedaggi dovuti dagli utilizzatori abituali dei caselli automatizzati, oltre alla «scarsa propensione per la maggior parte dei consumatori di avvalersi di strumenti di pagamento diversi dalla moneta». Un altro caso trattato dall'Autorità è stato *SILB/SAE* (1995).

⁵⁰ Sotto questo profilo, va anche segnalata una recente ed innovativa decisione della Commissione sulla *Coppa del mondo di calcio 1998*, (decisione del 20.7.1999, *GUCE* L5 del 8.1.2000) nella quale è stato accertato un abuso per violazione dell'art. 82 del Trattato da parte del Comitato organizzatore (CFO) in relazione alla discriminazione operata nella vendita di biglietti di quella manifestazione sportiva ai consumatori finali non residenti in Francia. In particolare, la Commissione ha applicato il divieto generale dell'art. 82 poiché il «CFO ha abusato della propria posizione dominante sul mercato rilevante in quanto ha imposto condizioni commerciali non eque alle persone non residenti in Francia, con conseguente limitazione del mercato in danno di tali consumatori» (§§ 88 e 91).

Occorre osservare che questa decisione —che la stessa Commissione ha definito come sensibilmente innovativa rispetto alla sua prassi ed ai precedenti della Corte di Giustizia (§ 123)— benchè in essa la Commissione consideri l'art. 82 del Trattato come applicabile a «*situazioni in cui il comportamento di un'impresa dominante danneggia direttamente gli interessi dei consumatori pur non esplicando effetti sulla concorrenza*» (§ 100) appare fortemente influenzata dal fatto che la condotta in esame era rappresentata da una forma di discriminazione tra cittadini comunitari, basata sulla loro nazionalità: infatti, secondo la Commissione, il CFO «*indirettamente determinò una discriminazione fondata sulla cittadinanza degli stessi* [consumatori non domiciliati in Francia] *in violazione dei principi fondamentali del diritto comunitario*» anche in assenza di vantaggi commerciali o di altra natura per l'impresa dominante (§ 101).

vanti— sia suscettibile di costituire o rafforzare una posizione dominante (singola o oligopolistica) tale da eliminare o ridurre in modo sostanziale e durevole la concorrenza, indica la «*possibilità di scelta dei fornitori e degli utilizzatori*», peraltro riflettendo solo in parte quanto previsto dalla corrispondente norma del Regolamento n. 4064/89 che all'art. 2, paragrafo 1, lett. b —diversamente dalla citata norma nazionale— fa riferimento esplicito anche agli «*interessi dei consumatori intermedi e finali*».

A tal riguardo, si può osservare che, anche a prescindere da questo elemento di difformità testuale rispetto alla corrispondente disposizione comunitaria, la norma in esame conferisce un certo potere discrezionale di valutazione all'Autorità (così come alla Commissione), anche perché essa non stabilisce alcun ordine gerarchico tra i diversi criteri di cui tener conto nell'apprezzare i probabili effetti dell'operazione, nè il loro peso specifico⁵¹.

Più in generale, l'obiettivo primario del controllo delle concentrazioni è, come chiaramente indicato dalle norme nazionali e comunitarie⁵², quello di prevenire, in base ad una valutazione prognostica, che tramite fenomeni di crescita esterna, si formino o rafforzino in maniera stabile e duratura posizioni di elevato potere di mercato che possano pregiudicare la struttura del mercato (anche in senso oligopolistico) ed ostacolare la concorrenza effettiva e potenziale in esso, piuttosto che tutelare in via diretta gli interessi dei consumatori finali.

Ciò detto, sebbene la normativa italiana sia meno esplicita sul punto di quella comunitaria⁵³, generalmente non si ritiene ammissibile compensare il peggioramento delle condizioni di concorrenza derivanti dall'aumento del potere di mercato di un'impresa (ed eventuali perdite per i consumatori) con eventuali guadagni di quest'ultima in termini di efficienza o con la realizzazione di un particolare progresso tecnico o tecnologico (c.d. *efficiency defence*⁵⁴). Né potrebbe essere autorizzata

⁵¹ Cfr. A. FRIGNANI, M. WAELBROECK, *Disciplina della concorrenza nella CE*, Torino, 1996, 700.

⁵² Cfr. l'art. 6, comma 1, prima parte, legge n. 287/90; cfr. anche l'art. 2, 1 comma, lett.a), Reg. 4064/89 che identifica «*la necessità preservare e sviluppare una concorrenza effettiva nel mercato comune*». Si consideri a tal riguardo la decisione *Aerospatiale-Alenia/De Havilland* (1991, GUCE L334) con cui venne vietata una concentrazione in ragione degli effetti anticoncorrenziali della stessa per le imprese concorrenti, ancorchè essa avrebbe consentito l'offerta di una gamma più completa di prodotti ad una clientela allargata.

⁵³ Come detto, l'art. 2, comma 1, lett. b) del reg. 4064/89, prevede infatti tra i criteri di valutazione delle concentrazioni, che si tenga conto «*dell'evoluzione del progresso tecnico ed economico purchè essa sia a vantaggio del consumatore e non costituisca impedimento alla concorrenza*». Nelle decisioni *MSG/Media Service* (1994, GUCE L364) e *Nordic Satellite Distribution* (1996, GUCE L53), la Commissione ha sottolineato il fatto che il progresso tecnico e tecnologico non doveva essere tale da ostacolare la concorrenza, creando una posizione dominante in capo all'impresa che si concentrava.

⁵⁴ Sulla inammissibilità della *defence* da parte della Commissione Europea —diversamente dalla normativa antitrust statunitense, seppure con notevoli limiti— laddove l'operazione comporti la costituzione o il rafforzamento di una posizione dominante, mancando una espressa previsione in tal senso nel Regolamento 4064/89, si veda B. E. HAWK, H. L. HUSER, *European Community merger control: a practitioner's guide*, London-Boston, 1996, 269; C. J. COOK, C. S. KERSE, *EC Merger control*, London, 2000, 178; J. FAULL, A. NIKPAY, *op. cit.*, 1999, 250.

un'operazione che comportasse riduzioni di concorrenza in uno dei mercati interessati per il solo fatto che essa è idonea a produrre effetti positivi in altri mercati⁵⁵.

Dall'analisi della disciplina italiana in materia di concorrenza traspare quindi che essa non si pone in via primaria e diretta a protezione dei consumatori finali⁵⁶, ancorchè dall'efficace funzionamento del meccanismo concorrenziale derivino, come più volte osservato, indubbi benefici ai consumatori.

5. CONCLUSIONI

Le considerazioni sin qui svolte —argomentando essenzialmente dagli obiettivi della disciplina *antitrust* italiana e tenuto conto di quelli comunitari, individuati anche sulla scorta dell'analisi delle relative norme sostanziali— conducono a ritenere, come detto, che lo scopo principale dell'introduzione di una legislazione *antitrust* sia quello di garantire la creazione e la permanenza di una struttura concorrenziale del mercato, evitando che le imprese in esso operanti pregiudichino tale struttura coludendo tra loro, sfruttando la propria posizione di dominanza sul mercato ovvero creando o rafforzando artificialmente una tale posizione tramite fenomeni di crescita esterna. La tutela della concorrenza favorisce il realizzarsi di condizioni di efficienza economica e garantisce il benessere sociale e dei consumatori finali in particolare.

La permanenza di un mercato concorrenziale non è quindi solo una condizione necessaria per le imprese per poter esercitare pienamente la loro libertà di iniziativa economica, fondamento di ogni economia di mer-

⁵⁵ Cfr. G. BRUZZONE, P. FATTORI, A. HEIMLER, *op. cit.*, 363.

⁵⁶ Cfr. sul punto si veda quanto osservato da G. ALPA, il quale, dopo aver sottolineato che «la disciplina della concorrenza, in sé, non offre una tutela diretta degli interessi dei consumatori, ma solo una tutela indiretta e mediata...» —con riferimento alla legge n. 287/90— afferma che «l'impressione che si ricava dalla lettura complessiva del testo e che l'interesse dei consumatori sia preso in considerazione solo come punto di riferimento, come metro di valutazione della anticoncorrenzialità di un atto o di una pratica, cioè come mezzo piuttosto che come fine». *Il diritto dei consumatori*, Roma-Bari, 1999, 90. Si veda anche C. M. VERARDI, il quale osserva che nonostante la stretta interdipendenza tra la tutela dell'interesse generale del corretto funzionamento del mercato e protezione dei consumatori, la legge sulla concorrenza non rappresenti uno strumento di tutela diretta dei consumatori, in *La tutela collettiva dei consumatori: profili di diritto sostanziale processuale*, B. CAPPONI, M. GASPARINETTI, C. M. VERARDI, 1995, 85; A. ZITO, *op. cit.*, 47, con riferimento alle disposizioni della legge n. 287/90 osserva che «emerge con chiarezza l'impossibilità di ricavare in modo univoco ... una qualche indicazione rispetto alla rilevanza piena e diretta dell'interesse del consumatore nell'ambito della disciplina in questione». Si è già richiamata sul punto la valutazione di F. SAJA, *L'autorità garante della concorrenza e del mercato: prime esperienze e prospettive di applicazione della legge*, cit., 455. Sul fronte comunitario, A. FRIGNANI e M. WAELBROECK, sottolineano che «l'interesse dei consumatori presenta, in rapporto alla politica di concorrenza, un carattere derivato e non primario» e che «nel diritto europeo esistono... indici normativi, secondo i quali il benessere dei consumatori è una delle anime dell'*antitrust*»; cfr. *Disciplina della concorrenza nella CE*, cit., 18. In tal senso, sempre con riferimento alle norme comunitarie, si vedano anche le considerazioni svolte da G. ROSSI, in *Effetti della violazione di norme antitrust sui contratti tra imprese e clienti: un caso relativo alle norme bancarie uniformi*, nota alla sentenza del Tribunale di Alba del 12 gennaio 1995, *Giur. It.*, 1996, parte I, Sez. II, 212.

cato, ma rappresenta anche una condizione per consentire agli utenti, intermedi e finali, di esprimere le proprie scelte, tese a soddisfare in maniera più completa e vantaggiosa le proprie esigenze.

Di conseguenza, sembra ancora la tesi più convincente quella per cui la tutela che il consumatore riceve dalla normativa *antitrust* è —per così dire e con le eccezioni sopra messe in luce— essenzialmente il «riflesso» della garanzia della struttura del mercato in senso concorrenziale, mirando tale normativa ad evitare che essa venga «ingessata» da comportamenti limitativi del confronto tra le imprese, ovvero che detta struttura subisca, tramite concentrazioni, delle trasformazioni (in senso monopolistico o oligopolistico) che consentano poi lo sfruttamento del potere di mercato, singolo o congiunto, in tal modo acquisito.

In questi termini, l'intera categoria dei consumatori può essere senz'altro considerata come destinataria finale degli effetti benefici di un sistema improntato sulla libera concorrenza, quale quello a cui si ispirò sin dall'inizio la Comunità Europea.

EL DEBATE SOBRE COMERCIO Y COMPETENCIA EN LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO: PASADO, PRESENTE Y FUTURO

Gaëtan VERHOOSSEL¹

Miembro del Servicio Jurídico de la Organización
Mundial del Comercio, Ginebra. Doctor en Derecho
por la Universidad de Columbia, Nueva York

Maddi AZPIROZ GARMENDIA²

Powell Goldstein Frazer & Murphy LLP, Grupo
de Derecho Comercial Internacional, Ginebra. Máster
en Derecho por la Universidad de Columbia, Nueva York

1. INTRODUCCIÓN

El debate sobre comercio y política de la competencia ha adquirido suma actualidad. Verdad es que el interés por la materia no es, en absoluto, nuevo, pero se ha reactivado durante los últimos años gracias a la conversión del antiguo Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT 1947) en la Organización Mundial del Comercio (OMC) y, en particular, a la creación del Grupo de Trabajo sobre la Interacción entre Comercio y Política de la Competencia en el seno de la OMC. La Ronda de Uruguay creó efectivamente un sistema multilateral e integrado de acuerdos, que trascendía, en cierta medida, el ámbito de las políticas nacionales de los Estados miembros y sometía cada vez más dichas políticas a disciplinas multilaterales. El resultado no fue sólo una reducción progresiva de los obstáculos arancelarios —por lo menos con respecto a los productos industriales—, sino también de los llamados obstáculos técnicos al comercio³. El sistema también se extendió al sector de los

¹ Todas las opiniones expresadas son estrictamente personales y no representan las opiniones de la OMC, su Secretaría o sus Miembros. Muchas gracias a Robert Andersen por su ayuda y sus sugerencias. Email: gaetan.verhoosel@wto.org.

² Todas las opiniones expresadas son estrictamente personales y no representan las opiniones de las empresas o de los gobiernos a los que la autora asesora en el ejercicio de su profesión. Email: mazziroz@PGFM.com.

³ Véase, por ejemplo, los Acuerdos sobre los Obstáculos Técnicos al Comercio (OTC) y sobre las Medidas Sanitarias y Fitosanitarias (MSF).

servicios⁴ y a la protección de la propiedad intelectual⁵. Este desarrollo permitió identificar las prácticas restrictivas de las empresas privadas como el nuevo desafío de la liberalización comercial multilateral, explicando, en parte, el interés renovado por la interacción entre políticas comerciales y de la competencia. Ha de añadirse a ello la integración cada vez mayor de la economía mundial, impulsada no sólo por la liberalización comercial, sino también por la enorme expansión de la inversión extranjera directa, lo cual ha hecho que las prácticas restrictivas de la competencia que utilizan las empresas tengan una dimensión transfronteriza cada vez más importante y produzcan efectos en varios países.

Las prácticas restrictivas de la competencia en un mercado concreto pueden efectivamente constituir obstáculos importantes que dificultan el acceso de los proveedores extranjeros a dicho mercado. Entre tales prácticas y obstáculos pueden destacarse los siguientes:

— *Las limitaciones verticales.* Los obstáculos han surgido típicamente en aquellos casos en que, por razón de tales limitaciones, las empresas extranjeras han visto dificultado su acceso a las redes de distribución controladas por proveedores nacionales. Se trata de una serie de prácticas que incluyen acuerdos de exclusividad, ventas vinculadas, bonificación por fidelidad o volumen de ventas, y territorios exclusivos.

— *Los cárteles de importación.* Las consecuencias son la exclusión de los competidores extranjeros de las asociaciones gremiales o empresariales, las condiciones discriminatorias a la hora de hacerse miembros de ellas, y la utilización de normas excluyentes por parte de las mismas.

— *El comercio de Estado, los privilegios exclusivos o especiales y los monopolios.* En las relaciones comerciales internacionales, se ha observado que surgen tres tipos de problemas o discriminaciones en el acceso a los mercados respecto de las actividades de las empresas que gozan de un monopolio u ocupan una posición dominante en el mercado nacional. Un primer problema se refiere al acceso de los bienes y servicios al mercado que es objeto de monopolio o de la concesión de privilegios especiales o exclusivos, tanto en el sector de los bienes como en el de los servicios. Un segundo problema estriba en las consecuencias que acarrearán los monopolios o las posiciones dominantes en el mercado respecto de la posibilidad de que los bienes, servicios o proveedores de servicios extranjeros puedan abastecer los mercados de productos elaborados, el acceso a los cuales depende de la utilización de las instalaciones que son objeto del monopolio o de la posición dominante en el mercado. Una tercera esfera de tensión comercial la constituye, finalmente, el acceso al mercado de insumos, de productos primarios, especialmente los bienes de capital, para la producción de bienes y servicios por parte de una empresa dominante o que goza de privilegios.

⁴ Véase el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS o, en inglés, GATS).

⁵ Véase el Acuerdo Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (Acuerdo sobre los ADPIC).

En un mercado en el que se permiten estas u otras prácticas restrictivas puede quedar impedido el *market access*, el acceso al mercado, por parte de los proveedores extranjeros, frustrándose así los objetivos de la liberalización comercial multilateral. Por otra parte, la interacción entre políticas comerciales y de la competencia tiene otras dimensiones además de las relacionadas con el acceso al mercado. Así, también provocan un impacto potencial en el comercio internacional los cárteles de exportación, puros o mixtos, los cárteles internacionales y los acuerdos de reparto de mercados entre empresas de dos o más países, la fijación de precios predatorios, la discriminación en materia de precios, la concesión de subvenciones cruzadas, las prácticas anticompetitivas en relación con los derechos de propiedad intelectual, etc.

Todas estas prácticas plantean problemas en el comercio internacional, y, aunque la aplicación de la legislación nacional sobre la competencia parezca, en la mayoría de los casos, la medida más apropiada para solucionarlos, suele ocurrir que tal legislación, o bien no existe en los 140 Miembros de la OMC, o bien —cosa aún más probable— existe, pero no se aplica de manera rigurosa o no discriminatoria, o bien que determinadas prácticas escapen al ámbito de aplicación de la legislación nacional. Se requiere, por tanto, alguna forma de cooperación internacional.

Tal cooperación internacional puede realizarse de modo bilateral o multilateral. En cuanto a la cooperación bilateral, ya existen diversos acuerdos⁶ de contenido variable. Por lo general, tales acuerdos bilaterales contienen estipulaciones que regulan la notificación y celebración de consultas en caso de prácticas restrictivas de dimensión transnacional, el intercambio de información, cooperación y coordinación respecto de los procedimientos de aplicación, y el *comity* —la «cortesía internacional»— o bien la llamada cortesía tradicional (una autoridad de competencia nacional toma en consideración los intereses de otro país cuando aplica las leyes nacionales de competencia), o bien la llamada cortesía positiva (una autoridad interviene dentro de su jurisdicción en respuesta a una solicitud cursada por otra jurisdicción que considera que sus nacionales sufren efectos negativos a causa de unas prácticas restrictivas que tienen su origen en la primera jurisdicción). Aunque estos acuerdos bilaterales constituyan un avance importante en la cooperación internacional respecto de las políticas de la competencia, también tienen sus limitaciones. Primero, la mayoría de tales acuerdos es de carácter procesal, y no sustantivo. No contribuyen, por tanto, a una armonización internacional de las políticas de la competencia. Además, y en términos generales, dichos acuerdos suelen ser legalmente no vinculantes y/o están formulados en términos de obligaciones de *best efforts*, es decir, de compromisos que no obligan a lograr un resultado determinado. Por último, una debilidad importante

⁶ El más conocido es sin duda el acuerdo EEUU-UE, *DOCE*, núm. L 132, 15 de junio de 1995.

de los mencionados acuerdos es que son todavía escasos: sólo algunos países (principalmente desarrollados) los han firmado ⁷.

Por lo que se refiere al ámbito multilateral, aparte de la Carta de La Habana, de la que hablaremos más adelante, la cooperación internacional se concretó, primero, en el seno de las Naciones Unidas. El Conjunto de las Naciones Unidas de 1980, sobre principios y normas equitativos convenidos multilateralmente para el control de las prácticas comerciales restrictivas (citado, en adelante, como «el Conjunto»), adopta la forma de recomendación a los Estados. Está centrado específicamente en las prácticas comerciales restrictivas que impiden o anulan los beneficios que se derivan del comercio internacional y, por consiguiente, el desarrollo económico y social de los países, sobre todo de los en vías de desarrollo. Insta a que se adopten medidas en el ámbito nacional, regional e internacional, con el fin de eliminar las prácticas comerciales restrictivas que produzcan tales efectos o de hacerles frente con eficacia. Recomienda a los Estados que, al adoptar dichas medidas, tengan en cuenta las necesidades, tanto financieras como comerciales, de los países en vías de desarrollo. Contiene principios y normas en los que se insta a las empresas, incluidas las transnacionales, a abstenerse de aplicar restricciones horizontales de diverso tipo y a evitar la adquisición y el abuso de posiciones dominantes en el mercado. Contiene además principios y normas dirigidas a los Estados, urgiéndoles, sobre todo, a que, bien en el plano nacional o mediante agrupaciones regionales, adopten, mejoren y hagan cumplir con eficacia la legislación adecuada y apliquen procedimientos judiciales y administrativos para controlar las prácticas comerciales restrictivas. Asimismo, el Conjunto trata de alentar diversas formas de colaboración destinadas a eliminar las prácticas comerciales restrictivas o a ocuparse efectivamente de ellas. El Conjunto no es jurídicamente vinculante, pero se ha estimulado su aplicación mediante reuniones de expertos y actividades de difusión llevadas a cabo por la secretaría de la UNCTAD.

Por lo que se refiere a la OMC como foro de debate, ha de recordarse que hace ya casi cincuenta y cinco años se redactó la Carta de La Habana, el documento original que dio a luz el sistema comercial multilateral. Esta Carta contenía ya todo un capítulo relacionado con la política de la competencia, pero sólo entró en vigor, de manera provisional, el capítulo del GATT, quedando en letra muerta los demás capítulos. Hubo que esperar hasta 1996, tras la creación de la OMC, para que los miembros de la nueva Organización abrieran un debate general sobre el tema. Así, el Grupo de Trabajo sobre la Interacción entre Comercio y Política de la Competencia (citado, en adelante, como «el Grupo de Trabajo») se estableció en virtud de una decisión adoptada en la Conferencia Minis-

⁷ Véase Robert ANDERSEN, *International Cooperation in Competition Policy: Approaches currently under Consideration in the WTO*, paper prepared for «International Conference on Competition Laws/Policies for the New Millenium», Taipei, 2000, p. 2.

terial de la OMC que se celebró en Singapur. El texto del párrafo pertinente de la Declaración Ministerial⁸ dice lo siguiente:

«Teniendo en cuenta las disposiciones existentes de la OMC sobre cuestiones relacionadas con la inversión y la política de la competencia, así como el programa incorporado relativo a esas materias, incluido en el marco del Acuerdo sobre Medidas en Materia de Inversiones relacionadas con el Comercio, y entendiendo que la labor que se emprenda no prejuzgará el inicio de negociaciones en el futuro, acordamos asimismo:

— establecer un grupo de trabajo encargado de examinar la relación entre comercio e inversión, y

— establecer un grupo de trabajo encargado de estudiar las cuestiones que planteen los Miembros acerca de la interacción entre comercio y política de la competencia, incluidas las prácticas anticompetitivas, con vistas a identificar cualesquiera áreas que puedan merecer ulterior atención en el marco de la OMC.

Cada uno de esos grupos aprovechará la labor del otro en caso necesario y se servirá también, sin que vaya en demérito de ella, de la labor realizada en la UNCTAD y otros foros intergubernamentales apropiados. [...] El Consejo General supervisará la labor de uno y otro grupo, y decidirá, al cabo de dos años, cómo habrá de proseguir aquélla en uno y otro caso. Queda claramente entendido que, de haberla, cualquier futura negociación en materia de disciplinas multilaterales aplicables a estos sectores sólo podrá tener lugar después de que los Miembros de la OMC hayan adoptado, por consenso, una decisión explícita acerca de tales negociaciones»⁹.

Cabe subrayar desde un principio que, tal y como indica claramente la Declaración Ministerial de Singapur, no se trata de un ejercicio de *negociación* propiamente dicho, sino de un ejercicio de *análisis y debate*. Ello no excluye, por supuesto, la posibilidad de que, ulteriormente, una vez identificada durante los debates del Grupo de trabajo una necesidad concreta, los Miembros decidan entablar negociaciones en el seno de la OMC con vistas a un acuerdo sobre política de la competencia.

En este artículo, se ofrecerá una visión general del debate que viene produciéndose en la OMC sobre comercio y política de la competencia, tomando como punto de referencia la labor realizada por el Grupo de Trabajo. Más adelante trataremos del pasado, es decir, de lo que ya existía en el *acquis* —acervo— de la OMC en relación con la política de la competencia antes de que se estableciese el Grupo de Trabajo; del presente, sobre el que ofreceremos un resumen de los debates que el Grupo de Trabajo ha realizado hasta la fecha; y del futuro, donde presentaremos el abanico de opciones de acción que los Miembros podrían considerar en el contexto de posibles negociaciones futuras.

Esta metodología de exposición nos servirá para destacar, una vez más, que el debate sobre política de la competencia, dentro del sistema

⁸ WT/MIN(96)/DEC.

⁹ *Ibid.*, párrafo 20.

comercial multilateral, no es en absoluto nuevo, por más que la actividad del Grupo de Trabajo esté atrayendo en la actualidad la atención del público interesado. Uno de los objetivos fundamentales del sistema comercial multilateral ha sido siempre el de crear una igualdad de condiciones competitivas en el mercado para los productos o servicios nacionales e importados. Tal propósito se refleja en los diversos elementos que configuran el sistema y que atañen a la política de la competencia¹⁰. Ésa es la razón por la que hemos preferido describir primero, aunque sea de manera somera, el llamado *acquis* de la OMC en materia de la competencia, antes de pasar a exponer, también de manera sumaria, el desarrollo de las actividades del Grupo de Trabajo.

2. EL PASADO: EL *ACQUIS* DEL DERECHO DE LA OMC EN MATERIA DE LA COMPETENCIA

A. LA CARTA DE LA HABANA

El capítulo V de la Carta de La Habana¹¹ para una Organización Internacional del Comercio ya regulaba las prácticas restrictivas que pudieran afectar a la competencia en el comercio internacional, así como las medidas gubernamentales que pudieran surtir el mismo efecto. El capítulo contenía nueve artículos, cuya finalidad era la de: «[...] evitar, por parte de las empresas públicas o privadas, prácticas comerciales que restrinjan la competencia en el comercio internacional, limiten el acceso a los mercados o favorezcan el control monopolista en todos aquellos casos en los que tales prácticas produzcan efectos perjudiciales para la expansión de la producción o del comercio y entorpezcan la realización de cualquiera de los demás objetivos [de la Carta].» En la Carta se enumeraban seis prácticas que habían de considerarse perjudiciales para el comercio, cuando las ejercieran una o varias empresas que, individual o colectivamente, tuvieran un control efectivo sobre el comercio de uno o más productos entre varios países. Se establecía asimismo un procedimiento para incluir en el futuro, de manera acordada, otras posibles prácticas. La Organización investigaría cualquier reclamación que se considerara justificada. En caso de que la Organización asumiera la reclamación, instaría al Miembro interesado a que adoptase todas las medidas posibles para remediar la situación. La Carta de La Habana nunca entró en vigor en su totalidad, como tampoco lo hizo la Organización Internacional de Comercio. Sólo adquirió vigencia, y de manera «provisional», el capítulo del GATT.

¹⁰ Véase, en general, OMC, *Informe Annual*, 1997, pp. 36-111.

¹¹ Acta Final y documentos conexos, Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Empleo, celebrada en La Habana, Cuba, del 21 de noviembre de 1947 al 24 marzo de 1948.

B. LOS ACUERDOS DEL SISTEMA MULTILATERAL DE LA OMC

a) *Disposiciones para la celebración de consultas y para la cooperación*

En cada uno de los principales acuerdos que componen el Acuerdo sobre la OMC —el GATT, el AGCS y el Acuerdo sobre los ADPIC— se establecen procedimientos para la celebración de consultas y para la cooperación en materia de prácticas contrarias a la competencia. En el caso del GATT, las Partes Contratantes adoptaron en 1960 una Decisión, en la que se contiene una serie de disposiciones para la celebración de consultas sobre prácticas comerciales restrictivas¹². En ella se reconoce que las prácticas comerciales contrarias a la competencia en el comercio internacional pueden frenar el desarrollo económico de los distintos países y comprometer las ventajas inherentes a las reducciones de los obstáculos al comercio. Se afirma, además, que es necesario cooperar en el ámbito internacional, con el fin de luchar eficazmente contra las prácticas comerciales restrictivas que tienen repercusiones perjudiciales en el comercio internacional. No obstante, en la Decisión se señala también que las Partes Contratantes consideran que, en las circunstancias entonces existentes, no podían regular en absoluto dichas prácticas ni efectuar las investigaciones correspondientes. Se recomienda, en cualquier caso, que toda parte contratante entable, a petición de la otra parte, consultas bilaterales o multilaterales sobre las posibles prácticas perjudiciales: la parte a la que se dirija la solicitud debería examinarla «con comprensión» y prestarse a la celebración de consultas con la parte solicitante, de modo que ambas pudieran llegar a conclusiones recíprocamente satisfactorias. Si la parte solicitada reconociera la existencia de efectos perjudiciales, debería adoptar las medidas apropiadas para eliminarlos. Estas disposiciones sólo se han invocado en tres ocasiones, la más conocida de las cuales fue la diferencia que se produjo entre los EEUU y Japón a propósito de las películas y papel fotográficos.

En el artículo IX del AGCS se reconoce que ciertas prácticas comerciales de los proveedores de servicios pueden limitar la competencia y, por ende, restringir el comercio de servicios. En él se dispone que cada Miembro, a petición de cualquier otro, entablará consultas con miras a eliminar tales prácticas. El Miembro a quien se dirija la petición la examinará «cabalmente y con comprensión», y prestará su cooperación facilitando la información no confidencial que esté al alcance del público y que guarde relación con el asunto de que se trate. Asimismo, deberá facilitar cualesquiera otras informaciones de que disponga, con sujeción a su legislación nacional y a reserva de la adopción de un acuerdo satisfactorio sobre la salvaguarda del carácter confidencial de tales informaciones.

¹² IBDD 9S/29-30.

El Acuerdo sobre los ADPIC contiene una disposición similar en su artículo 40. En su virtud, si un Miembro considerara la posibilidad de entablar una acción contra una empresa de otro Miembro, podría solicitar la celebración de consultas con este segundo Miembro, el cual deberá, a su vez, cooperar facilitando la información pertinente que no sea confidencial y se encuentre a disposición pública. De manera análoga, el Miembro cuyas empresas sean objeto de una acción similar en otro país Miembro, podrá también solicitar la celebración de consultas.

b) *No discriminación*

Los tres principales Acuerdos de la OMC contienen varias normas sobre el trato nacional y sobre el trato de la nación más favorecida. Tales normas pueden resultar aplicables, dentro de ciertos límites, en aquellas situaciones en que las leyes sobre la competencia —o cualesquiera otras— de un Miembro de la OMC, así como su aplicación concreta, discriminen contra o entre los bienes, los servicios o los nacionales de otros Miembros de la OMC¹³. Comenzando por el sector del comercio de mercancías y el GATT, tales leyes estarían comprendidas en el ámbito de aplicación de la norma que regula el trato nacional y que se enuncia en el párrafo 4 del artículo III, en la medida en que aquéllas afectasen a la venta, la oferta para la venta, la compra, el transporte, la distribución o el uso de mercancías en el mercado interior. Parece claro que una disposición legislativa que concede *de iure* un trato menos favorable a los productos importados que a los productos similares de origen nacional infringe el artículo III; pero lo mismo podría decirse de una situación en que la discriminación fuese *de facto*, toda vez que el artículo III se ha interpretado en el sentido de que exige una igualdad efectiva de oportunidades para los productos importados¹⁴. Por lo que se refiere a la obligación de trato nacional impuesta por el AGCS (art. XVII), han de señalarse dos importantes diferencias respecto de la disposición sobre trato nacional contenida en el GATT: en primer lugar, la norma no es de aplicación general, sino que depende de que en la Lista del Miembro de la OMC se haya asumido un compromiso específico de otorgar el trato nacional en el sector en cuestión; en segundo lugar, la norma se aplica, no sólo al trato de los *servicios* de otros Miembros de la OMC, sino también al de los *proveedores de servicios* de otros Miembros de la OMC. Ha de observarse que estas normas, aunque podrían aplicarse a los casos en que las medidas destinadas a luchar contra el comportamiento anticompetitivo de las empresas discriminan contra los bienes y servicios importados o contra las compañías extranjeras proveedoras de servicios en el mercado nacional, no resultan aplicables al trato discriminatorio dado a las exporta-

¹³ Véase, en general, Gaetan VERHOUSEL, *Keeping the Gate: National Treatment in wto Law*, que aparecerá publicado en breve por Hart Publishing, Oxford, 2001.

¹⁴ Informe del Grupo Especial en el asunto *Estados Unidos-Artículo 337 de la Ley Arancelaria de 1930*, adoptado el 7 de noviembre de 1989 (IBDD 36S/402).

ciones respecto del trato otorgado a los bienes y servicios del mercado nacional. Las normas sobre el trato de la nación más favorecida del GATT y del AGCS¹⁵ tienen también un amplio ámbito de aplicación y podrían ser aplicables a aquellas situaciones en que las medidas destinadas a luchar contra ciertas prácticas empresariales discriminan *entre* otros Miembros de la OMC en cuanto al trato dado a los productos importados de ellos o exportados a ellos, o en el trato dado a los servicios y proveedores de servicios de dichos países miembros.

Por lo que se refiere al Acuerdo sobre los ADPIC, las obligaciones que impone en materia de trato nacional y de trato de la nación más favorecida¹⁶ prohíben, con una breve lista de excepciones, la discriminación contra y entre los nacionales de otros Miembros de la OMC en los aspectos relativos a la existencia, adquisición, alcance, mantenimiento y observancia de los derechos de propiedad intelectual, así como en los aspectos relativos al ejercicio de los derechos de propiedad intelectual de que trata específicamente el Acuerdo.

c) *Transparencia*

Muchos Acuerdos de la OMC imponen obligaciones sobre la publicación y notificación de las leyes, reglamentos, decisiones judiciales y disposiciones administrativas de aplicación general relacionadas con la cuestión regulada por el acuerdo de que se trate¹⁷. Tales obligaciones tienen un amplio ámbito de aplicación y abarcan, por lo general, todas las medidas que afectan al sector del comercio de que se trate. En el caso del Acuerdo sobre los ADPIC, se hace referencia expresa a las medidas relativas a la «prevención del abuso de los derechos de propiedad intelectual». Las normas del GATT sobre las empresas con monopolios o privilegios exclusivos o especiales conceden particular importancia a la notificación de información sobre las actividades de dichas empresas. El AGCS también contiene procedimientos especiales para el suministro de información sobre los monopolios y proveedores exclusivos de servicios¹⁸.

d) *Normas mínimas*

Por lo general, la OMC no establece normas mínimas que los Miembros tengan que aplicar para determinar qué prácticas empresariales han de prevenirse. No obstante, hay algunas excepciones. Las más importantes

¹⁵ Artículo I del GATT y artículo II del AGCS. Estas normas tienen ciertas excepciones, por ejemplo en el caso de los acuerdos comerciales regionales.

¹⁶ Artículos 3 y 4.

¹⁷ Por ejemplo, el artículo X del GATT, el artículo III del AGCS y el artículo 63 del Acuerdo sobre los ADPIC.

¹⁸ Párrafos 3 y 4 del artículo VIII.

son las normas de la OMC concernientes a las empresas que tienen monopolios o privilegios exclusivos o especiales.

El GATT de 1994 permite a los Miembros mantener monopolios de importación. Es más, prevé una «excepción general» de otras obligaciones respecto de las medidas necesarias para mantener en vigor tales monopolios¹⁹. En lugar de requerir que la existencia misma del monopolio o de los privilegios especiales o exclusivos sea objeto de negociación y normas, el criterio del GATT ha consistido en alentar las negociaciones²⁰ y establecer normas acerca de la relación competitiva que debe darse entre las importaciones y los productos fabricados en el país, relación que deberá reflejarse en la conducta que mantienen en el mercado los monopolios o las propias empresas que gozan de privilegios. En tal sentido, los monopolios estatales de importación no deberán actuar de forma que aseguren una protección superior al arancel consolidado²¹. Igualmente, las empresas del Estado y las que gocen de privilegios especiales o exclusivos no deberán discriminar, cuando decidan sobre importaciones, en razón del país de origen de los bienes, sino que adoptarán sus decisiones ateniéndose a consideraciones de carácter comercial²². Las operaciones comerciales del Estado no deberán tampoco utilizarse para imponer restricciones a la importación que sean incompatibles con las normas generales del GATT de 1994²³. El derecho a mantener un monopolio de importación no entraña el derecho a discriminar contra la distribución interna de los productos importados²⁴.

Sin embargo, este especial hincapié en la conducta de las empresas tiene un punto débil, que ha solido señalarse, en las normas del GATT aplicables a las empresas del Estado y a aquellas a las que se han concedido privilegios exclusivos o especiales, a saber, el punto que se refiere a su vigilancia y aplicación. No resulta, en efecto, fácil asegurar que el control discrecional que ejercen los poderes públicos o los intereses autónomos de las empresas no den lugar, en la práctica, a los actos mencionados en el párrafo anterior, máxime cuando lo que hay que vigilar no son las normas gubernamentales de aplicación general, sino la conducta misma de las empresas. Con el fin de resolver este problema, se ha insistido con especial énfasis en la transparencia y en la presentación de información sobre las operaciones de las empresas²⁵. Aun así, las estipulaciones relativas a la transparencia no han funcionado del todo, como

¹⁹ Apartado d) del artículo XX.

²⁰ Párrafo 3 del artículo XVII.

²¹ Párrafo 4 del artículo II.

²² Párrafo 1 del artículo XVII.

²³ Nota a los artículos XI, XII, XIII, XIV y XVIII.

²⁴ Informe del Grupo Especial en el caso de Canadá —*Importación, distribución y venta de determinadas bebidas alcohólicas por organismos provinciales de comercialización*, DS17/R, aprobado el 18 de febrero de 1992, párrafo 5.15.

²⁵ Véase el párrafo 4 del artículo XVII, el Cuestionario de 1960 (IBDD 95/184) y el Entendimiento relativo a la interpretación del artículo XVII del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 que forma parte del anexo IA del Acuerdo sobre la OMC.

lo pone de manifiesto el hecho de que el Entendimiento de la Ronda Uruguay tratara de corregir la situación estableciendo un grupo de trabajo que se encargara de examinar, no sólo las notificaciones, sino también el propio cuestionario²⁶. Con todo, incluso en el caso de que se dispusiera de más información sobre el funcionamiento de las empresas, seguiría siendo problemático que ello sólo bastara para determinar si las decisiones que afectan a las importaciones reflejan o no algún grado de discriminación, sobre todo en los sectores de productos menos homogéneos.

La mayor parte de las concesiones que se refieren al funcionamiento de las empresas comerciales del Estado y que fueron negociadas en el marco del GATT han adoptado la forma de consolidaciones de derechos arancelarios, aun cuando los párrafos 3 del artículo XVII y 4 del II reconocen, de manera explícita, la posibilidad de otras formas de aplicación. Como ya se ha indicado, aun cuando el GATT no requiere que la existencia de monopolios de importación o de derechos exclusivos o especiales sea objeto de negociación, tampoco hay nada en él que lo impida. Destaca, a este respecto, el hecho de que, en las negociaciones de adhesión, sobre todo en las que se refieren a países que tienen un régimen de comercio de Estado, se ha intentado llegar a compromisos que afectan, no sólo a la conducta de las empresas a las que se han concedido derechos exclusivos sobre las importaciones, sino también a la existencia misma de tales derechos, es decir, a la propia estructura del mercado (esta cuestión ha venido en conocerse como la de los «derechos comerciales»).

El AGCS enfoca la cuestión de los efectos que ejercen sobre el comercio los monopolios y las empresas con derechos exclusivos de manera similar a como lo hace el GATT. La obligación fundamental es velar por que la empresa no menoscabe la relación competitiva entre los servicios y proveedores de servicios nacionales y los de otros Miembros de la OMC que establecen la obligación de la NMF y los compromisos concretos del Miembro de que se trate²⁷. Sin embargo, hay una diferencia importante respecto del GATT. Como es sabido, el AGCS es un acuerdo que abarca la prestación de servicios mediante la presencia comercial de proveedores extranjeros (es decir, a través de inversiones extranjeras), así como por medio de la prestación transfronteriza de un servicio, en relación con los mercados que son objeto de monopolios y derechos exclusivos. Pues bien, conforme a esta estructura, el Acuerdo prevé explícitamente negociaciones y compromisos en torno al establecimiento de normas sobre la entrada en el mercado y, por tanto, sobre los propios monopolios y derechos exclusivos. En realidad, el derecho de los proveedores extranjeros de servicios a establecerse en mercados en los que existan monopolios o derechos exclusivos ha constituido un importante tema de negociación, así como una esfera significativa de compromisos, sobre todo en el campo de las telecomunicaciones. A este respecto, el AGCS prevé, no sólo compromisos en lo que concierne al otorgamiento de trato nacio-

²⁶ *Ibid.*

²⁷ Párrafos 1 y 5 del artículo VIII del GATT.

nal a los proveedores extranjeros con respecto a las medidas que afecten a su presencia comercial²⁸, sino también compromisos acerca del «acceso a los mercados» respecto de los derechos especiales o exclusivos que adopten la forma de limitaciones cuantitativas de la entrada en el mercado, independientemente de que éstas discriminen contra los servicios o los proveedores extranjeros.

Quizás las normas más importantes en esta esfera sean las enunciadas en el artículo VIII del AGCS y en el desarrollo que de ellas se hace en el anexo del AGCS sobre telecomunicaciones. Asimismo, son también particularmente importantes las normas que se contienen en los compromisos contraídos por gran número de Miembros de la OMC con respecto a los servicios de telecomunicaciones básicas y que se encuentran en un «documento de referencia» que enuncia los principios de la regulación y las salvaguardas contra las prácticas anticompetitivas. Este «documento de referencia» forma parte de los compromisos asumidos por muchos Miembros de la OMC a raíz de las negociaciones que ellos mismos desarrollaron en febrero de 1997 sobre telecomunicaciones básicas. En ese documento se aborda, en particular, la situación en la que una red o servicio público de transporte de telecomunicaciones constituye una instalación esencial que es facilitada, exclusiva o predominantemente, por un solo proveedor o un número limitado de proveedores, y no puede ser sustituida, por razones económicas o técnicas, para prestar un determinado servicio. Los Miembros interesados se han comprometido a adoptar las medidas adecuadas para impedir que un proveedor importante²⁹ pueda negarse a poner a disposición de otros proveedores de servicios, en forma oportuna, la información comercial o técnica acerca de las instalaciones esenciales que aquéllos necesiten para prestar un servicio. El documento de referencia también contiene disposiciones un tanto detalladas para garantizar que los proveedores de servicios más complejos puedan establecer interconexión con un proveedor importante sobre la base de términos, condiciones y tarifas que no sean discriminatorias y de una calidad no menos favorable que la facilitada a sus propios servicios similares o a los de sus filiales, así como a los de otras empresas no afiliadas. Es preciso establecer un órgano nacional independiente para solucionar las diferencias acerca de la interconexión³⁰.

²⁸ Artículo XVII del AGCS.

²⁹ Un proveedor importante se define como aquel que tiene la capacidad de afectar de manera significativa las condiciones de participación (teniendo en cuenta los precios y la oferta) en el mercado relevante de servicios de telecomunicaciones básicas, como consecuencia del control de las instalaciones esenciales o la utilización de su posición en el mercado.

³⁰ Cabe mencionar la primera diferencia que se refiere al Documento de Referencia, actualmente pendiente en la OMC, entre los Estados Unidos y México (WT/DS204), en la cual los Estados Unidos alegan violación, por parte de México, de varias disposiciones del AGCS y, sobre todo, del Documento de Referencia. Según los Estados Unidos, el Gobierno de México ha adoptado o mantenido medidas reglamentarias anticompetitivas y discriminatorias, ha tolerado ciertos obstáculos al acceso a los mercados de orden privado y ha omitido tomar las medidas necesarias de regulación de los sectores mexicanos de telecomunicaciones básicas y telecomunicaciones de valor añadido, protegiendo así al operador nacional, Telmex. Después de que Telmex, en enero de 2001, hiciera

En cuanto al posible uso indebido de información, el documento de referencia incluye un compromiso por parte del Miembro en orden a mantener medidas adecuadas para impedir que los proveedores importantes utilicen, con resultados anticompetitivos, la información obtenida de sus competidores. Por lo que se refiere a la concesión de subvenciones cruzadas, el artículo VIII del AGCS establece el requisito general para los Miembros de asegurarse de que ningún proveedor monopolista de un servicio o de que ningún proveedor exclusivo de servicios que goce de poder de mercado abuse de su posición para actuar en su territorio de manera incompatible con los compromisos específicos contraídos por los Miembros en los mercados de productos elaborados. El documento de referencia sobre telecomunicaciones básicas, incorporado a las Listas nacionales de muchos Miembros, les obliga a adoptar medidas adecuadas para impedir que los proveedores importantes concedan subvenciones cruzadas de carácter anticompetitivo.

El Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio (OTC) y el Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias (MSF) también contienen normas sustantivas mínimas, así como normas procesales, encaminadas a lograr que los reglamentos técnicos, las normas y las medidas sanitarias y fitosanitarias no creen obstáculos innecesarios al comercio internacional. Los Miembros se comprometen a tomar las medidas razonables que estén a su alcance para lograr que las instituciones no gubernamentales con actividades de normalización cumplan dichas normas, por ejemplo adhiriéndose al Código de Buena Conducta para la Elaboración, Adopción y Aplicación de Normas anexo al Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio.

Cabe también señalar que cierto número de Acuerdos de la OMC contienen normas de naturaleza negativa, en virtud de las cuales los Miembros se comprometen a no impedir que las empresas actúen de manera que no distorsionen ni restrinjan el comercio y a no alentar ni apoyar ningún comportamiento de las empresas que restrinja o distorsione el comercio. El apartado *c)* del párrafo 1 del artículo XVII del GATT exige que los Miembros no impidan que las empresas bajo su jurisdicción actúen de conformidad con los principios enunciados en los apartados *a)* y *b)* de ese párrafo (adoptar decisiones sobre las compras o ventas que entrañen importaciones o exportaciones, ateniéndose a consideraciones de carácter comercial y ofreciendo a las empresas de las demás partes contratantes las facilidades necesarias para que puedan participar en esas ventas o compras en condiciones de libre competencia y de conformidad con las prácticas comerciales corrientes). El Acuerdo sobre Salvaguardias exige que los Miembros no alienten ni apoyen la adopción o el man-

una serie de concesiones en un acuerdo con las empresas privadas americanas involucradas —MCI WorldCom y AT & T—, el United States Trade Representative (USTR) decidió suspender su reclamación para examinar el contenido de este acuerdo. No obstante, en abril de 2001, el USTR amenazó a México con reactivar su reclamación, si éste no hiciera más progreso en la liberalización del mercado antes de junio de 2001.

tenimiento, por parte de empresas públicas o privadas, de medidas no gubernamentales equivalentes a las medidas de la «zona gris» que el Acuerdo exige que se eliminen³¹. El Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio y el Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias prohíben a los Miembros tomar medidas que obliguen o alienten a las instituciones no gubernamentales a actuar de manera incompatible con sus disposiciones³².

e) *Medidas correctivas*

En una serie de acuerdos de la OMC, se autoriza expresamente a adoptar medidas para hacer frente a cualquier comportamiento empresarial que se considere produce efectos desfavorables sobre el comercio internacional. El artículo VI del GATT y el Acuerdo relativo a la Aplicación del artículo VI (el Acuerdo *Antidumping*) autorizan, en ciertas condiciones, a los Miembros a imponer derechos *antidumping* o a obtener compromisos sobre precios, con el fin de responder a ciertas prácticas de fijación de precios por parte de las empresas (a saber, el *dumping*), que los Miembros reconocen, en el párrafo 1 del artículo VI, que son condenables cuando causan o amenazan con causar un daño importante a una rama de producción existente o cuando retrasan de manera importante la creación de una rama de producción nacional.

El Acuerdo Plurilateral sobre Contratación Pública dispone, como excepción a las reglas normales que exigen que las licitaciones sean públicas o selectivas, que se puede recurrir a la licitación restringida cuando haya habido connivencia en las ofertas presentadas³³.

El Acuerdo sobre los ADPIC reconoce el derecho de los Miembros a adoptar, de forma compatible con las restantes disposiciones del Acuerdo, medidas adecuadas para controlar las prácticas o condiciones de concesión de licencias que puedan constituir, en determinados casos, un abuso de los derechos de propiedad intelectual, cuando éste tenga un efecto negativo sobre la competencia en el mercado correspondiente³⁴. Asimismo, y de manera más general, permite a los Miembros adoptar medidas similares para prevenir el abuso de los derechos de propiedad intelectual por parte de sus titulares, así como para impedir el recurso a prácticas

³¹ Párrafo 3 del artículo 11. Tales medidas incluyen las limitaciones voluntarias de las exportaciones, los acuerdos de comercialización ordenada y medidas similares tales como la moderación de las exportaciones, los sistemas de vigilancia de los precios de exportación o de los precios de importación, la vigilancia de las exportaciones o de las importaciones, los cárteles de importación impuestos y los regímenes discrecionales de licencias de exportación o importación, siempre que brinden protección.

³² Párrafo 4 del artículo 3, párrafo 1 del artículo 4, párrafo 1 del artículo 8 y artículo 9 del Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio, y artículo 13 del Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias.

³³ Apartado a) del párrafo 1 del artículo XV.

³⁴ Párrafo 2 del artículo 40.

que limiten el comercio de manera injustificada o redunden en detrimento de la transferencia de tecnología ³⁵.

f) *Los Non-Violation Complaints y el caso de Fuji/Kodak* ³⁶

En general, dentro de la OMC, el mecanismo de solución de diferencias resulta de aplicación en aquellas situaciones en las que un Miembro considere que una ventaja que pudiera obtener, directa o indirectamente, del Acuerdo sobre la OMC se halla anulada o menoscabada o que el cumplimiento de uno de los objetivos del Acuerdo ha sido puesto en entredicho a consecuencia del a) incumplimiento, por parte de otro Miembro, de las obligaciones contraídas en virtud del Acuerdo o b) la aplicación, por parte de otro Miembro, de una medida, contraria o no, a las disposiciones del Acuerdo ³⁷. La primera de estas causas, a saber, la alegación de que otro Miembro no está cumpliendo sus obligaciones, puede invocarse con respecto a cualquiera de las obligaciones impuestas a los Miembros a que se ha hecho referencia más arriba, cuando guarden relación con las prácticas de las empresas.

Los asuntos relativos a la segunda causa se producen cuando no hay infracción del derecho sustantivo de la OMC ³⁸. Son las llamadas reclamaciones de no violación, o *non-violation complaints*. Se ha discutido mucho sobre si, de conformidad con esta disposición, se puede impugnar con éxito el hecho de que un Miembro no haga respetar sus leyes en materia de competencia para impedir prácticas empresariales que entorpecen el acceso al mercado a sus interlocutores comerciales. En cualquier caso, para que pueda presentarse esa impugnación, se requiere superar algunos importantes obstáculos. En primer lugar, incumbe a la parte reclamante la carga de la prueba de que una medida que no infringe ninguna norma ha producido el efecto de anular o menoscabar las ventajas que le corresponden en el marco de la OMC. En segundo lugar, se precisa determinar que una omisión, a saber, el no hacer que se respete la ley, constituye la «aplicación» de una «medida» por parte del Miembro en cuestión. En tercero y último lugar, es obligado demostrar que, cuando se negoció la obligación o concesión, no se podía haber previsto razonablemente la medida. Así, pues, se presentan notables obstáculos para hacer valer una reclamación en el caso de que no exista infracción. En

³⁵ Párrafo 2 del artículo 8.

³⁶ Véase James DURLING y Simon LESTER, «Original Meanings and the Film Dispute: The Drafting History, Textual Evolution, and Application of the Non-Violation Nullification and Impairment Remedy», *George Washington Journal of International Law and Economics*, 1999, pp. 211-269.

³⁷ Teóricamente, hay una tercera «causa» posible: «la existencia de cualquier otra situación», pero esta opción nunca se ha aplicado.

³⁸ Con arreglo al AGCS, tales asuntos se limitan a las situaciones en las que se alegue que se están anulando o menoscabando las ventajas resultantes de un compromiso específico, no de una norma de aplicación general. En el caso del Acuerdo sobre los ADPIC, se acordó una moratoria a la aplicación de las causas b) y c) hasta el año 2000, que fue renovado por otro período de cinco años.

cambio, frente a un Miembro que no tome medidas contra prácticas anti-competitivas que entorpezcan el comercio, existen más posibilidades de hacerlo en caso de que la aplicación de las leyes sobre la competencia haya entrañado la adopción de medidas positivas, por parte del Miembro, para tolerar una acción empresarial que entorpezca el comercio, por ejemplo mediante la aprobación de una fusión o la concesión de una exención.

En la breve historia de la OMC, solamente una vez un Grupo Especial ha decidido sobre alegaciones respecto de prácticas anticompetitivas que impedían a los importadores mayor acceso al mercado. Se trató del famoso caso de *Japón —películas y papel fotográficos*³⁹. El Representante Comercial de Estados Unidos, el *United States Trade Representative (USTR)*, inició el procedimiento ante la OMC a partir de una denuncia presentada por la empresa Americana *Kodak*, que alegaba no poder ampliar su cuota de mercado japonés, controlado principalmente por la empresa japonesa *Fuji*. Estados Unidos denunció al Gobierno de Japón por haber aplicado, y seguir aplicando, leyes, reglamentos, prescripciones y medidas que afectaban a la distribución, la oferta para la venta y la venta en el mercado interno de películas y papel fotográficos importados. Más específicamente, Estados Unidos alegó que, durante más de treinta años, el Gobierno japonés, mediante la aplicación de tres grandes grupos de «contra-medidas» sobre liberalización, había impedido en su territorio la distribución y venta de películas y papel fotográficos importados. Esos tres grandes grupos de «medidas» abarcaban: 1) «medidas» relativas a la distribución, que, según se alegó, promovían y facilitaban, respecto de las películas y el papel fotográficos, la creación de una estructura de mercado en la que las importaciones quedaban excluidas de los canales tradicionales de distribución; 2) restricciones aplicadas a los establecimientos de venta al por menor en gran escala, que supuestamente restringían la expansión de un canal alternativo de distribución de las películas importadas, y 3) «medidas» relativas a la promoción, de las que se alegó que ponían en situación desventajosa las importaciones, al restringir la utilización de técnicas de promoción de ventas.

El intento de Estados Unidos fracasó: el Grupo Especial rechazó la reclamación americana. Aunque el Grupo Especial se declaró dispuesto a adoptar un enfoque amplio de lo que constituye una «medida»⁴⁰, estimó que las pruebas presentadas por los Estados Unidos no demostraban que ninguna de las «medidas» individuales —«medidas» relativas a la distribución, «medidas» que restringen las grandes tiendas o «medidas» relativas a la promoción— anulaba o menoscababa ventajas resultantes para

³⁹ Informe del Grupo Especial, WT/DS44/R.

⁴⁰ El Grupo Especial estimó que es concebible que, en los casos en que haya un elevado grado de cooperación y colaboración entre el gobierno y las empresas (es decir, cuando la actividad económica se base en gran medida en la «orientación administrativa» y en otros medios aun más informales de cooperación entre el gobierno y las empresas, incluso declaraciones de política general del gobierno formuladas en términos indicativos y no vinculantes) puedan tener sobre los particulares efectos similares a los de una medida jurídicamente vinculante o a los efectos de lo que Japón denomina orientación «administrativa reguladora». Véase párrafos 10.48-10.50 del informe.

Estados Unidos respecto de sus expectativas de acceso a los mercados de las películas o el papel importados. Ningún Miembro ha vuelto a intentar hasta ahora denunciar el carácter anticompetitivo de un mercado extranjero mediante una reclamación de no violación.

3. EL PRESENTE: RESUMEN DEL DEBATE DEL GRUPO DE TRABAJO 1997-2000 RELATIVO A UNA INICIATIVA DE COOPERACIÓN

En su reunión del 24 de abril de 1997, el Consejo General de la OMC nombró Presidente del Grupo de Trabajo a Frédéric Jenny⁴¹. El presidente presentó al Grupo de Trabajo el siguiente programa indicativo de asuntos a tratar (*check-list of issues*):

1. Relación entre los objetivos, principios, conceptos, alcance e instrumentos de la política comercial y la política de la competencia. Su relación con el desarrollo y el crecimiento económico.

2. Inventario y análisis de los instrumentos, normas y actividades existentes relacionados con el comercio y la política de la competencia, incluida la experiencia adquirida en su aplicación:

- políticas, leyes e instrumentos nacionales en materia de competencia, en la medida en que se relacionan con el comercio;
- disposiciones existentes en la OMC;
- acuerdos e iniciativas bilaterales, regionales, plurilaterales y multilaterales.

3. Interacción entre comercio y política de la competencia:

- repercusión de las prácticas anticompetitivas de las empresas y asociaciones en el comercio internacional;
- repercusión de los monopolios estatales, los derechos exclusivos y las políticas reglamentarias en la competencia y el comercio internacional;
- relación entre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio y la política de la competencia;
- relación entre inversiones y política de la competencia;
- repercusión de la política comercial en la competencia.

4. Determinación de las esferas que puedan merecer seguir siendo objeto de examen en el marco de la OMC.

El Grupo de Trabajo ha celebrado hasta la fecha 14 reuniones, en las que se han abordado casi todos los temas contenidos en el programa indicativo. Es imposible resumir aquí todos los debates que el Grupo de Trabajo ha realizado sobre cada uno de estos temas. Preferimos, por ello, centrarnos en el desarrollo de los debates que se han llevado a cabo sobre una nueva iniciativa de cooperación en el marco de la OMC y sobre

⁴¹ WT/L/215.

la idea de negociar un acuerdo marco sobre competencia, sin duda el tema más espinoso del programa.

El año 1998 era aún demasiado pronto para exponer la idea de un acuerdo marco sobre la competencia en el Grupo de Trabajo, toda vez que éste acababa de empezar sus reflexiones. Varios Miembros hicieron referencia a la importancia de la cooperación como instrumento para facilitar la aplicación efectiva de la legislación en materia de competencia y de política de la competencia en las economías en vías de desarrollo, pero «la naturaleza de las disposiciones específicas en esa esfera no fue objeto de debate exhaustivo»⁴².

Llegado el año 1999, el debate sobre el tema se intensificó. La cuestión de elaborar un eventual acuerdo marco ocupó ya un lugar importante en los debates del Grupo de Trabajo. Esta evolución se explicaba sin duda, en parte, por la cercanía de las discusiones de 1999 respecto de la ya inminente celebración de la Conferencia Ministerial de Seattle, en la cual, como se sabe, los Miembros intentaron, pero no lograron, lanzar una nueva Ronda. En cambio, después del llamado fracaso de Seattle, en 2000, la cuestión de un acuerdo multilateral sobre la competencia despertó mucho menos interés. Durante los debates se expresaron diferentes opiniones sobre si las cuestiones de cooperación multilateral en materia de competencia debían formalizarse mediante un acuerdo que se negociara en la OMC. El debate ha dividido hasta ahora a los países del llamado *Quad* —la Comunidad Europea, Canadá, Estados Unidos y Japón. El proceso de cristalización de las posiciones estratégicas de los Miembros podría resumirse de la siguiente manera.

En primer lugar, existe un grupo de Miembros que siempre ha estado a favor de un acuerdo en la OMC sobre competencia. En este grupo se encuentran, por ejemplo, la Comunidad Europea, Japón y Canadá, pero también varios Miembros latinoamericanos, africanos y asiáticos. El defensor más insistente de la idea de un acuerdo sobre competencia en la OMC ha sido, sin duda, la Comunidad Europea, que opina que un marco multilateral sobre política de la competencia sería una importante contribución al fomento del comercio internacional. Desde su punto de vista, de ese marco multilateral podrían obtenerse varias ventajas. En primer lugar, aunque se reconoce en general que las prácticas anticompetitivas ejercen importantes efectos negativos en el comercio internacional y la inversión, especialmente en un contexto de mundialización, no existe en la OMC ningún mecanismo para tratar esas prácticas. Un marco multilateral en materia de competencia desempeñaría esta función. En segundo lugar, como numerosos países han adoptado y están aplicando leyes de competencia, y como las prácticas anticompetitivas tienen cada vez una dimensión más internacional, parece evidente la necesidad de un marco multilateral de cooperación que complemente los esfuerzos de cooperación ya realizados a nivel bilateral y regional. En tercer lugar, un acuer-

⁴² WT/WGTCP/2, párrafo 43.

do de la OMC sobre competencia contribuiría a difundir la cultura de la competencia, lo cual reforzaría globalmente el sistema de la OMC. Por último, un acuerdo multilateral en materia de competencia sería de gran ayuda en los casos afectados por múltiples jurisdicciones, y ello ayudaría a reducir costos innecesarios para las empresas en lo relativo al cumplimiento del régimen de competencia ⁴³.

En opinión de la Comunidad Europea, un marco internacional para las normas sobre política de la competencia podría estructurarse en torno a los tres puntos siguientes ⁴⁴. En primer lugar, cada Miembro de la OMC podría comprometerse a adoptar normas nacionales en materia de competencia. En segundo lugar, tales normas se basarían en principios comunes. En tercer lugar, existirían algunas normas en materia de cooperación. Habría dos opciones para elaborar normas sobre la cooperación. De acuerdo con la primera, se procuraría, primero, la convergencia y se preferiría, posteriormente, la cooperación. Con arreglo a la segunda opción, la falta de convergencia no retrasaría la cooperación, sino que el nivel de cooperación se ajustaría al grado de convergencia ya alcanzado. Ambas opciones podrían aplicarse al mismo tiempo. La Comunidad Europea opina que la cortesía positiva no debe formar parte de este marco multilateral como instrumento vinculante. En su opinión, rara vez se ha aplicado y podría constituir un problema para las autoridades encargadas de la competencia, que son muy celosas de sus prioridades y de su programa de trabajo, y no desean verse abrumadas por solicitudes de investigación transmitidas por otros países. Por el contrario, el marco multilateral podría contener la obligación de notificar las investigaciones que tengan importantes consecuencias para los Miembros de la OMC ⁴⁵. Finalmente, la Comunidad Europea argumenta que, al examinar las propuestas de normas multilaterales, debería tenerse muy presente la dimensión del desarrollo. Si bien uno de los objetivos de un acuerdo sobre la competencia podría consistir en la limitación gradual de las exclusiones de la legislación sobre la competencia, la progresividad de tal proceso tendría que tener en cuenta las diferencias en los niveles de desarrollo ⁴⁶.

En un segundo grupo se pueden agrupar Miembros que tradicionalmente han mostrado un cierto grado de reticencia respecto de la idea de negociar un acuerdo sobre competencia dentro de la OMC. En este grupo se encuentra, principalmente, Estados Unidos, pero también algunos importantes países en desarrollo. Tradicionalmente, Estados Unidos ha defendido la posición de que un acuerdo multilateral de carácter vinculante no garantizaría mejores resultados en materia de fomento de la educación mutua, la cooperación y el entendimiento que los esfuerzos que ya se están llevando a cabo en el Grupo de Trabajo y en otros foros internacionales. Según Estados Unidos, las consideraciones relativas a

⁴³ M/9, párrafo 43.

⁴⁴ M/8, párrafo 70.

⁴⁵ M/9, párrafo 22.

⁴⁶ M/9, párrafo 42.

la competencia seguirían influyendo, cuando resulte apropiado y necesario, en la elaboración de las normas de la OMC y las disposiciones relativas al acceso a los mercados. Por ejemplo, tal y como hemos mencionado antes, las medidas relacionadas con la competencia han sido una parte integrante del acuerdo sobre liberalización del comercio de los servicios de telecomunicaciones básicas. En opinión de Estados Unidos, los instrumentos por los que las cuestiones relacionadas con la competencia adquieren importancia en orden a asegurar el acceso a los mercados, se articulan, con frecuencia, en función de los atributos del comercio en cuestión, en particular de los productos o los mercados de que se trata, y no es necesario ni conveniente abordar esos instrumentos con carácter general. Por lo tanto, no sería necesario emprender ningún tipo de examen global de todas y cada una de las disposiciones de la OMC con el fin de determinar si es necesario incorporar a ellas modificaciones supuestamente favorables a la competencia ⁴⁷.

Además, Estados Unidos opina que la notificación multilateral de las medidas encaminadas a aplicar la legislación sobre competencia sería pesada e inviable. Tales notificaciones requieren gran confidencialidad y discreción, dada la garantía de protección que se debe conceder a las empresas que participan en las investigaciones sobre la competencia. Éstas se realizan, por lo general, con carácter bilateral, es decir, sólo se notifica al país afectado. La notificación multilateral de las futuras medidas a aplicar sería incompatible con los requisitos de confidencialidad y podría obstaculizar seriamente su eficacia. Por otra parte, y según la opinión de Estados Unidos, no resulta evidente la justificación de un acuerdo multilateral para normalizar las prácticas nacionales en materia de competencia. Nada habría de teóricamente inconveniente o perjudicial en el hecho de que existan más de 80 leyes de competencia en el mundo. Finalmente, la centralización de la prestación de asistencia técnica en los nuevos organismos encargados de la competencia no parecería justificada. Los países que solicitan asistencia tienen, por lo general, una idea clara de lo que necesitan y saben a quién pedirlo. No habría, por tanto, ningún motivo para disponer de una organización centralizada encargada de la coordinación general. Nada habría de malo en que un país en vías de desarrollo solicitara asistencia técnica y asesoramiento en la materia a varios países al mismo tiempo ⁴⁸.

El resto de los Miembros se suele inclinar por uno de estos dos polos. Pero merece la pena insistir, también aquí, en lo evidente: que lo que acabamos de decir no intenta ni puede ser una foto estática. La foto que hemos presentado está fechada, pero la realidad es una película, en la que los personajes no permanecen inmóviles. Cómo se mueven y cómo se moverán es el principal objeto de especulación. No obstante, tal y como nos pidieron los coordinadores de este volumen, intentaremos

⁴⁷ M/9, párrafo 46.

⁴⁸ M/9, párrafo 25.

dar en la siguiente sección algunas indicaciones al respecto, sin entrar demasiado en conjeturas especulativas.

4. EL FUTURO: ¿UN ACUERDO MARCO OMC SOBRE COMPETENCIA?

Como hemos dicho antes, una cuestión que ha ocupado un lugar central, desde el establecimiento del Grupo de Trabajo hasta el día de hoy, es saber si los *debates* de los Miembros en el Grupo de Trabajo se convertirán, llegado el momento, en *negociaciones* multilaterales. Aunque siempre resulta extremadamente difícil contestar esta pregunta fuera del contexto de un ciclo concreto de negociaciones más completas, no cabe duda de que, en el decurso de los debates del Grupo de Trabajo, varios Miembros están aproximando sus propuestas en materia de política de la competencia. Las propuestas no son todavía idénticas, pero sí han llegado a coincidir en su esencia⁴⁹. Ahora bien, ha de señalarse también que todavía *no* hay *consenso* entre los Miembros respecto del contenido de las propuestas. Pueden observarse, no obstante, ciertos cambios recientes respecto de las posiciones iniciales de ciertos países que antes se oponían a cualquier iniciativa de negociación, sobre todo de los países en vías de desarrollo. Parece, por ejemplo, que la mayoría de los Miembros de Latinoamérica están ahora a favor de una mayor cooperación internacional, uniéndose así al polo de la Unión Europea, Canadá y Japón. Estados Unidos y la mayoría de los Miembros Asiáticos —con la notable excepción de Corea—, en cambio, continúan siendo bastante escépticos al respecto.

Puede, pues, observarse una mayoría —no un consenso— emergente entre los Miembros, la cual podría aceptar, bajo ciertas condiciones, un acuerdo marco sobre política de la competencia. En cuanto al ámbito y la naturaleza de los elementos específicos de cooperación que estarían incluidos en ese marco multilateral sobre política de la competencia, los proponentes postularon en el Grupo de Trabajo que deberían tener, al menos, cuatro dimensiones: i) cooperación en casos específicos; ii) intercambio de experiencias a través de un foro multilateral; iii) coordinación en la prestación de asistencia técnica general, y iv) asistencia a los países en vías de desarrollo para hacer cumplir las diferentes disposiciones. Durante las últimas reuniones del Grupo de Trabajo, se expresó asimismo la opinión de que la cooperación en el seno de un marco de la OMC tendría esencialmente carácter progresivo y se conseguiría paso a paso. La primera fase sería ampliamente educativa y se centraría en el desarrollo de la capacidad de exigir el cumplimiento. La característica principal de la segunda fase consistiría en el desarrollo y la aplicación de los procedimientos de notificación. El Miembro que iniciara una investigación que pudiera afectar a intereses importantes de otro Miembro debería

⁴⁹ Robert ANDERSEN, *loc. cit.*, p. 8.

hacer la notificación oportuna a este último en la fase apropiada de la investigación. Pasos más significativos hacia la intensificación de la cooperación internacional serían la coordinación de las medidas de acción contra los cárteles internacionales y el desarrollo de un enfoque común con respecto a las cuestiones de procedimiento en el examen de las fusiones. Este último paso pretendería minimizar los costos de los trámites destinados a obtener las aprobaciones necesarias de un plan de fusiones en jurisdicciones diferentes⁵⁰.

También es importante precisar que la cooperación prevista en estas propuestas de un marco multilateral sobre política de la competencia tendría carácter necesariamente voluntario. Muchos Miembros opinan que normas vinculantes en la esfera de la cooperación no tendrían sentido, e implantarlas sería una contradicción. Ahora bien, el hecho de que la cooperación sea en última instancia voluntaria no debería interpretarse en el sentido de que el marco propuesto no mejoraría significativamente el entorno y los incentivos de la cooperación entre los países participantes. Parte integrante del marco sería el compromiso, por parte de los países, de consultarse y de buscar soluciones mutuamente aceptables sobre una serie de cuestiones relativas a las prácticas anticompetitivas de dimensión internacional. Habida cuenta que se daría una convergencia en los principios fundamentales, que no sólo se entablarían consultas bilaterales, sino que habría también un foro multilateral de intercambio de opiniones y experiencias, y que se produciría un reconocimiento específico de las necesidades de los países en vías de desarrollo en materia de cooperación, este grupo de Miembros defiende que debería quedar claro que la estructura de los incentivos tendría que ser lo bastante fuerte como para intensificar significativamente la cooperación entre países con niveles diferentes de desarrollo. Este enfoque se ajustaría más a las tradiciones de los organismos de la competencia establecidos y tendría más probabilidades de producir los resultados deseados que cualquier otro que exigiera la cooperación⁵¹.

Queda, pues, por ver cómo evolucionarán las respectivas posiciones durante una nueva Ronda, si es que los Miembros logran lanzar una nueva Ronda en Qatar en el otoño del 2001, cosa que todavía no es nada segura. Tampoco está claro cómo se relacionará el eventual acuerdo marco con la reciente iniciativa, promovida por Estados Unidos y la Unión Europea, del *Global Competition Initiative (GCI)* o *Global Competition Forum (GCF)*. La idea del GCF fue originalmente propuesta en el informe final del *International Competition Policy Advisory Committee (ICPAC)*, organismo consultor establecido por el Ministerio de Justicia del Gobierno estadounidense, y posteriormente avalado por el Sr. Mario Monti, Comisario Europeo responsable de política de la competencia. Se trata de un foro relativamente informal, en el que delegados de las autoridades

⁵⁰ WT/WGTCP/4, párrafo 44.

⁵¹ WT/WGTCP/4, párrafo 51.

de la competencia de todo el mundo podrán compartir sus experiencias, intercambiar información y explorar posibilidades de mejorar la cooperación internacional ⁵². Algunos Miembros ven en esta iniciativa una alternativa a un acuerdo marco en el seno de la OMC; otros la consideran complementaria de tal acuerdo marco.

SEGUNDA PARTE

COMENTARIOS DE RESOLUCIONES Y SENTENCIAS

⁵² Véase Merit JANOW, *The Initiative for a Global Competition Forum. Conference Report*, febrero 2001, p. 2.

ANÁLISIS DE LAS RESOLUCIONES RELATIVAS A PRECIOS PREDATORIOS

Inmaculada SANZ SANZ ¹

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

1. INTRODUCCIÓN

La paradoja que encierra la aplicación de precios predatorios para los que nos dedicamos a la defensa de la competencia convierten su persecución y adecuada calificación en uno de los problemas más difíciles de desentrañar, al menos desde un punto de vista conceptual, dado que nuestro ordenamiento jurídico disminuye o atenúa dichas dificultades, como se pondrá de manifiesto en este artículo.

Efectivamente, cuando nos encontramos con que un determinado operador económico —que puede ostentar o no una posición dominante en uno o varios mercados (ascendentes, descendentes y/o próximos)— baja los precios de los productos, a primera vista tanto los consumidores como las autoridades de competencia vemos con muy buenos ojos dicha disminución de precios, pues ello suele significar la existencia de un alto grado de competencia en ese mercado que permite operar a dicha empresa de un modo tan eficiente que puede bajar sus precios. De hecho, éste es uno de los fines perseguidos por los órganos de competencia: obtener un alto grado de liberalización y competencia en los mercados para que en un medio/largo plazo puedan beneficiarse los consumidores y usuarios de dicha liberalización.

Sin embargo, y he aquí la paradoja, cuando dicho operador económico disminuye sus precios por debajo de sus costes marginales o costes variables medios —incurriendo en pérdidas a corto plazo que serán recuperadas en el medio/largo plazo con un aumento significativo de precios— con el fin de «predar» o «canibalizar» —valga la expresión— a su víctima (en este caso algún competidor actual y/o potencial) que actúa en dicho mercado, entonces nos encontramos ante una práctica restrictiva, perseguible *per se*.

¹ Las opiniones vertidas en el presente artículo son estrictamente personales y no comprometen al Servicio de Defensa de la Competencia.

Pero, claro, la dificultad estriba en dar una adecuada respuesta a las siguientes cuestiones: ¿Cómo distinguir a un predador de un operador eficiente? ¿Es necesaria una posición de dominio en el operador predador? ¿Pero, si tiene posición de dominio y ya actúa de forma independiente de sus competidores, cómo utiliza esta estrategia predatora incurriendo en pérdidas que no sabe si en algún momento podrá recuperar? ¿Los precios deben ser inferiores al coste marginal, al coste variable total, al coste variable medio, al coste medio total? ¿Cómo probar la intencionalidad del predador de expulsar del mercado a sus competidores? ¿No se deben tener en cuenta los otros dos supuestos de venta a pérdida contemplados por el artículo 17 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal? ¿Y la posible aplicación del artículo 14 de la Ley del Comercio minorista, en aplicación de lo estipulado en el artículo 15 de la Ley de Competencia Desleal? ¿Cabe la calificación de la predación como abuso de posición de dominio estipulado en el artículo 6 de la LDC? ¿No existe un vacío legal en la persecución de la aplicación de precios predatorios al calificarse según lo estipulado en el artículo 7 LDC, dado que tiene que producirse un falseamiento sensible de la competencia y una afectación al interés público?

En este artículo se tratará de abordar estas cuestiones de manera concisa, dado que existen multitud de trabajos y estudios sobre este tema, desde la década de los sesenta, y la gran mayoría de ellos han desentrañado de manera ejemplar todas y cada una de estas cuestiones ².

No obstante, a pesar de la amplia bibliografía existente sobre el tema, la experiencia en el Servicio es que no se conocen con detalle dichos estudios, pues la continua invocación ante los órganos de defensa de la competencia por los operadores económicos de la supuesta infracción de la Ley 16/1989, de 17 de julio (*BOE* del 18) de Defensa de la Competencia (LDC), modificada por la Ley 52/1999, de 28 de diciembre (*BOE* del 29), consistente en la aplicación de precios predatorios, sin que en muchos casos pueda resultar acreditada dicha predación, y sin que, aun resultando acreditada, sea perseguible, hace pensar en las importantes dudas conceptuales y de obtención de prueba con la que se enfrentan dichos operadores económicos.

Por tanto, sirva este artículo para analizar las Resoluciones relativas a precios predatorios, así como para clarificar los temas conceptuales planteados en las cuestiones anteriores, de manera que pueda evitarse la continua invocación a esta práctica restrictiva sin apoyo legal o sin material probatorio, que incrementa inútilmente el trabajo del Servicio y del Tribunal, y que supone también una pérdida de tiempo y/o económica para los operadores económicos y para los abogados que les representan.

² Véase la bibliografía citada en las notas que siguen.

2. APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE PRECIOS PREDATORIOS Y CUESTIONES MÁS DEBATIDAS

A. DEFINICIÓN DE PRECIOS PREDATORIOS

No resulta sencillo delimitar una definición pacífica del concepto de precios predatorios, pues se trata de una conducta tan absolutamente irracional, que en ocasiones resulta difícil establecer sus contornos precisos, así como determinar si efectivamente estamos ante un predador o ante un operador eficiente o, simplemente, ante un operador irracional no predador que despilfarra sus recursos.

La doctrina mayoritaria³ define como predatorias las prácticas utilizadas por una empresa con poder de mercado para aumentar dicho poder, mediante la eliminación de sus competidores a través de estrategias empresariales no basadas en una mayor eficacia competitiva, incurriendo en pérdidas a corto plazo, para obtener mayores beneficios en un futuro.

Siguiendo a dicha doctrina, el Tribunal de Defensa de la Competencia en la Resolución⁴ de BT/Telefónica, determina que la conducta de una empresa se puede calificar como 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».

Asimismo, en el Informe de la OCDE⁵ se define con meridiana claridad en qué consiste la predación, e incluye también la predación no basada en precios:

«This report defines predation as short-run conduct which seeks to exclude rivals on a basis other than efficiency in order to protect or acquire market power. Such exclusion can be attempted through short-run pricing so low as to induce exit or deter entry, or through non-price conduct which can, in addition, put rivals at a disadvantage by raising their costs.»

Pese a la doctrina consolidada en torno a la definición de conductas predatorias, y para fomentar el debate sobre los elementos que la constituyen, debo apuntar dos precisiones: en primer lugar, existen, en mi opinión, notas caracterizadoras de la predación que no se incluyen en

³ HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Precios predatorios y derecho antitrust. Estudio comparado de los ordenamientos estadounidense, comunitario y español*, Madrid, 1997, p. 38; AREEDA y TURNER, «Predatory pricing and related practices under Section 2 of the Sherman Act», *Harvard. L. Rev.*, vol. 88, 1975; FERNÁNDEZ DE ARAOZ GÓMEZ-ACEBO, «Libre competencia y precios predatorios: análisis jurídico del problema y bases para una propuesta de aplicación administrativa y judicial en España», *La Ley*, núm. 2971, 1992.

⁴ Resolución del TDC de 21 de enero de 1999 (Expte. 412/97, BT/Telefónica), FD 8.

⁵ OCDE, *Predatory Pricing*, Paris, 1989, p. 8.

dicha definición, y que, además, son recogidas expresamente por nuestro ordenamiento; y, en segundo lugar, se incluyen en dicha definición determinadas presunciones acerca de la posición de dominio del predador que, a mi juicio, no deberían utilizarse.

a) *Notas caracterizadoras de la predación que no se incluyen en dicha definición*

En cuanto a la primera de las cuestiones, debo destacar que en la definición no se menciona la supuesta acreditación de una venta a pérdida, cuando realmente nuestro ordenamiento estipula claramente que uno de los elementos caracterizadores para reputarse una conducta como restrictiva por aplicación de precios predatorios resulta ser la venta a pérdida, aunque, como veremos más adelante, no debe ser el único elemento definidor, puesto que también deberá acreditarse la intencionalidad de expulsar del mercado a los competidores actuales o de evitar la entrada a los competidores potenciales.

En mi opinión, en todas las definiciones apuntadas se habla de medios o prácticas no basadas en los méritos empresariales —tal vez para incluir cualquier conducta predatoria, y no sólo la aplicación de precios predatorios— cuando dicho concepto es excesivamente amplio y vago, induciendo a enormes errores como hemos constatado en las denuncias interpuestas ante el Servicio. Resulta mucho más sencillo, al menos conceptualmente —otra cosa es ya lograr acreditar dicha venta a pérdida—, no tener que precisar qué medios son propios de la eficiencia empresarial y cuáles no, máxime cuando determinadas estrategias empresariales, incluso las predatorias, pueden ser fruto de la propia eficiencia empresarial que decide expulsar a los competidores, para obtener rentas monopolísticas en el largo plazo.

Como puede verse, no resulta fácil calificar las prácticas de determinadas empresas como predatorias o no teniendo en cuenta los elementos incluidos en la definición por la doctrina mayoritaria. Sin embargo, el profesor Ricardo ALONSO SOTO⁶ considera como elemento sustantivo de la definición de toda estrategia predatoria la venta a pérdida, que, para resultar perseguible, se debe manifestar con algún otro elemento definido en cada uno de los tipos (arts. 1, 6 o 7) de la LDC. Así, de una manera muy pragmática considera que aunque la LDC no contempla expresamente en su articulado la práctica restrictiva que nos ocupa, «la adopción por uno o varios operadores económicos de una estrategia predatoria podrá ser considerada como una práctica restrictiva de la competencia si concurren las siguientes circunstancias: En primer lugar, que la venta con pérdida fuera fruto del acuerdo entre varios de ellos (colusión), hubiera sido realizada por un empresario que ostenta posición de dominio en el mercado (abuso de posición dominante) o pudiera ser

⁶ Ricardo ALONSO SOTO, *La venta con pérdida en la Ley de Comercio*, IDELCO.

considerada como un acto de competencia desleal que atentara de manera flagrante contra la libre competencia (falseamiento de la competencia por actos desleales)».

Resulta, por tanto, absolutamente necesario que se acredite la supuesta venta a pérdida, esto es, la utilización de precios inferiores al coste de adquisición o producción, tal y como analizaremos a continuación.

b) *Presunciones acerca de la posición de dominio del predador que no deberían utilizarse*

En cuanto a la segunda de las cuestiones introducidas en este debate, cabe plantearse por qué siempre se presume la posición de dominio del supuesto predador cuando realmente, si la ostenta, no necesita poner en práctica dicha predación, al menos en el mercado relevante que domina—sin perjuicio de que tenga sentido en los mercados conexos—.

La doctrina comunitaria en los asuntos *Continental Can*⁷, *United Brands*⁸; la jurisprudencia comunitaria en la *Sentencia Hoffmann-La Roche*⁹; y la doctrina del TDC en los asuntos *Bacardí*¹⁰ y *Retevisión/Telefónica*¹¹ han definido la posición de dominio como una posición de una empresa con suficiente poder económico como para poder obstaculizar el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado en cuestión, proporcionándole la posibilidad de comportamientos independientes frente a sus competidores, clientes y, finalmente, frente a los consumidores. Por tanto, para considerar acreditada la existencia de una posición de dominio, no basta con que dicha empresa alcance una elevada cuota de mercado, sino que debe tener la idoneidad de comportarse de forma independiente de sus competidores.

No entiendo por qué siempre se presume que el operador predador debe ostentar una posición de dominio, pues, de acuerdo con la doctrina reseñada, dicha posición de dominio le permite actuar en dicho mercado con independencia de los competidores y consumidores. Si esto es así, la actuación independiente le garantiza poder económico en dicho mercado frente a sus competidores y clientes, y no necesita, por tanto, recurrir a la utilización de precios predatorios, que suponen cuantiosas pérdidas que no se sabe si en algún momento podrá recuperar, cuando la mera ostentación de dicha posición de dominio y dicho poder de mercado le garantizan ya un elevado nivel de ingresos.

Considero que, evidentemente, una cosa es que para que una empresa pueda practicar una política de precios predatorios deba contar con sufi-

⁷ Decisión de la Comisión de 8 de enero de 1972.

⁸ Decisión de la Comisión de 9 de mayo de 1976.

⁹ Sentencia del TJCE de 13 de febrero de 1979.

¹⁰ Resolución de 30 de septiembre de 1999 (R 362/99).

¹¹ Resolución de 8 de marzo de 2000 (R 456/99).

cientos recursos económicos y financieros para hacer frente a las pérdidas en las que incurrirá, y, por tanto, con cierto poder económico, y otra cosa muy distinta es la necesidad de que el operador predador ostente posición de dominio, tal y como se expresa en la definición, incluso para calificar su conducta como predatora.

Bien es verdad que puede darse el caso de que el operador dominante, ante la entrada de potenciales competidores o ante un competidor más peligroso, pueda practicar precios predatorios para no perder dicho poder, pero, en mi opinión, no sólo el operador dominante puede aplicar precios predatorios perseguibles. Además, considero que nuestra legislación también recoge esta opinión, pues, si la aplicación de precios predatorios sólo resultase perseguible si se realizase por un operador que ostenta posición de dominio, sólo podría calificarse dicha conducta como prohibida por el artículo 6 de la LDC, cuando en realidad puede tipificarse, también, por los artículos 1 y 7 de la LDC.

Una vez establecidas estas dos precisiones en torno al concepto de precios predatorios, pasaré a continuación a analizar más en profundidad los dos elementos sustanciales que determinan, según mi parecer, los contornos precisos de la existencia de precios predatorios, como son: El elemento objetivo de la existencia de una venta a pérdida, es decir, la aplicación de precios por debajo de costes (ya veremos a qué tipo de costes nos referimos); y el elemento subjetivo de la intencionalidad del predador de expulsar y/o evitar la entrada a los competidores actuales y/o potenciales. De esta forma resulta mucho más sencillo determinar si existe o no práctica prohibida por aplicación de precios predatorios, al quedar circunscrita la definición a la determinación del elemento objetivo y subjetivo que a continuación detallaremos.

B. REQUISITO OBJETIVO: PRECIO INFERIOR AL COSTE

a) *Estructura del mercado*

Una cuestión previa a la supuesta acreditación de la existencia del elemento objetivo de vender a un precio inferior al coste resulta ser el análisis de la estructura del mercado relevante, a fin de poder determinar si realmente estamos ante un mercado inexpugnable, con importantes barreras de entrada y, por tanto, de imposible disputabilidad.

Sólo de esta forma sabremos si es viable o «apta» la posibilidad de practicar precios predatorios, pues, de lo contrario, resultaría absolutamente ridículo el abordar complicados cálculos contables para acreditar una venta a pérdida, si la estructura del mercado no permite que dicha práctica conlleve la expulsión de competidores, o la posibilidad de que el supuesto predador pueda obtener rentas monopolísticas en un futuro para compensar las pérdidas en las que ha incurrido para deshacerse de sus competidores.

Como muy acertadamente define el Tribunal, siguiendo a la más amplia doctrina jurídica, en la ya comentada Resolución de BT/Telefónica:

«Para considerar acreditada la existencia de precios predatorios es necesario analizar tanto el mercado y las características de las empresas involucradas como los precios y costes del supuesto predador. En este sentido, es sabido que uno de los elementos clave de los que depende el éxito de una estrategia de precios predatorios es el de la existencia de barreras de entrada al mercado, puesto que en un mercado de fácil acceso la eliminación de competidores no permitirá disfrutar mucho tiempo de rentas monopolísticas, ya que éstas atraerán rápidamente a nuevos operadores resultando imposible explotar una posición de dominio. Por ello, es conveniente analizar ante todo si la práctica de precios predatorios resulta factible en el mercado de que se trate y si la empresa imputada tiene posición de dominio y está capacitada para llevarla a cabo con éxito, antes de estudiar los precios y costes del supuesto predador, que es el verdadero núcleo del problema, pues la relación costes-precio de la empresa es la que permitirá calificar los precios como predatorios.»

Por tanto, se trata de definir el mercado relevante del producto y geográfico así como los mercados conexos —ascendentes, descendentes y/o próximos— a fin de determinar si en dichos mercados existen barreras de entrada o si dichos mercados cuentan o no con un alto grado de disputabilidad.

Las barreras de entrada no son sino el coste de producción que debe soportar una empresa para poder entrar a un mercado en el que no está presente, coste en el que no incurre la empresa que ya se encuentra operando en dicho mercado¹². Estas barreras pueden ser, por ejemplo, los rendimientos crecientes a escala, el acceso a la información, los costes administrativos o legales, los costes de infraestructuras o redes, fondos de comercio de empresas implantadas, etc. Otra forma de ver y analizar si un mercado cuenta con barreras de entrada es determinar si éste es o no expugnable, utilizando la denominada teoría de la «contestabilidad» o disputabilidad en los mercados¹³, que analiza tanto las ventajas en el acceso a la tecnología e información, como los costes hundidos o costes asociados a la entrada, y, finalmente, el tiempo de ajuste —o tiempo computado entre la intención de entrar en el mercado y la entrada real—.

La doctrina¹⁴ considera que además del análisis de la existencia de barreras de entrada para nuevos competidores, resulta necesario para determinar el posible éxito del predador la concurrencia de otros dos requisitos, como son: la existencia de un mercado de oferta horizontal-

¹² STIGLER, «The Organization of Industry», *Homewood*, V. III.

¹³ BAUMOL, PANZAR y WILLIG, *Contestable Markets and the Theory of Industry Structure*, San Diego, 1982.

¹⁴ FERNÁNDEZ DE ARAOZ GÓMEZ-ACEBO y HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, «Precios predatorios y abuso de posición dominante: análisis crítico de la reciente jurisprudencia del Tribunal de Defensa de la Competencia a la luz de las resoluciones en los asuntos “BT/Telefónica” y “Tabacos de Canarias”», *Gaceta Jurídica de la UE y de la competencia*, núm. 201, junio-julio 1999.

mente concentrado; y al mismo tiempo, por el lado de la demanda, deben existir un gran número de demandantes de los productos o servicios, y éstos no deben tener un gran tamaño, pues de lo contrario podrían imponer sus condiciones al supuesto predador, desvirtuando el éxito de su estrategia restrictiva.

b) *Precio inferior al coste*

Evidentemente, para que se realice una venta a pérdida, debe aplicarse un precio inferior al coste. Pero, pese a la sencillez de dicha argumentación, resulta difícil determinar a qué tipo de coste nos estamos refiriendo, y, además, tampoco en este punto es pacífica la doctrina, ni nuestra legislación.

Lo más adecuado para determinar la existencia de predación es calcular el coste marginal del producto o servicio prestado en el mercado de referencia, puesto que el coste marginal se define como el coste de adquirir o producir una unidad adicional del producto o servicio. Por tanto, éste es el mejor baremo para determinar si esa unidad adicional o nueva unidad producida se está vendiendo a un precio inferior al que cuesta adquirirla o producirla.

No obstante, la obtención del coste marginal resulta ser muy complicada y se suelen introducir multitud de hipótesis para su cálculo. Por ello, la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia americana y comunitaria utilizan el coste variable medio en lugar del coste marginal, dado que la curva de costes marginales a largo plazo y costes medios a largo se igualan en el mínimo de los costes medios a largo. Así, el calcular el coste variable medio resulta, sin duda, un cálculo mucho más fácil y manejable.

Una de las cuestiones más debatidas consiste en si para que exista un conducta predatoria perseguible se requiere que el precio sea inferior a los costes totales de la empresa —costes fijos y variables—, o si basta con que sea inferior a los costes variables. Además se presenta otro segundo inconveniente que no es sino la dificultad en la determinación de una partida de coste como fijo o variable, pues en determinadas ocasiones puede ser considerado como fijo o como variable —véase la partida de inmovilizado y la partida de amortización, etc.—, o coste de naturaleza semivariable.

Sin embargo, todas estas discusiones exceden al contenido de este artículo, pues sólo pueden abordarse en los casos concretos. Además, pese a que algún tribunal ordinario ha considerado que para reputarse una conducta como predatoria debe aplicarse un precio inferior a los costes totales de la empresa, existe una consolidada línea doctrinal que utiliza como criterio el reputado «*Test de Areeda/Turner*»¹⁵, que con-

¹⁵ AREEDA y TURNER, *Antitrust Law*, Boston, 1978.

sidera que existe predación si el precio aplicado es inferior al coste variable medio, aunque en dicho *test* se utiliza como baremo el coste marginal, si bien, como ya se ha señalado, resulta más sencillo el cálculo del coste variable medio. Dicho *test* consiste en que:

— Existe una presunción *iuris et de iure* de predación cuando se establecen precios con una anticipación razonable por debajo del coste variable medio (o coste marginal).

— Existe una presunción *iuris tantum* —mientras no se demuestre lo contrario— de predación cuando los precios establecidos con una anticipación razonable son inferiores al coste total medio pero superiores al coste variable medio (o coste marginal).

La jurisprudencia americana y comunitaria normalmente utiliza este *test*, aunque no en el mismo sentido. Así, los Tribunales americanos entienden que si un precio se sitúa por encima del coste marginal, se presume la licitud de la conducta; por el contrario, si el precio se sitúa por debajo de dicho coste marginal se presumirá la conducta predatoria ¹⁶.

Sin embargo, la Comisión y el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea utilizan este *test* de forma más restrictiva en cuanto a la carga de la prueba, en los asuntos AKZO ¹⁷ y Tetrapak II ¹⁸, pues consideran que es predatorio *iuris et de iure* cuando el precio sea inferior al coste variable medio, sin necesidad de probar nada más; en cambio, si se fija un precio inferior a los costes totales medios pero superior a los costes variables medios, existe una presunción *iuris tantum* de predación, debiéndose probar, además, el elemento subjetivo o intencionalidad de expulsar a los competidores.

Por su parte, el Tribunal de Defensa de la Competencia ha seguido la jurisprudencia comunitaria en los asuntos AKZO y Tetrapak II, como puede extraerse de la Resolución ya mencionada BT/Telefónica:

«Como es sabido, el conocer con exactitud los costes y su descomposición entre fijos y variables en el sector de las telecomunicaciones es tarea, sin duda, muy difícil, con lo que es más que complejo aplicar criterios como el *test* Areeda-Turner, frecuentemente utilizado por los Tribunales norteamericanos y usado también por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (en la Sentencia de 3 de junio de 1991, As. AKZO, aunque introduce la intencionalidad como nuevo factor en este análisis, lo aplica al considerar prácticamente una presunción *iuris et de iure* de predación para los precios inferiores al coste variable medio y una presunción *iuris tantum* para los precios superiores al coste variable medio, pero inferiores al coste total medio. Este criterio es ratificado en la Sentencia de 14 de noviembre de 1996, As. Tetrapak II).»

¹⁶ Sentencia del Tribunal Federal 21, 1982. Asunto Northern Telephone Co./ATT Co.

¹⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia de Luxemburgo de 3 de junio de 1991.

¹⁸ Sentencia de 14 de noviembre de 1996 del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea.

C. REQUISITO SUBJETIVO: INTENCIONALIDAD DE PREDAR O EXPULSAR A UN COMPETIDOR

La acreditación de la supuesta intencionalidad de expulsar al competidor actual del mercado o evitar la entrada de potenciales competidores en dicho mercado será el elemento clave o sustantivo que permitirá delimitar la supuesta venta bajo coste como predatoria. Sin dicha intencionalidad, la venta a pérdida no resulta perseguible como conducta predatoria restrictiva de la competencia, en virtud de la doctrina y jurisprudencia comunitaria sentada sobre esta materia.

El propio concepto de predación lleva implícita dicha intencionalidad, si bien es verdad que el comportamiento excluyente habrá de entenderse de forma amplia, tal y como lo esbozaron AREEDA & TURNER¹⁹: «exclusionary behavior comprehends at the most behavior that not only (i) tends to impair the opportunities of rivals, but also (ii) either does not further competition on the merits or does so in an unnecessarily restrictive way». Así, se debe analizar no sólo la mera intencionalidad de excluir ni las posibles conductas que reducen las oportunidades de los competidores, sino también si dichas conductas son propias de una competencia basada en los méritos empresariales o si, por el contrario, resultan ser consecuencia de prácticas prohibidas por ser restrictivas de la competencia.

Si otorgamos a este elemento subjetivo una interpretación amplia, ello nos permitirá deslindar en qué ocasiones nos encontramos ante un operador predador y cuándo estamos ante un operador eficiente que utiliza una competencia agresiva pero lícita. No obstante, y a pesar de dicha consideración, no resulta sencilla la delimitación entre ambos operadores, pues, como suele ocurrir en muchos casos, la dificultad estriba en la acreditación de la conducta y en la obtención de pruebas, primando en todo caso la presunción de inocencia.

Aquí nos encontramos con el verdadero problema que conlleva la imputación de una conducta predatoria, que es la posible acreditación de la conducta, resultando ardua y complicada la labor de obtención de indicios y material probatorio acerca de la intencionalidad del operador predador de expulsar a los competidores. Además, como veremos a continuación, la mayoría de los denunciantes que invocan la vulneración de la LDC por aplicación de precios predatorios normalmente incorporan a la denuncia multitud de documentos acerca del elemento objetivo de existencia de venta a pérdida, pero en muy pocos casos presentan prueba alguna acerca del elemento subjetivo de la intencionalidad del supuesto predador.

¹⁹ AREEDA y TURNER, *op. cit. supra*.

3. ANÁLISIS DE LAS RESOLUCIONES DEL AÑO 2000

En el año 2000, el Tribunal de Defensa de la Competencia ha dictado cinco resoluciones por la supuesta aplicación de precios predatorios, todas ellas como consecuencia de diversos recursos interpuestos contra los distintos Acuerdos de archivo del Servicio, y son las siguientes: Resolución de 27 de marzo de 2000 (Expte. R 411/00, Enseñanzas Aeronáuticas); Resolución de 5 de abril de 2000 (Expte. r 384/99, Productos cárnicos); Resolución de 29 de septiembre de 2000 (Expte. r 438/00, Empresas alarmas Alicante); Resolución de 23 de octubre de 2000 (Expte. r 432/00, Asociación «Os Chairegos») y Resolución de 27 de diciembre de 2000 (Expte. r 423/00, Vía Digital). En ninguna de ellas se ha considerado acreditada la existencia de infracción, confirmando así el Tribunal el acto de archivo del Servicio. Ello supone que un 4 por 100 del total de Resoluciones dictadas por el Tribunal, y un 12,5 por 100 de las Resoluciones de los recursos interpuestos contra los Acuerdos de archivo del Servicio, tratan de la supuesta infracción de aplicación de precios predatorios. Dicho porcentaje resulta ser alto si consideramos lo irracional de la conducta del predador, los pocos casos en los que dicha predación se produce, y lo irrelevante de los casos denunciados.

Además, si analizamos las Resoluciones producidas en años anteriores, podemos observar que como media suelen dictarse en torno a tres o cuatro Resoluciones sobre la base de la supuesta aplicación de precios predatorios. En la mayoría de los casos, el Tribunal ha considerado que no existen indicios para acreditar la vulneración de la LDC por supuesta aplicación de precios predatorios. Especial mención debe hacerse de las Resoluciones «BT/Telefónica» y «Tabacos Canarias»²⁰ —en esta última sí se acreditó la predación— dictadas en el año 1999, y que han sido comentadas en un artículo magistral de FERNÁNDEZ DE ARAOZ GÓMEZ-ACEBO y HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ²¹

A continuación reseñaré someramente, y en lo que aquí nos compete el contenido de las Resoluciones del ejercicio al que corresponde este Anuario, centrándome principalmente en los hechos, la calificación y la decisión del Tribunal. Además, se incluyen las cuestiones más controvertidas que cada Resolución aporta o al menos señala indiciariamente, y serán objeto de debate en epígrafes separados.

²⁰ Resolución del TDC de 16 de febrero de 1999 (Expte. 375/96).

²¹ «Precios predatorios y abuso de posición dominante: análisis crítico de la reciente jurisprudencia del Tribunal de Defensa de la Competencia a la luz de las resoluciones de los asuntos «BT/Telefónica» y «Tabacos de Canarias», *Gaceta Jurídica de la UE y de la competencia*, núm. 201, junio-julio 1999.

A. LA RESOLUCIÓN DE ENSEÑANZAS AERONÁUTICAS (SENASA)

a) *Contenido de la Resolución*

La Agrupación de Escuelas de Formación Aeronáutica (AEFA) presentó denuncia ante el Servicio con fecha 4 de febrero de 1992, contra la Sociedad Estatal para las Enseñanzas Aeronáuticas, S. A. (SENASA). Dicha Agrupación imputaba a la entidad denunciada la práctica de precios predatorios. Tras dos sobreseimientos por parte del Servicio, el Tribunal ordenó a éste investigar la estructura de costes y las cuentas de explotación de todas las actividades de SENASA, especialmente las correspondientes a los «cursos *ab initio*», con la finalidad de comprobar si sus ventas se realizaban a pérdida.

Mediante Acuerdo de sobreseimiento de 17 de enero de 2000, el Servicio declaró que no había resultado acreditada la práctica de precios predatorios, ya que SENASA cobraba a los alumnos precios superiores a los de las demás escuelas y que, además, las escuelas competidoras habían aumentado significativamente sus cuotas de mercado en detrimento de la cuota de SENASA.

El Tribunal confirma dicho Acuerdo, considerando que no concurren los requisitos exigidos por el artículo 17 de la Ley de Competencia Desleal, pues no se aprecia que la conducta investigada sea susceptible de inducir a error a los consumidores o vaya dirigida a desacreditar a los competidores o encaminada a eliminarlos del mercado. Por tanto, no cabe la invocación del artículo 7 de la Ley de Defensa de la Competencia en relación con la vulneración del artículo 17 de la Ley de Competencia Desleal. Además, como se produjo el desestimiento del denunciante el Tribunal no tuvo que analizar con detalle en la Resolución los requisitos y aplicación del concepto de precios predatorios.

b) *Subvenciones cruzadas*

Cuando el Tribunal remite el expediente al Servicio ordenándole que analice la estructura de costes y la cuenta de explotación de todas las actividades de SENASA, a fin de poder valorar si los «cursos *ab initio*» se vendían a pérdida, sin duda manifiesta el ponente que conoce perfectamente la posibilidad de que el supuesto predador practique «subvenciones cruzadas» (*cross-subsidization*).

Según HANCHER y BUENDÍA SIERRA²², la práctica de subvenciones cruzadas se produce cuando se imputan gastos originados por la actividad empresarial en un determinado mercado relevante del producto o geográfico a otro, de manera que un producto puede venderse por encima

²² «Cross-subsidization and EC law», *Common Market LR*, 1998.

de su coste marginal subsidiando o financiando a otro, cuyo precio de venta se sitúa por debajo del coste marginal.

Esto significa que el Tribunal quería estar seguro de que SENASA no estuviese financiando las pérdidas que se produjesen en los «cursos *ab initio*» (todo ello según el denunciante, puesto que en la instrucción se acreditó que sus precios eran más altos que los de los competidores) con los beneficios obtenidos de otras actividades, máxime cuando alguna de ellas era una actividad regulada y subvencionada por el Estado, dado que SENASA era en su origen una empresa pública.

Evidentemente, como magistralmente señalan FERNÁNDEZ DE ARAOZ y HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ²³, citando las Directrices de la Comisión Europea para la Competencia en el Sector de las Telecomunicaciones de 1991, la utilización del procedimiento de subvenciones cruzadas entre sectores de actividad diferente pero que están todos ellos liberalizados es una conducta perfectamente legítima. Por el contrario, cuando existe un mercado regulado y otro que no lo está, dicho trasvase de beneficios desde el mercado geográfico o del producto regulado —donde no existen competidores— hacia el mercado liberalizado —financiando o subsidiando las pérdidas que se produzcan al practicar en este último mercado precios predatorios con el fin de expulsar a los competidores—, puede ser especialmente grave.

Una argumentación similar utiliza el Tribunal en la Resolución de Tabacos de Canarias, citada anteriormente, donde se apunta que la práctica de subsidios cruzados por el supuesto predador cobra todo sentido cuando éste opera en varios mercados simultáneamente, y con condiciones de competencia divergentes, es decir, un mercado que ha alcanzado un alto grado de competencia, y otro en el que la competencia es aún escasa o nula:

«Esta política sólo puede ser seguida por Tabacalera, dada su posición en el sector, su extraordinaria capacidad financiera y la posibilidad de practicar subsidios cruzados entre productos que pertenecen a mercados diferentes, de modo que las pérdidas que se generen con la venta de aquellos en los que la competencia real o potencial puede ser mayor, se compensan con los beneficios de otras actividades en las que la competencia es menor o inexistente.»

Finalmente, señalar que en el presente asunto no llegó a acreditarse la existencia de precios predatorios, ni la de subvenciones cruzadas, toda vez que SENASA aplicaba precios más altos que sus competidores, lo cual supuso que éstos incrementasen sus cuotas de mercado en detrimento de la cuota de mercado de la denunciada.

²³ «Precios predatorios y abuso de posición dominante: análisis crítico de la reciente jurisprudencia del Tribunal de Defensa...», *op. cit.*

c) *Venta a pérdida según lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley de Competencia Desleal*

En la Resolución dictada en la que se ordena la remisión del expediente al Servicio para que analice la estructura de costes y de la cuenta de explotación de las distintas actividades desarrolladas por la denunciada, se determina también que se acredite si ha existido o no venta a pérdida, en virtud de dicho análisis de coste.

En este último punto no me parece tan acertada la Resolución dictada —siempre bajo mi modesta opinión y respetando la loable labor del Tribunal—, puesto que la conducta denunciada es la supuesta predación de SENASA en los «cursos *ab initio*» y no la venta a pérdida, que es un requisito o condición necesaria para la aplicación de precios predatorios, pero no suficiente, pues, como ya se ha indicado en apartados anteriores, hace falta acreditar la intencionalidad de expulsar a los competidores actuales y/o potenciales.

Además, el Tribunal, en la Resolución posterior que termina con el procedimiento, se refiere también a la venta a pérdida, pues analiza los tres requisitos de venta a pérdida recogidos en el artículo 17 de la Ley de Competencia Desleal, cuando realmente la conducta imputada a SENASA en el escrito de denuncia es la supuesta predación; es decir, tan sólo debe concurrir los postulados de venta a pérdida recogidos en el tercer apartado del artículo 17, y no en los otros dos.

En el Servicio nos encontramos en muchas ocasiones con que se confunde la venta a pérdida con la existencia de precios predatorios, y, por tanto, no se aporta normalmente ningún material probatorio relativo a la supuesta intencionalidad o a la efectiva expulsión de competidores del mercado donde se realiza la práctica, o de la disuasión de potenciales competidores de entrar en dicho mercado. Ello supone que, en muchos casos, aunque a lo largo de la instrucción se realice un elaborado ejercicio de contabilidad de costes, imputando a cada actividad o mercado costes variables, costes fijos, costes medios, costes marginales, finalmente dicho esfuerzo intelectual no sirve de nada, pues falta acreditar un elemento importante que el Servicio no logra demostrar de forma inmediata y debemos recurrir a la prueba de presunciones, teniendo, finalmente que archivar o sobreeser el asunto en la mayoría de los casos.

Resulta, por tanto, imprescindible que cuando se presente la denuncia ante el Servicio por supuesta aplicación de precios predatorios se aporte, junto con el esmerado análisis de contabilidad analítica, el material probatorio oportuno en relación con la finalidad del supuesto predador de expulsar del mercado a los competidores. Si no ha existido dicha intencionalidad y se acredita la existencia de una venta a pérdida, entonces ésta deberá ser calificada como abuso de posición de dominio, prohibido por el artículo 6 LDC, o como conducta desleal, prohibida por el artículo 7 de la LDC, bien por la concurrencia de alguno de los dos primeros requi-

sitos del artículo 17 de Competencia Desleal o por lo estipulado en el artículo 14 de la Ley de Comercio minorista, en concatenación con el artículo 15 de la Ley de Competencia Desleal.

B. LA RESOLUCIÓN DE PRODUCTOS CÁRNICOS

a) *Contenido de la Resolución*

Econatura, Labotema y la Asociación de Empresarios Medioambientales de Teruel (AEMAT) denuncian a la Asociación Turolense de Industrias Alimentarias (ATIA), al Instituto de Técnica y Tecnología Agroalimentaria (INTA) y a la sociedad Gestión de Industrias Agroalimentarias Sociedad Civil (GIA, S. C.), por presuntas prácticas restrictivas de la competencia incursas en los artículos 1 y 6 de la LDC, consistentes en la oferta de servicios de análisis clínicos de los productos cárnicos a precios inferiores a los del mercado debido a que están subvencionados.

El Tribunal ratifica el Acuerdo de archivo del Servicio. En cuanto a la aplicación del artículo 1 de la LDC, el supuesto acuerdo denunciado de ATIA para ofrecer a sus asociados los servicios de análisis de los productos cárnicos a través del INTA es una forma de organizarse de naturaleza cooperativa, y, por tanto, dicha oferta a los asociados no ha tenido por objeto ni por efecto falsear o restringir la competencia, dada su finalidad y la posibilidad de los asociados de demandar los servicios de análisis prestados por otros laboratorios.

Asimismo, en relación a la transgresión del artículo 6 de la LDC, el Tribunal argumenta que ATIA no ostenta posición de dominio en el mercado de análisis de la elaboración de productos cárnicos. Además, tampoco ha resultado acreditado ningún abuso por el hecho de que dicha Asociación ofrezca a sus miembros los mencionados servicios a precios inferiores a los de mercado, pues el pago de cuotas por parte de éstos sufragan gran parte del coste de los servicios prestados.

b) *Importancia de la adecuada calificación de la conducta*

Como puede verse, esta Resolución muestra con claridad las importantes confusiones conceptuales en las que incurren muchos operadores económicos al plantear determinadas denuncias ante el Servicio, errores que se presentan con más asiduidad de la que imaginamos. Ello supone que en muchos casos no se incardine bien el expediente, y llegue a no prosperar el objeto de la denuncia, no porque no exista conducta prohibida, sino porque no se acredita ni se califica bien.

Así, resulta claro que la calificación inicial denota cierta confusión, pues difícilmente podían prosperar los hechos denunciados como conducta prohibida por el artículo 1 de la LDC, que requiere un acuerdo

entre competidores para fijar dicho precio; ni por el artículo 6 de la LDC, que requiere una posición de dominio, que ATIA está muy lejos de alcanzar.

La virtualidad de este asunto es la recalificación de la práctica que realiza el Tribunal, pues analiza no sólo las conductas denunciadas a la luz de los artículos 1 y 6 de la LDC apuntados por el denunciante, sino también la supuesta conducta desleal prohibida por el artículo 7 al aplicar precios inferiores a los de mercado y la consideración de la subvención otorgada como ayuda pública que debe ser examinada a la luz del artículo 19 de la LDC.

Finalmente, el Tribunal considera que no se dan los requisitos previstos en el artículo 7, cuales la afectación al interés público y el falseamiento sensible de la competencia. Además, en cuanto a la supuesta venta a pérdida, prohibida por el artículo 17 de la Ley de Competencia Desleal, el Tribunal considera que no se aprecian indicios de dicha práctica, puesto que la aplicación de precios inferiores a los asociados se debe a que éstos cubren con el pago de las cuotas a la ATIA parte de los costes de los análisis clínicos.

Por otra parte, el Tribunal considera que las ayudas públicas no están prohibidas por el ordenamiento español ni comunitario más que si resultan incompatibles con el Mercado Único, según lo estipulado en el artículo 87 del Tratado CE (*ex art. 92*).

c) *Subvenciones*

No debemos pasar por alto la confusión terminológica de la que adolecen muchas denuncias interpuestas en el Servicio, dado que algunos denunciantes asimilan el hecho de que el presunto predador practique «subvenciones cruzadas» en el mercado en el que opera, con el otorgamiento de una subvención pública a un determinado operador económico. Además, argumentan, erróneamente, que la concesión de una subvención a una empresa implica que ésta, de forma automática, esté aplicando precios predatorios.

En el primer caso, la existencia de subvenciones cruzadas entre distintos mercados relevantes puede ser un indicio de la aplicación de precios predatorios en uno de dichos mercados, y tal vez precios abusivos en el otro. Por tanto, debería calificarse la conducta como abuso de posición de dominio prohibido por el artículo 6 de la LDC en el mercado en el que se practican precios abusivos, o competencia desleal prohibida por el artículo 7 LDC (siempre que se cumplieran los requisitos estipulados en dicho artículo) en el mercado en el que se practicasen precios predatorios.

En el segundo caso, el hecho de que una empresa reciba una subvención no significa que necesariamente esté aplicando precios predatorios, pues el otorgamiento de dicho subsidio por el Estado viene con-

dicionado por las características de dicho mercado cuyas actividades están cerradas a la competencia por no ser en muchos casos sectores rentables, y la subvención sirve para cubrir parte de los costes incurridos, pudiendo mantenerse unos precios o tarifas públicas o reguladas, pero no necesariamente predatorias. Esto significa que si se quiere denunciar ante los órganos de defensa de la competencia el otorgamiento de una subvención, debe calificarse como ayuda pública estipulada en el artículo 19 de la LDC, sólo perseguible si resultan incompatibles con el Mercado Único, según lo dispuesto en el artículo 92 del Tratado CE.

Así, como puede verse en este asunto, los denunciantes asimilan la oferta de precios inferiores a los del mercado con la obtención de subvenciones, y consideran que es una conducta perseguible por vulneración de la LDC, sin que haya ninguna mención al otorgamiento de ayudas públicas incompatibles con el Mercado Único. Además, los denunciantes no realizan el mínimo análisis económico, pues de haberlo hecho hubiesen podido concluir que el motivo de que se otorguen ofertas a precios inferiores a los asociados resulta ser por las cuotas que éstos pagan a la ATIA, lo cual permite a ésta sufragar parte del coste, sin que deban relacionarse dicha disminución del precio con las subvenciones que recibe la ATIA.

C. RESOLUCIÓN EMPRESAS ALARMAS ALICANTE

a) *Contenido de la Resolución*

El expediente se inicia con la denuncia de la empresa Seguridad Thorn, S. L. (empresa de instalación y mantenimiento de alarmas, con domicilio en Alicante que desde 1999, presta, además, servicios como central receptora de alarmas) contra la entidad Preveser, S. L. (empresa receptora de alarmas con domicilio en Elche) por supuesta conducta prohibida por los artículos 1, 6 y 7 de la LDC, consistentes en ofrecer sus servicios a precio inferior al de coste, puesto que se remiten cartas a los clientes de la denunciante y a otras empresas del sector ofertando sus servicios a 1.000 ptas/mes, lo cual no supera el 20 por 100 del coste de la prestación.

El Tribunal confirma el Archivo del Servicio, pues, por supuesto no concurre la bilateralidad para poder reputar la existencia de acuerdo prohibido por el artículo 1, ni tampoco la posición de dominio prohibida por el artículo 6, dado que PREVESER alcanza una cuota de mercado del 9,5 por 100.

Asimismo, en cuanto a la supuesta venta a pérdida, como ya he indicado anteriormente que se resuelven este tipo de asuntos, el Tribunal, sin necesidad de valorar si el servicio ofertado es o no inferior a su coste, confirma el Archivo, pues los hechos denunciados no cumplen los requisitos del artículo 7 de la LDC, que consisten en: a) que ese acto de com-

petencia desleal distorsione gravemente las condiciones de competencia, y b) que esa grave distorsión afecte al interés público.

b) *Calificación de la conducta*

En este asunto se pone de manifiesto de nuevo, como ya ha sido comentado en la Resolución anterior, el absoluto desconocimiento de las normas de competencia y de los contornos jurídicos de los tipos recogidos en los artículos 1 y 6 de la LDC por parte de la denunciante.

Respecto a la aplicación del artículo 1 cabe plantearse: ¿Cómo puede reputarse la existencia de un acuerdo prohibido por el artículo 1 si es adoptado unilateralmente por un operador? ¿Cómo no se considera que cualquier acuerdo restrictivo requiere al menos la bilateralidad de voluntades de dos o más operadores económicos, normalmente competidores en el mercado?

Pero, si cabe, aún resulta más grave el desconocimiento de lo que significa un abuso de posición de dominio, prohibido por el artículo 6, cuando se acredita que existe una cuota de mercado del 9,5 por 100, y cuando, además, la empresa denunciada presta servicios de recepción de alarmas, y no puede actuar independientemente de sus competidores, especialmente de la empresa denunciante, puesto que cualquier cliente necesita la instalación previa de la alarma y su mantenimiento, dependiendo de las empresas que prestan estos servicios, entre las que se encuentra la denunciante. Es imposible que en estas condiciones exista ni la más remota posibilidad de ostentar una posición de dominio en el mercado.

c) *Aplicación del artículo 7 de la LDC sin entrar en el fondo*

Éste es un claro ejemplo en el que puede verse que, en virtud de nuestro ordenamiento, resulta altamente improbable que la supuesta aplicación de precios predatorios pueda ser perseguida por las autoridades de competencia, puesto que, aunque se llegue a probar la existencia de una venta a pérdida con la clara intencionalidad de expulsar a los competidores actuales y/o potenciales del mercado —según se estipula en el artículo 17 de la Ley de Competencia Desleal—, para que dicha deslealtad sea restrictiva de la competencia, deben, al mismo tiempo, concurrir los requisitos tipificados por el artículo 7 de la LDC, que resultan ser, además, enormemente restrictivos, pues, en muy pocos casos se puede acreditar que se produce conjuntamente una distorsión «grave» de las condiciones de competencia en el mercado y una afectación al «interés público».

Las restricciones que supone la acreditación de los requisitos exigidos para que una conducta predatoria pueda ser tipificada por el artículo 7

de la LDC, producen como resultado que, en aras de la economía procesal y dada la carga de trabajo existente en el Servicio y en el Tribunal, no se llegue a entrar en el fondo del asunto, esto es, en el análisis de la conducta como desleal, determinando si se ha producido una venta a pérdida, y si ésta se ha realizado con la intención de expulsar a los competidores.

Si los operadores económicos conociesen estas limitaciones impuestas por nuestro ordenamiento, no iniciarían continuamente procedimientos alegando la aplicación de precios predatorios calificando la conducta como una infracción del artículo 7 de la LDC. Resulta mucho más sencillo que la conducta prospere por un supuesto abuso de posición de dominio, prohibido por el artículo 6 de la LDC. Si bien, en este último caso, nos encontramos con la dificultad de que necesariamente hay que demostrar la posición de dominio no sólo por la elevada cuota de mercado que ostente el denunciado, sino por la independencia con la que actúa respecto a sus competidores. Aunque, claro, si se demuestra dicha independencia, se plantean las dudas que ya hemos apuntado anteriormente, como es el hecho de que el operador dominante independiente no necesita practicar precios predatorios incurriendo en pérdidas si ya actúa de forma independiente de sus competidores y usuarios.

Todo ello hace pensar en el posible vacío legal de las normas de defensa de la competencia en la persecución de la práctica de precios predatorios. No obstante, el fin perseguido por el legislador es la protección del bien jurídico de la competencia, y por tanto, una disminución de precios suele ser un indicador de la existencia de un alto grado de liberalización de los mercados y de competencia entre operadores económicos, implicando que tan sólo se persigan las conductas predatorias que tengan una afectación al interés público y que se reputen como conductas de grave falseamiento de la competencia.

D. RESOLUCIÓN DE LA ASOCIACIÓN «OS CHAIREGOS»

a) *Contenido de la Resolución*

La Resolución confirma el Acuerdo del Servicio de archivo de actuaciones contra la Asociación de Vecinos «Os Chairegos», por supuesta conducta prohibida por el artículo 6 de la LDC, consistente en atender a bajo precio las consumiciones a los clientes, en un local de propiedad municipal sin pagar impuestos y utilizando material clandestino, lo que supone una competencia desleal que la coloca en posición dominante.

El Servicio recalificó la conducta, analizando no sólo la posición de dominio, insostenible desde cualquier punto de vista, sino la supuesta venta a pérdida como conducta desleal perseguible por el artículo 7 de la LDC.

Dado que no concurren los requisitos exigidos para la aplicación del artículo 7 de la LDC, el Servicio archivó el asunto, confirmando el mismo el Tribunal en esta Resolución.

b) *Grave error en la calificación*

No abordaré este tema de nuevo, pues ya ha sido ampliamente comentado anteriormente. En este caso incluso el ponente recoge en la Resolución la utilización errónea de la supuesta calificación de abuso de posición de dominio, indicando:

«En efecto, la Asociación de vecinos no es previsible que ostente una posición de dominio en el mercado de servicios de consumiciones de la localidad, ni el denunciante precisa que lo tenga. Éste simplemente emplea de un modo impropio en sus escritos los términos “abuso de posición dominante” y “competencia desleal”. Por otra parte, el Tribunal estima que del examen de todos los documentos presentados por el denunciante y recurrente se desprende que lo que realmente se quiere denunciar es, más que un abuso de posición dominante, una conducta supuestamente desleal por infracción de normas.»

Además, tampoco concurren ni indiciariamente las condiciones estipuladas en el artículo 7, pues la escasa importancia de esta conducta en los mecanismos de mercado y la indudable imposibilidad de que exista una afectación al interés público conllevan que el asunto se archive de plano.

Sólo indicar, por último, que siempre cabe el ejercicio de acciones civiles ante los Jueces ordinarios cuando una conducta se reputa desleal contraria a la Ley 3/1991, si bien el ejercicio de dicha acción prescribe al año, mientras que si se ejercita ante los órganos de competencia el plazo para la prescripción es mucho mayor: en la antigua LDC era de cinco años; y en la reformada Ley 52/1999 se reduce a cuatro. Esto supone un problema adicional para el Servicio, como es el hecho de que se presenten denuncias cuando ya ha caducado la acción civil en aras de encontrar otra solución al conflicto, máxime cuando en este caso, por ser un procedimiento administrativo, resulta absolutamente gratis. Ésta es la razón por la que muchas denuncias resultan finalmente archivadas, pues se utiliza esta instancia como último recurso, sin que ni el objeto, ni los hechos puedan prosperar como una conducta prohibida por las normas de competencia.

E. RESOLUCIÓN DE VÍA DIGITAL

a) *Contenido de la Resolución*

El Tribunal confirma el Acuerdo de archivo de la denuncia formulada por Televes, S. A., contra Vía Digital, S. A., y DTS Distribuidora de Tele-

visión Digital por supuestas conductas prohibidas por los artículos 6 y 7 de la LDC, consistentes en la venta a pérdida realizada al regalar la antena parabólica y su instalación a los clientes al realizar el abono del servicio de televisión digital por vía satélite.

El Servicio considera que, dada la especial estructura del mercado —cuestión que será objeto de debate en los epígrafes posteriores— y la cuota de mercado de Vía Digital (37 por 100), no cabe hablar de posición de dominio. El Tribunal, además, añade como argumentación que la empresa denunciada no tiene independencia de comportamiento respecto al único competidor existente (Canal Satélite Digital), de gran fortaleza y, por tanto, incluso considera que la conducta imputada podría llegar a mejorar las posibilidades de elección de los clientes entre ambas televisiones digitales. Por consiguiente, no resulta acreditada la existencia de posición de dominio no cumpliéndose el requisito básico para la imputación del artículo 6 de la LDC.

En relación con la deslealtad denunciada, la Resolución dicta que no sólo no se dan las condiciones para la aplicación de los artículos 8 y 17 de la Ley de Competencia Desleal, como más adelante veremos, sino que tampoco se infringe el artículo 15 de la Ley de Competencia Desleal por vulneración del artículo 14 de la Ley 7/1996, de Ordenación del Comercio Minorista (LOCM), que prohíbe con carácter general la venta a pérdida.

b) *Estructura del mercado*

En la definición de precios predatorios ya se ha tratado este tema, pero resulta muy interesante poder ver la aplicación práctica en la presente Resolución del análisis de la estructura del mercado a fin de poder valorar la «aptitud» de la supuesta conducta restrictiva para lograr el objetivo de expulsar o evitar la entrada de competidores actuales y/o potenciales en el mercado de referencia.

Como ya se ha señalado anteriormente, resulta importantísimo este análisis previo de la existencia de barreras de entrada en el mercado relevante, para poder determinar si el supuesto predador —calificación que no resultó acreditada en el presente caso— tiene probabilidades de llevar a cabo estas prácticas restrictivas con éxito, pues si dichas barreras no existiesen no podría recuperar las pérdidas incurridas con la predación, dado que otro nuevo competidor entraría inmediatamente en el mercado frustrando su estrategia restrictiva.

Con gran acierto técnico es definido el mercado relevante por el Servicio y el Tribunal como el mercado de la televisión digital de pago vía satélite, pese a la tesis contraria del recurrente que incluye también la televisión por satélite con tecnología analógica. Entre las características que delimitan este mercado debe destacarse que estamos ante un mercado emergente, de reciente aparición, en el que todavía no es posible la inte-

roperatividad, exigiendo cuantiosas inversiones de implantación de esta tecnología, incluso por parte del demandante del servicio (el espectador). Todo ello significa que estamos en un mercado con importantes barreras de entrada.

No obstante, aunque la estructura de este mercado determina el posible éxito del predador por ser un mercado inexpugnable y de difícil disputabilidad por las barreras de entrada creadas en el mismo, en el presente caso no resulta acreditada la conducta predatoria, puesto que la conducta imputada no sólo no es perseguible, sino que mejora las condiciones de competencia en el mercado definido. El hecho de dotar gratuitamente a los clientes de los instrumentos necesarios para la recepción —las antenas y los decodificadores— compitiendo con Canal Satélite —que también practica la misma política comercial— en la captación de abonados, mejora las posibilidades de elección de los espectadores y minimiza el coste de adquisición de los instrumentos necesarios para la recepción.

Por tanto, en este caso, aunque la estructura del mercado favorezca la predación, la práctica denunciada nada tiene que ver con dicha conducta prohibida, puesto que estamos ante una venta promocional con regalo que se encuentra muy lejos de poder reputarse como predatoria.

c) *Ventas con regalo*

Otro de los problemas con que nos enfrentamos en el Servicio es que se presentan algunas denuncias en las que se reputan como conductas predatorias las ventas promocionales o ventas con regalo, sin que en la mayoría de los casos dicha práctica pueda ser calificada como restrictiva, tal y como sucede en la presente Resolución. Es más, la venta con regalo, en este caso, no sólo no es restrictiva, sino que sirve para fomentar la competencia, y, por tanto, no resulta perseguible.

Además, no sólo existe confusión respecto a la venta con regalo, sino respecto a otras figuras afines. Estos tipos de venta tienen en común que se realizan a precios muy bajos pero no por ello deben ser calificadas como predatorias, dado que no concurren en ellas ni el elemento objetivo ni el subjetivo, y, por tanto, son lícitas. Siguiendo a Ricardo ALONSO SOTO²⁴, podemos destacar las siguientes ventas a bajo precio no predatorias:

«En efecto, no pueden considerarse sin más como ventas con pérdida en sentido estricto (predatorias) todas aquellas que se efectúan a precios inferiores al de coste de fabricación o al de adquisición. Tal es el caso, por ejemplo, de las REBAJAS, que son ventas de mercancía normal y en buen uso, que ha sido puesta a la venta anteriormente y que, una vez que ha transcurrido su período normal de comercialización, se venden a

²⁴ Ricardo ALONSO SOTO, *La venta a pérdida...*, *op. cit.*

un precio inferior durante determinadas épocas del año; los SALDOS, que son ventas de mercancías que durante un cierto tiempo se han tenido en almacén (*stocks*) y que se encuentran deterioradas o que han perdido actualidad y oportunidad; las OPERACIONES de LIQUIDACIÓN, que son las ventas de las existencias de un negocio que se realizan cuando se produce su extinción, el cambio de actividad empresarial o una alteración de la titularidad de la misma; o las VENTAS PROMOCIONALES, que son ventas a bajo precio durante un período limitado de tiempo, que se realizan par introducir un nuevo producto en el mercado o para promover la comercialización de otro que ya resulta conocido.»

En esta Resolución puede verse cómo una venta con regalo puede ser lícita dado que fomenta la competencia. Además, el Tribunal no sólo demuestra este factor procompetitivo, sino que analiza con detalle cada uno de los supuestos recogidos en el artículo 8 de la Ley de Competencia Desleal que prohíbe la venta de la prestación principal —el abono a la televisión digital por satélite— con regalo —los decodificadores y la antena—, señalando que no ha resultado acreditado ni que el consumidor esté obligado a contratar el abono a la televisión; ni la antena es una prestación suplementaria que no guarda relación con el objeto principal; ni se induce a error al cliente sobre el valor de la oferta. Ninguno de estos casos se producen, por tanto, no se ha infringido el artículo 8 de la Ley de Competencia Desleal, ni, por supuesto, el artículo 7 de la LDC por no reputarse la conducta denunciada como desleal.

Finalmente, el Tribunal resuelve la supuesta vulneración del artículo 7 de la LDC en relación con el artículo 14 de la Ley 7/1996, de Ordenación del Comercio Minorista (LOCM), que prohíbe con carácter general la venta con pérdida, que constituye un supuesto de deslealtad por violación de normas al amparo del artículo 15 de la Ley de Competencia Desleal. Resulta curioso ver cómo se puede invocar el artículo 14 de la LOCM como supuesta vulneración del artículo 7 de la LDC, recurriendo a la violación de normas del artículo 15 de la Ley de Competencia Desleal. Esto indica hasta qué punto se invoca continuamente la venta a pérdida ante el Servicio utilizando esta maniobra jurídica. En cuanto al fondo, el Tribunal considera que no estamos ante una oferta conjunta y, además, el artículo 14 estipula como excepción a la prohibición general de venta a pérdida la que tenga el objetivo de alcanzar los precios de los competidores con poder de mercado, como sucede en este caso en el que se trata de alcanzar los precios aplicados por Canal Satélite.

EL TRIBUNAL SUPREMO Y «EL EFECTO DIRECTO» DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA (COMENTARIO A LA SENTENCIA «DISA» DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 2 DE JUNIO DE 2000)

Carles PRAT

Abogado de MULLERAT

1. INTRODUCCIÓN

La Sentencia «Disa» de 2 de junio de 2000 suscita una pluralidad de cuestiones interesantes y novedosas en la jurisprudencia concurrencial española¹. Sin embargo, por razones de enfoque y de limitación de espacio, ceñiremos el análisis a aquello que, a nuestro entender, constituye la aportación doctrinal más importante de la resolución: su contribución a la doctrina del efecto directo del Derecho de la competencia —propriadamente del Derecho comunitario de la competencia— pero sin olvidar —si se nos permite la licencia— «el efecto directo» del Derecho interno, como explicaremos. Abordaremos también, en la parte final, la relación entre ambos cuerpos normativos, que en la sentencia que nos ocupa es objeto de un tratamiento singular. Debemos advertir, por tanto, que no estudiaremos la solución concreta que el Tribunal da al caso planteado —relativo a un contrato para la explotación de una estación de servicio— en aplicación del Reglamento CEE 1984/83 sobre contratos de compra en exclusiva².

¹ En concreto, la aplicación del Reglamento CEE 1984/83 de la Comisión, de 22 de junio de 1983, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 [hoy art. 81] del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de compra exclusiva (*DOCE*, núm. 173, de 30 de junio de 1983); la nulidad del contrato *ex* artículo 6.3 CC por, aparentemente, infringir el artículo 81.1 del Tratado y la posible generación de *culpa in contrahendo*.

² *Prima facie*, las conclusiones a que llega el Tribunal en aplicación concreta del Reglamento parecen suscitar algunas cuestiones que, sin embargo, no abordaremos. Existen en nuestro ordenamiento múltiples precedentes sobre la legalidad *antitrust* de las diversas modalidades contractuales relativas a la explotación de estaciones de servicio: entre ellos, Resolución del TDC de 20 de octubre de 1995, *Shell España*, núm. 362/95; Resolución del TDC de 8 de noviembre de 1996, *Texaco*, núm. 385/96; Resolución del TDC de 29 de junio de 1998, *Shell-Enaco*, núm. 418/97; Resolución del TDC de 29 de julio de 1998, *Disa-Cepsa*, núm. 411/97 (no relacionado con la sentencia que aquí comentamos); Resolución del TDC de 3 de diciembre de 1999, *Repsol/Estaciones de Servicio*,

La esencia doctrinal de la sentencia a que aludíamos —y su principal virtud— consiste en reconocer en la jurisprudencia española, de forma clara³, el efecto directo de las normas comunitarias reguladoras de la competencia, superando parcialmente —o, cuando menos, clarificando— su más inmediato antecedente, la Sentencia «Camps» del mismo órgano jurisdiccional de 30 de diciembre de 1993, cuya revisión había sido reclamada reiteradamente desde diversas instancias⁴.

En otro orden de cosas, no queremos dejar de apuntar en esta introducción que, aunque centremos el comentario en una sola resolución, es difícil —y, de hecho, inconveniente— el estudio del efecto directo del Derecho de la competencia sin tener en cuenta que dicha sentencia emerge, tanto a nivel comunitario como español, rodeada de otras decisiones que pueden causar cierta desorientación y, a la vez, surge en un contexto legislativo cambiante.

Por una parte, por lo que al Derecho español se refiere, deben tenerse muy presentes las Sentencias del mismo Tribunal Supremo de 4 de noviembre de 1999 (*United International Pictures*) y 13 de marzo de 2000 (*Colegio de Farmacéuticos de Madrid*) y, aun, la de la Audiencia Provincial de Barcelona de 7 de junio de 2000, sin olvidar la tímida reforma del artículo 13.3 de la Ley de Defensa de la Competencia operada por la Ley 52/1999, de 28 de diciembre⁵.

Y, por otro lado, la Sentencia «Disa» viene a coincidir en el tiempo con dos Resoluciones del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (*Masterfoods*⁶, de 14 de diciembre de 2000 y *Eco Swiss*⁷ de 1 de junio de 1999, ésta en materia de arbitraje) que han completado la doctrina preexistente sobre el efecto directo del Derecho comunitario de la competencia, a la vez que ha sido dictada en plena revolución de aque-

núm. 449/99; Resolución del 27 de julio de 2000, *Texaco*, núm. 468/99 y, muy recientemente, Resolución del TDC de 30 de mayo de 2001, *Cepsa*, núm. 493/00, y Sentencias de la Audiencia Nacional de 7 de junio de 2000 y 3 de noviembre de 2000.

³ Nos falta la reiteración a la que alude el artículo 1.6 cc para poder hablar de «jurisprudencia», pero en realidad no debería ser necesaria en un contexto en el que, en realidad, han de prevalecer las declaraciones del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: artículo 10 del Tratado CE y Sentencia de 9 de marzo de 1978, *Simmenthal*, asunto 106/107, Rep. 1978 recogiendo los principios de eficacia y primacía del Derecho comunitario, a tener muy presentes en toda esta materia.

⁴ Véase, en diversos grados de opinión, J. M. FERNÁNDEZ LÓPEZ, «Aplicación jurisdiccional de los artículos 85.1 y 86 TCEE y de las normas internas de la competencia», *Anuario de la Competencia 1997*, Madrid, Fundación ICO-Marcial Pons, 1998; A. CREUS, «La privatización del Derecho de la Competencia», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 200, abril-mayo 1999; S. MEDRANO IRAZOLA, «El problema de la jurisdicción civil y la defensa de la competencia: reconsideración del debate y contribución a la búsqueda de soluciones», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 210, noviembre-diciembre 2000.

⁵ En el sentido de que el Tribunal de Defensa de la Competencia pueda emitir dictámenes para la valoración de daños y perjuicios reclamados en sede jurisdiccional civil por conductas infractoras de las normas concurrenciales.

⁶ Sentencia de 14 de diciembre de 2000, *Masterfoods Ltd. V. HB Ice Cream Ltd.*, asunto C-344/98, en <http://curia.eu.int>.

⁷ Sentencia de 1 de junio de 1999, *Eco Swiss Chine Time Ltd. V. Benetton International NV*, asunto C-126/97, en <http://curia.eu.int>.

llos principios sobre las modalidades de aplicación de las normas concurrenciales comunitarias, que ahora ha recogido el Tribunal Supremo en la sentencia que nos ocupa. Nos referimos a la «Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado y por el cual se modifican los Reglamentos (CEE) núm. 1017/68, (CEE) núm. 2988/74, (CEE) núm. 4056/86 y (CEE) núm. 3975/87, de 27 de septiembre de 2000⁸» o, de forma más abreviada, la propuesta del nuevo «Reglamento de aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado», como el propio texto recoge⁹.

2. LOS HECHOS

Los hechos que dan lugar a la Sentencia «Disa» son relativamente simples. La base del litigio la constituía un contrato para la explotación de una estación de servicio en construcción en las Islas Canarias, que contenía diversas cláusulas —asumamos— contrarias al Reglamento CEE 1984/83 sobre compra exclusiva¹⁰, celebrado entre una empresa petrolífera («Disa»), propietaria de la estación de servicio, y el futuro explotador. El litigio lo desencadenó la posterior celebración, por parte del mismo propietario, de un segundo contrato de explotación (este sí aparentemente ajustado al Reglamento CEE 1984/83) con un tercer explotador, de tal manera que en la práctica fue éste y no el primero quien tomó posesión de la estación de servicio. Como es imaginable, el primer explotador —frustradas sus expectativas— inició un procedimiento ante la jurisdicción ordinaria pretendiendo, esencialmente, el cumplimiento *in natura* del primer contrato. La defensa de la compañía petrolera se basó en la nulidad del contrato que se pretendía ejecutar, por contravenir el artículo 81.1 (en esos momentos, aún art. 85.1) del Tratado, si bien, según parece, había sido la propia compañía petrolera quien había propuesto el contrato que ahora consideraba nulo. Ni la sentencia de primera instancia ni la de la Audiencia, por razones diversas, admitieron la invalidez aducida, pero sí lo hizo el Tribunal Supremo, sin perjuicio —para evitar colisionar con la equidad— de posibles acciones por *culpa in contrahendo*.

3. CUESTIONES RELATIVAS AL «EFECTO DIRECTO» QUE DIMANAN DE LA SENTENCIA «DISA»

Ciñéndonos, como decíamos, a la cuestión del efecto directo, dos son los aspectos que se suscitan:

⁸ COM (2000) 582 final en <http://europa.eu.int>.

⁹ La antesala viene constituida, como es bien sabido, por el Reglamento de la Comisión CE 2790/1999, de 22 de diciembre de 1999, sobre la aplicación del artículo 81.3 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas (DOCE, núm. L 336, de 29 de diciembre de 1999) y las Comunicaciones relativas a las restricciones verticales (2000/C 291/01, DOCE, núm. C 291/1, de 13 de octubre de 2000) y sobre la aplicabilidad del artículo 81 del Tratado CE a los acuerdos de cooperación horizontal (2001/C, DOCE, núm. 3/32, de 6 de enero de 2001). Entre los diversos trabajos publicados al respecto, puede verse T. WIBMANN, «Decentralised Enforcement of EC Competition Law and the New Policy on Cartels», *Journal of World Competition*, núm. 23 (2), pp. 123-154.

¹⁰ *Vid. supra* nota 1.

- a) La aplicación directa del Derecho comunitario por parte de los órganos jurisdiccionales nacionales, y
- b) la delimitación del ámbito de aplicación del Derecho comunitario frente al Derecho nacional (en base a la afectación del comercio intra-comunitario) y la compatibilidad y aplicación simultánea de ambos.

La sentencia que nos ocupa trata, con desigual intensidad y resultado, estos dos aspectos que ahora pasamos a comentar.

4. LA APLICABILIDAD DIRECTA DEL DERECHO COMUNITARIO POR PARTE DE LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES NACIONALES

Recogiendo la doctrina del TJCE y del TPI (en particular, las sentencias *BRT Sabam*¹¹, *Delimitis*¹² y *Automec*¹³), que cita en el fundamento de Derecho sexto, apartado c), el Tribunal Supremo aplica, por primera vez de forma incondicional, la doctrina del efecto directo del Derecho comunitario de la competencia y —quizás aún más clarificador— parece matizar, aunque no contiene ninguna referencia a la misma, la posición que había adoptado previamente en la conocida Sentencia «Campsa» de 30 de diciembre de 1993 y —en cuanto al Derecho interno— en las Sentencias de 18 de mayo de 1985 y la más reciente de 4 de noviembre de 1999.

A. LOS PRINCIPIOS QUE RIGEN LA APLICABILIDAD DIRECTA DEL DERECHO COMUNITARIO DE LA COMPETENCIA

A fin de facilitar el estudio de la sentencia, nos permitimos, ante todo, recordar cuál es el estado de la cuestión en lo referente a los principios que rigen la aplicación del Derecho comunitario de la competencia por parte de los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros¹⁴ hasta la previsible entrada en vigor del nuevo «Reglamento de aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado»¹⁵:

- a) los artículos 81.1 y 82 del Tratado poseen efecto directo (Sentencias *BRT Sabam*¹⁶ y *Delimitis*¹⁷) y deben ser, por tanto, objeto de

¹¹ Sentencia de 30 de enero de 1974, *BRT Sabam* (BRT II), asunto C-127/1973, Rep. 1974.

¹² Sentencia de 28 de febrero de 1991, *Stergios Delimitis v. Henniger Brau AG*, asunto T-24/1990, Rep. 1991; se menciona también *incidenter tantum* la Sentencia *Bilger* de 18 de marzo de 1970, asunto C-43/1969, Rep. 1970.

¹³ Sentencia de 18 de septiembre de 1992, *Automec v. Comisión II*, asunto T-24/1990, Rep. 1992.

¹⁴ No las autoridades nacionales de la competencia a que se refiere el artículo 84 del Tratado y que en España son el Servicio de Defensa de la Competencia y el Tribunal de Defensa de la Competencia, en virtud de lo dispuesto por el Real Decreto 295/1998, de 27 de febrero.

¹⁵ *Vid. supra* nota 8.

¹⁶ *Vid. supra* nota 11.

¹⁷ *Vid. supra* nota 12.

aplicación por parte de los órganos jurisdiccionales nacionales; además, la Comisión goza de la facultad de no examinar denuncias que no presenten un suficiente interés comunitario (aun cuando el Derecho comunitario sea el aplicable) si los derechos de los particulares pueden ser suficientemente salvaguardados, en especial por parte de los órganos jurisdiccionales nacionales (Sentencia *Bemim*¹⁸);

b) el efecto directo no deriva del artículo 9.3 del Reglamento núm. 17¹⁹ (como en el caso de las autoridades nacionales de defensa de la competencia), sino del propio Tratado (Sentencias *BRT Sabam* y *Delimitis* citadas);

c) la competencia para conceder exenciones *ex* artículo 81.3 recae exclusivamente en la Comisión (art. 9.1 del Reglamento núm. 17);

d) los órganos jurisdiccionales nacionales están sujetos a las decisiones de exención, individual o en bloque, de la Comisión, si existen (art. 9.1 del Reglamento núm. 17);

e) el órgano jurisdiccional nacional no puede modificar el alcance de los Reglamentos de exención (Sentencia *Delimitis*²⁰);

f) los órganos jurisdiccionales nacionales están también sujetos a las previas decisiones definitivas de prohibición de la Comisión, si existen (Sentencia *Masterfoods*²¹);

g) el órgano jurisdiccional nacional puede, en los casos precedentes, verificar si el acuerdo en cuestión cumple los términos de la decisión de exención individual o en bloque; si no los cumple, puede verificar la posible infracción del artículo 81 (Sentencias *La Technique Minière*²², *Consten-Grundig*²³, *Cabour*²⁴ y *Petróleos de Portugal*²⁵);

h) en el supuesto de que la Comisión no se haya pronunciado aún (no obstante el hecho de haber podido, o no, iniciar un procedimiento según el Reglamento núm. 17), el órgano jurisdiccional nacional, en concreto, puede (Sentencias *Brasserie de Haecht II*²⁶, *Delimitis*²⁷ y *Masterfoods*²⁸)²⁹:

¹⁸ Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 24 de enero de 1995, *Bemim*, asunto T-114/92, Rep. 1995.

¹⁹ Primer Reglamento del Consejo 17/62, de 6 de febrero de 1962, de aplicación de los artículos 81 y 82.

²⁰ *Vid. supra* nota 12.

²¹ *Vid. supra* nota 6.

²² Sentencia de 30 de junio de 1966, *Société Technique Minière v. Maschinenbau Ulm GmbH*, asunto 56/1965, Rep. 1966.

²³ Sentencia de 13 de julio de 1966, *Consten-Grundig v. Comisión*, asuntos acumulados 56/1964 y 58/1964, Rep. 1966.

²⁴ Sentencia de 30 de abril de 1998, *Cabour*, asunto C-230/1996, Rep. 1996.

²⁵ Sentencia de 10 de noviembre de 1993, *Petróleos de Portugal*, asunto C-39/1992.

²⁶ Sentencia de 6 de febrero de 1973, *Brasserie de Haecht v. Wilkin-Janssen*, asunto 48/72, Rep. 1973.

²⁷ *Vid. supra* nota 12.

²⁸ *Vid. supra* nota 6.

²⁹ Véase también la Comunicación relativa a la cooperación entre la Comisión y los órganos jurisdiccionales nacionales para la aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado CEE (*DOCE*, núm. C-39, de 13 de febrero de 1993).

- resolver la cuestión que se le plantea si cree que el supuesto no está incurso en las prohibiciones de los artículos 81.1 o 82;
- resolverla también si, por contra, cree que, estando incurso, no sería posible obtener ninguna exención de las del artículo 81.3;
- plantear una cuestión prejudicial *ex* artículo 234 del Tratado;
- suspender el procedimiento, suspensión que sería obligatoria en caso de riesgo de decisiones contradictorias³⁰; o
- informarse con la Comisión sobre el estado del procedimiento, la probabilidad de pronunciarse o la obtención de la información precisa;

i) las *comfort letters* o cartas administrativas y las declaraciones negativas, aun siendo valiosos elementos de hecho, no son vinculantes para los órganos jurisdiccionales nacionales (Sentencias *Perfurmes*³¹ e *Hydrotherm*³²);

j) las competencias y normas de procedimiento aplicables se rigen por el Derecho procesal nacional (Sentencia *Rewe*³³), pero sin menoscabo del principio de aplicabilidad directa (Sentencia *Simmenthal*³⁴) y sin menoscabo, a nuestro juicio, de la tipología de acciones disponibles; y

k) la aplicación del Derecho de la competencia está sometida al principio de la «doble barrera», de manera que, dentro de ciertos límites marcados por el principio de primacía del Derecho comunitario, es posible aplicar a la vez y a unos mismos hechos el Derecho comunitario y el Derecho nacional (Sentencia *Walt Wilhelm*³⁵).

B. LA APLICACIÓN DIRECTA POR LA SENTENCIA «DISA» DEL ARTÍCULO 81 DEL TRATADO

Aunque con una sistemática un tanto dificultosa (el lector se hallará ante un texto prolijo en citas donde las palabras verdaderamente atribuibles *motu proprio* al Tribunal sentenciador son escasas, quizás porque —es justo reconocerlo— existe una gran dispersión y falta de sistematicidad en las fuente³⁶), la resolución comentada hace referencia a diversos de los anteriores principios, a título de premisa.

Nos recuerda³⁷, en efecto, tanto la competencia compartida entre la Comisión y los Tribunales nacionales para aplicar el artículo 81.1, como la obligación de estos últimos de examinar las condiciones de aplicabilidad

³⁰ El Tribunal de Defensa de la Competencia (aun no siendo un órgano jurisdiccional) hizo uso de esta facultad en su Resolución de 12 de noviembre de 1997 (*Relojes Rolex 3*).

³¹ Sentencia de 10 de julio de 1980, *Lancôme y Cospafrance Nederland BV c. Etos BV y Albert Heijn Supermart BV*, asunto 99/79, Rep. 1980.

³² Sentencia de 12 de julio de 1984, *Hydrotherm Gerätebau GmbH v. Compact de Dott. Ing. Mario Andreoli & Cia. Sas*, asunto 170/83, Rep. 1984.

³³ Sentencia de 16 de octubre de 1976 *Rewe v. Hauptzollamt Kiel*, asunto 158/80, Rep. 1981.

³⁴ *Vid. supra* nota 6.

³⁵ Véase Sentencia de 13 de febrero de 1969, *Walt Wilhelm/Bundeskartellamt*, asunto 14/1968, Rec. 1969, apartado I y la Comunicación citada en la nota 29, puntos 12 y 17 a 32.

³⁶ Complejidad reconocida por la propia Comisión en el párrafo 32 de la Comunicación citada *supra* nota 29.

³⁷ Véase, en especial, el apartado c) del Fundamento de Derecho sexto.

y «exencionabilidad» del artículo 81.3, como la competencia exclusiva de la Comisión, hoy por hoy, para conceder exenciones, como finalmente la posibilidad de los Tribunales de informarse ante la Comisión e incluso de plantear la correspondiente cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia.

Y, después de ello, cierra el razonamiento³⁸ indicando que, a su parecer, la incompatibilidad del contrato en causa con el Derecho comunitario es manifiesta, de tal modo que nunca podría ser objeto de una exención —e, implícitamente, que no es necesario ni informarse al respecto ni plantear ninguna cuestión prejudicial—, por lo cual debe proceder a declarar, en virtud del artículo 81.2 del Tratado, la nulidad del contrato³⁹ al ser contrario a la prohibición del artículo 81.1 y no exencionable según el artículo 81.3.

Por consiguiente, el Tribunal no condiciona la aplicación del artículo 81 a ninguna previa declaración por parte de la Comisión o del Tribunal de Defensa de la Competencia como podían haber hecho temer los precedentes jurisprudenciales.

En este sentido⁴⁰, el razonamiento del Tribunal nos parece impecable y merece el debido reconocimiento que el máximo órgano jurisdiccional civil haya aplicado correctamente el principio del efecto directo del Derecho comunitario de la competencia. Las Audiencias Provinciales de Badajoz y de Barcelona habían tenido ocasión de hacerlo ya, respectivamente, el 11 de marzo de 1991 e, *incidenter tantum*, el 7 de junio de 2000, de forma directa y sin condicionarlo a la previa declaración no jurisdiccional de infracción.

C. LA SUPERACIÓN —O ACOTACIÓN— DE LA «DOCTRINA CAMPSA»

La Sentencia «Disa» ha venido, pues, a disipar las dudas que —como mínimo, respecto de la declaración de nulidad—, había generado —con razón, a nuestro entender— la Sentencia «Campsa» de 30 de diciembre de 1993.

Como se recordará, si bien en aquel supuesto el Tribunal Supremo también había invocado la —a nuestro juicio— inequívoca Sentencia *BRT Sabam*⁴¹, en realidad limitó la aplicabilidad del Derecho comunitario de la competencia por parte de los Tribunales españoles a aquellos supuestos en que tal aplicación se hacía sólo a «título incidental» y no a «título principal», provocando amplia confusión sobre el significado de tales expresiones.

³⁸ Fundamento de Derecho séptimo, apartado e).

³⁹ Cuyos efectos somete correctamente a lo que dispone el Derecho interno. Cfr. Sentencia del Tribunal de Justicia de 18 de diciembre de 1986, *VAG France*, asunto 10/86, Rep. 1987.

⁴⁰ *Vid. supra* nota 2 e *infra*, apartado 5 de este comentario.

⁴¹ *Vid. supra* nota 11.

Parte de la doctrina ⁴² —y el Tribunal de Defensa de la Competencia, que se ha apoyado a menudo en la Sentencia «Camps» ⁴³— han entendido que la misma pretendía tan sólo delimitar correctamente —a su entender— las funciones de los órganos jurisdiccionales y de los órganos administrativos de defensa de la competencia, de tal modo que aquéllos sólo tendrían competencias para, de una parte, declarar la nulidad de las prácticas colusorias y, de otra parte y con sujeción a lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley de Defensa de la Competencia, conceder las indemnizaciones oportunas, mientras que las acciones declarativas de infracción y de cesación (además de las sancionadoras e intimidatorias, propiamente públicas) quedarían reservadas a los órganos administrativos. Tal sería, en particular en el detallado análisis que efectúan PETITBÒ y BERENGUER ⁴⁴, la correcta delimitación del término «a título incidental» empleado por la Sentencia de 30 de diciembre de 1993: cuando se trate de declarar la nulidad de un acuerdo colusorio, la jurisdicción ordinaria puede hacerlo sin la previa declaración de los órganos administrativos especializados, pero sólo en este supuesto.

En este sentido, por tanto, la aportación de la Sentencia «Disa» no sería tan novedosa: tratándose de un mero supuesto de nulidad (invocada, además, a título de excepción) y no de un supuesto —como por contra el que dio lugar a la Sentencia «Camps» en que se ejercitaba una acción de cesación «a título principal» ⁴⁵— estaríamos ante una confirmación de la propia doctrina «Camps», así interpretada. A lo sumo, habríamos clarificado lo que la sentencia no decía y le suplía la doctrina: que declaración de nulidad (por vía de acción o de excepción) eran supuestos de aplicación a «título incidental» y, por tanto, exentos de declaración previa por parte de los órganos administrativos o, dicho de otro modo, exentos de la «doctrina Camps». Quedaría sólo por clarificar si la acción de

⁴² La interpretación de la Sentencia de 30 de diciembre de 1993 ha dado lugar a significativos debates doctrinales. Entre los que combatieron, como mínimo, su imprecisión y sus potenciales efectos negativos, es necesario ver a J. M. FERNÁNDEZ LÓPEZ, *op. cit.*; A. CREUS, *op. cit.*, y S. MEDRANO IRAZOLA, *op. cit.* En cambio, han sido defensores suyos S. MARTÍNEZ LAGE, «El efecto directo de los artículos 85 y 86 del TJE en Derecho español (STJ de 30 de diciembre de 1993)», *Gaceta Jurídica de la CE y de la Competencia*, núms. 94 y 95, mayo-junio 1994, matizando su posición, en «La aplicación del Derecho de la Competencia por los tribunales ordinarios», *Gaceta Jurídica de la CE y de la Competencia*, núm. 97, septiembre 1994; A. PETITBÒ JUAN y L. BERENGUER FUSTER, «La aplicación del Derecho de la Competencia por órganos jurisdiccionales y administrativos», *Anuario de Derecho de la Competencia 1998*, Madrid, Fundación ICO-Marcial Pons, 1999, y F. URÍA FERNÁNDEZ, «Las consecuencias jurídico-privadas de las conductas contrarias a la Ley de Defensa de la Competencia. Aportaciones de la Ley 2/1999, de 28 de diciembre, de reforma de la Ley de Defensa de la Competencia», *Anuario de Derecho de la Competencia 1999*, Madrid, Fundación ICO-Marcial Pons, 2000.

⁴³ Entre otras, Resolución de 28 de junio de 1995, *Tocoginecólogos*, núm. 351/94, fundamentalmente; Resolución de 28 de julio de 1998, *Expertos inmobiliarios*, núm. 405/87, y Resolución de 13 de julio de 1998, *Cajas Rurales*, núm. 401/97.

⁴⁴ A. PETITBÒ JUAN y L. BERENGUER FUSTER, *op. cit.* Véase también B. FERNÁNDEZ PÉREZ, «El Efecto directo del artículo 86 TCE en el ordenamiento español». Comentario a la STS (Sala 1.ª) de 30 de octubre de 1993. *La Ley. Comunidades Europeas*, núm. 93, 1995.

⁴⁵ Y aun, añadirían algunos, relativos al artículo 86 (hoy art. 82) del Tratado, aunque en realidad creemos que la Sentencia Camps no pretendía establecer ningún régimen distinto entre los artículos 81 y 82.

resarcimiento en Derecho comunitario (en Derecho interno, el art. 13 de la Ley de Defensa de la Competencia obliga a mayor cautela) sería también uno de los supuestos de «aplicación incidental» —es decir, incondicional, en base al principio de eficacia real del Derecho comunitario—, o bien requeriría, ante nuestros Tribunales, la previa declaración administrativa de infracción.

De todos modos, nos contamos entre aquellos que quieren hacer de la Sentencia «Disa» la premisa para una lectura de mayor alcance sobre la aplicación incondicional, directa e *in toto* del Derecho comunitario de la competencia en línea, entre otras cosas, con las corrientes de descentralización que se están desarrollando⁴⁶ y en la línea de lo apuntado por otros autores⁴⁷. En el orden jurisdiccional civil —aplicando cuando menos el Derecho comunitario y su eficacia directa ante los Tribunales⁴⁸— no parece fácil la sustracción de las acciones declarativas y de cesación (las diferencias con las acciones de nulidad pueden a veces no ser más que matices para expresar una misma contravención) y lo cierto es que la interpretación «constructiva» que se ha querido hacer de la Sentencia «Camps»⁴⁹ ha topado con un legado «involucionista»: así, la reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de noviembre de 1999 (aunque juzgando en Derecho interno) y la de la Audiencia Provincial de Asturias de 10 de febrero de 1994⁵⁰ que, incluso para acciones de nulidad, han sostenido la existencia de una competencia privativa previa en favor de los órganos administrativos especializados.

Por consiguiente y porque no contiene ninguna referencia a la Sentencia «Camps» —que parecería obligada, si quisiera seguir, aun matizándola, su doctrina—, creemos que merece la pena considerar la Sentencia «Disa» como un punto y aparte en la aplicación jurisdiccional en España del Derecho comunitario de la competencia y que será a partir de la misma que deberemos ir desgranando los matices que las diversas modalidades de aplicación del mismo suscitan, teniendo bien presente la necesidad de dar satisfacción a los derechos de los justiciables, tanto frente a los órganos especializados como frente a los órganos jurisdiccionales.

D. EL «EFECTO DIRECTO» DEL DERECHO INTERNO DE LA COMPETENCIA

Contrasta la posición adoptada por el Tribunal Supremo en la Sentencia «Disa», de ámbito comunitario, con la que aún parece mantener

⁴⁶ Véase *supra* nota 8.

⁴⁷ Véase en particular J. FERNÁNDEZ LÓPEZ, *op. cit.*

⁴⁸ La Sentencia *BRT/Sabam*, citada, no distingue entre unos tipos de acciones y otras y los párrafos 6 y 11, *in fine*, de la Comunicación de la Comisión de 1993 relativa a la cooperación ente la Comisión y los órganos jurisdiccionales nacionales citada en la nota 29 parece apoyar cuanto decimos.

⁴⁹ S. MARTÍNEZ LAGE, *op. cit.*, y A. PETITBÓ JUAN y L. BERENQUER FUSTER, *op. cit.*

⁵⁰ Y de 18 de mayo de 1985, si bien este supuesto se refería sólo a la Ley de Represión de Prácticas Restrictivas de la Competencia de 1963, donde el contexto era diferente. La Sentencia «Camps» también aplicaba dicho cuerpo normativo en parte, pero nos estamos refiriendo siempre a sus consideraciones sobre el Derecho comunitario.

por lo que a la aplicación del Derecho interno de la competencia se refiere.

En este sentido, las recientes Sentencias de 4 de noviembre de 1999 ya citada y, en un orden de cosas un tanto distinto⁵¹, la de 13 de marzo de 2000 apuntan en la dirección contraria y ratifican, en lo que se refiere a Derecho interno, una interpretación restrictiva —y no sólo limitada a la «aplicación incidental» entendida en el sentido postulado más arriba⁵²— de la Sentencia «Campsa»: la existencia de una reserva, fundada esencialmente en una interpretación *a contrario* del artículo 10.1 LOPJ, según la cual sólo el Tribunal de Defensa de la Competencia (y eventualmente su jurisdicción revisora) son competentes para pronunciarse sobre la existencia de las infracciones del Derecho de la competencia⁵³. Incluso, como veremos más abajo⁵⁴, la propia resolución «Disa» no llega a aplicar el Derecho interno.

Esta postura restrictiva nos parece que adolece de vigor pragmático⁵⁵ y se halla excesivamente anclada en el dogmatismo, sin perjuicio, obviamente, de que el órgano habitualmente encargado de aplicar el Derecho *antitrust* deba ser normalmente el Tribunal de Defensa de la Competencia.

5. DEFINICIÓN DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL DERECHO COMUNITARIO FRENTE AL DERECHO ESPAÑOL Y APLICACIÓN SIMULTÁNEA DE AMBOS

Con corrección sistemática, la Sentencia «Disa» aborda también la otra premisa jurídico-económica necesaria antes de aplicar al Derecho comunitario: la afectación, real o probable, del comercio intracomunitario como determinante de la ilegalidad de las prácticas colusorias restrictivas de la competencia a enjuiciar. En concreto, se pregunta si, en contratos como el examinado que sólo se refieren a dos partes y a un objeto todos ellos situados en un único Estado miembro, y más concretamente dentro del ámbito territorial de las Islas Canarias, es aún posible que se dé dicha premisa aplicativa.

⁵¹ Si bien se trata *prima facie* de una sentencia en materia de competencia desleal, subrayamos el carácter particularmente frustrante que puede tener la resolución citada para todos aquellos que han visto en el artículo 15.2 de la Ley de Competencia Desleal la posibilidad de aplicar directamente el Derecho de la competencia. En particular, véase J. M. FERNÁNDEZ LÓPEZ, *op. cit.*, y J. PASCUAL Y VICENTE, «Las conductas prohibidas en la reformada Ley de Defensa de la Competencia», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 205, enero-febrero 2000.

⁵² *Vid. supra* nota 48.

⁵³ Recomendamos, por lo que a la primera de las sentencias citadas se refiere, el estudio de J. M. FERNÁNDEZ LÓPEZ, «Órganos encargados de la aplicación del Derecho interno sobre competencia (comentario de la STS 908/1999)» de noviembre de 1999, *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 211, enero-febrero 2001.

⁵⁴ *Vid. infra* apartado 5.

⁵⁵ Particularmente con la nueva redacción del artículo 1.3 de la Ley de Defensa de la Competencia, para los casos en que éste sea aplicado.

La respuesta del Tribunal Supremo⁵⁶ es un tanto simple. Cita los precedentes del Tribunal de Justicia en sus decisiones *Delimitis*⁵⁷, *Miller*⁵⁸ y *Petróleos de Portugal*⁵⁹, indicando que un único contrato, aún de ámbito territorial restringido como el examinado, no se excluye que pueda ser contrario al Derecho comunitario.

Como es bien sabido, la jurisprudencia del Tribunal comunitario ha ido evolucionado en este extremo, en el sentido de que la afectación del comercio intracomunitario (afectación que puede proceder de dos fuentes: ya la interferencia de los intercambios propiamente dicha ya, cuando los efectos sólo se producen dentro de un Estado miembro, la afectación de la estructura competitiva de la Comunidad) debe ser sensible⁶⁰ y no debe ser meramente teórica, requiriéndose la prueba de que existe tal probabilidad y la consideración del contexto económico y jurídico del caso⁶¹.

Al respecto, la resolución «Disa» añade dos consideraciones de cosecha propia, más discutibles: una por excesivamente intuitiva y la otra por técnicamente imprecisa.

Nos dice, en primer lugar, en el Fundamento de Derecho séptimo, apartado *a*), que el mercado examinado —el de los carburantes y combustibles— es un mercado claramente tendente al oligopolio donde las condiciones de competencia son limitadas. No queda claro cuál es el significado que a tal hecho (considerado implícitamente un hecho notorio exento de prueba) quiere dársele. Podría efectivamente tratarse de un somero análisis del contexto económico y jurídico del contrato y de una manifestación intuitiva del «poder de mercado» como factor a tener en cuenta al considerar el potencial efecto anticompetitivo intracomunitario de una conducta determinada, pero parece ciertamente dudoso que sea aplicable el Derecho comunitario al caso de autos sin mayor soporte probatorio. De hecho, contrasta la postura del Tribunal Supremo con la recientemente adoptada por el Tribunal de Defensa de la Competencia en su Resolución «Cepsa»⁶², donde, frente a un haz de contratos y una cuota de mercado cercana al 20 por 100 en todo el territorio español, estima inaplicable el ordenamiento jurídico comunitario.

El segundo argumento que usa el Tribunal Supremo resulta más impreciso: según el órgano sentenciador, el «principio de aplicación conforme» conduciría a la misma conclusión, ya que en cualquier caso, sería aplicable al contrato litigioso —aunque, sorprendentemente, no lo apli-

⁵⁶ Fundamentos de Derecho sexto, párrafo *a*), y séptimo, párrafo *a*).

⁵⁷ *Vid. supra* nota 12.

⁵⁸ Sentencia de 1 de febrero de 1978, *Miller International Schallplatten GmbH c. Comisión*, asunto 19/77, Rep. 1978.

⁵⁹ *Vid. supra* nota 25.

⁶⁰ Sentencia de 25 de noviembre de 1971, *Beguelin*, núm. 22/71, Rep. 1972.

⁶¹ *Vid. supra* nota 56, y Sentencia de 31 de mayo de 1979, *Hugin*, núm. 22/78, Rep. 1978.

⁶² *Vid. supra* nota 2.

ca— el art. 1 de la Ley española interpretada —se nos dice— de acuerdo con el Derecho comunitario.

Parece evidente que el argumento está fuera de lugar⁶³: en Derecho de la competencia y al margen de la necesaria búsqueda de resultados no contradictorios —que se rigen por mecanismos específicos⁶⁴— los Derechos nacional y comunitario pueden ser aplicados conjuntamente según el principio de la «doble barrera»⁶⁵, pero son independientes y no necesariamente coincidentes (por mucho que lo sean en el caso español): el primero, si bien no puede contradecir el ordenamiento comunitario, no debe forzosamente interpretarse de acuerdo con el mismo⁶⁶. Además, el argumento no parece apropiado para concluir que se produce afectación del comercio intracomunitario y, por tanto, que es aplicable el Tratado⁶⁷.

El Tribunal Supremo, valiéndose de la doctrina *Walt Wilhelm*, habría podido aplicar conjuntamente ambos cuerpos normativos⁶⁸, pero no debiera de haber convertido la norma española en un mero instrumento del Derecho comunitario cuando, además, no se planteaba ninguna posibilidad de contradicción entre uno y otro, aunque quizás el razonamiento subyacente fue más simple: aun si no fuera aplicable el Derecho comunitario, el resultado habría sido el mismo⁶⁹.

Retomando el hilo del «efecto directo», vemos que, en cuanto al Derecho interno, nuestro máximo órgano judicial no llega a aplicarlo y se queda a medio camino (el «principio de aplicación conforme»), no sabemos si por estimarlo innecesario o por influencia de la Sentencia «Camps» y de la de 4 de noviembre de 1999, o porque, en esa línea, no se decide a proclamar en el ámbito interno el «efecto directo» del Derecho de la competencia ni aun a supuestos de «aplicación incidental» (declaración de nulidad) como es el caso de autos.

En resumen, la Sentencia «Disa», si bien no clarifica todos los aspectos posibles (es dudoso que la doctrina «Camps» haya sido reemplazada y parece que no se extiende al Derecho interno de la competencia), cons-

⁶³ Este principio, iniciado en las Sentencias *Von Colson*, asunto 14/83, y *Harz v. Deutsch Tradax GmbH*, asunto 79/83, es propio de la interpretación del Derecho nacional —no del comunitario— respecto de las normas (directivas) sin efecto directo horizontal.

⁶⁴ *Vid.* nota 35.

⁶⁵ Véase nota 35 y el punto 12 de la Comunicación citada en la nota 28.

⁶⁶ Téngase en cuenta, empero, que por lo que respecta a las autoridades nacionales de defensa de la competencia, el párrafo 10 de la Comunicación de la Comisión, relativa a la cooperación entre la Comisión y las autoridades de los Estados miembros en el ámbito de la competencia para la tramitación de los asuntos a los que sean de aplicación los artículos 85 y 86 del Tratado CE (97/C, DOCE, núm. 313/3, de 15 de octubre de 1997), sí hace referencia a la obtención de un «resultado similar».

⁶⁷ Recordemos que, conforme al texto de los artículos 3.g) y 81 del Tratado, éste sólo se aplica en los supuestos en que la conducta concurrencial afecta al comercio intracomunitario.

⁶⁸ El Tribunal de Defensa de la Competencia lo hace a menudo; *vid.*, por todas, Resolución de 31 de junio de 1996, *Cosméticos en Farmacia*, núm. 363/95.

⁶⁹ Recordemos que el Reglamento 1984/83 fue incorporado al Derecho español mediante el RD 157/1992, de 28 de febrero. *Ratione tempore* es posible que no fuera aplicable al caso de autos.

tituye sin duda un paso adelante del que hemos de felicitarnos. Suponemos también que alimentará el debate doctrinal y nos permitirá ir perfilando más adecuadamente cómo deben aplicarse en España los preceptos *antitrust* por parte de los Tribunales ordinarios, porque de lo que no cabe duda es que resulta en beneficio de los ciudadanos y del orden concurrencial saneado que la aplicación del Derecho de la competencia se haga lo más ampliamente posible.

LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELLECTUAL Y DEFENSA DE LA COMPETENCIA

CARLOS FERRER RUIZ

Enseñante Titular de Derecho Administrativo
Universidad Autónoma de Barcelona

1. EL ENCAMBIAMIENTO DE LA CUESTIÓN

La Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 27 de mayo de 1999 en el expediente sancionador número 463/99 sobre Prácticas Inadecuadas Anticompetitivas, pone de nuevo en evidencia a los operadores del sector televisivo con la Entidad del Control de las Emisiones de las Producciones Audiovisuales respecto al pago de un canon por la utilización de programas por cable en aparatos conectados en las habitaciones de los hoteles.

La litigación que motiva este comentario se remonta a 1992 de los sucesivos gestos al respecto llevados por la entidad gestora de los derechos de emisión y de explotación económica sobre los hoteles, todo ello en el marco de unas polémicas posiciones de litigio relativas al concepto de final del sistema como es el estado de gestión de derechos colectivos de explotación económica.

Desde una óptica amplia de la cuestión por el Tribunal, el caso pone algunas deficiencias y ambigüedades de la legislación española de propiedad intelectual y plantea cuestiones de fondo sobre respecto a los fundamentos económicos que se derivan del régimen legal de la protección de los derechos de los artistas, aspectos sobre los que intentaré brevemente reflexionar.

2. DERECHOS DE LOS PRODUCTORES EN LA EMISIÓN PÚBLICA DE AUDIOVISUALES POR CABLE

Los derechos de los artistas y creadores (o los que se suman los productores) se dividen propiamente en dos ámbitos de intervención: por un lado el derecho a ser reconocido como autor, y los de carácter económico (derecho de explotación sobre la obra). A su vez, este último puede subdividirse entre los derechos privados (de fijación

DERECHOS COLECTIVOS DE PROPIEDAD INTELLECTUAL Y DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Carlos PADRÓS REIG

Profesor Titular de Derecho Administrativo
Universitat Autònoma de Barcelona

1. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

La Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 27 de julio del 2000, en el expediente sancionador número 465/99, sobre Propiedad Intelectual Audiovisual, pone fin a un conflicto que enfrenta a los empresarios del sector hotelero con la Entidad de Gestión de los Derechos de los Productores Audiovisuales (EGEDA) respecto al pago de una remuneración por la utilización de programas por cable en aparatos de televisión en las habitaciones de los hoteles.

La Resolución que motiva este comentario se plantea a raíz de los supuestos precios abusivos fijados por la entidad gestora de los derechos de autor y su imposición coactiva sobre los hoteles, todo ello en el marco de una indiscutible posición de dominio inherente al monopolio *de facto* que ostenta EGEDA en materia de gestión de derechos colectivos de productores audiovisuales.

Más allá del simple análisis de lo resuelto por el Tribunal, el caso revela algunas insuficiencias y ambigüedades de la legislación española de propiedad intelectual y plantea cuestiones de hondo calado respecto a las repercusiones económicas que se derivan del régimen legal de la protección de los derechos de los artistas, aspectos sobre los que intentaremos brevemente reflexionar.

2. DERECHOS DE LOS PRODUCTORES EN LA EMISIÓN PÚBLICA DE AUDIOVISUALES POR CABLE

Los derechos de los artistas y creadores (a los que se asimilan los productores) se dividen propedéuticamente entre aquellos de contenido moral (por ejemplo el derecho a ser reconocido como autor) y los de contenido económico (derecho de explotación sobre la obra). A su vez, estos últimos pueden subdividirse entre los derechos privados (de fijación

contractual individualizada) y los públicos (gestionados a través de entidades de gestión de los derechos colectivos de propiedad intelectual). En general, puede considerarse que los derechos patrimoniales de los creadores artísticos y asimilados son susceptibles de tráfico comercial, incluyendo la encomienda de su gestión a terceros.

Es en el marco de los derechos económicos colectivos de los artistas y creadores donde nuestra legislación muestra un diseño más ambicioso a la par que incompleto. La normativa actualmente vigente se concentra básicamente en el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, que aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (LPI, en adelante).

A. LA COMUNICACIÓN PÚBLICA DE OBRAS AUDIOVISUALES EN ESTABLECIMIENTOS HOTELEROS

Resulta indiscutido que la proyección de obras audiovisuales por cable puede ser objeto de una comunicación pública, cuando se realice en un establecimiento como un hotel¹. En este sentido, está claro que una pluralidad de personas pueden tener acceso a la obra en las varias dependencias del establecimiento y que no cabe argumentar que la habitación de un hotel es un espacio estrictamente privado a los efectos de la comunicación de las obras artísticas.

Así lo entiende la jurisprudencia cuando afirma el TS en su Sentencia de 11 de marzo de 1996 que «lo que tiene en cuenta el artículo 20 [de la LPI] para que se dé comunicación pública son aquellos actos en los que una pluralidad de personas pueden tener acceso a la obra creativa y en un lugar accesible al público, por lo que no se precisa una concurrencia simultánea, sino que puede ser sucesiva —tratándose de habitaciones— siempre que quepa la comparecencia plural y aleje una situación de utilización exclusivamente privada. En este sentido, no procede hacer distinciones entre las dependencias destinadas en el hotel a vestíbulo y las que sirven de dormitorios».

En definitiva, la disponibilidad de televisores y de programación por cable en los hoteles es un hecho con trascendencia desde el punto de vista de la propiedad intelectual. Como apunta el profesor BERCOVITZ, «hay que tener en cuenta que no cabe hablar de un agotamiento de los derechos de explotación de la propiedad intelectual mientras subsista la posibilidad de obtener un lucro a través de una actividad empresarial basada total o parcialmente en la utilización de la obra o de productos o servicios protegidos por la propiedad intelectual. En este caso, es evi-

¹ Para una análisis exhaustivo de la problemática de la propiedad intelectual respecto a la televisión por cable, vid. J. C. ERDOZAIN LÓPEZ, *Las retransmisiones por cable y el concepto de público en el Derecho de autor*, Pamplona, Aranzadi, 1997, pp. 343 y ss. Igualmente, sobre el concepto de comunicación pública vid. Juana MARCO MOLINA, *La Propiedad Intelectual en la legislación española*, Madrid, Marcial Pons, 1995, pp. 267 y ss.

dente que la instalación de aparatos receptores en las habitaciones de un hotel constituye un servicio más, que se proporciona a los clientes, como parte complementaria de las prestaciones que éstos contratan al hospedarse en aquél. En definitiva, se trata de ponderar, desde el punto de vista empresarial, que ese servicio en las habitaciones constituye una mejora de las prestaciones del hotel, que lógicamente ha de repercutir positivamente sobre su clientela»².

Por lo tanto, la comunicación pública de las obras audiovisuales por cable genera unos derechos económicos indiscutibles. De nuevo, el TS establece en su Sentencia de 19 de julio de 1993 que «suponiendo las obras artísticas de cualquier clase un esfuerzo por parte de los autores, su utilización gratuita por extraños con fines lucrativos supondría enriquecimiento injusto, en cuanto que la emisión de la propiedad intelectual ajena la tiene como uno de los servicios que presta a sus clientes, y, por tanto, integra un medio lucrativo por el que es de justicia que se satisfaga la contraprestación correspondiente».

B. RÉGIMEN DE AUTORIZACIONES DE LA LPI

En nuestra legislación sobre propiedad intelectual, la difusión de las obras por cable cuenta con una doble autorización:

- la autorización para la emisión,
- la autorización para el acceso público.

Respecto de la primera, es de destacar dentro de esta regulación normativa la aprobación de la Directiva 93/83/CEE del Consejo, de 27 de septiembre, sobre coordinación de determinadas disposiciones relativas a los derechos de autor en el ámbito de la radiodifusión vía satélite y de la distribución por cable, objeto de transposición en nuestro ordenamiento por la Ley 28/1995, de 11 de octubre, e incorporada al texto refundido de la LPI.

La norma europea establece que el operador de cable deberá disponer de una autorización válida para proceder a la distribución, manifestada en forma de contrato. Se establece que el único modo de ejercer ese derecho es a través de una entidad de gestión de derechos de propiedad intelectual. De este modo, los creadores que no dispongan de ese contrato deberán someterse a la representación obligatoria de una entidad de gestión. Dicho en otras palabras, para evitar que un solo creador pueda bloquear una emisión de programación entera por no disponer de contrato expreso, se prevé una especie de subrogación obligatoria por parte de los autores a favor de una entidad de gestión. Como es fácil adivinar, esta técnica conlleva «que las entidades de gestión adquieren una situa-

² Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «Comentario a la Sentencia de 11 de marzo de 1996», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 41, 1996.

ción de monopolio»³. Idénticas previsiones respecto a la autorización de emisión se recogen en el artículo 20 del texto refundido de la LPI.

Respecto de esta autorización de emisión, BONDÍA no duda en afirmar que «resulta cuando menos sorprendente la exigencia ineludible establecida en la Directiva (art. 9.1 de la Directiva 93/83/CEE del Consejo, de 27 de septiembre) de ejercicio del derecho de distribución por cable a través de una entidad de gestión colectiva —al igual que esa extraña figura del art. 9.2 que parece una especie de representación sin mandato, supletoria y forzosa, en favor de las entidades de gestión para el caso en que un titular no les hubiera encomendado la gestión de su derecho—. La citada legitimación exclusiva de las entidades de gestión representa, desde luego, una solución pragmática y realista; pero también una limitación que me parece no deja de ser arbitraria, pues no debe suprimirse la posibilidad de ejercicio de un derecho por parte de su mismo titular en aras de un mejor y más fácil funcionamiento del mercado. Los derechos deben poder ser ejercitados, salvo caso de representación legal, por su propio titular. Por otra parte, la citada limitación podría ir en contra, me atrevo a apuntar, de la libertad de asociación consagrada, como uno de los derechos fundamentales y libertades públicas en el artículo 22 de nuestra Constitución»⁴.

A esta autorización de emisión viene a añadirse la autorización de comunicación pública regulada en el artículo 122 de la LPI. En esta segunda autorización, las entidades de gestión se encuentran en una posición privilegiada que alcanza, además de la autorización misma, otros aspectos relevantes como:

- la negociación con los usuarios;
- la fijación de la tarifa o remuneración equitativa;
- la recaudación de los importes correspondientes;
- el reparto de la remuneración entre los productores, los intérpretes y los ejecutantes;
- cualquier otra actuación necesaria para asegurar la efectividad del derecho a la remuneración por los actos de comunicación pública.

En conclusión, pues, los actos de explotación de la propiedad intelectual en el sector audiovisual requieren una doble autorización cuando se trata de comunicación pública. Y, en ambas autorizaciones, la posición de las entidades de gestión es fundamental.

3. LAS ENTIDADES QUE GESTIONAN LOS DERECHOS COLECTIVOS

Las entidades de gestión de los derechos de propiedad intelectual surgen de la necesidad de organización de los autores para la defensa

³ Fernando BONDÍA ROMÁN, «La incorporación de las Directivas Comunitarias sobre derechos de autor al ordenamiento jurídico español», *Revista General de Derecho*, núms. 604-605, 1995, p. 556.

⁴ Fernando BONDÍA ROMÁN, «La incorporación de las Directivas Comunitarias sobre derechos de autor al ordenamiento jurídico español», *Revista General de Derecho*, núms. 604-605, 1995, p. 557.

de sus derechos⁵. Así, frente al silencio de la normativa de 1879, la Ley de 24 de junio de 1941 caracteriza estas entidades como entes oficiales integrados en el Ministerio de Cultura. Como explica CAPILLA RONCERO, «las notas características más destacadas del fenecido régimen sobre la SGAE SON, de una parte, su carácter oficial, esto es, de Ente Público; en segundo término, su exclusividad, esto es, que en territorio español es la única sociedad de autores con capacidad para actuar en el ámbito de la gestión de los derechos de autor; ello provoca, en tercer lugar, que la adscripción o pertenencia a la misma es obligatoria para todos los titulares o preceptores de derechos de autor; lo cual conducía a un régimen de monopolio legal en la gestión de los derechos de autor»⁶.

La nueva LPI, pese a desmonopolizar el régimen existente, continúa atribuyendo un valor fundamental a las llamadas «entidades de gestión» de los derechos de propiedad intelectual, al colocarlas en una posición jurídicamente privilegiada tanto en aspectos procesales (legitimación extraordinaria colectiva en defensa de los artistas) como en aspectos materiales, ya que forzosamente los derechos de comunicación pública deben hacerse efectivos a través de dichas entidades (gestión colectiva obligatoria, como hemos visto para la difusión audiovisual por cable).

Según la doctrina más autorizada, el carácter colectivo de la gestión «no puede suponer que una determinada entidad pueda imponer (bien por sí, bien a través de normas que lo establezcan) la afiliación obligatoria de los titulares de derechos de autor de cierta naturaleza. Legalmente, la afiliación o la encomienda de la gestión deben ser libres (de modo similar a como el derecho de sindicación o de asociación incluye la libertad de afiliarse o no), aunque en términos prácticos se acabe imponiendo por razones de efectividad un monopolio de hecho, que deje sin alternativas reales a los titulares de derechos de autor»⁷. En otras palabras, la reforma del régimen legal anterior supone el abandono del modelo de monopolio legal sobre la gestión colectiva aunque no implica la adopción de medidas positivas de liberalización. Aquí más que nunca se demuestra que para introducir competencia en un determinado sector no basta con abolir monopolios.

Sea como fuere, las entidades de gestión gozan de exorbitantes potestades mientras que su naturaleza jurídica se encuentra falta de una definición precisa.

Las entidades de gestión de la propiedad intelectual son entes sin ánimo de lucro (lo que implica la adopción de la forma societaria coo-

⁵ Existe una rica e interesante bibliografía sobre las entidades de gestión de la propiedad intelectual de la que destacamos Félix BENÍTEZ DE LUGO, «Entidades de gestión de la propiedad intelectual», *Revista de Derecho Privado*, septiembre, 1988, y N. PAZ CANALEJO, «Naturaleza jurídica de las entidades de gestión colectivas previstas en el proyecto de Ley de Propiedad Intelectual», revista *La Ley*, 1987/2.

⁶ FRANCISCO CAPILLA RONCERO, «Comentario», en Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (COORD.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Madrid, Tecnos, 1989, p. 1772.

⁷ FRANCISCO CAPILLA RONCERO, «Comentario», en Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (COORD.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Madrid, Tecnos, 1989, p. 1780.

perativa, de simple asociación o de fundación), autorizadas por el Ministerio de Cultura para la gestión de los derechos de explotación u otros patrimoniales de los autores. Se trata de entidades privadas que deben superar un control administrativo que culmina con la autorización. En este sentido, su similitud con las entidades colaboradoras de la Administración es evidente⁸.

En ambos casos estamos ante entidades que son designadas o autorizadas por la Administración para la realización de una función que se considera de interés general o por lo menos, más allá del estricto interés privado de los miembros que integran las entidades⁹. La intervención administrativa, además, tiene un carácter continuado, puesto que las entidades deben ajustar sus actuaciones a una serie de normas so pena de ver su autorización revocada (art. 144 LPI).

El Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse acerca de la naturaleza de la autorización administrativa con la que cuentan las entidades de gestión a propósito de una disputa competencial sobre el alcance de la potestad de ejecución de la LPI en la STC 196/1997, de 13 de noviembre. Al respecto, el TC establece que: «Lo cierto es que el artículo 132 de la LPI está contemplando una autorización atributiva de una personificación jurídica a los efectos de esta Ley, que se publicará en el *Boletín Oficial del Estado* y que tiene la finalidad de conferir a las entidades gestoras de los derechos de explotación de la propiedad intelectual una capacidad de actuar en el tráfico jurídico para ejercer los derechos confiados a su gestión y hacerlos valer en toda clase de procedimientos administrativos o judiciales (art. 135 LPI) lo que constituye un reconocimiento por el Estado (...) de un status y un régimen jurídico singular a determinadas entidades legalmente constituidas al servicio de un interés general que es la gestión y eficaz protección de los derechos de autor en todo el territorio nacional (art. 133 LPI)»¹⁰.

Como demuestra la alambicada definición del Tribunal Constitucional, las entidades de gestión se encuentran en una posición singular intermedia entre dos modelos claramente contrapuestos:

— de una parte la agencia estrictamente privada de representación que vela por los intereses de los autores;

— de otra parte, una manifestación de una Administración pública corporativa de base privada que gestiona y defiende un interés general.

⁸ Vide al respecto, Carlos PADRÓS REIG, *Actividad Administrativa y Entidades Colaboradoras*, Madrid, Tecnos, 2001.

⁹ Así, el artículo 143.1.c) de la LPI no duda en incluir entre las condiciones de la autorización «que la autorización favorezca a los intereses generales de la protección de la propiedad intelectual en España».

¹⁰ Para un comentario del juicio competencial del TC, vide María del Carmen NÚÑEZ LOZANO, «La autorización de las entidades de gestión de la Ley de Propiedad Intelectual: comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 196/1997, de 13 de noviembre», *Revista de Administración Pública*, núm. 149, 1999.

Una posible explicación de este carácter híbrido puede hallarse en la solución jurídica del problema de la legitimación colectiva de estas entidades de gestión. Así, puede argumentarse que cuando la LPI dota a las entidades de gestión de un carácter de Entidad Colaboradora, lo hace con la finalidad de dar cobertura a la legitimación que éstas puedan tener en la defensa de los intereses generales (que no colectivos). En las demás actuaciones, estaríamos en presencia de una entidad privada sin ánimo de lucro.

Ésta parece ser la opinión de DELGADO PORRAS, para quien esta gestión privilegiada no implica la imposibilidad de existencia de entidades de gestión no autorizadas. Dicho en otras palabras, la autorización de la Administración Pública dota a las entidades de un *plus* de legitimación procesal pero no excluye la actividad de las meras agencias de intermediación privada que pueden gestionar los derechos de propiedad intelectual. Por ello, «parece excesivo entender que el legislador ha hecho de la gestión colectiva una actividad totalmente reservada a la Administración y en la que sólo puedan operar válidamente las entidades a las que se otorgue la autorización pertinente. Este tipo de reserva no guardaría coherencia con el abandono del anterior enfoque corporativista, efectuado por el propio legislador, repudiándolo como único método de organizar la administración colectiva de los derechos de autor y afines»¹¹.

La autorización y su publicación en el *BOE*, según este autor, son «el resultado de un juicio de la Administración en el que se entienden acreditadas ampliamente por la entidad autorizada las condiciones que aseguran, para los titulares de derechos, una apropiada administración de éstos, y para los usuarios, una representatividad suficiente para la práctica de una contratación. (...) Podría hablarse aquí de una función de razonable intensificación de estas organizaciones, que viene a desplegarse en el ámbito de los efectos constitutivos de la autorización, es decir, de la situación jurídica en la que coloca a la autorizada al otorgarle el estatuto de entidad de gestión»¹².

En razón de los derechos que gestionan, las entidades tienen un carácter parasindical o gremial¹³, que entronca con la jurisprudencia del mismo TC, quien en su STC 67/1985, de 24 de mayo, reconoce la posibilidad de que el Estado organice su intervención social a través de asociaciones privadas de configuración legal a las que se confiera el ejercicio de funciones públicas de carácter administrativo.

Además de la naturaleza, si analizamos la función de las entidades de gestión, existen poderosos argumentos que explican la concentración

¹¹ Antonio DELGADO PORRAS, «Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual», en Manuel ALBALADEJO y Sílvia DÍAZ ALABART, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. V, vol. 4-B, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado-EDERSA, 1995, p. 840.

¹² Antonio DELGADO PORRAS, «Comentario...», *op. cit.*, pp. 842-843.

¹³ J. M. RODRIGUEZ TAPIA y F. BONDÍA ROMÁN, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Madrid, Civitas, 1997, p. 541. No está de más recordar que los miembros de la SGAE formaban parte en el régimen anterior del Sindicato Nacional del Espectáculo.

de las mismas o el monopolio *de facto* de las entidades en cada uno de los subsectores de la propiedad intelectual. A ello se añade por ende el hecho que determinados elementos propios de este sector implican de por sí una fuerte tendencia a la agrupación de las entidades de gestión y, por lo tanto, a la formación de una posición de dominio. Entre ellos podemos destacar:

— en relación con los autores, la dispersión de las entidades de gestión provocaría una bajada de las cantidades económicas que éstos deben percibir puesto que las entidades que tuvieran un repertorio menor, perderían atractivo y deberían reducir el precio cobrado;

— al fragmentarse las entidades de gestión, se perderían las economías de escala en los costes de administración de los derechos de manera, que al disponer de menos obras y unos costes de gestión de los derechos prácticamente fijos, de forma global se aumentarían las tarifas que deben pagar los usuarios;

— existen además elementos de comodidad y de claridad en la agrupación de entidades gestoras, puesto que, de esta forma, el usuario puede liquidar los derechos de comunicación pública de una sola vez para todo el repertorio y no separadamente firmando numerosos contratos con cada una de las distintas entidades.

Respecto a este último aspecto, MONTERO AROCA señala que «la gestión colectiva de las entidades favorece, sí, a los titulares de derechos de propiedad intelectual, pero no favorece menos a las empresas usuarias de esos derechos. El supuesto en el que esto se manifiesta de modo más evidente es en el de las autorizaciones de repertorio; si una empresa desea actuar dentro de la legalidad le es mucho más sencillo obtener una de estas autorizaciones que ir pidiendo autorizaciones individuales a cada uno de los autores de las obras que quiere comunicar públicamente en su negocio. La gestión colectiva viene impuesta por la realidad, pero sirve a todos los intereses en juego, a los de los autores o titulares y a los de las empresas usuarias, lo que no debe olvidarse a la hora de reconocer la legitimación de las entidades, pues ésta está al servicio de todos esos intereses»¹⁴.

Así, la lógica que subyace bajo la libertad de asociación de la LPI es que la diversidad de entidades se transformaría en competencia entre varias entidades gestoras de un mismo tipo de derechos. Sin embargo, en la realidad del sector, como explican RODRÍGUEZ y BONDÍA, se produce una aglomeración de hecho, de manera que los sectores profesionales relevantes en el mercado han decidido reunirse en una única entidad de gestión por tipo de derechos gestionados. «En la práctica, no hay competencia, probablemente porque se prohíbe el ánimo de lucro a las entidades de gestión, porque las posiciones de partida en algún caso eran de predominio sobre el mercado y, a la larga, porque el temor a la in-

¹⁴ Juan MONTERO AROCA, *La legitimación colectiva de las entidades de gestión de la propiedad intelectual*, Granada, Comares, 1997, p. 133.

ficacia desaconseja la fundación de una entidad competidora»¹⁵. Pero, como apuntan los mismos autores, la conveniencia y la obligatoriedad se confunden más de una vez.

El propio Tribunal de Defensa de la Competencia admite en una resolución posterior a la que comentamos que la naturaleza de las entidades de gestión explica su posición de dominio en el mercado. Así, en la resolución del expediente 429/00, de 22 de diciembre del 2000, fallando el recurso contra el archivo de las actuaciones contra la SGAE, el Tribunal afirma que: «la denunciada, por su propia naturaleza y funciones que cumple, ostenta una posición de dominio en el mercado de los derechos de autor, ya que su poder e independencia de comportamiento es muy grande respecto de los usuarios de los derechos de los que es titular» (FJ 3).

A estos razonamientos podemos añadir las propias contradicciones del texto legal. Así, de una parte, se intenta fomentar la pluralidad de entidades de gestión en cada uno de los subsectores de la propiedad intelectual y, de otra, se incentiva la concentración. Ello es así puesto que entre los criterios que son determinantes de la concesión de la autorización se encuentra «reunir las condiciones necesarias para asegurar la eficaz administración de los derechos» [art. 143.1.b)]. Y para valorar el cumplimiento de ese criterio de «administración eficaz», el apartado segundo del mismo artículo especifica que se tomarán en consideración, parámetros tales como «el número de titulares de derechos que se hayan comprometido a confiarle la gestión de los mismos» o «el volumen de usuarios potenciales». En definitiva, a más autores y usuarios, mejor administración y, por tanto, mejor cumplimiento de las condiciones de autorización.

Otras de las contradicciones que presenta la LPI en este aspecto es la inclusión de un informe de las entidades de gestión ya autorizadas en el procedimiento de autorización de nuevas entidades. Así, de entre los requisitos de autorización del artículo 143, resalta un informe de un operador ya existente sobre la idoneidad de un futuro competidor. A pesar de que el informe no es vinculante, resulta al menos chocante con la lógica de fomento de la pluralidad y la competencia entre entidades la intervención de quienes pretenden mantener su situación de monopolio¹⁶. Se persigue, pues, por la propia normativa que el mercado de las entidades de gestión se configure sobre monopolios de hecho, donde puedan coexistir varias entidades, pero cada una de ellas dedicada a la explotación de derechos de autor de diferente naturaleza.

Es, en definitiva, la misma LPI la que establece un sistema basado en monopolios *de facto* de las varias entidades, respaldadas por la autorización administrativa. Así, compartimos la apreciación de CAPILLA RON-

¹⁵ J. M. RODRÍGUEZ TAPIA y F. BONDÍA ROMÁN, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Civitas, Madrid, 1997, p. 542.

¹⁶ Para RODRÍGUEZ y BONDÍA, *op. cit.*, el informe no es ni siquiera preceptivo.

CERO, para quien «el legislador opta, con relativa claridad, porque se articulen en nuestro país pocas y eficaces entidades de gestión. La reacción frente al monopolio legal (Real Decreto 3082/1978, de 10 de noviembre) no ha comportado la liberalización absoluta, sino que, por el contrario, se pretende pasar a un sistema de monopolios de hecho, fomentado por la Administración»¹⁷.

La regulación normativa existente revela el deseo del legislador de que no exista competencia. «Aunque desde planteamientos exclusivos de economía de mercado y de competencia, pueda pensarse que la concurrencia de varias sociedades de gestión de los mismos derechos y sobre las mismas explotaciones es conveniente, tal coexistencia acarrearía consecuencias sumamente negativas en cuanto a los titulares de los derechos, que además de ver equiparadas sus creaciones con simples mercancías, se verían inmersos en una lucha de precios a la baja y desigual, dada la importancia de los grandes usuarios y, también, respecto de estos mismos, que carecerían de un referente único a la hora de contratar, dificultando su labor e imposibilitándola en los casos en que precisaren una autorización de explotación rápida, al desaparecer la garantía de las autorizaciones generales para todo el repertorio nacional e internacional»¹⁸.

Si bien éste es el sistema legal predominante, cuando no exclusivo, en Europa, otras experiencias comparadas como la norteamericana contribuyen a rebatir algunas de las tajantes afirmaciones y argumentaciones esgrimidas por los defensores del sistema concentrado-monopolista¹⁹.

4. LA NATURALEZA DE LA REMUNERACIÓN ÚNICA Y EQUITATIVA. PRECIO FRENTE A TARIFA OBLIGATORIA

Hasta aquí hemos caracterizado, de una parte, el derecho de comunicación pública como un derecho colectivo de propiedad intelectual y, de otra parte, hemos analizado la posición de las entidades de gestión en general. El paso que relaciona ambos elementos es la prestación económica que deben abonar los usuarios por la utilización de productos

¹⁷ FRANCISCO CAPILLA RONCERO, «De las entidades de gestión de los derechos reconocidos en la Ley», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Madrid, 1989. De hecho, con la nueva legislación sí se ha producido una cierta diversificación de las entidades de gestión, de modo que surgen entidades especializadas en cada uno de los subsectores relativos a la propiedad intelectual: Asociación de Gestión de Derecho Intelectuales (AGEDI) para el sector de la producción fonográfica; Asociación de Artistas Intérpretes o Ejecutantes (AIE); Entidad de Gestión de Derechos de Productores Audiovisuales (EGEDA); Asociación de Actores, Intérpretes Sociedad de Gestión (AISGE); Asociación Visual Entidad de Gestión de Artistas Plásticos (VEGAP); Centro Español de Derechos Reprográficos (CEDRO). A pesar de ello, no puede hablarse de competencia en el sector, puesto que cada entidad gestiona específicamente un subsector de actividad.

¹⁸ JAVIER MOSCOSO DEL PRADO MUÑOZ, «Génesis y desarrollo de la gestión colectiva en España de los derechos derivados de la propiedad intelectual», en *Propiedad Intelectual: aspectos civiles y penales. Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1995, p. 112.

¹⁹ W. KARSILOVSKY y S. SHEMEL, *The Business of Music*, New York, 7.ª ed., 1995. En especial, en relación con la aplicación de la ley *antitrust* y la sección 116 de la US *Copyright Act*.

sujetos al régimen de protección de los artistas y asimilados (en nuestro caso, los productores audiovisuales).

La escasa regulación legal existente se basa en las previsiones del artículo 122 del Texto refundido de la LPI cuando establece que:

«2. Los usuarios de las grabaciones audiovisuales que se utilicen para los actos de comunicación pública previstos en los párrafos f) y g) del apartado 20 de esta Ley tienen la obligación de pagar una remuneración equitativa y única a los productores de grabaciones audiovisuales y a los artistas intérpretes o ejecutantes, entre los cuales se efectuará el reparto de la misma. A falta de acuerdo entre ellos sobre dicho reparto, éste se realizará por partes iguales.»

¿Cuál es la naturaleza de esta remuneración equitativa y única? Las posibles interpretaciones son dos: o estamos ante un precio que fija el mercado o ante una tarifa para-administrativa. Al respecto es importante resaltar cómo el mismo TS en su Sentencia de 11 de marzo de 1996 califica las tarifas a aplicar por la Sociedad General de Autores de España como «disposiciones exclusivamente reglamentarias» y cita en apoyo de su tesis otras Sentencias como la de 20 de septiembre de 1989, 25 de enero de 1991, 27 de mayo de 1991, 25 de julio de 1991 y 30 de noviembre de 1991.

MOSCOSO DEL PRADO valora acertadamente que las entidades de gestión parecen actuar más con consideraciones propias de un servicio público que de una entidad privada, lo cual, sea dicho de pasada, era perfectamente acertado antes de la aprobación de la LPI. Así, «las atribuciones que el precepto imputa al Ministerio de Cultura relativas a la información permanente que las entidades deben suministrar sobre tarifas, nombramiento de cargos, inspecciones, auditorías, etc., definen lo que la doctrina alemana conoce como «legitimación por el control» y se justifica por la necesidad de prevenir posibles abusos que puedan derivarse de su situación de privilegio o de dominio en el mercado»²⁰.

Por ello, una primera aproximación nos permitiría concluir a favor de la caracterización de la remuneración como tasa. Sin embargo, la jurisprudencia constitucional reciente recogida en la STC 233/1999, de 16 de diciembre, aporta nueva luz sobre el tema. La sentencia resuelve varios recursos y cuestiones de inconstitucionalidad acumulados contra el redactado de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las Haciendas Locales (LHL) e introduce un tipo de razonamiento muy interesante para nuestra perspectiva.

El pleito constitucional se origina por la presentación de recursos de inconstitucionalidad por parte del Partido Popular, el Parlamento de

²⁰ JAVIER MOSCOSO DEL PRADO MUÑOZ, «Génesis y desarrollo de la gestión colectiva en España de los derechos derivados de la propiedad intelectual», en *Propiedad Intelectual: aspectos civiles y penales. Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1995, pp. 97 y ss.

Cataluña, y la Generalitat de Cataluña y por tres cuestiones de inconstitucionalidad de los Tribunales Superiores de Justicia de Galicia y Canarias. La sentencia es larga y compleja, ya que eran muchas las cuestiones jurídicas discutidas.

En lo que aquí interesa, es de destacar que se declara inconstitucional el artículo 45.1 de la LHL, ya que no establece un máximo que pueden cobrar los Ayuntamientos por determinados precios públicos. Las reglas de cuantificación que se utilizan en el apartado segundo del artículo 45 y en la misma Ley de Tasas y Precios Públicos son aplicables a la utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público. Para el resto de casos, se establece solamente que la tasa deberá cubrir, como mínimo, el coste del servicio prestado.

Es precisamente en los casos donde el servicio sea obligatorio o la prestación coactiva, es decir, que se trate de una prestación patrimonial de carácter público, donde reside la inconstitucionalidad, ya que se incurre en inseguridad jurídica y arbitrariedad por el hecho que la Corporación local pueda cobrar la cantidad que estime oportuna sin ninguna limitación.

Razona el Tribunal Constitucional que, al tratarse de una prestación obligatoria, el régimen es equiparable al de los tributos y por ello es exigible una mayor definición (por ejemplo, una horquilla entre precio mínimo y precio máximo). No sin cierto tono irónico, dice el Alto Tribunal que acoge la beata intención de la Exposición de Motivos de la LHL de sanear las haciendas locales, pero con ello no basta para dejar a los entes locales la absoluta libertad para fijar aquellos precios. En definitiva, en palabras del propio Tribunal

«la determinación en la Ley de un límite máximo para la prestación de carácter público, o de los criterios para determinarlo, es absolutamente necesario para respetar el principio de reserva de Ley; no estableciendo tal límite el artículo 45.1 LHL para los precios públicos coactivos por servicios o actividades dicho precepto debe ser declarado inconstitucional».

Además, la sentencia se encarga de precisar a qué aspectos concretos alcanza esta declaración de inconstitucionalidad:

- los servicios o actividades de solicitud o recepción obligatoria;
- los servicios de carácter indispensable;
- los servicios que se presten en régimen de monopolio.

En todos los casos, el precio público se equipara a un tributo y por ello es imprescindible una mayor precisión en la determinación del importe. El razonamiento constitucional es plenamente aplicable a la remuneración equitativa y única que prevé la LPI. Cuando estemos ante una tarifa de un servicio que se presta en régimen de monopolio, será exigible una definición legal de la cantidad, no pudiendo dejarse en manos de la entidad de gestión su libre determinación. Así pues, ni siquiera considerando que la remuneración equitativa y única es una tarifa para-ad-

ministrativa, cabría la absoluta libertad en su fijación. *A contrario*, si no existe cuantificación legal de la tarifa, estamos ante un precio y, por tanto, deben regir las normas de defensa de la competencia respecto a la fijación de los precios y los abusos de posición dominante.

En nuestro caso, las entidades de gestión presentaron una alegación basada en el principio de confianza legítima apoyándose en el siguiente argumento: si la relación de tarifas se notifica el Ministerio de Cultura, ello equivaldría materialmente a obtener la aprobación tácita de la corrección de las mismas. La notificación de las tarifas implicaría, pues, un «certificado de legalidad» de las mismas.

Efectivamente, puede argumentarse que la Administración tienen un deber no sólo de control inicial de las entidades, sino de supervisión permanente sobre el cumplimiento de las condiciones de operación así como una obligación de vigilancia para que las entidades velen efectivamente por el interés general que subyace en el cumplimiento de las disposiciones sobre propiedad intelectual y en la protección de los artistas y asimilados. De este modo, ante unas tarifas abusivas, o fijadas de modo contrario al ordenamiento de defensa de la competencia, bien podría ser que el Ministerio apercibiera a las entidades sobre la posibilidad de revocación de su autorización. No es, pues, descabellado confiar en la corrección de las tarifas vista la falta de reacción de la Administración.

Ante tal argumento, responde el fundamento de Derecho vigésimo de la Resolución. Para el Tribunal, «la comunicación al Ministerio de Cultura de las tarifas se hace meramente a efectos de que queden registradas en esa sede administrativa, pero la Ley no establece, bajo ningún concepto, que equivalga al reconocimiento administrativo de su equidad. Ni que tras su recepción por esa unidad administrativa, ésta deba analizarlas para consecuentemente, sancionarlas positiva o negativamente. No confiere el ordenamiento jurídico, por otra parte, al Ministerio de Cultura facultades para determinar si una o varias entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual abusan de su posición de dominio en el mercado al establecer las tarifas. En definitiva, el Ministerio de Cultura no aprueba las tarifas, sólo acusa recibo de las mismas cuando le son comunicadas».

En este punto, sin embargo, coincidimos de nuevo con CAPILLA RONCERO (y con la jurisprudencia constitucional que se desprende de la STC 233/1999) en que la situación de monopolio de las entidades es un elemento a tener en cuenta en la relación entre tarifas y Administración Pública. Así, opina este autor que las tarifas «se encuentran sometidas a control de la Administración, como prevé el artículo 144.3, que, a tal efecto, ordena la notificación de las mismas al Ministerio de Cultura. Este control debe implicar la facultad de impugnar las tarifas que se consideran poco razonables. Y esta facultad de impugnación debe reconocerse no sólo a la Administración, sino también a los particulares, dada

la situación de monopolio con que se presume que operan las entidades de gestión en nuestro ordenamiento»²¹.

De nuevo podemos traer a colación las similitudes de las entidades de gestión de la propiedad intelectual con las entidades colaboradoras de la Administración. Cuando se considera que estas entidades desarrollan una función administrativa o prestan un servicio público, el régimen jurídico adoptado es la concesión administrativa y, por tanto, las tarifas que se aplican son tarifas fijadas administrativamente²². Cuando, en cambio, se considera que esas entidades colaboradoras no ejercen ninguna función pública o de interés general, las tarifas se fijan libremente por el mercado gracias a los mecanismos de competencia de precios entre las distintas entidades prestadoras que esos servicios.

Como colofón, la propia LPI introduce elementos que hacen pensar en la remuneración equitativa y única como un precio que deben negociar las partes. Así, el apartado 3 del citado artículo 122 establece que:

«3. El derecho a la remuneración equitativa y única a que se refiere el apartado anterior se hará efectivo a través de las entidades de gestión de los derechos de la propiedad intelectual. La efectividad de este derecho a través de las respectivas entidades de gestión comprenderá la negociación con los usuarios, la determinación, recaudación y distribución de la remuneración correspondiente, así como cualquier otra actuación necesaria para asegurar la efectividad de aquél.»

Además, merece la pena destacar que la LPI prevé una especie de obligación de suministro a los usuarios. Así se entiende cuando el artículo 152.1.c) establece entre las obligaciones de la entidades de gestión la de «celebrar contratos generales con asociaciones de usuarios de su repertorio, siempre que aquéllas lo soliciten y sean representativas del sector correspondiente». De ello se deriva meridianamente la improcedencia de una imposición unilateral de las tarifas que deben ser objeto de contrato y, por lo tanto, sujetas a negociación. Así se descarta, pues, la asimilación de las tarifas a las tasas administrativas de fijación unilateral.

5. EL PROCESO DE DETERMINACIÓN DE LAS CANTIDADES A SATISFACER O LA IMPORTANCIA DE NO DESDEÑAR LAS FORMAS

Como acertadamente apuntan RODRÍGUEZ y BONDÍA, las tarifas siguen siendo hoy de inexplicable formación, dada la unilateralidad de las mismas.

²¹ FRANCISCO CAPILLA RONCERO, «Comentario», en Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Madrid, Tecnos, 1989, p. 1837.

²² *Vid.*, como ejemplo recentísimo, la Orden del Departamento de Industria, Comercio y Turismo de la Generalitat de Cataluña de 5 de marzo del 2001 por la que se actualizan las tarifas que deben aplicar las entidades de inspección y control concesionarias de la Generalitat de Cataluña en el ámbito de la seguridad, la calidad y la normativa industrial (*Diario Oficial de la Generalitat de Catalunya*, núm. 3353, de 22 de marzo de 2001).

La normativa europea concede a las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual una posición de privilegio al obligar que los productores canalicen, a través de ellas, el ejercicio del derecho de autorización y retransmisión. Consciente de la fuerza económica que representa esa exclusividad legal, la Ley 28/1995, de 11 de octubre, intenta establecer mecanismos de control de ese poder contractual en dos situaciones distintas:

a) *Respecto del creador*: Se determina que cuando no se llegue a un acuerdo entre las partes (titular de los derechos y entidad de gestión), podrá recurrirse a la mediación de la Comisión Mediadora y Arbitral de la Propiedad Intelectual. Si bien es cierto que ambas partes deben aceptar la mediación, es significativo el título del artículo 9 cuando establece la prevención del abuso de posiciones negociadoras. Así, según reza este artículo: «Cuando alguna de las partes, en abuso de su posición negociadora, impida la iniciación o prosecución de buena fe de las negociaciones para la autorización de la distribución por cable de una emisión de radiodifusión u obstaculice, sin justificación válida, las negociaciones o la mediación a que se refiere el artículo anterior, se aplicará lo dispuesto en el título I, capítulo I, de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia».

b) *Respecto de los usuarios*: La Disposición Adicional segunda de la Ley 28/1995, de 11 de octubre, al fijar las funciones de la Comisión Mediadora y Arbitral de la Propiedad Intelectual, modifica el artículo 143 de la LPI de 1987 y establece que: «La Comisión actuará en su función de arbitraje:

b.1) Dando solución, previo sometimiento de las partes, a los conflictos que, en aplicación de lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo anterior, puedan producirse entre las entidades de gestión y las asociaciones de usuarios de su repertorio o entre aquéllas y las entidades de radiodifusión. El sometimiento de las partes a la Comisión será voluntario y deberá constar expresamente por escrito.

b.2) Fijando una cantidad sustitutoria de las tarifas generales, a los efectos señalados en el apartado 2 del artículo anterior, a solicitud de una asociación de usuarios o de una entidad de radiodifusión, siempre que éstas se sometan, por su parte, a la competencia de la Comisión con el objeto previsto en la letra a) de este apartado.»

De ello parece que podría concluirse a favor de un doble régimen de protección del abuso en las posiciones negociadoras según se esté protegiendo a los creadores (aplicación de normas de Defensa de la Competencia) o a los usuarios (sometimiento a la Comisión Mediadora). Pero más interesante es la distinción dentro del apartado concerniente a los usuarios respecto de los casos en los que puede pronunciarse la Comisión Mediadora. Así, estaríamos ante un arbitraje privado que requiere el sometimiento de las partes en la resolución de conflictos o ante un arbitraje administrativo obligatorio cuando lo que se trate es de fijar una cantidad sustitutoria de las tarifas generales.

En esta dirección puede considerarse la división del procedimiento de actuación según se trate de procedimiento general de arbitraje (Cap. III del RD 479/1989, de 5 de mayo) o del procedimiento para fijar una cantidad sustitutoria de las tarifas generales (Cap. IV del RD 479/1989, de 5 de mayo, modificado precisamente en este aspecto por el RD 1248/1995, de 14 de julio).

Los analistas de otros sistemas jurídicos coinciden con la necesidad de establecer un sistema de control en la formación de las tarifas: «en el Reino Unido, el hecho de la existencia de entidades de gestión colectiva de los derechos de autor es, en las condiciones presentes, más una necesidad que no una opción legal. Este hecho incontestable debería estar sujeto a una condición como es la de que las tarifas que cobran las entidades, o están fijadas por ley, o deberían ser revisables por un órgano independiente nombrado por la Administración que tuviera poder para modificarlas»²³.

Para ello hay que recordar la posición de monopolio de las entidades de gestión y la representación colectiva obligatoria que la Directiva europea 93/83/CEE sobre transmisión por cable impone. De hecho, no se trata de ninguna casualidad que la Comisión Mediadora y Arbitral de la Propiedad Intelectual (en adelante, la Comisión Mediadora) se reformara con la transposición de la mencionada Directiva europea mediante la Ley 28/1995, de 11 de octubre.

Sea como fuere, la Comisión Mediadora se regula en el Real Decreto 479/1989, de 5 de mayo, modificado por el Real Decreto 1248/1995, de 14 de julio. Hay que notar que el desarrollo reglamentario de la LPI es anterior a la misma e incluso, por pocos meses, a la Ley 28/1995, y que en la actualidad no existe ninguna norma reglamentaria posterior. Componen dicha Comisión 7 miembros, de la siguiente forma:

a) árbitros neutrales: 3 árbitros neutrales nombrados por el Ministerio por un mandato de tres años renovables de entre juristas de reconocido prestigio;

b) representantes: 2 representantes de cada una de las partes en conflicto.

Con este panorama, resulta que la Comisión Mediadora es un órgano colegiado del Ministerio de Cultura con funciones de mediación y arbitraje tanto en la negociación como en la resolución de conflictos entre las entidades y los usuarios en el tema más conflictivo que será la fijación de las tarifas. Formalmente, la Comisión tiene la potestad de fijar una cantidad sustitutoria de las tarifas generales, pero materialmente esa potestad queda limitada, ya que se viene considerando la necesidad de sometimiento de las partes a la misma incluso para estos casos, incurriendo en una interpretación claramente contraria al espíritu de la norma pero mucho más cómoda para la Comisión y el Ministerio.

²³ J. PHILLIPS, R. DURIE e I. KARET, *Whale on Copyright*, London, Sweet and Maxwell, 5.ª ed., 1997, p. 146.

A pesar de que se prevé que los usuarios en solitario puedan instar la intervención de la Comisión Mediadora, el laudo correspondiente o la inadmisión del mismo sólo tendrá validez en tanto conste el sometimiento expreso de ambas partes. Como apunta CAPILLA RONCERO, «se trata de facultar a un órgano de la Administración para que establezca una tarifa que sustituye a las tarifas generales fijadas por las entidades de gestión en una relación concreta. Además, aparentemente del tenor de la norma parece desprenderse que en este caso no se requiere el sometimiento voluntario de las partes interesadas, sino que la Comisión actúa a instancias unilaterales de la asociación de usuarios o entidad de radiodifusión, sea cual sea la actitud de la entidad de gestión. Pero este extremo acaso sea más aparente que real, pues es presupuesto de intervención de la Comisión que las partes, incluida la entidad de gestión, se hayan previamente sometido al arbitraje para los conflictos que surjan en el seno de sus relaciones. Luego a una entidad de gestión que no se haya comprometido a resolver mediante recurso a la Comisión sus diferencias con determinada asociación de usuarios o entidad de radiodifusión, no se le pueden imponer tarifas sustitutorias»²⁴.

En definitiva, según parte de la doctrina, estamos ante un supuesto de arbitraje de derecho privado más que ante una intervención administrativa propiamente hablando, a pesar de que el órgano arbitral y sus árbitros neutrales pertenezcan a la Administración. En contra de esta opinión, puede argumentarse una distinción sobre el régimen jurídico según se trate de funciones arbitrales de base contractual, o de fijación sustitutoria de las tarifas. En este segundo caso, nos hallaríamos ante una actuación *ex lege* (no requeriría sometimiento) y ante el ejercicio de una potestad administrativa. Ello tiene importantes consecuencias porque en puridad, según la primera de las teorías, los laudos de la Comisión Mediadora no son recurribles ante la jurisdicción contencioso-administrativa. La realidad del caso resuelto por el Tribunal de Defensa de la Competencia da la razón a la teoría del arbitraje de derecho privado, puesto que las asociaciones de usuarios impugnaron las tarifas ante la Comisión Mediadora y la entidad de gestión simplemente se negó al arbitraje, paralizando su ulterior actuación.

En cualquier caso, ésta es una cuestión que escapa a la competencia enjuiciadora del Tribunal de Defensa de la Competencia. Sí, en cambio, son relevantes, a los efectos de la resolución del procedimiento del expediente 465/99, los comportamientos económicos de las partes. De este modo, el Tribunal analiza los principales indicadores de un comportamiento económico contrario a la libre competencia, centrándose en los siguientes aspectos:

— *Aumento injustificado*. Según el Tribunal, «de la comparación de las tarifas de enero de 1995 con las de 1994 se deduce que las nuevas

²⁴ FRANCISCO CAPILLA RONCERO, «Comentario» en Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Madrid, Tecnos, 1989, p. 1840.

han multiplicado por veinte veces las anteriores, sin que haya mediado, ni entonces ni durante la tramitación del expediente, explicación alguna que lo justifique» (FJ 4).

— *Arbitrariedad*. Efectivamente, la LPI impone una remuneración única y equitativa que deben fijar las entidades conjuntamente para negociar posteriormente con los usuarios. En el caso presente, EGEDA fijó arbitrariamente las tarifas en 1994, puesto que no contó con otras entidades de gestión de derechos colectivos implicadas (AISGE y AIE).

— *Discriminación*. Las tarifas aplicadas por las entidades de gestión para los hoteles son treinta veces superiores a las aplicadas a las empresas cableoperadoras. Este hecho, «además de ser contrario a la Ley, carece de lógica económica porque la comunicación pública es para estas empresas operadoras la esencia de su negocio, mientras que disponer de televisión en las habitaciones para un hotel es una exigencia legal en los de elevada categoría y un mero extra en los demás» (FJ 12).

— *Unilateralidad*. Las actuaciones de EGEDA contenidas en el expediente no reflejan que esta entidad haya tenido realmente una voluntad negociadora.

— *Desproporcionalidad*. Existe desproporción respecto a las tarifas aplicadas por idénticos conceptos por parte de entidades de gestión de otros países del entorno europeo.

También es interesante al respecto la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en su Sentencia de 13 de julio de 1989 (caso *Lucazeau c. SACEM*, *Rec.*, 1989, p. 2811), quien en un asunto que implica la fijación de la tarifa para la comunicación pública de obras musicales especifica que

«cuando una empresa en posición dominante impone tarifas para los servicios que presta, que son sensiblemente más elevadas que las practicadas en los otros Estados miembros, y cuando la comparación de los niveles de las tarifas se ha efectuado sobre una base homogénea, esta diferencia debe ser considerada el índice de abuso un abuso de posición dominante, perteneciendo a la empresa en cuestión justificar que la diferencia se funda sobre divergencias objetivas entre la situación del Estado miembro concernido y la que prevalece en todos los otros Estados miembros».

La Resolución del TDC trae a colación la sentencia europea y no cabe duda de que el argumento comparatista reviste su importancia. Así, en el apartado noveno de los hechos probados se comparan las tarifas que pretendía aplicar EGEDA en 1998 con la de otros países en supuestos de hecho homogéneos (hotel 3 estrellas con 50 habitaciones y una ocupación media del 70 por 100):

<i>País</i>	<i>Importe mensual de la tarifa (pesetas)</i>
España	26.250
Suiza	2.473
Finlandia	2.550
Suecia	1.200
Noruega	495

La misma comparación puede realizarse si tomamos en consideración, no ya los mismos derechos en otros países, sino distintos derechos de propiedad intelectual que otras entidades de gestión cobran en España en concepto de comunicación pública:

<i>Entidad de gestión</i>	<i>Cantidad (ptas/mes)</i>	<i>Proporción de incremento respecto la tarifa más económica</i>
AGEDI	162	1
SGAE	1.662	10 veces
EGEDA	4.200	26 veces

Y por todo ello, concluye el Tribunal que

«ha quedado suficientemente acreditado por sus actuaciones el inalterado propósito de EGEDA, compartido por AISGE y AIE a partir de determinados momentos, de imponer unilateralmente unas tarifas que son discriminatorias e inequitativas, tanto por su cuantía, que no resiste al análisis comparativo, como por su arbitrario aumento. Estas inequitativas y discriminatorias tarifas, además, han sido requeridas de los hoteles de un modo intimidatorio que dificulta la negociación querida por la Ley» (FJ 13).

La clave de la resolución es, pues, la combinación de la posición de dominio monopolístico de las entidades de gestión con unas actitudes de típica prepotencia económica reflejados en la negativa a entablar una negociación (a la que contribuye la inhibición del Ministerio) y en la pretensión de imposición de las tarifas de modo inflexible e incluso con un lenguaje intimidatorio.

Respecto a la negociación, el TDC efectúa en su FJ 17 un razonamiento un tanto extemporáneo y gratuito en el que merece la pena detenerse:

«Otra cosa hubiera sido si la negociación hubiese existido. Entonces, aunque las tarifas hubieran sido desproporcionadas, serían discutibles las imputaciones. Porque, como estableció el Tribunal Supremo en sentencia

de 18 de diciembre de 1996, no puede declararse que se ha abusado de posición de dominio por exigir una tarifa que ha sido establecido en un acuerdo entre las partes, fruto de una negociación entre ellas, ya que en caso contrario se estaría infringiendo el principio de presunción de inocencia. No ha sido éste el caso, sin embargo. Aquí no ha habido negociación alguna.»

La Sentencia del Tribunal Supremo que trae a colación este FJ 17 es la resolución del recurso presentado por la SGAE a propósito de otra resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia en el expediente 287/1990, de 14 de febrero de 1991. En ese caso, el órgano de la competencia resolvió condenar a la SGAE a la multa de 6 millones de pesetas por haber aumentado un 76 por 100 las tarifas que se repercutían por el derecho de emisión a las televisiones.

Lo importante, a juicio del Tribunal Supremo, a efectos de eliminar la sospecha sobre el abuso de posición de dominio, no es que la negociación haya existido formalmente (como podría entenderse de la lectura apresurada del razonamiento del FJ 17 transcrito), sino que la misma haya sido fructífera, es decir, que sea una negociación que culmine en un acuerdo entre las partes. Por ello, razona la sentencia del TS que

«existen en autos pruebas suficientes para demostrar que la SGAE, siempre ha procurado negociar y llegar a acuerdos con tales televisiones que culminaron en contratos celebrados en 1984 (...) Las nuevas tarifas no pueden considerarse como abusivas, puesto que ha existido implantación gradual objeto de la negociación en la que se ha alcanzado un resultado razonable».

La exigencia está, pues, en alcanzar un resultado razonable en la negociación. De otro modo, parecería que bastaría con mantener una actitud aparentemente negociadora para blindarse contra la sanción del Tribunal de Defensa de la Competencia. Por tanto, a efectos del Derecho de la competencia, la clave no está tanto en si ha existido o no negociación, como parece expresar el pronunciamiento de la resolución, sino en si ésta ha llegado a buen puerto. Como máximo, puede desprenderse de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que la actitud formalmente negociadora servirá para enervar la presunción de explotación abusiva de la posición de dominio, pero ello no impide que se aporten otros elementos de prueba que concluyan lo contrario.

6. VALORACIÓN

La resolución del TDC que hemos analizado topa con la indefinición del modelo de gestión de los derechos colectivos de propiedad intelectual que adolece nuestra normativa.

Una primera opción es considerar la fijación unilateral de tarifas como algo normal e inherente al propio interés general que gestionan unas

entidades autorizadas por el Ministerio de Cultura. En este sentido, las entidades de gestión se configurarían como una Administración corporativa, de modo similar a lo que ocurre con los colegios profesionales o las federaciones deportivas.

En esos supuestos, la exigencia de sometimiento a la Comisión Mediadora debería ser absoluta y rigurosa, como ocurre, por ejemplo, en la legislación alemana, para evitar la comisión de comportamientos económicamente despóticos.

Esta intervención administrativa de las tarifas a través de la Comisión constituiría, según la valoración de DELGADO PORRAS, «una contradicción interna con el sistema elegido por el legislador para el control de la equidad de las tarifas, que no es otro que el de aplicación de las normas sobre la competencia económica, ya por los Tribunales, ya por los órganos administrativos correspondientes. Bien es verdad que, hasta el presente, ninguna interferencia se ha podido apreciar entre la Comisión y las aludidas autoridades. Pero este hecho se debe a la nula aceptación que la Comisión ha merecido de parte de los usuarios, que prefieren ventilar sus controversias con las entidades de gestión en dilatados procesos (judiciales) o en procedimientos administrativos de carácter más bien represivos (los procedimientos de defensa de la competencia)»²⁵.

Una segunda opción es considerar las entidades de gestión como un mercado más, sujeto a las reglas de la competencia como cualquier otro sector. En esos casos, no haría falta ni la negociación con los usuarios ni una comisión de arbitraje, puesto que la tensión concurrencial entre distintos gestores situaría los precios en su razonable medida.

El problema radica precisamente en la mezcla de los dos sistemas. De una parte, las tarifas se fijan unilateralmente por un monopolio de hecho que basa su lógica en la defensa del interés general que llevan a cabo las entidades. De otra parte, no existe ningún control público en la fijación de estas tarifas²⁶.

De una parte, la legislación reguladora del sector de la gestión de los derechos de propiedad intelectual incentiva la existencia un monopolio casi legal. De otra parte, se pretenden aplicar las reglas de defensa de la competencia a lo que no es propiamente un mercado.

La resolución del Tribunal lleva enorme razón cuando especifica que

«la Ley de Propiedad Intelectual vigente crea en la práctica un vacío frustrante cuando las partes no logran ponerse de acuerdo en la determinación

²⁵ Antonio DELGADO PORRAS, «Comentario...», *op. cit.*, p. 1006.

²⁶ Resulta interesante contraponer este sistema de tarifas con el establecido, por ejemplo, por las actividades de control e inspección industrial que pueden ejercer las entidades colaboradoras de la Administración. Para estas últimas, el cuadro tarifario de las cantidades que piensan aplicarse en el futuro es un elemento que debe presentarse dentro de la documentación exigida en el proceso de acreditación. Dicho en otras palabras, para las entidades colaboradoras en la inspección industrial, las tarifas, aunque privadas, son objeto de un cierto control administrativo en el momento de la acreditación inicial.

de la prescrita remuneración equitativa y única porque, seguramente imaginando que la competencia iba a germinar y extenderse en el campo de la gestión de los derechos de propiedad intelectual, contrariamente a lo que ha sucedido, que es la proliferación de monopolios que individualmente gestionan cada uno de los múltiples derechos reconocidos, la Ley consideró bastante establecer una Comisión con facultades de mediación y arbitraje voluntario» (FJ 10).

Al final, la resolución del TDC deja abiertos los caminos en cualquier dirección. O se asume que estamos ante una tarifa por una actividad de interés general y se controla su formación por parte de la Administración Pública o se despoja a las entidades de gestión de todas sus prerrogativas, usadas, dicho de pasada, sin excesivo tino.

Puede suceder, como advierte PÉREZ DE ONTIVEROS, que el exceso de celo en la protección de los derechos patrimoniales de los autores acabe por limitar la difusión de sus mismas creaciones, y romper el equilibrio entre las normas de propiedad intelectual y el acceso a la cultura a través de la difusión de las obras. «No puede negarse que un solo acto comunicativo puede requerir una múltiple autorización y ocasionar también una múltiple tributación; este hecho supondrá un aumento en la onerosidad que puede tener como consecuencia que la ventaja económica percibida por el que utiliza la creación intelectual no compense el desembolso que debe realizar. (...) La vocación social de las creaciones intelectuales solamente podrá hacerse efectiva mediante una adecuada graduación de las tarifas devengadas y mediante una interpretación correctora de las normas»²⁷.

En definitiva, parafraseando la sabiduría popular que dice que las armas las carga el diablo, en este conflicto podemos afirmar que las armas las carga la indefinición del modelo jurídico adoptado y la dejación por parte del Ministerio de Cultura de las funciones de control que debería ejercer sobre las entidades de gestión. El herido del conflicto son los empresarios hoteleros y el Tribunal de Defensa de la Competencia sólo puede extraer la bala pero no llegar a una paz definitiva. La constatación de lo erróneo de dirigirse al Tribunal de la Competencia para la resolución del conflicto se demuestra en la situación creada a partir de la resolución: los usuarios han adquirido una enorme fuerza y podrán repetir la actitud de las entidades de gestión e impedir alcanzar un acuerdo en la negociación. Y vuelta a empezar²⁸.

²⁷ Carmen PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, «Comentario a la Sentencia de 19 de julio de 1993», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 33, 1993, p. 962.

²⁸ Coincidimos, pues, con la valoración del profesor CASES PALLARÉS, quien considera que muchos denunciante acuden a los órganos de la competencia para poner de relieve una problemática que de seguro existe pero que no corresponde analizar y menos resolver al Tribunal. Lluís CASES PALLARÉS, «La competencia en España 1998», *Anuario de la Competencia 1998*, Madrid, 1999. Seguramente consciente de ello, la reciente resolución del mismo Tribunal de 22 de diciembre del 2000 en el expediente 429/00, se cuida de expresar que «es indudable que los órganos encargados de la defensa de la competencia sólo han de intervenir cuando las entidades de gestión pretendan imponer o impongan condiciones abusivas. Es decir, una cosa es que haya indicios de un supuesto

Podríamos concordar en que por su naturaleza y funciones las entidades de gestión desarrollan como mínimo una actividad de interés general (cuando no de servicio público). Si ello es así, su caracterización como entidades colaboradoras de la Administración debiera ser decidida. Ello además comportaría que la remuneración única y equitativa, o se aprueba directamente por la Administración o se deja al pacto entre las partes con el sometimiento unilateral y automático de la Comisión Mediadora en caso de discrepancia. Cuando, en cambio, las entidades tienen poderes exorbitantes sin ninguna limitación, el Tribunal de Defensa de la Competencia se utiliza como última instancia reparadora de una situación jurídica impropia.

EUROPEA Y LAS MERGERS GUIDELINES DEL DEPARTAMENTO DE JUSTICIA DE EEUU

Fernando Díaz Torres
Jefe del Departamento de Justicia
Comisión Europea de Bruselas

«El punto es que una vez hecha la definición de mercados, que es realmente difícil de hacer en todos los mercados, entonces se establece una gran atención de los consumidores. Excepto algunos detalles técnicos con la claridad y el grado de definición y de certeza, la definición de los mercados se perfecciona poco a poco por la experiencia de la práctica cotidiana»

(García y Gómez)*

LA TERCERA LEY

«No para poner a trabajar sobre todo en el campo del Derecho de Propiedad Intelectual, sino para el comercio, competitivo o no, en el ámbito de los derechos de explotación de los derechos de explotación... (segundo de referencia)... tanto general como de explotación. En otros, en otros casos, el abuso de posición de dominio o el control de las actividades, la definición del mercado, también viene a ser de la legalidad de la práctica en cuestión. Pero es así no porque los derechos de explotación son un fin en sí mismos, sino porque, desde un momento determinado, admitido que dicho régimen puede ser un medio adecuado para alcanzar la creación de poder de mercado, que a su vez se produce en la determinación de si dicho mercado es relevante»

* Este trabajo ha sido publicado dentro del número 100 de la Revista del Derecho de la Universidad de Valencia, vol. 14, 1982, pp. 100-105.

abuso y otra muy distinta que determinados usuarios pretendan acudir a los órganos de defensa de la competencia como estrategia negociadora para lograr unas tarifas más adecuadas a sus intereses» (FJ 2).

ALGUNAS CONSIDERACIONES EN TORNO
A LA *COMUNICACIÓN SOBRE DEFINICIÓN
DE MERCADO RELEVANTE* DE LA COMISIÓN
EUROPEA Y LAS *MERGER GUIDELINES*
DEL DEPARTAMENTO DE JUSTICIA DE EEUU

Fernando Díez ESTELLA ¹

Profesor de Derecho Mercantil
Universidad Antonio de Nebrija

«Mi queja es que esta batalla de la definición de mercado, que es peleada miles de veces en todas las demandas antitrust, ha recibido muy poca atención de los economistas. Excepto alguna relación puntual con la elasticidad cruzada de demanda y de oferta, la delimitación de los mercados ha permanecido como un área inexplorada de la investigación económica»

(George J. STIGLER) *

1. INTRODUCCIÓN

Un paso previo a cualquier actuación en el campo del Derecho de la competencia encaminada a valorar el carácter competitivo o anticompetitivo de una determinada conducta es la definición del mercado relevante —mercado de referencia—, tanto geográfico como de producto. En efecto, en áreas como el abuso de posición de dominio o el control de concentraciones, la definición del mercado constituye, muchas veces, la clave de la legalidad de la práctica en cuestión. Esto es así no porque la definición de mercado sea un fin en sí mismo, sino porque está universalmente admitido que dicha definición provee del marco analítico necesario para determinar la existencia de poder de mercado, que a su vez es esencial en la determinación de si dicha conducta u operación

¹ Este trabajo ha sido preparado durante mi estancia como *Visiting Researcher* del European Law Research Center (Harvard Law School), en el Fall Term del curso 2000/2001. Agradezco a la Fundación Altuna y al Real Colegio Complutense en Harvard el apoyo financiero y el respaldo académico proporcionados para realizar dicha estancia.

* «The Economists and the Problem of Monopoly», *72 Am. Econ. Rev.* 1 (1982), p. 9.

tiene o no capacidad de falsear la competencia o perjudicar a los consumidores.

De ahí que, en la medida en que los intentos que se han llevado a cabo para una evaluación directa del poder de mercado son, hasta el momento, demasiado imprecisos o poco prácticos desde el punto de vista de su aplicación por los Jueces y las autoridades de competencia, la definición de mercado relevante seguirá siendo la cuestión crítica en los temas *antitrust* y, en última instancia, marcará el resultado final del caso.

Por todo ello, esta cuestión ha sido objeto de numerosas publicaciones tanto en la doctrina norteamericana como comunitaria, y tema también frecuente de declaraciones institucionales por parte de las autoridades *antitrust*. En este sentido, la Comisión Europea ha marcado un hito especial con la publicación en 1997 de la «Comunicación relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia»² (en adelante, *Comunicación*), que recoge, como tendremos ocasión de ver, numerosos elementos del tratamiento de la figura en el ámbito del Derecho *antitrust* norteamericano contenido en las *Merger Guidelines*³, publicadas por el Departamento de Justicia en 1982, y en sus sucesivas reediciones de 1984 y 1992.

La conciencia comunitaria sobre la importancia de la definición de mercado no es, ni mucho menos, una cuestión reciente. Ya desde antiguo, en la Sentencia *Europemballage and Continental Can c. Comisión*⁴, se ha constatado que «La definición del mercado relevante tiene un significado esencial, ya que las posibilidades de competencia sólo pueden ser juzgadas en relación a aquellas características de los productos en cuestión por las cuales esos productos son especialmente aptos para satisfacer una necesidad inelástica y son intercambiables con otros productos sólo hasta cierto punto» (párrafo núm. 32). Esto es así porque una posición dominante no puede existir en abstracto, sino que tiene que estar relacionada con el suministro de determinadas mercancías o servicios.

Poco después encontramos en los pronunciamientos de la Comisión una delimitación más precisa del concepto, como la ofrecida en la Decisión *ECS/AKZO*⁵, cuando se afirma que el mercado relevante «constituye el área de negocio en la que se tiene que juzgar vis-à-vis el poder económico de la empresa en cuestión con el de sus competidores» (párrafo núm. 62). En esta Decisión además se hacen algunas consideraciones interesantes en torno a la finalidad de la definición de mercado en el Derecho comunitario de la competencia. Se afirma en el párrafo núm. 64 que: «En el contexto del art. 86, el objetivo de la delimitación del mercado es definir un área de comercio en la que evaluar las condiciones de la competencia y el poder de mercado de la empresa dominante.»

² DOCE, núm. C 372, de 9 de diciembre de 1997, pp. 5-13.

³ U. S. Dep't of Justice, *Merger Guidelines*, 4 Trade Reg. Rep. (CCH) § 13,102.

⁴ Sentencia del TJCE de 21 de febrero de 1973, Asunto 6/72, ECR (1973), p. 215.

⁵ Decisión 85/609/EEC de la Comisión, de 14 de diciembre de 1985 (IV/30.698 —ECS/AKZO), DOCE, núm. L 374/1, de 31 de diciembre de 1985.

No es, por tanto, exagerado afirmar que «una Decisión puede ser anulada si el análisis (la definición de mercado relevante) es incorrecto»⁶, y que, desde luego, la falta de seguridad jurídica en este ámbito estaba alcanzando cotas insostenibles: «En el actual estado del Derecho comunitario de competencia, la cuestión de la definición de mercado relevante ha ido degenerándose hasta llegar a dar la impresión de ser una serie de maniobras *ad hoc* para llegar a un resultado predeterminado»⁷.

A todas estas cuestiones viene a dar respuesta la Comisión Europea a través de la citada *Comunicación*, cuya finalidad (cfr. párrafos 1 a 5) es precisamente orientar sobre la forma en que dicho órgano aplicará los conceptos de mercado de producto de referencia y mercado geográfico de referencia al aplicar la normativa comunitaria de competencia, en particular los Reglamentos núm. 17 (aplicación de los arts. 81 y 82)⁸ y núm. 4064/89 (control de concentraciones)⁹ del Consejo, y sus equivalentes en sectores tales como transportes, siderurgia y agricultura, y las disposiciones pertinentes del Acuerdo EEA. Su objetivo es determinar de forma sistemática las limitaciones que afrontan las empresas afectadas desde el punto de vista de la competencia. Lo que se persigue con la definición de mercado no es otra cosa que identificar a aquellos competidores reales de las empresas afectadas que puedan limitar el comportamiento de éstas o impedirles actuar con independencia de cualquier presión que resulta de una competencia efectiva.

En este trabajo se seguirá el siguiente esquema: tras este Epígrafe I, de introducción, se llevará a cabo, en el epígrafe II, un breve recorrido histórico por la evolución doctrinal y jurisprudencial (tanto en el ámbito del Derecho comunitario de la competencia como en el del Derecho *anti-trust* norteamericano) de la definición de mercado, con el objeto de comprender cómo se ha llegado a la situación previa a la publicación de los documentos objeto de estudio. Seguidamente, en los epígrafes III y IV, se analizarán los principales cambios que han supuesto la *Comunicación* y las *Merger Guidelines*, haciendo especial referencia a la nueva formulación del criterio de la sustituibilidad de demanda como criterio principal de delimitación del mercado relevante, en sus dos vertientes de mercado de producto y mercado geográfico. A continuación, en el epígrafe V, una valoración sobre uno de los rasgos más sobresalientes de ambos documentos: la utilización de la discriminación de precios como criterio delimitador de mercado. Finalmente, en el epígrafe VI se harán unas breves conclusiones. A pesar de su evidente interés, por exceder

⁶ C. BELLAMY y G. CHILD, *Derecho de la Competencia en el Mercado Común* (edición española a cargo de Enric PICAÑOL), Madrid, Civitas, 1992, p. 130.

⁷ R. VAN DER BERGH, «Modern Industrial Organisation versus Old-fashioned European Competition Law», *European Competition Law Review*, vol. 17, núm. 2, 1996, p. 7.

⁸ Primer Reglamento de aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado de Roma, *DOCE*, núm. L 13/204, de 21 de febrero de 1962, Reformado por el Reglamento CEE núm. 1216/99, del Consejo, de 10 de junio de 1999 (*DOCE*, núm. L 148/5, de 15 de junio de 1999).

⁹ Reglamento CEE núm. 4064/89, del Consejo de 21 de diciembre de 1989, *DOCE*, núm. L 395/1, de 23 de diciembre de 1989.

el propósito de este trabajo, no serán objeto de estudio en estas páginas las cuestiones relacionadas con el poder de mercado ni los métodos analíticos específicos empleados en la delimitación de los mercados.

2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

En el ámbito del Derecho *antitrust* norteamericano, el poder de mercado —o poder monopolístico— se ha definido como «*el poder de controlar los precios o de evitar la competencia*»¹⁰. Este poder deriva de determinadas prácticas anticompetitivas que hacen difícil a los competidores que ya están en el mercado su supervivencia, y a los que no están, su entrada. Sin embargo, para poder determinar la existencia —o los indicios— del poder de mercado hay primero que definir el mercado relevante en el que dicho poder se evaluará¹¹. El Tribunal Supremo estadounidense, tras afirmar que «*sin una definición de dicho mercado no hay posibilidad de medir la capacidad de una empresa de reducir o eliminar la competencia*»¹², estableció su propio concepto de «definición de mercado», para el ámbito de la Sherman Act, en la conocida Sentencia *Celofán*¹³, en el que se discutía si el mercado relevante de producto era el papel celo (en el que la empresa Du Pont tenía una cuota de mercado del 75 por 100) o el concepto más amplio de «material flexible de embalaje» (en el que Du Pont tenía menos del 20 por 100 del mercado); tras largas discusiones, se resolvió la cuestión diciendo que «*el mercado se compone de los productos que tienen en grado razonable de intercambiabilidad según los fines para los que fueron hechos, y considerando las características de precio, uso y calidad*».

Como puede advertirse, este concepto de mercado relevante de producto tiene dos carencias fundamentales. En primer lugar, ignora la sustituibilidad en la fase de producción. Cuando dos productos, aunque sean distintos, están fabricados con el mismo tipo de componentes, el aumento de precio por encima del nivel competitivo en uno de los productos llevará automáticamente a que otras empresas «próximas» empiecen a fabricarlo. Si los costes en que dichas empresas incurren para introducirse en el mercado no son muy grandes, habrán de incluirse también ellas en la definición de mercado relevante de producto. En segundo lugar, esta formulación tampoco especifica el nivel de precios al que la intercambiabilidad de los productos puede producirse de forma razonable. Cuando los precios son suficientemente altos, hasta los productos que se consideraban malos sustitutivos empiezan a ser mirados con buenos ojos por los consumidores.

¹⁰ *American Tobacco Co. v. United States*, 328 U. S. 781 (1946).

¹¹ J. KEYTE, «Market Definition and Differentiated Products: The need for a Workable Standard», 63 *Antitrust L. J.* 697 (1995), p. 697; R. HARRIS y T. JORDE, «Antitrust Market Definition: An Integrated Approach», 72 *Cal. L. Rev.* 1 (1984), p. 4.

¹² *Walker Process Equipment v. Food Mach & Chem. Corp.*, 382 U. S. 294, 324 (1962).

¹³ *United States v. E. I. du Pont de Nemours & Co.*, 351 U. S. 377 (1956).

A partir de esta Sentencia se habla de la «Falacia del Celofán» cuando se abordan cuestiones relacionadas con la definición de mercado relevante: si el producto en cuestión es fabricado y vendido por una empresa dominante, que está aplicando precios monopolísticos, por definición no puede aumentarse más el nivel de precio que maximiza el beneficio. Así, aunque el producto puede haberse definido como «mercado» relevante si se hubiera tomado como punto de partida el nivel de precio correspondiente a una situación competitiva, esta conclusión a la que llega el Tribunal Supremo lleva a definir el mercado relevante de forma muy amplia, lo que lleva a concluir erróneamente que el monopolista no está en posición dominante.

Para llegar a sus conclusiones, el razonamiento del Tribunal se basó en el concepto de «elasticidad cruzada de demanda», ya que observó que un aumento o disminución del precio del celofán provocaba que un considerable número de consumidores de otros productos flexibles para envolver cambiaran sus pautas de consumo, demostrando así que ambos productos competían en el mismo mercado. El hecho de que exista un amplio grupo de consumidores (denominados *consumidores libres*) que pueda cambiar de producto fácilmente, y ante los cuales no es posible ejercer el poder de mercado, sin embargo, dejaba «indefensos» a cierto grupo de consumidores que no estaban en condiciones de cambiar tan fácilmente de producto, en este caso determinados fabricantes de cigarrillos (denominados *consumidores cautivos*), y que sí podían ser objeto de conductas anticompetitivas.

Seis años más tarde, en 1962, esta preocupación por proteger también a pequeñas «subclases» de consumidores llevó al Tribunal en la Sentencia *Brown Shoe Co. v. United States*¹⁴, tras reafirmar la validez de los criterios de la sustituibilidad de demanda a través de la elasticidad cruzada, a afirmar, que «dentro de un mercado amplio, pueden existir submercados bien definidos, los cuales constituyen, en sí mismos, mercados de producto a efectos antitrust». En vez de explicar cómo se articula la protección de ambos grupos de consumidores frente al hipotético poder de mercado de la empresa, el Tribunal se limitó a afirmar que «los límites de dichos submercados se determinarán sobre el análisis de factores como el reconocimiento público dicho submercado como una entidad económica independiente, las características y los usos peculiares del producto, los centros productivos, diferentes consumidores, diferentes precios, respuesta ante variaciones en los precios y vendedores especializados».

Esta tendencia a proteger a subgrupos de consumidores cada vez más pequeños por la vía de definir los mercados de manera más estrecha se llevó hasta el extremo, cuatro años después en la Sentencia *United States v. Grinnell Corp.*¹⁵, que siguió el mismo razonamiento que *Brown Shoe* con el fin de proteger, esta vez, a un grupo específico de consu-

¹⁴ 370 U. S. 294 (1962).

¹⁵ 384 U. S. 563 (1966).

midores que tenían una preferencia muy marcada por el sistema de seguridad y alarma producido por la compañía demandada.

Por otro lado, en el contexto de operaciones de concentración, el Tribunal Supremo se pronunció sobre la definición de mercado en 1957 en la Sentencia *United States v. E. I. du Pont de Nemours & Co.*¹⁶, que abordó una denuncia contra ambas compañías por supuesta infracción de la sección 7 de la Clayton Act, fallando finalmente en contra de la operación sobre la base de un mercado delimitado de manera más «estrecha» que el definido tan sólo un año antes en la decisión *Celofán*.

El empleo de la elasticidad como criterio para determinar los contornos de un mercado relevante como área en la que se ejercita —o se prevé que se pueda ejercitar— un poder de mercado, ha sido una de las cuestiones más controvertidas en el debate antitrust de los últimos años. En 1981, fue especialmente relevante la propuesta de los profesores LANDES y POSNER¹⁷, que en un influyente artículo defendieron una definición de mercado apoyándose en el Índice *Lerner* y la relación funcional entre poder de mercado, por un lado, y cuota de mercado, elasticidad de demanda y elasticidad de oferta, por otro.

Esta postura suscitó una cierta polémica entre diferentes académicos y autoridades en el Derecho *antitrust*, avivada por la publicación por parte de profesores de la talla de KAPLOW¹⁸ y SCHMALENSSEE¹⁹ de respuestas a dicha propuesta. Sin entrar en los argumentos esgrimidos por cada una de las partes, se puso en evidencia la falta absoluta de consenso sobre un método analítico que permitiera afrontar con éxito la compleja tarea de la definición de mercado.

Ante el desbarajuste jurídico²⁰ que las decisiones reseñadas provocaron en cuanto a la delimitación del mercado relevante, y tras un intento fallido en 1968 (unas Directrices²¹ que no aclaraban absolutamente nada), el Departamento de Justicia publicó en 1982 sus *Merger Guidelines*, en las que se persigue, como aspecto principal identificar aquellas fusiones que puedan crear o reforzar una situación de poder de mercado, ofreciendo una base analítica basada en tres criterios: sustituibilidad de demanda, sustituibilidad de oferta y condiciones de acceso. Se mantiene, por tanto, el criterio de la sustituibilidad de demanda como delimitador del mercado relevante, pero las *Merger Guidelines* se separan bastante de los precedentes existentes en la medida en que se avanza en el método

¹⁶ 126 F. Supp. 235, rev'd, 353 U. S. 586 (1957).

¹⁷ W. LANDES y R. POSNER, «Market Power in Antitrust Cases», 94 *Harv. L. Rev.* 937 (1981).

¹⁸ L. KAPLOW, «The Accuracy of Traditional Market Power Analysis and a Direct Adjustment Alternative», 95 *Harv. L. Rev.* 1817 (1982).

¹⁹ R. SCHMALENSSEE, «Another Look at Market Power», 95 *Harv. L. Rev.* 1789 (1982).

²⁰ *Vid.*, por ejemplo, la afirmación realizada al respecto por Donald F. TURNER en 1980, de que «this whole area is a bloody mess», en «The Role of the "Market Concept" in Antitrust Law», 49 *Antitrust L. J.* 1145 (1980), p. 1150.

²¹ *Vid.*, para una crítica detallada, Gregory J. WERDEN, «The History of Antitrust Market Delineation», 76 *Marq. L. Rev.* 123 (1992), pp. 169 ss.

de análisis de la elasticidad cruzada a través del denominado «SSNIP test» (*Small but Significant and Nontransitory Increase in Price*). Así, un mercado antitrust se define como «un producto o grupo de productos y un área geográfica en la que se venden, para los cuales una empresa —hipotéticamente maximizadora de beneficio y no sujeta a regulación de precios— que es la única fabricante presente y futura de esos productos en ese área, puede aplicar un aumento de precio pequeño pero significativo, y permanente, manteniéndose constantes las condiciones de venta del resto de productos» (párrafo núm. 2.01).

Es interesante hacer notar que esta definición de mercado relevante refleja la separación entre sustituibilidad en la demanda —como principal criterio delimitador— de la sustituibilidad en la oferta y de la competencia potencial, que son considerados en estadios posteriores del análisis. En efecto, al referirse a un *único fabricante* sobre un grupo de productos y un área determinada se excluye la posibilidad de sustitución de oferta en la definición del mercado relevante, y al referirse a fabricante *presente y futuro* se excluye la posibilidad de entrada de nuevos competidores.

Se indica que un aumento del 5 por 100 durante un año es más o menos lo que las agencias *antitrust* considerarán para la definición de mercado. El grupo de vendedores más pequeño que pueda ejercer el poder de mercado es el seleccionado como mercado relevante a efectos de análisis, aunque grupos mayores también pueden encajar en la definición. Este concepto se aplica tanto a la determinación del mercado de producto como el mercado geográfico.

La *Comunicación*, por su parte, define el mercado de producto como sigue: «El mercado de producto de referencia comprende la totalidad de los 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» (párrafo núm. 7).

Las similitudes con la definición ofrecida por la Sentencia *Celofán*, antes reseñada, saltan a la vista; al margen de pequeñas divergencias (se concede más peso a las preferencias subjetivas de los consumidores frente al carácter objetivo de «fines para los que fueron hechos»; se incluyen los servicios; se omite la referencia a la calidad, que se entiende comprendida entre las «características» del producto), el concepto parece claro: un mercado se delimita por el criterio de sustituibilidad, la cual se articula a través de tres elementos del producto: características, precio, y uso.

Como fácilmente se advierte, esta definición de mercado de producto, según qué sectores, puede ser especialmente complicada. Un ejemplo reciente y no exento de cierto «folclore» lo proporciona la multa que la Comisión Europea ha impuesto a los organizadores del Mundial de Fútbol de 1998. Se ha señalado al respecto que «El tema la definición de mercado en el sector de los deportes es altamente engañoso, y plantea dudas acerca de si cada deporte debe constituir un mercado separado

o, por el contrario, el deporte es únicamente una parte más del mercado más amplio del entretenimiento»²². Otro elemento que complica el análisis es el del grado de desarrollo del mercado, ya que, por ejemplo, cuando un producto está en la fase inicial de su desarrollo las cuotas de mercado no son significativas —en el sentido de indicadoras de una posición de dominio—, ya que pueden cambiar rápidamente. A su vez, cuando nos hallamos en un mercado ante un producto antiguo y un producto nuevo, que cumplen funciones parecidas, hay que delimitar bien si ambos «conviven» en el mismo mercado o constituyen mercados separados²³.

3. MERCADO RELEVANTE DE PRODUCTO

La *Comunicación* también identifica tres fuentes principales de presiones a las que se ven sometidas las empresas en los asuntos de competencia: la sustituibilidad de la demanda, sustituibilidad de la oferta y competencia potencial. Al igual que sus predecesores norteamericanos, las autoridades comunitarias de competencia establecen que se prestará especial atención únicamente al primero, ya que «*desde una perspectiva económica, para la definición de mercado de referencia, la sustituibilidad de la demanda es el medio más inmediato y eficaz de restringir el comportamiento de los suministradores de un determinado producto, especialmente por lo que se refiere a sus decisiones en materia de fijación de precios*» (párrafo núm. 13).

Por tanto, al ser generalmente menos inmediatas y requerir el análisis de otros factores, las presiones derivadas de la sustituibilidad de la oferta y de la competencia potencial no se tienen en consideración para la definición de mercados. En caso necesario, el análisis de este segundo grupo de presiones no se lleva a cabo hasta una fase posterior, una vez que se haya determinado la posición de las empresas que participan en el mercado de referencia y dicha posición plantee problemas desde el punto de vista de la competencia²⁴.

²² S. WEATHERILL, «0033149875354: Fining the Organisers of the 1998 Football World Cup», *European Competition Law Review*, vol. 21 (6), junio 2000, p. 276.

²³ *Vid.*, como ejemplo de esta situación, el comentario que se hace a la decisión de 15 de junio de 1999 de OFTEL, la agencia reguladora de las telecomunicaciones en el Reino Unido, de sancionar a BT por aplicar precios predatorios en el mercado de los servicios de anuncios clasificados, al lanzar un sistema informatizado que competía con el tradicional de Páginas Amarillas, en G. NIELS y H. JENKINS, «Predation or Innovation? How competition authorities deter dominant firms from entering new markets», *European Competition Law Review*, vol. 21 (6), junio 2000, pp. 287-290.

²⁴ Es razonable que la evaluación de la competencia potencial se lleve a cabo en un segundo estadio del análisis, el de la valoración de la posible posición de dominio más que en el de la definición de mercado, ya que de los factores que se barajan habitualmente como indicadores de poder de mercado —cuota de mercado, fuerza financiera, acceso a los mercados de suministro, pertenencia a grupos multinacionales, integración vertical y existencia de barreras de entrada— este último, el de si se trata de un mercado atacable o impugnabile (*contestable markets*), es especialmente importante en estos supuestos, ya que, por muy elevada que sea su cuota de mercado, un empresario no podrá subir los precios por encima del nivel competitivo si tiene competidores potenciales que,

A. SUSTITUIBILIDAD DE DEMANDA

El elemento de *sustituibilidad en la demanda*, determina qué productos son suficientemente similares en cuanto a su función, precio y atributos para ser contemplados por los usuarios como sustitutivos razonables de otro. Así se reconoció, entre otras muchas, en la importante Sentencia *Hoffmann-La Roche & Co. AG c. Comisión*: «El concepto de mercado relevante implica que de hecho puede haber una competencia efectiva entre los productos que forman parte del mismo y ello presupone que hay un grado suficiente de intercambiabilidad entre todos los productos que forman parte de un mismo mercado en la medida en que ello se refiera a un uso específico de tales productos»²⁵. En efecto, el Tribunal en este punto confirma la postura de la Comisión en considerar como mercados separados cada uno de los grupos de vitaminas fabricadas por Roche (los tipos A, B2, B3, B6, C, E y H), ya que cada uno de esos grupos tiene funciones metabolizantes distintas, y, por tanto, no son intercambiables entre sí.

Ahora bien, hay que distinguir entre la «sustituibilidad en la demanda» como *concepto* y como *metodología analítica*. En su primera acepción, la noción de sustitución en la demanda es clásica, clara en su formulación y no plantea dificultad. Ahora bien, a los efectos de la aplicación de las leyes antitrust, hay también que manejar unos métodos que permitan cuantificar ese grado de «intercambiabilidad razonable», y es en esta segunda acepción del concepto donde surgen los problemas.

Históricamente, y siguiendo el precedente norteamericano expuesto de las Sentencias *Celofán* y *Brown Shoe*, el criterio de la intercambiabilidad razonable del uso de los productos se ha basado en el test de la *elasticidad cruzada de demanda*, es decir, la respuesta en la cantidad demandada de un producto ante cambios en el precio del otro. La elasticidad cruzada es positiva si los bienes son buenos sustitutivos (el ejemplo típico es el aumento en el precio del billete de autobús urbano que llevará a una mayor demanda de billetes de metro). La elasticidad cruzada es negativa si los bienes son complementarios (un aumento de precio de las gasolinas llevará a un descenso de la demanda de aceites lubricantes para motor)²⁶.

Así lo recogía, más modernamente, la Decisión *Tetra Pak II*²⁷: «A

ante ese aumento de precios, quieran y puedan entrar en el mercado con precios más bajos destinados a captar la demanda resultante de tal modificación por el lado de la oferta.

²⁵ Sentencia del TJCE, de 13 de febrero de 1979, Caso 85/76, ECR (1979) p. 0461, párrafo núm. 28.

²⁶ A modo de apunte, señalar que este concepto se ajusta bastante a la noción manejada por la teoría económica clásica, y sigue casi al pie de la letra la definición aportada por el profesor STIGLER hace ya más de medio siglo: «La elasticidad cruzada define la sustituibilidad económica, y proporciona una base adecuada para la definición de producto: podemos decir que todas las categorías de cosas que se encuentran entre la elasticidad cruzada son especies de un mismo producto», G. J. STIGLER, *The Theory of Price*, New York, MacMillan, 1953, p. 49.

²⁷ Decisión 92/163/CEE de la Comisión, de 24 de julio de 1991 (IV/31.043 — *Tetra Pak II*), DOCE, núm. L 072/1, de 18 de marzo de 1992.

estas dos técnicas de tratamiento de la leche corresponden técnicas y materiales de envasado diferentes. Los productos resultantes (envases de cartón y máquinas de envasado) forman, a su vez, mercados distintos, en el sentido de que su elasticidad de sustitución con respecto a los precios es reducida y ello como consecuencia de la participación marginal del envase en el coste total del producto envasado, de la especificidad de los diferentes tipos de envasado para el consumidor y de las inelasticidades de la oferta» (párrafo núm. 9).

Esta Decisión se recurrió ante el Tribunal de Primera Instancia, quien en su Sentencia *Tetra Pak c. Comisión*²⁸ confirmó la idoneidad del criterio de la elasticidad de demanda utilizado por la Comisión para la definición del mercado relevante de producto: «[la Comisión] recuerda, en primer lugar, que la elasticidad cruzada de la demanda procedente de las empresas de envasado en lo que se refiere a los precios, que permite delimitar los mercados de los sistemas de envasado, depende de la elasticidad cruzada en relación con los precios en los mercados de los productos finales» (FJ 57) y «procede destacar que la Comisión se basó acertadamente, en el presente caso, en el criterio de la posibilidad de sustitución suficiente de los diversos sistemas destinados al envasado de líquidos alimenticios» (FJ 66), matizando cuál es el alcance exacto de los conceptos de «intercambiabilidad» y «sustituibilidad», cuando afirma que «(...) debe definirse, en primer lugar, cuáles son los productos que, sin ser sustituibles por otros productos, son suficientemente intercambiables con los productos que aquélla ofrece, en función no sólo de las características objetivas de estos productos, en cuya virtud son especialmente adecuados para satisfacer necesidades constantes, sino también en función de las condiciones de la competencia, así como de la estructura de la demanda y de la oferta en el mercado» (FJ 63).

La situación, por tanto, antes de la publicación de la *Comunicación* por parte de la Comisión, era como en los Estados Unidos, de parecida inseguridad jurídica y falta de certeza económica en cuanto a la falta de existencia de un test preciso para determinar cuál deba ser un grado suficiente de intercambiabilidad entre los productos²⁹; sin embargo, y en línea con la adopción de los mismos criterios de definición de mercado seguidos en las *Merger Guidelines*, en el párrafo núm. 15 se adopta —con matices, y sin decirlo explícitamente— el SSNIP test: «El análisis de la sustituibilidad en la demanda implica la determinación de la serie de productos que el consumidor considera sustitutivos. Para llegar a esta determinación puede realizarse un ejercicio mental que presuponga una variación pequeña y no transitoria de los precios relativos y que analice la posible reacción de los consumidores frente a esta variación», tomando también como referencia cuantitativa hipotética la variación del 5 por 100 al 10 por 100 en los precios relativos de los productos (párrafo núm. 17).

²⁸ Sentencia del TPI (Sala 2.^a), de 6 de octubre de 1994, Asunto T-83/91, ECR (1994), p. II-0755.

²⁹ En el ámbito del control de concentraciones sí se han ofrecido algunas propuestas serias de sistematizar y desarrollar criterios orientadores claros sobre la definición de mercado; *vid.*, a este respecto, el excelente trabajo de J. BRIONES ALONSO, «Market Definition in the Community's Merger Control Policy», *European Competition Law Review*, núm. 4, 1994, pp. 195-208.

Cuando en vez de en los casos de abuso de posición de dominio nos situamos en el ámbito de las prácticas restrictivas de carácter horizontal, se ha defendido que el criterio para definir el mercado ha de ser diferente, pues lo relevante en estos casos no es tanto si los precios están a un nivel supracompetitivo como evaluar si la fusión u operación de concentración conllevará un deterioro de las condiciones de competencia en el mercado.

Así lo reconoce la Comunicación, que en su párrafo núm. 12 establece que: «Los criterios para definir el mercado de referencia se aplican generalmente en el análisis de ciertos comportamientos en el mercado y de cambios estructurales en la oferta de productos. Sin embargo, esta metodología puede llevar a resultados diferentes en función de la naturaleza de la cuestión de competencia examinada. Por ejemplo, la extensión del mercado geográfico puede ser diferente según se analice una concentración, en cuyo caso el análisis es fundamentalmente prospectivo, o un comportamiento pasado.»

En Estados Unidos supone trasladarse del ámbito de la sección 7.^a de la Sherman Act (*monopolizing cases*) al de la sección 2.^a de la Clayton Act (*merger cases*), y para autores de indiscutida autoridad en la materia, como TURNER, «la definición de mercado en los casos de abuso de posición dominante no es apropiada para la mayoría de las fusiones»³⁰. Más categórico vuelve a mostrarse POSNER: «La falacia del Celofán no surge en una fusión, en la que la cuestión no es si los precios superan el nivel competitivo, sino si dicha operación perjudicará las condiciones de competencia. Si no hay buenos sustitutos en el consumo o la producción para un determinado nivel de precios, importa poco si dicho nivel es monopolístico o el competitivo; lo importante es que la fusión no lleve a aumentarlos. Por ello, los criterios para definir el mercado relevante han de ser diferentes en los supuestos de abuso de posición dominante y los de fusiones, aunque el Tribunal Supremo haya dicho que son los mismos»³¹.

El criterio de la sustituibilidad en la demanda como criterio delimitador del mercado relevante goza en la actualidad de general aceptación. No siempre se adoptará de forma explícita, por lo menos con la claridad con la que el Tribunal de Justicia lo empleaba en las primeras Sentencias. Así, en la ya citada *United Brands c. Comisión*, las peculiaridades de la fruta objeto de litigio, el plátano (producción durante todo el año, elemento importante en dietas médicas y de ancianos y niños pequeños, etc.), llevó a definir el mercado relevante como el compuesto únicamente por esa fruta, y ninguna otra, ya que «su grado de sustituibilidad es relativamente pequeño, debido a sus peculiares características y a todos los factores que influyen en las preferencias de los consumidores» (párrafo núm. 30)³². Después de veinte años, en Sentencias como la reciente *Oscar*

³⁰ D. TURNER, «Antitrust Policy and the Cellophane Case», 70 *Harv. L. Rev.* 281 (1956), p. 315.

³¹ R. POSNER, *Antitrust Law, An Economic Perspective*, New York, Chicago Press, 1976, p. 128.

³² Sentencia del TJCE, de 14 de febrero de 1978, *cit.*

*Bronner GmbH & Co. v. Mediaprint*³³, el Tribunal sigue utilizando el criterio de la intercambiabilidad para determinar si el mercado relevante era el de los sistemas de reparto prensa a domicilio o también lo integraban otros medios de distribución.

La Comisión, por su parte, vuelve a hacerse eco de este criterio en sus recientes *Directrices sobre Restricciones Verticales*³⁴, cuando define el mercado relevante de producto como «cualesquiera bienes o servicios que el consumidor considera intercambiables en razón de sus características, precio o uso» (párrafo núm. 90). Y remarca a continuación que «El mercado de producto depende, en primer lugar, de la sustituibilidad desde la perspectiva de los compradores» (párrafo núm. 91). Pero añade, en el mismo párrafo, dos criterios adicionales para definir el mercado de producto: las preferencias de los consumidores («cuando el producto ofertado se use como *input* de otros productos y no sea fácilmente distinguible en el producto final, el mercado de producto se define normalmente por las preferencias directas de los compradores») y el de la cartera de productos («cuando la oferta consiste en una cartera de productos, las carteras completas constituirán el mercado de producto si las mismas —y no los productos individualmente— son consideradas por los compradores como sustitutivos»).

Igualmente, en uno de sus últimos documentos publicados, las *Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 81 del Tratado CE a los acuerdos de cooperación horizontal*³⁵, vuelve a insistir en este criterio, con referencia expresa a la *Comunicación*, matizando, para la definición de mercados de compra de referencia «La única diferencia con relación a la definición de los “mercados de venta” es que la posibilidad de sustitución debe definirse desde el punto de vista de la oferta, y no de la demanda» (párrafo núm. 120).

Nuestro mismo Tribunal de Defensa de la Competencia lo utiliza frecuentemente en sus pronunciamientos, como la reciente Resolución *3M/SIGESA*³⁶, que enfrenta a la empresa Iasist con 3M España, S. A., por la comercialización de *software* de validación, tratamiento y análisis de pacientes hospitalarios. En el trámite de medidas cautelares, el Tribunal ha afirmado que: «*Aunque 3M y Sigesa alegan que el mercado relevante a considerar es más amplio, el Tribunal (...) considera que el mercado en el que se producen las conductas objeto de este expediente es el de las aplicaciones informáticas conocidas como agrupadores (...). Estos productos no tienen sustitutivos próximos por lo que no parece que puedan ser incluidos en un mercado que contenga otros productos y servicios que no puedan realizar la específica función de clasificar los pacientes de un hospital mediante códigos que condensen sus atributos.*»

³³ Sentencia del TJCE, de 26 de noviembre de 1998, Asunto C-7/97.

³⁴ DOCE, núm. C 291, de 13 de octubre de 2000, pp. 1 ss.

³⁵ DOCE, núm. C 3, de 6 de enero de 2001, pp. 2-29.

³⁶ Resolución de 6 de abril de 2000, Expte. MC 31/00, Fundamento Jurídico 2.º

B. SUSTITUIBILIDAD EN LA OFERTA Y COMPETENCIA POTENCIAL

El elemento de la *sustituibilidad en la oferta* se diferencia de la *sustituibilidad en la demanda* en que mientras éste se refiere a la existencia de una posibilidad efectiva para el comprador de encontrar sustitutivos razonables, aquél se refiere a si los suministradores de productos que en principio no son sustituibles desde el punto de vista de la demanda pueden fácilmente pasar a producir y ofrecer productos que sí lo sean³⁷. La *sustituibilidad en la oferta* es, por tanto, particularmente apropiada para evaluar la validez de «mercados estrechos», en los que la definición del mercado sea tan específica como, por ejemplo, los productos de una marca determinada fabricados para unas especificaciones técnicas particulares.

En todo el debate sobre la definición de mercado relevante, la cuestión de la *sustituibilidad de oferta* ha sido probablemente uno de los puntos más oscuros. Uno de los ejemplos más elocuentes de este grado de confusión lo encontramos en el importante caso *Michelin*. En 1981 la Comisión Europea, en la Decisión *NV Nederlandsche Banden-Industrie Michelin*³⁸ multó al gigante de los neumáticos por entender que había abusado de su posición dominante a través de una serie de prácticas contrarias al entonces artículo 86 del Tratado de la CEE, en el mercado de los neumáticos nuevos para camiones y autobuses. Esta Decisión fue recurrida ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, entre otras muchas razones por entender la recurrente que se había efectuado erróneamente la definición del mercado relevante. De ahí que el Tribunal, en la Sentencia *NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin c. Comisión*³⁹ lleve a cabo un detallado análisis de las cuestiones relativas a la definición de mercado.

La cuestión principal objeto del recurso fue la afirmación de la Comisión de que, durante el período 1975 a 1980, *Michelin* había detentado una cuota del 57 al 65 por 100 en el mercado de neumáticos nuevos de repuesto para camiones, autobuses y vehículos similares, en los Países Bajos, mientras que la cuota de sus más directos competidores era del 4 al 8 por 100. *Michelin* aceptó estas cifras, pero sostuvo que la Comisión se había equivocado al no tener en cuenta las relaciones competitivas de los neumáticos de coches y furgonetas. En consecuencia, alegó que la definición de mercado efectuada por la Comisión era demasiado amplia, en el sentido de que no tenía en cuenta los diferentes tamaños y tipos de neumáticos, y, a la vez, demasiado estrecha, en el sentido de

³⁷ Para un consumidor que use zapatos de talla 40, un zapato de talla 45 no es en absoluto un producto sustitutivo (punto de vista de la demanda), mientras que para el fabricante, la sustitución de pasar de producir uno a producir otro no supone prácticamente coste adicional (punto de vista de la oferta).

³⁸ Decisión de la Comisión, de 7 de octubre de 1981 (IV/29.491 — *Bandengroothandel Frieschebrug BV/ NV Nederlandsche Banden-Industrie Michelin*), DOCE, núm. L 353/33.

³⁹ Sentencia del TJCE, de 9 de noviembre de 1983, Asunto 322/81, ECR (1983), p. 3461.

que no tenía en cuenta los neumáticos para coches y furgonetas. La Comisión había afirmado en su Decisión que con un producto técnicamente homogéneo no es posible separar mercados en atención al tamaño, características o tipos específicos dentro de ese producto (empleando el criterio de la elasticidad de oferta entre ellos). Por otro lado, la intercambiabilidad (es decir, el criterio de la elasticidad de demanda) permite distinguir entre el mercado de neumáticos para coches y el mercado de neumáticos para camiones, ya que el tipo de consumidor y los hábitos de compra en uno y otro son totalmente diferentes.

El Tribunal, en los párrafos 37 a 42 de su Sentencia, da la razón a la Comisión basándose en los siguientes razonamientos⁴⁰: 1) para llevar a cabo una correcta definición del mercado relevante no puede limitarse el análisis a las características «objetivas» o físicas del producto; 2) cuando la competencia tiene pautas y caracteres claramente diferenciados (como es el caso de los neumáticos nuevos y los de repuesto), ambos productos constituyen mercados distintos; 3) cuando la estructura de la demanda es distinta (los compradores de neumáticos para vehículos pesados lo hacen de forma más profesionalizada, ya que supone un gasto considerable, mientras que para un particular la compra de un neumático para su turismo es poco menos que una operación «ocasional») también han de considerarse que los mercados son distintos; 4) finalmente, si no hay elasticidad de oferta (las diferencias en las técnicas de producción, en las exigencias técnicas de la planta industrial y en las herramientas y recursos empleados son significativas) hay que hablar de mercados distintos.

Por ello, la *Comunicación* recoge, en los párrafos núms. 20 a 23, que para que la sustituibilidad en la oferta también pueda tenerse en cuenta al definir mercados, será necesario que sus efectos sean equivalentes a los de la sustituibilidad en la demanda en términos de eficacia y de respuesta inmediata, lo cual requiere que los proveedores puedan pasar a fabricar los productos de referencia y comercializarlos a corto plazo sin incurrir en costes o riesgos adicionales significativos (*switching costs*), en respuesta a pequeñas variaciones permanentes de los precios relativos. De ahí que la sustituibilidad en la oferta no se tendrá en cuenta para definir el mercado relevante cuando implique la necesidad de ajustar de forma significativa los activos materiales e inmateriales existentes, las inversiones adicionales, las decisiones estratégicas o los plazos.

⁴⁰ El mercado de producto relevante fue considerado como el de neumáticos nuevos de repuesto para vehículos pesados. Esta conclusión significa rechazar tres definiciones alternativas de mercado de producto, dos más amplias y una más estrecha, de las que se extraería la conclusión de que Michelin no estaba en posición dominante: los neumáticos nuevos de repuesto para vehículos pesados y vehículos ligeros (por ejemplo, coches y furgonetas); neumáticos nuevos de repuesto para vehículos pesados y neumáticos antiguos de repuesto para vehículos pesados; y, la tercera posibilidad era admitir como mercado relevante de producto un conjunto de tipos de neumáticos nuevos de repuesto para vehículos pesados. *Vid.*, la crítica llevada a cabo por C. JEBSEN y R. STEVENS, «Assumptions, Goals and Dominant Undertakings: The regulation of Competition under article 86 of the European Union», 64 *Antitrust L. J.* 451 (1996), pp. 473-475, a cada una de las series de argumentos que dio el Tribunal para rechazar estas tres posibles definiciones.

Se considera que una empresa es un *competidor potencial* si existen pruebas de que puede y quiere hacer las inversiones necesarias para poder entrar en un mercado ante variaciones de los precios. Esta evaluación debe basarse en un criterio realista, ya que no basta con la posibilidad puramente teórica de penetrar en el mercado. Por ello las condiciones en las que la competencia potencial representará realmente una presión competitiva depende del análisis de factores y circunstancias específicas relacionados con las condiciones de acceso —es decir, la existencia de barreras de entrada⁴¹—.

4. EL MERCADO GEOGRÁFICO RELEVANTE

La *Comunicación* establece 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 puede distinguirse de otras zonas geográficamente próximas debido, en particular, a que las condiciones de competencia en ella prevalecientes son sensiblemente distintas a aquéllas*» (párrafo núm. 8).

Este concepto de mercado geográfico de referencia tiene su origen, una vez más, en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, en concreto en la Sentencia *United Brands Company & United Brands Continental BV c. Comisión*⁴², en cuyo apartado n.º 44 se define el mercado geográfico como «*el territorio en el que las condiciones objetivas de competencia que se aplican al producto en cuestión son las mismas para todos los agentes que actúan en el mercado*». Es, por tanto, un área, una extensión en la que todos los operadores económicos se hallan en condiciones de competencia similares, en lo que respecta a los productos de que se trata⁴³. En este sentido, la Comisión destaca acertadamente que no es necesario que las condiciones objetivas de competencia entre los operadores sean perfectamente homogéneas, sino que basta con que sean «similares» o suficientemente homogéneas.

En la Sentencia *Tetra Pak c. Comisión*, antes citada, se añade, además, dos elementos interesantes a la luz del actual debate sobre el papel del análisis económico en el Derecho *antitrust* y respecto a la «coordinación» entre el análisis del mercado geográfico y el de producto. Dice el Tribunal

⁴¹ *Vid.*, para un análisis detallado de cómo las barreras de entrada afectan a la definición del mercado relevante, L. GYSELEN y N. KYRIAZIS, «Article 86 EEC: The Monopoly Power Measurement Issue Revisited», *European Law Review*, vol. 11, núm. 2, pp. 136-140.

⁴² Sentencia del TJCE, de 14 de febrero de 1978, Asunto 27/76, Rec. (1978), p. 207.

⁴³ En el ámbito del Derecho comunitario, la posición dominante de que se trate debe existir en un mercado geográfico, que debe ser el Mercado Común en su conjunto o una parte sustancial del mismo. El mercado geográfico debe ser un área en que las condiciones de la competencia aplicables al producto de que se trate sean las mismas para todos los comerciantes, y por eso se define en relación al área en que el abuso tiene efecto o en la que están situadas las personas afectadas negativamente por el mismo.

de Primera Instancia en el párrafo núm. 91 de su pronunciamiento que «la definición de mercado geográfico depende, al igual que la del mercado de los productos, de una valoración económica»⁴⁴. Por otro lado, se aclara en el apartado núm. 113, que el artículo 82 (ex art. 86) prohíbe 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, limitándose a precisar sus requisitos de aplicación en lo que se refiere a la extensión del mercado geográfico afectado. No incluye ninguna indicación explícita relativa a las exigencias correspondientes a la localización del abuso en el mercado de los productos.

En el ámbito de Derecho *antitrust* norteamericano, se entiende como mercado geográfico de referencia el área en la que el vendedor opera y a la que el comprador puede, razonablemente, acudir para demandar bienes o servicios. En palabras del Tribunal Supremo en la decisión *Brown Shoe* antes citada, «Los criterios para la definición del mercado geográfico de referencia son básicamente los mismos utilizados para la definición del mercado relevante de producto. El Congreso ha previsto un enfoque para la definición del mercado relevante pragmático y realista, no legalista y formal. El mercado geográfico seleccionado debe, en consecuencia, tanto corresponder a la realidad comercial del mercado como tener, a la vez, cierta entidad económica. Por tanto, aunque el mercado geográfico en ocasiones abarque la nación al completo, en otras circunstancias puede perfectamente ser tan pequeño como una simple área metropolitana»⁴⁵.

De la dificultad que a veces entraña la definición de mercado y de su importancia de cara al resultado final de un litigio *antitrust*, pocos casos hay tan ilustrativos en la jurisprudencia como el que resolvió en 1981 el Tribunal de Apelaciones del Distrito de Ohio, en el asunto *Marathon Oil Company v. Mobil Corporation et al.*⁴⁶. Este juicio, que enfrentó a la Mobil Corporation, la segunda corporación industrial petrolífera de los Estados Unidos con Marathon Oil Company, la novena empresa refinadora, se planteó cuando en octubre de 1981 aquélla anunció un plan de adquisición de un paquete de acciones de ésta suficiente como para hacerse con el control de la misma. Tras una serie de conversaciones entre ambas, en noviembre Marathon demandó a Mobil en sede *antitrust* acusándola de que dicha adquisición reduciría la competencia en tres mercados diferentes de este sector: el del crudo, el del petróleo ya refinado y el del transporte de carburantes. Esta definición de mercado relevante de producto no fue discutida, pero lo que dio lugar a un encarnizado debate fue la definición del mercado geográfico relevante, ya que se discutía si éste tenía que ser el local, el regional, el nacional o aún el internacional.

Sin entrar en un análisis detallado de este caso, simplemente dejar constancia de que en dicho juicio se presentó una amplia documentación

⁴⁴ Sentencia del TPI, de 6 de octubre de 1994, *cit.*

⁴⁵ *Brown Shoe Co. v. United States*, 270 U. S. 294, 336-37 (1962).

⁴⁶ 530 F. Supp. 315 (1981).

sobre el mercado de extracción petrolífera, el proceso de refinería y las formas de transporte en los Estados Unidos. Mobil tenía refinерías en seis Estados (Texas, Illinois, California, New Jersey, Washington y Kansas) y Marathon en cuatro (Louisiana, Texas, Illinois y Michigan). La determinación de las interrelaciones competitivas entre éstas y los lugares en que están las mayores reservas petrolíferas (Golfo de Texas, Oklahoma, California, Alaska y las Montañas Rocosas) y entre todo ello y los diferentes métodos de transporte (camiones cisterna u oleoductos) fue una cuestión técnica llena de complicaciones. Al final, el Tribunal del Distrito concluyó que *«la existencia de diferenciales de precio en varias áreas de la nación demuestra que la gasolina para motores no se mueve de una zona a otra en respuesta a cambios en los precios con la facilidad y rapidez que afirma Mobil. Más bien lo que indican es que el mercado geográfico relevante es menor que el mercado nacional considerado en su conjunto»*.

De iguales proporciones e interés a estos efectos fue la *joint venture* entre otros dos gigantes, esta vez del sector automovilístico, *General Motors* y *Toyota*, quienes en 1983 firmaron un acuerdo para la producción de «coches pequeños» en Estados Unidos y dieron lugar a una de las discusiones *antitrust*⁴⁷ más relevantes de la década de los 80. Entre otros interesantes aspectos, una de las cuestiones más debatidas fue precisamente la de la definición del mercado geográfico —el de producto no ofrecía dudas—. En primer lugar, se consideró que, a los efectos de hacer esta definición, debía añadirse la producción de Canadá al *output* estadounidense, ya que existe un acuerdo entre ambos países que permite la circulación libre de impuestos de todo tipo de vehículos de motor entre ellos. A su vez, respecto a los productores de Europa se llegó al acuerdo de no incluirlos, ya que las diferencias de costes de producción, redes comerciales y características de los propios coches hacen que su influencia competitiva en el mercado estadounidense fuera mínima. La cuestión era ¿qué pasa con Japón?

Desde abril de 1981 todas las importaciones japonesas estaban sujetas a unas cuotas (acordadas también por el gobierno japonés, en lo que se vino en llamar *VRA* —*voluntary restraint agreement*—) que limitaban a 1,68 millones los coches que podían «entrar» en los Estados Unidos en los próximos dos años. Para poder definir adecuadamente el mercado geográfico relevante era crucial saber si el *VRA* seguiría vigente o no. En un país como los EEUU, con una producción doméstica sustancial, y con importaciones limitadas a 1,68 millones de unidades, la pregunta era: ¿qué vendedores pueden aumentar las ventas en caso de un aumento de precios? La respuesta es que los vendedores que no tengan restringida su capacidad, ya que las importaciones no pueden aumentar, con lo que, partiendo de que se mantendrían en el futuro las cuotas del *VRA*, se definió

⁴⁷ *Vid.*, para un estudio en profundidad de este asunto, J. E. KWOKA y L. J. WHITE (eds.), *The Antitrust Revolution, The Role of Economics*, 2.^a ed., New York, Oxford University Press, 1994, pp. 46-76.

el mercado geográfico relevante como el formado por el territorio de Estados Unidos y Canadá.

5. DEFINICIÓN DE MERCADO Y DISCRIMINACIÓN DE PRECIOS

La intuición de que el concepto de mercado implica una cierta uniformidad de precios pertenece al acervo de la teoría económica prácticamente desde sus comienzos; esta idea se apoya en la definición de mercado que han manejado insignes economistas, como Alfred MARS-HALL, que se expresaba así hace más de ochenta años: «Por tanto, a medida que un mercado es más perfecto, mayor es la tendencia a que el mismo precio se pague por el mismo bien en el mismo momento y en todas partes»⁴⁸. En igual sentido, afirmó George STIGLER, en 1942, que «[u]n mercado de producto es un área en la que el precio tiende a ser uniforme, excepción hecha del margen que se permite por costes de transporte»⁴⁹.

Si la idea que subyace en estas definiciones es que en un mercado las mercancías circulan libremente, por lo que la posibilidad de arbitraje evita la existencia de diferenciales de precios para los mismos productos —se entiende que a igualdad de costes—, no es de extrañar que se haya manejado esta propiedad del mercado de *uniformidad de precios* como criterio delimitador del mismo. *A sensu contrario*, la presencia de *precios discriminatorios* revelaría la existencia de diferentes mercados. En el ámbito *antitrust*, uno de los pronunciamientos más contundentes al respecto ha sido el del profesor AREEDA: «La mejor y única guía para la definición de mercado es la relación de precio entre los productos. Precios idénticos presumiblemente indican un mercado único»⁵⁰.

Sin embargo, en la práctica la cuestión no es tan sencilla. Para empezar, esos conceptos se manejaban a los efectos de la teoría económica y no la defensa de la competencia; de hecho, hasta 1973 no se hizo un intento serio de aplicar dicha definición de mercado a un contexto *antitrust*⁵¹, aunque recientemente sí ha vuelto a ser objeto de estudio más detallado⁵². En palabras de HOROWIZ: «Curiosamente, los economistas han tenido comparativamente poco que decir acerca de cómo definir los

⁴⁸ A. MARSHALL, *Principles of Economics*, t. II, London, MacMillan, 1920, p. 325.

⁴⁹ George J. STIGLER, *The Theory of Competitive Price*, 1942, p. 92.

⁵⁰ P. AREEDA, «Market Definition and Horizontal Restraints», *52 Antitrust L. J.* 553 (1983), p. 563.

⁵¹ *Vid.*, el importante trabajo, K. ELZINGA y T. HOGARTY, «The problem of Geographic Market Delineation in Antimerger Suits», *18 Antitrust Bull.* 45 (1973), pp. 47-50.

⁵² *Vid.*, por ejemplo, J. A. HAUSMAN, G. K. LEONARD y C. A. VELLTURO, «Market Definition Under Price Discrimination», *64 Antitrust L. J.* 367 (1996). La conclusión a la que se llega en estos estudios es que hay demasiadas dificultades asociadas a la definición de mercado relevante cuando ésta se efectúa sobre la base de la discriminación de precios: la dificultad de identificar correctamente a los consumidores inframarginales, consideraciones en torno al lado de la demanda, la diferencia entre usuarios profesionales y no profesionales, y consideraciones de tipo dinámico, como las ventas repetidas o un horizonte temporal más amplio que el que habitualmente se presupone.

mercados. Más bien, su principal contribución ha sido llamar la atención sobre la propiedad de uniformidad de precios en un mercado competitivo, una vez que éste ha sido delimitado»⁵³.

Por otro lado, y desde un punto de vista metodológico no se puede tomar como causa y origen lo que es consecuencia o manifestación; la existencia de uniformidad de precios es síntoma evidente de una estructura competitiva saneada en un mercado, pero su contrario no es verdadero: la discriminación de precios, o más bien la existencia de diferenciales de precios, no es, de suyo, criterio indicador de falta de competencia efectiva, y solamente con muchas cautelas podrá ser empleado como criterio delimitador de los contornos del mercado. Lo que es evidente es que la presencia de la discriminación de precios viene a alterar la fórmula de la definición de mercado.

En efecto, las conclusiones a las que llegó el Tribunal Supremo en las Sentencias *Celofán* o *Brown Shoe* cambiarían de contemplarse la posibilidad de que las empresas demandadas pudieran discriminar entre el grupo de consumidores que hemos denominado *cautivos* —aplicando a éstos un precio supracompetitivo— y el grupo de consumidores que hemos denominado *libres* —no ejerciendo su hipotético poder de mercado, y aplicándoles un precio competitivo—. Si ambos grupos son fácilmente identificables y no es posible el arbitraje entre ellos, «sí estaría justificada una definición de mercado más estrecha que se centrara en las alternativas competitivas disponibles para una subclase sustancial de consumidores»⁵⁴.

Así, en la definición de mercado de las *Merger Guidelines* se asume inicialmente que no es posible la discriminación de precios, y se delimita el mercado relevante sobre esa hipótesis. Si la discriminación de precios es posible, se delimitan mercados más pequeños sobre la base de la localización de los consumidores; así, si el coste de arbitraje entre diferentes consumidores es suficientemente alto, cada uno de ellos constituirá un mercado separado; si el coste de arbitraje entre diferentes momentos de tiempo hace la reventa impracticable, cada «temporada» podrá también constituir un mercado separado; finalmente, para los bienes fabricados con arreglo a las especificaciones técnicas de un consumidor, cada unidad de producto puede constituir un mercado relevante.

Por su parte, la *Comunicación*, en el apartado dedicado a contemplar los elementos de apreciación utilizados para definir los mercados, establece que «La dimensión de un mercado de producto puede reducirse si se considera un grupo diferenciado de consumidores, que puede constituir un mercado diferenciado y más reducido para el producto considerado cuando dicho grupo puede ser objeto de una discriminación de precios. Esto

⁵³ I. HOROWITZ, «Market Definition in Antitrust Analysis; A Regression-Based Approach», 48 *S. Econ. J.* 1 (1981), p. 2.

⁵⁴ R. PITOFKY, «New Definitions of Relevant Market and the Assault on Antitrust», 90 *Colum. L. Rev.* 1805 (1990), p. 1814.

ocurrirá generalmente cuando se cumplan dos condiciones: a) que sea posible identificar claramente a qué grupo pertenece un cliente determinado en el momento de venderse los productos considerados, y b) que no sean realizables los intercambios entre consumidores o el arbitraje por parte de terceros» (párrafo núm. 43).

Este enfoque constituye, sin duda, una de las novedades más significativas introducidas por ambos documentos, que hunde sus raíces en la distinción que se lleva a cabo entre la fase de «definición del mercado relevante» y la de «identificación de los competidores» (consecuencia de la consideración, tanto en las *Merger Guidelines* como en la *Comunicación* de la sustituibilidad de oferta y la competencia potencial como criterios «secundarios» en la delimitación de mercado). En consecuencia, se concibe el mercado como un producto o grupo de productos y un área más que como un conjunto de empresas o de consumidores. Al definir el mercado bajo la hipótesis de no existencia de discriminación de precios, los mercados se delimitan sobre la base de los centros —o núcleos— de producción en vez de sobre la base de los centros de consumo.

Cuando se contempla la posibilidad de discriminar en precios, se reconoce que los consumidores objeto de la discriminación no pueden cambiar a productos sustitutivos o empresas que están fuera del mercado tal como se ha definido, y, en consecuencia, se contempla la posibilidad de «delimitar mercados adicionales, más estrechos»⁵⁵, mediante la identificación de dichos grupos de consumidores, para de esta manera protegerlos de ese ejercicio de poder de mercado.

Con el empleo del término mercados *adicionales* se evita además cualquier referencia al concepto de *submercados*, tan equívoco en el Derecho *antitrust*⁵⁶. Un enfoque así se presta, en cierto modo, a múltiples abusos, mediante una serie de maniobras que permitan llegar a un mercado de producto tan estrecho y un mercado geográfico tan pequeño, tales que, así definidos, el poder de mercado en ellos es indiscutible⁵⁷.

Con todo, es ésta una práctica habitual en las autoridades comunitarias de competencia. Así, por ejemplo, cuando la Comisión Europea dio el visto bueno a la adquisición por la empresa italiana *Magneti Marelli SpA* de su competidora *Seima Italiana SpA*, se llevó a cabo un cuidadoso

⁵⁵ *Merger Guidelines* (1982), § II (A), (c).

⁵⁶ En efecto, así como en la Teoría Económica se puede definir un mercado amplio —con la máxima capacidad de sustitución— y delimitar luego agrupaciones más estrechas bajo el término «submercados», cuando nos trasladamos al ámbito del Derecho, esto induce a confusión. Las leyes *antitrust* definen el mercado únicamente con el fin de determinar el poder de mercado de la empresa en cuestión. Por tanto, si un producto y área cumple los requisitos es un mercado relevante, y si no los cumple no lo es, en cuyo caso es irrelevante desde el punto de vista *antitrust*. Precisamente, este tipo de indeterminación es la que introdujo la Sentencia *Brown Shoe*, con la confusa lista de factores que hemos reseñado anteriormente. Para una crítica más detallada, *vid.*, AREEDA, *op. cit.*, p. 575, y R. PITOFSKY, *op. cit.*, nota núm. 182.

⁵⁷ *Vid.*, MAISEL, «Submarkets in Merger and Monopolization Cases», 72 *Geo. L. J.* 39 (1983), pp. 49 ss.

examen⁵⁸ de los posibles efectos de esta operación en el mercado de las luces traseras para vehículos tipo turismo haciendo una distinción entre tres submercados: ventas realizadas a los productores iniciales (OEM —*Original Equipment Manufacturers*), ventas realizadas a las tiendas de artículos sueltos y de repuesto (OES —*Original Equipment Spare Parts Businesses*) y al resto de agentes en el tramo post venta (IAM —*Independent After Market*). Igualmente, en la discutida fusión entre los dos gigantes del mercado de la música, *Time Warner* y *EMI Group plc.* se han definido⁵⁹ los siguientes submercados: la música ya grabada, los derechos de *copyright* y la música que se puede «bajar» desde Internet.

Para concluir este apartado, señalar que la discriminación de precios como criterio delimitador se está aplicando especialmente en el ámbito de la aplicación del Reglamento CEE núm. 4064/89 al control de concentraciones. En un importante caso resuelto recientemente, la Decisión *Volvo/Scania*⁶⁰ la Comisión ha declarado incompatible con el Mercado Común la pretendida fusión entre los dos gigantes suecos de la industria del motor y de vehículos pesados. Respecto a la definición del mercado geográfico de referencia la Comisión ha concluido que es todavía de ámbito nacional, basándose en las diferencias entre las especificaciones técnicas, los hábitos de compra y las cuotas de mercado en diferentes Estados miembros. Sin embargo, como ha señalado un miembro de la *Merger Task Force* de la Comisión, «la existencia de discriminación de precios ha sido el indicador esencial de que los efectos de la fusión no debían, tal como proponía Volvo, analizarse a nivel europeo»⁶¹. La diferencia —y de ahí el interés de las partes— entre una y otra definición es que, a nivel europeo, la empresa resultante de la fusión sería el principal proveedor de la industria pesada de vehículos en la Zona Económica Europea (EEA) con una cuota de mercado —en términos de ventas— de 31 por 100, seguida por DaimlerChrysler con un 20 por 100. Sin embargo, a nivel de mercados nacionales, la empresa resultante alcanzaría cuotas mucho mayores, variando entre el 90 por 100 en el mercado sueco y el 50 por 100 en el irlandés.

6. CONCLUSIONES

Es evidente que tener que definir los mercados es siempre un opción *second best* en el conjunto de la aplicación de las leyes *antitrust*. En palabras de POSNER, allá por el año 1976, «La importancia que tiene el definir un mercado en el que evaluar los supuestos efectos anticompetitivos de una fusión es un ejemplo más de la incapacidad de la ley de conseguir

⁵⁸ Vid., nota de prensa de la Comisión, IP/00/548, de 30 de mayo de 2000.

⁵⁹ Vid., nota de prensa de la Comisión, IP/00/617, de 14 de junio de 2000.

⁶⁰ Caso núm. COMP/M. 1672 — *Volvo/Scania*, de 14 de marzo de 2000.

⁶¹ D. SJOBLÖM, «Mergers. Case No. COMP/M. 1672 — Volvo / Scania», *Competition Policy Newsletter*, núm. 2, junio 2000, p. 45.

un enfoque auténticamente económico del problema del monopolio (poder de mercado)»⁶². Igualmente, se expresaba el profesor AREEDA con la agudeza y claridad que le caracterizaron: «Si pudiéramos medir el poder de mercado directamente, la definición de mercado sería una cuestión superflua. La ley utiliza la definición de mercado y las cuotas de mercado como una aproximación defectuosa. (...) Sencillamente, no podemos obviar que es una base engañosa y confusa para inferir el poder de mercado»⁶³.

Con todo, podemos aventurar algunas conclusiones sobre la situación actual de la cuestión, y la valoración que han merecido las principales propuestas contenidas al respecto en la *Comunicación* de la Comisión Europea y las *Merger Guidelines* del Departamento de Justicia de los EEUU.

En primer lugar, un sector de la doctrina norteamericana ha criticado⁶⁴ que en las *Merger Guidelines* publicadas por el DOJ utilicen el «peor escenario posible» en la definición de mercados, ya que presuponen que una fusión o adquisición llevará a que todos los vendedores principales intenten coordinar su comportamiento; este paradigma de definición mercado se centra en los grupos de vendedores (más que en los compradores), ya que son éstos los que habitualmente ejercen el poder de mercado.

Igualmente, se ha discutido que el «SSNIP test» sea el más apropiado en casos de mercados integrados verticalmente, y en presencia de estructuras oligopolísticas, ya que si una empresa es monopolista, por definición es capaz de fijar los precios arbitrariamente; se concluye entonces que todas las empresas con poder de mercado son monopolistas —en sus propios productos—. Teniendo en cuenta que «la definición de mercado se emplea habitualmente como un estadio preliminar en el análisis del monopolio y las fusiones, con el objetivo de identificar qué empresas tienen potencialmente poder de mercado. El enfoque actual de la definición de mercado (el SSNIP test) intenta resolver esta cuestión directamente, convirtiéndola en redundante, y reduciendo el subsiguiente cálculo de la cuota de mercado en una tautología carente de sentido»⁶⁵.

Lo que sigue siendo fuente de una peligrosa inseguridad jurídica es la «maleabilidad» de los razonamientos de nuestras autoridades en materia de competencia; es hasta qué punto los conceptos que la Comisión y el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea manejan en la definición de mercado son susceptibles de cambiar al servicio de intereses «prefijados». Como hemos visto en la Sentencia *Michelin*, y así ha sido puesto de relieve por la doctrina, «la Comisión y los Tribunales generalmente optan por una línea de razonamiento de la que se extrae una definición de mercado más estrecha que la propuesta por la empresa

⁶² R. A. POSNER, *op. cit.*, p. 125.

⁶³ P. AREEDA, *op. cit.*, pp. 562, 576.

⁶⁴ J. E. KWOKA y L. J. WHITE (ed.), *op. cit.*, p. 14.

⁶⁵ D. HARBORD y G. VON GRAEVENITZ, «Market Definition in Oligopolistic and Vertically Related Markets: Some Anomalies», *European Competition Law Review*, vol. 21 (3), marzo 2000, p. 157.

encausada, y con la que es más fácil establecer la existencia de una posición dominante»⁶⁶. El concepto de «submercado» a través de la discriminación de precios son herramientas, en este sentido, que han de manejarse con cautelas.

A modo de conclusión, destacar una vez más que la definición de mercado es un instrumento analítico al servicio de la determinación de la existencia o no de una posición dominante. La «amplitud» o «estrechez» con que esta definición se lleve a cabo condicionará la aprobación por parte de las autoridades *antitrust* de operaciones de concentración que supongan la creación de posiciones de dominio, o la calificación como abuso anticompetitivo determinadas conductas. En este sentido, la Comisión debe llevar a cabo unas definiciones de mercado que se ajusten mejor a la realidad económica, al tener más en cuenta el tipo de producto o servicio que la empresa en cuestión está ofertando, el mercado geográfico en que dicha actividad tiene lugar, y el hecho de cuando se plantea una fusión, por ejemplo, en el conjunto de actividades de las empresas participantes puede no existir esa dominación, pero sí en un sector concreto o una rama particular de su actividad, en el que se solapen sus actuaciones en el mercado⁶⁷.

Sí parece claro que al formular un *test* tan preciso y bien delimitado en su aplicación como el que proponen tanto las *Merger Guidelines* como la *Comunicación* por lo menos se da un paso adelante en lo que a certeza económica y seguridad jurídica se refiere. Es necesario ir avanzando en ese sentido, y que la Comisión Europea y el resto de autoridades *antitrust* manejen unos parámetros claros en cuanto a delimitación de mercados se refiere, y los agentes económicos conozcan cómo se va a aplicar el criterio de «sustituibilidad de demanda» y cómo se va a articular el análisis de «elasticidad cruzada», para saber así a qué atenerse tanto cuando proyecten una operación de concentración como cuando, en el ejercicio de sus funciones empresariales y defensa de sus legítimos intereses en el mercado lleven a cabo acciones susceptibles de ser consideradas como abusos de posición dominante.

⁶⁶ P. JEBSON y R. STEVENS, *op. cit.*, p. 476.

⁶⁷ Éste ha sido el caso reciente de la adquisición de *Dial Group* por *ABN Amro Lease Holding N.V.*, que coinciden en el sector de arrendamiento financiero de vehículos. Pues bien, entre las muchas definiciones posibles de mercado, la Comisión ha elegido la más «estrecha», concretamente la oferta nacional de arrendamientos financieros operativos para coches y furgonetas ligeras. Sobre esta base, el único mercado afectado desde un punto de vista horizontal es precisamente el español, en el que la cuota de mercado de ambas supera el 30 por 100. Sin embargo, la operación se ha aprobado considerando el intenso ritmo de crecimiento de la demanda en España de estos servicios y la no existencia de barreras de entrada. *Vid.* Nota de prensa de la Comisión, IP/00/629, de 16 de junio de 2000.

APLICACIÓN DE LAS NORMAS SOBRE COMPETENCIA AL SERVICIO DE TAXIS (RESOLUCIÓN DEL TDC DE 29 DE MARZO DE 2000, EXPEDIENTE 452/99, TAXIS DE BARCELONA)

Gabriela I. ÁLVAREZ-PALACIOS ARRIGHI

Profesora de Derecho Administrativo
Universidad de Extremadura

1. INTRODUCCIÓN

Constantemente, los órganos de defensa de la competencia tanto nacionales como comunitarios se enfrentan a diversas actuaciones que presuntamente constituyen una vulneración de las normas sobre competencia, y dictan numerosas sentencias y resoluciones al respecto que, en la mayoría de las ocasiones, no hacen más que reproducir la doctrina y la jurisprudencia ya aplicada en pronunciamientos anteriores, pero adaptándolas a los supuestos concretos sometidos a su enjuiciamiento.

En la Resolución de 29 de marzo de 2000 (Expte. 452/99, Taxis de Barcelona), el Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC) se enfrentó por primera vez¹ a una supuesta restricción de la competencia en el mercado de taxis, concretamente, en el mercado de servicio de autotaxis que trabajan a doble turno en la Conurbación de Barcelona. Como veremos, las cuestiones suscitadas a lo largo del procedimiento ante el TDC no suponen una innovación jurídica ni la creación de una nueva doctrina jurisprudencial en materia de Derecho de la Competencia. Sin embargo, la Resolución que analizaremos tiene gran relevancia precisamente por confirmar que, salvo las excepciones legalmente previstas en el Derecho nacional o en el Derecho comunitario, todos los sectores económicos,

¹ Existen otras dos Resoluciones del TDC relativas a los taxis, pero ninguna de ellas aborda una restricción de la competencia en la prestación del servicio de taxis. En el Expte. R 388/99, Air Taxis Málaga, se cuestionó a la luz del Derecho de la Competencia determinados comportamientos y actos presuntamente encuadrados en una ilícita e inadmisibles competencia desleal en relación con la adjudicación y práctica de los servicios de representación y asistencia en tierra a la aviación general en el aeropuerto de Málaga. En el Expte. R 428/00, Taxis de Madrid, la conducta presuntamente ilícita estaba relacionada con la venta y mantenimiento de los aparatos taxímetros. En ambos supuestos el SDC dictó Acuerdo de Sobreseimiento del expediente y el TDC desestimó los respectivos recursos interpuestos contra dicho Acuerdo.

ya se trate de mercados de bienes o de servicios, se encuentran sometidos a las reglas de mercado protegidas por el Derecho de la Competencia.

Asimismo, el TDC ha vuelto a ser contundente en cuanto al sometimiento de todos los sujetos a las normas de competencia, con independencia de su naturaleza jurídica pública o privada. Cuando un organismo público actúa en el mercado como podría hacerlo cualquier sujeto privado, entonces no puede ampararse en las prerrogativas que se derivan de su carácter público, pues éstas sólo amparan las actuaciones revestidas de *imperium*, es decir, aquellas que se realizan en el ámbito que es propio y exclusivo de las Administraciones Públicas. Cuando se rebasa ese umbral, los privilegios de la autoridad pública desaparecen y el organismo en cuestión ha de ser tratado como un agente económico más que pretende realizar actuaciones en el mercado.

El TDC también ha tenido ocasión en este Expediente de pronunciarse sobre el alcance de la cobertura legal que una determinada norma puede proyectar sobre los acuerdos, decisiones, recomendaciones y prácticas que se hubieran efectuado precisamente en aplicación de dicha Ley o Reglamento dictado en aplicación de la misma. No cabe duda que, para que la cobertura legal exista, la norma que la otorga debe estar vigente, en caso contrario, al no estar vigente la norma tampoco puede pretenderse que sí lo esté la pretendida cobertura.

Otro aspecto abordado por el TDC en la Resolución citada es el de la invocación del principio de confianza legítima en la actuación de los poderes públicos como causa de exclusión de la responsabilidad en una conducta ilícita. Se trata de un principio de origen alemán, reconocido por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) y por el Tribunal Supremo (TS) de nuestro país, que el TDC español también está aplicando en sus resoluciones.

En el presente estudio abordaremos el análisis de las diversas cuestiones jurídicas planteadas por las partes y enjuiciadas por el TDC, pero, para ello, no nos basaremos solamente en el Derecho nacional, sino que haremos constantes referencias al Derecho de la Competencia de la Unión Europea (UE), puesto que es un referente indispensable a la hora de efectuar un riguroso análisis de una supuesta restricción de la competencia.

2. EL ACUERDO DENUNCIADO Y LOS SUJETOS RESPONSABLES

El 26 de septiembre de 1997 la Asociación Empresarial del Taxi (AET) denunció al Institut Metropolità del Taxi (IMET) y a la Entitat del Transport de Barcelona (ETB) por la firma de un Acuerdo con distintas Asociaciones y Sindicatos del sector del taxi en Barcelona. El 29 de septiembre del

mismo año, Fomento del Trabajo Nacional presentó escrito de denuncia contra el IMET y la ETB por las mismas prácticas².

Debido a la conexión directa existente entre ambas denuncias, y a la vista de la información reservada practicada, el 6 de mayo de 1998, por Providencia del Director General de Política Económica y Defensa de la Competencia, se acordó proceder a la acumulación de las denuncias, así como su admisión a trámite y la incoación del correspondiente expediente.

Una vez declaradas concluidas las actuaciones, el SDC procedió a redactar el Informe previsto en el artículo 37 de la Ley de Defensa de la Competencia, en el cual se propone al Tribunal, entre otros pronunciamientos:

«1.º) Que el Tribunal declare la existencia de una práctica prohibida por el artículo 1.1.a) y 1.1.d) consistente en la firma del Acuerdo de 27 de junio de 1995 en el que se establece la contingentación de un 5 por 100 de las licencias de autotaxi que trabajan a doble turno, en la Conurbación de Barcelona, existentes en el momento de la entrada en vigor de la Disposición Transitoria segunda del Reglamento Metropolitano del Taxi, aprobada por el Consejo Metropolitano del Transporte el 1 de febrero de 1996. Dicha práctica es imputable al Instituto Metropolitano del Taxi como promotor y firmante del Acuerdo citado, y como suscriptores del mismo al Sindicato del taxi de Cataluña (STATC), al Sindicato de Taxistas Autónomos de Barcelona (STAB), al Gremio Unión de Taxistas (GUT) y a D. Carles Brillas Quiles y D. Joaquín Cosculluela Castellón a título personal.

2.º) Que a efectos de la aplicación del artículo 10.3 de la LDC, considere también dicha práctica imputable a D. Blas Alascio Ruiz y D. José Novoa Mazaira, representantes del Instituto Metropolitano del Taxi (IMET), D. Miguel Tomás Romero y D. Luis Berbel Salcedo, representantes del Sindicato del Taxi de Cataluña (STATC), D. Dionisio García Fajardo representante del Sindicato de Taxistas Autónomos de Barcelona (STAB), D. Ber-

² Es de destacar que en diversos escritos la AET solicitó la adopción de una serie de medidas cautelares, que fueron denegadas por el Servicio mediante Acuerdo de 6 de mayo de 1998. Dicho Acuerdo fue recurrido ante el TDC que, mediante Resolución de 2 de octubre de 1998 (Expte. r. 318/98), desestimó el citado recurso. El fundamento de tal desestimación radica en que las medidas cautelares cuya adopción se solicitaba por parte de AET se referían a la Disposición Transitoria segunda del Reglamento Metropolitano del Taxi y al Plan de Viabilidad y Modernización del Taxi, mientras que el expediente incoado por el SDC tiene por objeto el Acuerdo de 27 de junio de 1997 entre distintos sindicatos y asociaciones del Taxi de Barcelona preconizado por el IMET. En consecuencia, el Tribunal entendió que no se cumplía el requisito de la accesoriidad respecto del expediente sancionador, es decir, que «las medidas cautelares en los términos propuestos no pueden ser adoptadas porque desbordan claramente aquello que se está dilucidando en el expediente principal. Cuestión distinta hubiera sido si las medidas cautelares solicitadas hubieran versado sobre el Acuerdo objeto del expediente, pues entonces se cumpliría el necesario requisito de accesoriidad y procedería analizar si existe apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*) y necesidad de asegurar la eficacia de la resolución que en su momento se dicte (*periculum in mora*)».

nardo Rodríguez Cancio y D. Francesc Ascensión Montoliú, representantes del Gremio de Unión de Taxistas (GUT)³.»

Una vez efectuada la instrucción por el SDC, el TDC consideró probado que, con fecha 27 de junio de 1997, D. Blas Alascio Ruiz y D. José Novoa Mazaira, en representación del IMET, D. Dionisio García Fajardo, en representación del Sindicato de Taxistas Autónomos de Barcelona (STAB), D. Bernardo Rodríguez Cancio y D. Francesc Asunción Montoliú, representantes del Gremio de Unión de Taxistas (GUT), D. Miguel Tomás Romero y D. Luis Berbel Salcedo, representantes del Sindicato del Taxi de Cataluña (STAC) y D. Carlos Brillas Quiles y D. Joaquín Cosculluela Castellón, a título personal (pues carecían de poder de representación de la AET), suscribieron el acuerdo denunciado.

En el documento denunciado, los que lo suscriben acuerdan:

«Primero. Contingentar, como objetivo óptimo, el número de licencias que puedan trabajar a doble turno en un 5 por 100 de la totalidad de las licencias existentes en el sector en cada momento. Si a la firma de este acuerdo se comprobara que el número de licencias existentes a doble turno fuera superior al 5 por 100, se adoptarán las medidas necesarias para acercarse a la contingentación óptima, sin que ello signifique, en ningún momento, el despido de asalariados existentes en el sector.

Segundo. Respecto del modelo de contrato de publicidad entre el Institut Metropolità del Taxi y los Taxistas, para una mayor clarificación y comprensión de su contenido por parte de todo el colectivo, se modifica en el siguiente sentido:

a) El punto primero, apartado b), queda redactado de la siguiente forma: Destinará los ingresos íntegros derivados de la publicidad a la amortización de licencias.

b) En el punto cuarto del mismo se elimina la palabra unanimidad.

Tercero. Mensualmente, el Institut Metropolità del Taxi dará cuenta a la Taula Técnica del Taxi de los ingresos y gastos del Plan de Viabilidad destinados a la amortización de licencias, con el fin de garantizar la absoluta transparencia del proceso.

Cuarto. Se tomarán las medidas oportunas para que el número de carnets que se autoricen cada año permita cubrir, tanto la oferta de licencias como el cupo a que se refiere el punto primero de los presentes acuerdos.

Quinto. Se establecerán las medidas oportunas para determinar la aportación de los profesionales del sector tanto en cuantía como en perio-

³ En un principio, el Informe del SDC imputaba la actuación presuntamente contraria a la LDC a D. Blas Alascio Ruiz y D. José Novoa Mazaira, representantes del IMET, D. Miguel Tomás Romero y D. Luis Berbel Salcedo, representantes del STAC, D. Dionisio Gracia Fajardo, representante del STAB, D. Bernardo Rodríguez Cancio y D. Francesc Ascensión Montoliú, representantes del GUT y D. Carlos Brillas Quiles y D. Joaquín Cosculluela Castellón a título personal, como suscriptores del mismo. Mediante Auto de 18 de febrero de 1999, el TDC declaró la nulidad de las actuaciones y repuso el expediente al momento anterior a la elaboración del citado Informe a fin de que el Servicio clarificase los sujetos interesados. En consecuencia, el SDC elaboró el Informe de 6 de abril de 1999 en los términos expuestos.

dicidad, a fin y efecto de que la amortización de licencias se realice a un mayor ritmo.»

Lo que pretende el Acuerdo es establecer un cupo de licencias que puedan trabajar a doble turno. Dicho cupo sería el 5 por 100 de la totalidad de las licencias (a doble y a simple turno) vigentes en cada momento. Incluso se prevé que si en el momento de firmar el Acuerdo el número de licencias a doble turno existentes fuera superior a dicho cupo considerado como objetivo óptimo, se adoptarán las medidas necesarias para reducirlas hasta llegar al citado 5 por 100.

En un intento por evitar conflictos laborales con los trabajadores contratados para realizar esos turnos «dobles», el propio Acuerdo prevé que la aproximación al cupo óptimo no podrá suponer el despido de asalariados. Cabría pensar, pues, que la solución vendría dada por no conceder más licencias a doble turno, de tal forma que el incremento de licencias a turno simple, unido a la congelación de las licencias a doble turno fuera reduciendo la proporción entre ambas hasta llegar al 5 por 100.

Sin embargo, el apartado *a)* del punto Segundo del Acuerdo establece que los ingresos íntegros derivados de la publicidad se destinarán a la amortización de licencias, con lo cual se prevé la posibilidad de suprimir, vía amortización, licencias a doble turno existentes al momento de firmar el Acuerdo.

Conjugando ambos preceptos, podemos interpretar que no se trataría de cancelar licencias a doble turno existentes, despidiendo asalariados, sino de eliminar («amortizar») aquellas licencias que, por diversos motivos, sus titulares vayan dando de baja. Es decir, en lugar de dejarlas vacantes para concederlas a otros solicitantes, se suprimirían, de tal forma que, también, por esta vía, la proporción entre licencias totales y licencias a doble turno iría disminuyendo hasta aproximarse al objetivo óptimo del 5 por 100 establecido en el Acuerdo.

El punto Quinto del Acuerdo apuesta por una rápida amortización de las licencias, pero en ningún momento se establece cómo se efectuará el mismo.

Asimismo, es de destacar que los firmantes del Acuerdo no han dejado constancia de las razones que justificarían esta contingentación de las licencias a doble turno, las cuales resultarían de la mayor trascendencia a la hora de valorar la posible compatibilidad de una restricción a la competencia en el mercado con la LDC y la normativa comunitaria, puesto que, como veremos, en ocasiones, y siempre que se cumplan una serie de requisitos, la prestación de un servicio de interés económico general puede justificar ciertas restricciones a las normas sobre competencia. Lo que en ningún caso podría justificar dicha restricción sería la mera intención de cerrar el mercado e incrementar, de esta forma, los ingresos de aquellos que tuvieran licencias a doble turno por tener garantizado que no entrarán en el mismo nuevos competidores prestadores del servicio.

En cuanto a los sujetos responsables de la conducta presuntamente ilícita, resulta importante tener presente el diverso concepto por el cual se imputa a cada uno de ellos (como promotores y/o como suscriptores del Acuerdo), puesto que, si bien es cierto que el artículo 10 LDC no contempla entre los criterios a tener en cuenta a la hora de fijar la cuantía de la sanción la participación que los imputados hayan tenido en la misma, sino solamente la importancia de la infracción, sí lo hace la normativa comunitaria, considerando como circunstancia agravante haber asumido una función de responsable o instigador de la infracción⁴.

3. LA INCOMPATIBILIDAD DEL ACUERDO DENUNCIADO CON EL ARTÍCULO 1.1 LDC

Ninguna de las partes del expediente niega ni la existencia del Acuerdo denunciado ni la suscripción del mismo, por lo que la cuestión que se plantea al TDC es esencialmente la valoración jurídica del mismo y su conformidad o disconformidad con las previsiones de la LDC.

Hemos de comenzar por recordar que el artículo 1.1 LDC prohíbe todo acuerdo que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o en parte del mercado nacional; y que en sus letras *a)* y *b)* se prohíben, en particular, la fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio, y la limitación o el control de la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones, respectivamente.

Dado que la existencia del Acuerdo⁵ ha sido aceptada por todas las partes, es necesario determinar si el mismo tiene por objeto o efecto, real o potencial, impedir, restringir o falsear la competencia del servicio de taxis en la Conurbación de Barcelona.

Al Tribunal no se le presentan grandes dudas al respecto y afirma que

⁴ Las Directrices 98/C 9/03 de la Comisión, de 14 de enero de 1998, para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del apartado 2 del artículo 15 del Reglamento núm. 17 y del apartado 5 del artículo 65 del Tratado CECA establecen un modelo para la determinación del importe de las multas, que se basa en la fijación de un importe de base al que se aplican incrementos para tomar en consideración las circunstancias agravantes y reducciones para tomar en consideración las circunstancias atenuantes. El importe de base se determina en función de la gravedad y la duración de la infracción, mientras que entre las circunstancias agravantes se encuentra, entre otras, la función de responsable o instigador de la infracción.

⁵ Para la existencia de un acuerdo contrario al Derecho de la Competencia, M. WAELBROECK y A. FRIGNANI, *Disciplina della concorrenza nella CEE*, Napoli, Jovene, 3.ª ed., 1983, 44, sostienen que es suficiente con que el acuerdo limite la libertad de acción de una o de más partes, de modo que estas últimas no sean enteramente libres de decidir de forma autónoma. Para la aplicación del artículo 81.1 basta con un ligamen económico o moral que restrinja la capacidad de libre decisión del agente o de los agentes afectados por el acuerdo o, como señala la Comisión en la Decisión recaída en el asunto Cojines de bolas franco-japonesas, DOCE 1974 L 343 19, «es suficiente que una de las partes voluntariamente se obligue a limitar su libertad de acción en relación con la otra», independientemente de la naturaleza jurídica que a tal acuerdo otorguen las normas estatales.

«de la simple lectura del acuerdo examinado en el presente expediente se deduce que pretende limitar la iniciativa de los operadores económicos titulares de licencias de autotaxi, reduciendo la posibilidad de que puedan explotar sus vehículos a doble turno (es decir, mediante dos conductores), por lo que tiene claramente por objeto restringir la competencia en el mercado reduciendo el tiempo durante el que los autotaxis pueden prestar servicio, con el consiguiente perjuicio para los usuarios que tendrán más dificultades para realizar sus viajes en dicho medio de transporte al disponer de una menor oferta real del mismo (número total de horas de servicio de autotaxi ofertadas), lo que en la práctica afectaría particularmente a los horarios nocturnos y de fines de semana»⁶.

Dos son básicamente las cuestiones conflictivas que se plantea el TDC en la Resolución objeto de nuestro estudio y que le permiten llegar a la conclusión arriba expuesta: que el Acuerdo denunciado tiene por objeto restringir la competencia en el mercado de taxis de la Conurbación de Barcelona; y que el IMET tiene la naturaleza de operador económico en el sentido del artículo 1 LDC.

A continuación analizaremos ambos extremos para determinar si, como afirma el Tribunal, efectivamente nos encontramos ante una conducta ilícita o si, por el contrario, la misma no se adecua a los términos de la prohibición del artículo 1 LDC.

A. ACERCA DEL OBJETO O EFECTO DEL ACUERDO DENUNCIADO DE RESTRINGIR LA COMPETENCIA EXISTENTE Y/O FUTURA EN EL SENTIDO DEL ARTÍCULO 1 LDC

El IMET alegó que la conducta denunciada no es un «acuerdo que tenga por objeto o efecto restringir la competencia» en el sentido del artículo 1 LDC y que ha quedado plenamente acreditado durante el procedimiento que la conducta enjuiciada no tiene ni por objeto ni por efecto contingentar las licencias de doble turno «ya existentes».

A tal efecto, el TDC señala que «un acuerdo como el examinado, destinado a limitar la oferta de un servicio, por su propio contenido tiene claramente por objeto restringir la competencia, por lo que infringe el artículo 1 LDC, independientemente de los motivos y finalidades pretendidas para llegar al mismo y de que no haya tenido efecto al no haberse llevado a la práctica».

La problemática se suscita porque no todo acuerdo se encuentra prohibido por las normas de competencia, sino sólo aquellos que «tengan por objeto, produzcan o puedan producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o en parte del mercado nacional»⁷.

⁶ Fundamento de Derecho 2.º

⁷ Teniendo en cuenta las premisas establecidas por las instituciones comunitarias es necesario destacar que, siguiendo su posición pragmática y huidiza de todo dogmatismo, el TJCE —y la Comisión— ha rechazado el modelo de competencia perfecta elaborado por los economistas clásicos, y ha seguido el de competencia practicable o *workable competition*. En este sentido se ha pronunciado

El artículo 1.1 LDC (al igual que el artículo 81.1 TCE) no se refiere sólo a «restringir» la competencia, sino que hace alusión, además, a los términos «impedir» y «falsear» en cuanto conductas susceptibles de vulnerar la prohibición legal. Si bien las consecuencias de todos ellos son las mismas y las diferencias que presentan las tres expresiones no presentan una relevancia determinante, parece conveniente establecer el significado específico de cada uno de los conceptos, puesto que ello nos será de utilidad a la hora de determinar si una conducta ha violado o no las normas sobre competencia.

Siguiendo a WAELBROECK y a FRIGNANI⁸, entendemos que «impedir» la competencia supone la eliminación total de la misma en el sector económico en cuestión; mientras que «restringirla» implica que la competencia existe, no ha sido eliminada por completo, pero, o bien sólo se presenta en determinadas acciones competenciales, o bien se encuentra limitada. «Falsear», por su parte, significa que, como consecuencia del acuerdo, de la decisión o de la práctica concertada, las empresas competidoras son puestas en condiciones de competencia desiguales, es decir, se elimina la igualdad entre competidores propia de un sistema de libre competencia.

El Acuerdo impugnado no tiene por objeto o efecto «impedir» la competencia en el mercado de taxis, pues no pretende suprimir todas las licencias a doble turno, sino reducirlas para aproximarlas al cupo pretendidamente óptimo del 5 por 100 del total de las licencias existentes. Tampoco se intenta falsear la competencia colocando a los titulares de las licencias para taxis en condiciones desiguales, pues una vez concedida la misma, todos aquellos que la obtengan están sometidos a las mismas condiciones; lo que se pretende es una limitación cuantitativa de la adjudicación de licencias a doble turno, no el sometimiento a condiciones desiguales de aquellos que las posean. De esta forma, el Acuerdo impugnado «restringe» la competencia al establecer una barrera a la entrada de competidores al mercado de taxis en Barcelona; la competencia existe, pero está limitada por la restricción a la concesión de licencias.

Por último, el artículo 1.1 LDC establece un nexo entre la voluntad de los autores del acuerdo y la restricción de la competencia al exigir

en la Sentencia Metro contra SABA, de 25 de octubre de 1977 (asunto 26/76), afirmando que «la competencia no falseada, apuntada en los artículos 3 y 85 implica la existencia sobre el mercado de una competencia eficaz, es decir, de una dosis de competencia necesaria para que sean respetadas las exigencias fundamentales y logrados los objetivos del Tratado, y en particular la formación de un mercado único, realizando condiciones análogas a las de un mercado interior» de forma que «tal exigencia admite que la naturaleza y la intensidad de la competencia pueden variar en función de los productos o de los servicios en juego y de la estructura económica de los mercados sectoriales concertados». En consecuencia, y como señala B. CASTELL BORRÁS, *La defensa de la competencia en la CEE*, 1986, 163, el Tribunal reconoce que «ciertas limitaciones que afectan a la libertad de acción de las empresas pueden estar consideradas conformes a los objetivos de la Comunidad y necesarias a la eficacia de la competencia», lo que evitaría que las mismas caigan bajo la prohibición del artículo 81.1.

⁸ M. WAELBROECK y A. FRIGNANI, *ob. cit.*, p. 67.

que el mismo tenga «por *objeto*, produzca o pueda producir el *efecto* de» impedir, restringir o falsear el juego de la competencia en el territorio nacional.

Se trata, por tanto, de dos hipótesis distintas —*objeto* y *efecto*— de las cuales se han ocupado tanto la doctrina comunitaria como la jurisprudencia del TJCE y la propia Comisión a través de sus pronunciamientos.

En el caso *Technique Minière c. Maschinenbau Ulm*⁹ el Tribunal sentó los principios básicos en torno a la alternativa objeto-efecto planteada por el párrafo primero del actual artículo 81

«considerando que, para que le alcance la prohibición del artículo 85, párrafo 1, el acuerdo litigioso debe tener “por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del Mercado Común”; que el carácter no cumulativo, sino alternativo de tal condición, que resulta de la conjunción “o”, conduce en primer lugar a la necesidad de considerar el objeto mismo del acuerdo, teniendo en cuenta el contexto económico en el que debe ser aplicado. Que las alteraciones del juego de la competencia, contempladas en el artículo 85, párrafo 1, deben resultar de todas o de parte de las cláusulas del propio acuerdo; que en caso de que el análisis de tales cláusulas no revelara un grado suficiente de nocividad respecto de la competencia, convendría entonces examinar los efectos del acuerdo y, para que le afecte la prohibición, exigir la reunión de aquellos elementos de los que resulte que el juego de la competencia ha sido, en efecto, ya impedida, ya restringido o falseado de modo sensible; que el juego de la competencia de que se trate debe entenderse en el contexto real en que hubiera tenido lugar en ausencia del acuerdo de litigio; que en particular la alteración de la competencia puede ponerse en duda si tal acuerdo resulta precisamente necesario para la penetración de una empresa en una zona en la que no estaba presente; que por ello, para apreciar si un contrato con una cláusula concediendo un derecho exclusivo de venta deba ser considerado como prohibido por su objeto o por su efecto, hay que considerar en particular la naturaleza y la cantidad limitada o no de los productos que sean el objeto del acuerdo, la situación e importancia del concedente y concesionario en el mercado de los productos de que se trate, el carácter aislado del acuerdo litigioso o, por el contrario, su lugar en un conjunto de acuerdos, el vigor de las cláusulas destinadas a proteger la exclusiva o, por el contrario, las posibilidades dejadas a otras corrientes comerciales sobre los mismos productos por medio de reexportaciones e importaciones paralelas.»

Del transcrito pronunciamiento se desprende que, para el TJCE, a la hora de determinar la aplicación del artículo 81.1 a un supuesto concreto, lo primero que se debe examinar es su *objeto*, confirmar o rechazar que el mismo es contrario al artículo 81.1; y sólo en caso de no serlo, se procederá al análisis del *efecto* del acuerdo en el mercado en concreto de que se trate, teniendo en cuenta para ello, las circunstancias económicas que rodean al acuerdo, para lo cual será necesario considerar la

⁹ Asunto 56/65, Sentencia de 30 de junio de 1966.

competencia que hubiera existido en caso de no haberse producido el acuerdo¹⁰. De ello se deriva que el efecto restrictivo de la competencia puede ser tanto real como potencial.

En este sentido, ni la Comisión ni el Tribunal de Justicia requieren una efectiva limitación a la competencia, sino que será suficiente, para los órganos comunitarios, con que exista la posibilidad de que la misma pueda producirse. Será importante determinar, en estos supuestos, si las partes del acuerdo son, al menos, competidores potenciales, puesto que si no lo son, no se infringe el artículo 81.1.

Procede examinar, pues, en primer lugar, si el Acuerdo impugnado tiene por objeto impedir, restringir o falsear la competencia en el mercado de taxis de Barcelona, y sólo si la respuesta es negativa procederá determinar si, pese a no ser tal su objetivo, sin embargo, sí que produce tal efecto.

Del propio texto del Acuerdo se desprende que el objeto del mismo es limitar la competencia entre los taxis que trabajan a doble turno. Contingentar el número de licencias a doble turno en un 5 por 100 de la totalidad de las existentes en el sector argumentando que constituye el cupo óptimo no encuentra más explicación que la pretensión de asegurar a los titulares de las mismas una cuota de mercado determinada, impidiendo que entren más competidores al mercado y reduciendo, de esta forma, la oferta de taxis en determinados turnos. Sólo se puede hablar de una contingentación óptima desde la óptica de quienes estén en posesión de las licencias, pero en ningún caso desde la de los consumidores o de la de aquellos que deseen una licencia a doble turno y no puedan obtenerla por estar cubierto el cupo del 5 por 100 previsto en el Acuerdo.

Puesto que el Acuerdo impugnado tiene por objeto restringir la competencia, a efectos de considerar vulnerada la prohibición del artículo 1.1 LDC no es necesario analizar si también se ha producido dicho efecto. El hecho de que efectivamente se haya producido una restricción de la competencia constituye un dato que habrá de tenerse en cuenta a la hora de decidir sobre la sanción que corresponda a la conducta ilícita.

B. ACERCA DEL CARÁCTER DE IMET COMO «OPERADOR ECONÓMICO» O PODER PÚBLICO

Pese a que el acuerdo denunciado tenga por objeto restringir la competencia en el mercado de taxis en la Conurbación de Barcelona, no es suficiente para que opere la prohibición del artículo 1 LDC, puesto

¹⁰ En la misma línea los casos, entre otros, Grundig-Costen c. Comisión, asunto 56 y 58/64, Sentencia de 13 de julio de 1966 (el TJ afirmó que «es superfluo tomar en consideración los efectos concretos de un acuerdo donde resulte que el mismo tiene por objeto restringir, impedir o falsear el juego de la competencia»); Brasserie de Haecht c. Wilkin-Janssen, asunto 23/67, Sentencia de 12 de diciembre de 1967; Völk c. Vervaecke, asunto 5/69, Sentencia de 9 de julio de 1969; ACF Chemifarma c. Comisión, asunto 46/69, Sentencia de 15 de julio de 1970.

que es posible, como de hecho alega el IMET, que la conducta no haya sido realizada por el sujeto pasivo de la prohibición o que se trate de una conducta autorizada por el artículo 2 LDC.

Respecto de la primera de las cuestiones, es de destacar que el IMET es un organismo autónomo de carácter administrativo, con personalidad jurídica propia, creado por la Entitat del Transport de Barcelona (ETB) y que tiene entre sus objetivos el de ordenar y gestionar los servicios metropolitanos de transporte de viajeros en vehículos con capacidad máxima de cinco plazas en la Conurbación de Barcelona. Basándose en ello, el IMET alegó que no actuó como operador económico en el sentido del artículo 1 LDC, por lo que el ordenamiento jurídico le resulta inaplicable.

Sin embargo, como recuerda el propio Tribunal en la resolución objeto de análisis, el artículo 1 LDC no establece expresamente el sujeto o los sujetos de los acuerdos colusorios prohibidos, por lo que se plantea la cuestión de si las Administraciones Públicas pueden incluirse entre ellos y, en caso afirmativo, en qué condiciones ¹¹.

En la Resolución de 10 de julio de 1990 (Expte. 271/90), el TDC afirmó que

«el derecho de la competencia es de aplicación a todos los operadores económicos en el mercado, cualquiera que sea su estatuto jurídico, tengan o no fines de lucro, y cualquiera que sea su campo de actividad. Es necesario y suficiente que realicen una actividad económica autónoma, entendiéndose por ello cualquier actividad de producción o intercambio no gratuito de bienes o servicios».

En consecuencia, en diversos pronunciamientos, el TDC consideró sujetos a la LDC, entre otros, a los ayuntamientos ¹², los colegios profesionales ¹³ y las empresas públicas ¹⁴. La cuestión es determinar si actúan como operadores económicos o como Administración Pública, pues sólo en este segundo supuesto estarían fuera del ámbito de aplicación de la LDC ¹⁵.

La doctrina administrativista admite pacíficamente que las Administraciones Públicas pueden actuar como poder público, ejerciendo las prerrogativas que el ordenamiento jurídico les reconoce como tales, o

¹¹ Es de destacar que el artículo 4.1 de la anterior Ley 110/1963 excluía expresamente de la prohibición a la actividad administrativa, y exigía que el sujeto de la infracción fuera una empresa.

¹² Resolución de 29 de diciembre de 1998, Expte. 422/98, Arquitectos Andalucía.

¹³ Resolución de 8 de mayo de 1998, Expte. 390/96, COAA.

¹⁴ Resolución de 15 de abril de 1996, Expte. R 126/95, AENA.

¹⁵ R. ALLENDESALAZAR CORCHO y J. PÉREZ-BUSTAMANTE KÖSTER, «Código del Derecho de la Competencia», *Gaceta Jurídica de la UE y de la Competencia*, Madrid, 1999, 28-29, destacan que «algunas legislaciones sectoriales han recogido expresamente el sometimiento de determinados sujetos a las normas de la competencia, despejando así las dudas que podían existir». Entre otras, caben citar la Ley 2/1974, de los Colegios Profesionales (arts. 4.2 y 2.1), modificada por la Ley 7/1997, de 14 de julio de 1997, sobre Medidas liberalizadoras en materia de suelo y de Colegios Profesionales; la Ley 38/1994, de Organizaciones Interprofesionales Agroalimentarias (art. 7), modificada por la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y de orden social.

como sujetos de derecho privado, sometidos a las normas que les son aplicables a éstos¹⁶. Así, la Administración Pública está sometida al Derecho administrativo y no al resto de las ramas del ordenamiento jurídico cuando actúa dentro del llamado giro o tráfico administrativo, es decir, cuando realiza una actividad que los particulares no pueden realizar en cuanto tales¹⁷. Cuando su actuación se desarrolla fuera de ese ámbito, cuando realiza una actividad al igual que pueden hacerlo los sujetos privados, entonces se somete a las mismas normas que éstos.

De esta forma, cuando un sujeto de derecho público —como es el IMET— realiza actuaciones que afectan al mercado de la misma manera en que puede hacerlo cualquier agente económico de naturaleza jurídica privada, dicha conducta está sometida a la LDC al igual que lo está la que efectúen los empresarios privados, sin que pueda alegar su condición de organismo público para sustraerse a la prohibición del artículo 1.1 LDC.

También desde la óptica del Derecho comunitario es esencial establecer qué se entiende por «empresa», ya que será este concepto el que delimite el ámbito personal o subjetivo de aplicación del artículo 81 TCE toda vez que el citado precepto normativo es claro al establecer que sus reglas serán aplicables a «los acuerdos *entre empresas*» y a «las decisiones de asociaciones *de empresas*».

En este sentido, hemos de tener en cuenta que tampoco el Tratado CE ofrece una definición de lo que haya de entenderse por empresa a los efectos de los artículos 81 a 89¹⁸.

La Comisión ha entendido que no se trata de un término cuyo contenido pueda ser establecido por las legislaciones nacionales, sino que, por el contrario, nos encontramos ante un concepto comunitario, cuya definición debe efectuarse desde esta óptica y cuyo contenido será el mismo para todos los Estados miembros. En caso contrario en cada Estado se entendería por empresa una realidad distinta, y la normativa comunitaria no podría ser aplicada uniformemente en el territorio comunitario a todas las situaciones que se plantearan.

El término empresa abarca cualquier persona natural¹⁹ o jurídica que lleve a cabo actividades de naturaleza económica o comercial incluyendo, por ejemplo, sociedades, sociedades civiles, asociaciones profesionales,

¹⁶ Véase, por todos, E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, vol. I, 9.ª ed., Madrid, 1999, pp. 50 y ss.

¹⁷ E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, *op. cit.*, pp. 56 y ss.

¹⁸ Si bien el artículo 43.2 del Tratado se remite al artículo 48 a fin de determinar qué ha de entenderse por empresa y, especialmente por sociedades, ofreciendo este último una definición de las mismas, tal concepto no es de utilidad en el análisis de los artículo 81 y siguientes, puesto que el propio artículo 48 establece que el contenido que le atribuye al término será a los efectos del Capítulo relativo al Derecho de establecimiento y a fin de equipararlas a las personas físicas nacionales.

¹⁹ Las personas físicas pueden constituir una empresa a los efectos del artículo 81.1 TCE en la medida en que actúen en nombre y derecho propio en el ejercicio de una actividad económica o comercial, ya sea como comerciante individual, artista, accionista con capacidad de control, etc.

cooperativas agrícolas, comerciantes individuales y empresas públicas²⁰, lo relevante es que el sujeto realice actividades económicas o comerciales y que goce de independencia.

En este sentido, resulta indiferente que la empresa se dedique al suministro de bienes o que su objeto sea la prestación de servicios; lo relevante es que se efectúe alguna actividad económica o comercial. Asimismo, es indiferente, también, que persiga fines de lucro o no²¹, es suficiente con que esté integrada en el proceso de producción o de distribución.

En cuanto a la personalidad que debe ostentar el ente para poder ser considerado empresa a los efectos de Derecho de la Competencia, la cuestión es más compleja, puesto que si bien nadie duda que ha de ostentar capacidad de actuar —indispensable para efectuar acuerdos, tomar decisiones y llevar a cabo prácticas concertadas—, los problemas se presentan en cuanto a la necesidad de que goce de la personalidad jurídica correspondiente en el derecho interno, puesto que el Tratado no dice nada al respecto.

Así, CASTELL²² sostiene que en virtud del principio latino *ubi lex non distinguit nec distinguere debemus* cualquier tipo de empresa está incluida en el artículo 81, con independencia de que reúna ciertos requisitos jurídicos como ser la capacidad jurídica.

En esta línea, la empresa a la que se refiere el artículo 81 no presupone la personalidad jurídica de la misma; es suficiente que exista un sujeto a cuyas actuaciones el ordenamiento jurídico reconozca determinadas consecuencias jurídicas, aunque el mismo no goce de una personalidad jurídica distinta a la de las personas que la conforman.

Asimismo, no se hace distinción entre las personas físicas o jurídicas o asociaciones sin capacidad jurídica, ya que, como señalábamos más arriba, lo relevante es que el sujeto lleve a cabo una actividad económica o comercial.

Sin embargo, hay otro elemento que se exige para otorgar el calificativo de empresa, y es la independencia. Efectivamente, el ente que realice las actividades prohibidas por el artículo 81, para caer bajo su ámbito de aplicación, ha de gozar de una independencia absoluta, tanto jurídica —en el sentido de tener su patrimonio propio— como económica

A modo de ejemplo, ver los asuntos 258/78, Nungesser c. Comisión (sentencia de 1982); 28/77, Tepea c. Comisión (sentencia de 1978); 155/73, Sacchi (sentencia de 1974); 41/83, Italia c. Comisión (sentencia de 1985), etc.

²⁰ C. BELLAMY y G. CHILD, *Common Market Law of Competition*, London-New York, 2.ª ed., 1978, 74.

²¹ Las empresas y sociedades del artículo 58 TCE deben, por imperativo del TCE, tener una finalidad lucrativa, condición innecesaria a los efectos de definir las empresas a la luz de los artículos 81 y siguientes TCE.

²² B. CASTELL BORRÁS, *op. cit.*, pp. 35-42, recoge una serie de decisiones de la Comisión y de Sentencias del TJCE de las cuales se deduce que cualquier titular de derechos que ejerce una actividad económica es una empresa a los efectos del artículo 81 y que la ausencia de personalidad jurídica no es un obstáculo para calificar de empresa a ciertas asociaciones.

—en cuanto que la empresa debe constituir un centro autónomo de toma de decisiones—.

Por lo que respecta a las empresas y organismos públicos, tal y como vimos anteriormente, las reglas sobre la competencia se aplican a todas las empresas, con independencia que éstas sean públicas o privadas, y tal como lo confirma, por otra parte, el artículo 86 TCE.

Las empresas públicas y organismos públicos, por tanto, no se encuentran al margen de las reglas de la competencia del Tratado; por ello, el artículo 86 se refiere a las mismas estableciendo que también se encuentran sujetas al régimen competencial imperante en la Comunidad Europea y que se deriva del TCE²³, confirmando que cuando los artículos 81 y 82 utilizan el término «empresa» se refieren tanto a las privadas como a las públicas²⁴.

Así, si bien la UE no establece trabas de ningún tipo a la existencia de empresas públicas²⁵, éstas habrán de comportarse del mismo modo que si fueran empresas privadas, sin que puedan recibir de la Administración de la que dependan un trato preferencial basado en su naturaleza jurídica pública.

Sin embargo, la necesidad de tener en cuenta los legítimos intereses de los Estados ha motivado que en el párrafo segundo del artículo 86 se introduzca un régimen especial para *las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que tengan el carácter de monopolio fiscal*, de forma que las mismas se encuentran sometidas a las reglas del Tratado «en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada», aunque sin que con ello pueda verse afectado el desarrollo de los intercambios de tal forma que sea contrario al interés de la Comunidad.

Como vemos, tanto en la normativa nacional como en la comunitaria se admite plenamente que, además de las empresas privadas, las empresas u organismos públicos sean considerados operadores económicos o «empresas» a los efectos de aplicación de los artículos 1 LDC y 81 y ss. TCE, de forma que también su actuación se encuentra sometida al Derecho de la Competencia cuando actúen como «operadores económicos» y no como auténtico poder público. Sólo en este último supuesto podría ale-

²³ Según el párrafo primero del artículo 89 TCE, «los Estados miembros no adoptarán ni mantendrán, respecto de las empresas públicas y aquellas empresas a las que concedan derechos especiales o exclusivos, ninguna medida contraria a las normas del presente Tratado, especialmente las previsiones de los artículos 7 y 85 a 94, ambos inclusive».

²⁴ En cuanto a la situación normativa de las empresas públicas en la UE, ver la Directiva 80/773/CEE de la Comisión, relativa a la transparencia de las relaciones financieras entre los Estados miembros y las empresas públicas, DOCE, L 195, de 29 de julio de 1980.

²⁵ La permisibilidad de la existencia de empresas públicas en la UE la pone de manifiesto el propio TCE en su artículo 22 al establecer que «el presente Tratado no prejuzga en modo alguno el régimen de la propiedad en los Estados miembros».

garse que una Administración, un organismo o una empresa pública no están sujetos a la prohibición del artículo 1.1 LDC.

En el caso concreto objeto de nuestro estudio, el TDC entiende que en el acuerdo denunciado, «la participación de IMET no ha tenido naturaleza administrativa y, desde luego, no ha sido un «acto administrativo» ajeno al tráfico mercantil revisable por la jurisdicción contencioso-administrativa. Por tanto, en relación con la firma de este acuerdo, el IMET puede ser considerado un operador sometido a la LDC ²⁶».

En consecuencia, el argumento del IMET según el cual la LDC no le resulta aplicable por no ser el sujeto pasivo de la prohibición del artículo 1.1 LDC debe ser rechazado toda vez que, aun siendo un organismo autónomo, de carácter administrativo, con personalidad jurídica propia, su participación en la elaboración y posterior suscripción del Acuerdo impugnado no supone el ejercicio de poder público, sino una actuación propia de cualquier agente económico privado, y el citado Acuerdo no constituye un acto administrativo, sino un documento también de naturaleza privada.

4. SOBRE LA PRETENDIDA COBERTURA LEGAL DEL ACUERDO IMPUGNADO CON BASE EN EL ARTÍCULO 2 LDC

Una vez determinado que el IMET puede ser considerado «operador económico» a los efectos de aplicación del artículo 1 LDC, procede analizar si su conducta goza del amparo legal del artículo 2 LDC. Según este precepto legal ²⁷ las prohibiciones del artículo 1 no se aplicarán a los acuerdos que resulten de la aplicación de una Ley o de las disposiciones reglamentarias que se dicten en aplicación de una Ley y, por el contrario, serán de aplicación a las situaciones de restricción de competencia que se deriven del ejercicio de otras potestades administrativas o sean causadas por la actuación de las Administraciones Públicas, los entes públicos o las empresas públicas sin dicho amparo legal ²⁸.

En virtud de este precepto normativo, como destaca CASES PALLARÉS ²⁹, «la exclusión de la aplicación de la LDC ha de ser consecuencia de las previsiones de una disposición legal, ya sea directamente o bien a través de una norma reglamentaria dictada en su desarrollo», ya que se entiende que «es la voluntad del legislador la que impone la exclusión

²⁶ Fundamento de Derecho 4.º

²⁷ Modificado por el Real Decreto-ley 7/1996, de 7 de junio, sobre medidas urgentes de carácter fiscal, financiero y de fomento y liberalización de la actividad económica.

²⁸ En la Resolución de 20 de marzo de 1998, Expte. 419/1997, Cruz Roja Fuengirola, el TDC afirmó que no están sometidas a la LDC los actos de las administraciones públicas en el ejercicio de sus competencias propias, pero sí aquellos en los que actúan como operadoras económicas en el mercado.

²⁹ Ll. CASES PALLARÉS, *Derecho Administrativo de la Defensa de la Competencia*, Madrid, 1995, p. 390.

de la aplicación de la LDC», de tal forma que las normas de carácter reglamentario solamente «podrán amparar prácticas restrictivas de la competencia cuando ello se deduzca de la ley que les sirve de fundamento».

En su escrito de conclusiones, el IMET alega que tiene atribuida, por las disposiciones legales y reglamentarias pertinentes, la competencia para contingentar las licencias de autotaxis en el momento de su concesión y puede por ello limitar la concesión de aquellas que trabajen a doble turno.

Es necesario distinguir el alcance de la competencia de IMET respecto de las licencias ya existentes de la que le corresponde respecto de las futuras. Es decir, el IMET cuenta con el amparo legal del artículo 2 LDC para contingentar las licencias de autotaxis en el momento de su concesión, y puede limitar la concesión de aquellas que trabajan a doble turno, pero no ostenta competencia para contingentar las licencias de autotaxis que trabajen a doble turno entre las existentes en un momento determinado.

Ahora bien, incluso respecto de la concesión de futuras licencias, el Tribunal advierte que la Disposición Transitoria segunda del Reglamento de Autotaxi, que suspende la aplicación del artículo 17 del Reglamento Metropolitano del Taxi, de 12 de marzo de 1981, en el sentido de prohibir la contratación de más personas que las que tengan una relación contractual laboral con los titulares de las licencias de autotaxi en el momento de la aprobación de esta medida, es una disposición que difiere claramente del acuerdo objeto del expediente, por lo que lo priva de su pretendida cobertura legal. Recordemos que el acuerdo controvertido prevé precisamente «contingentar, como objetivo óptimo, el número de licencias que pueden trabajar a doble turno en un 5 por 100 de la totalidad de las licencias existentes en el sector en cada momento».

Si la Disposición Transitoria segunda del Reglamento de Autotaxi suspende la aplicación de una norma reglamentaria restrictiva de la competencia que prohíbe contratar más personas que las vinculadas laboralmente con los titulares de las licencias en un momento determinado, resulta claro que no puede suscribirse un Acuerdo también limitativo de la competencia pretendiendo que le otorgue cobertura legal una norma cuya aplicación ha sido suspendida.

De esta forma, al no ser aplicable el artículo 17 del Reglamento Metropolitano del Taxi, no gozará de cobertura normativa ninguna actuación que se derive de su aplicación. Concretamente, y como afirma el TDC, el acuerdo examinado carece del amparo legal del artículo 2 LDC³⁰, al no existir ninguna norma legal o reglamentaria basada en una ley que le otorgue dicha cobertura.

³⁰ Fundamento de Derecho 5.º

5. INVOCACIÓN DEL PRINCIPIO DE CONFIANZA LEGÍTIMA COMO CAUSA DE EXCLUSIÓN DE RESPONSABILIDAD

Pese a admitir los hechos denunciados, dos de los imputados (D. Carles Brillas Quiles y D. Joaquín Coscolluela Castellón) alegaron que carecen de responsabilidad porque firmaron el Acuerdo impugnado inducidos por la Administración y, además, que lo hicieron con el convencimiento de que si la misma imponía dicho acuerdo, éste sería legal. Se trata, pues, de la invocación del principio de confianza legítima³¹ como causa de exclusión de la responsabilidad.

El TDC, admitiendo la aplicación en nuestro ordenamiento jurídico de este principio de origen alemán, aceptado también por la jurisprudencia comunitaria y por el propio Tribunal Supremo³² de nuestro país, recuerda las palabras de este último en el sentido de que el principio de la confianza legítima

«ha de ser aplicado, no tan sólo cuando se produzca cualquier tipo de convicción psicológica en el particular beneficiado, sino más bien cuando se basa en signos externos producidos por la Administración lo suficientemente concluyentes para que le induzcan razonablemente a confiar en la legalidad de la actuación administrativa, unido a que, dada la ponderación de los intereses en juego —interés individual e interés general—, la revocación o la dejación sin efectos del acto, hace crecer en el patrimonio del beneficiado que confió razonablemente en dicha situación administrativa, unos perjuicios que no tiene por qué soportar derivados de unos gastos o inversiones que sólo pueden serle restituidos con graves perjuicios para su patrimonio, al no ser todos ellos de simple naturaleza económica»³³.

Siguiendo a MARTÍN RIAÑO³⁴, podemos sintetizar los requisitos para que el principio de la confianza legítima tenga operatividad en los siguientes:

1. Que el particular beneficiado por el acto o normativa en cuestión

³¹ El principio de confianza legítima suele estar vinculado al de seguridad jurídica. Ver, por todas, la STJCE de 22 de marzo de 1961, asuntos 42 y 49/1959.

³² Entre otras, en las Sentencias de 28 de febrero de 1989, de 26 de enero de 1990, de 3 de mayo de 1990, de 8 y 15 de junio de 1990, de 5 de octubre de 1990, de 7 de octubre de 1991, de 13 de febrero de 1992, de 14 de abril de 1994, de 30 de junio de 1995 y la de 1 de febrero de 1990, en la que el TS afirma que «... en el conflicto que se suscita entre la legalidad de la actuación administrativa y la seguridad jurídica derivada de la misma, tiene primacía esta última por aplicación de un principio, que aunque no extraño a los que informa nuestro ordenamiento jurídico, ya ha sido recogido implícitamente por esta Sala... en su Sentencia de 28 de febrero de 1989..., y cuyo principio, si bien fue acuñado en el Ordenamiento Jurídico de la República Federal de Alemania, ha sido asumido por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de las que forma parte España...». Las Sentencias de 28 de febrero de 1989 y la de 1 de febrero de 1990, juntamente con la de 28 de julio de 1997, en la que también el TS aplica el principio de la confianza legítima, han sido analizadas por S. MARTÍNEZ LAGE, «La confianza legítima y la naturaleza dual del procedimiento de aplicación de las normas prohibitivas en materia de competencia», *Gaceta Jurídica de la CE*, núm. 127, 1997, pp. 1-4.

³³ STS de 1 de febrero de 1990, Sala 3.ª, Sección 3.ª

³⁴ F. MARTÍN RIAÑO, «La recepción del principio de protección de la confianza legítima en

haya confiado legítimamente en su estabilidad³⁵ y legalidad.

2. Que la situación de confianza se considere digna de protección después de la ponderación de los intereses en juego, es decir, el interés individual y el interés general.

En primer lugar, pues, el principio de confianza legítima debe ser combinado en su aplicación con el de legalidad de la actuación administrativa, de tal forma que, en determinadas situaciones —cuando el particular confió legítimamente en la estabilidad de la situación jurídica creada por la Administración—, y concurriendo ciertas circunstancias, prima el primero³⁶, es decir, «se utiliza como una técnica de protección de las situaciones jurídicas consolidadas por los particulares»³⁷.

En el supuesto examinado, la actuación del IMET era ilegal, por lo que la actividad de los particulares fundada en un acto que carece de

la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Comentario a la STS (Sala 3.ª, Secc. 3.ª) de 28 de febrero de 1989», *La Ley*, núm. 2, 1989, p. 606.

³⁵ Uno de los supuestos en los cuales se invoca con mayor frecuencia el principio de confianza legítima es el de la modificación de normas que reconocen derechos a los particulares. El Tribunal de Justicia CE ha establecido que no se viola este principio si existe un interés público perentorio para efectuar la modificación normativa inmediatamente o si se ha previsto un período de tiempo transitorio para permitir a los operadores adaptarse a la nueva normativa (véase las STJCE de 14 de mayo de 1975, asunto 74/1974, CNTA/Comisión; de 8 de junio de 1977, asunto Merkur; de 1 de febrero de 1978, asunto Lürs). Ahora bien, para R. GARCÍA MACHO, «Contenido y límites del principio de la confianza legítima: estudio sistemático en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia», *Libro homenaje al Profesor José Luis Villar Palasí*, 1989, p. 456, «cuando se alega este principio ello se produce porque el interesado es consciente de que no ha adquirido todavía un derecho. Si lo hubiera obtenido alegraría el principio de los derechos adquiridos». En contra de esta interpretación se manifiesta J. J. RODRÍGUEZ OJEDA, «El principio de protección de confianza legítima en el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social», *Actualidad Laboral*, núm. 24, 1997, p. 590, para quien debe tratarse de derechos adquiridos y no de meras expectativas. La Sentencia del TJCE de 16 de mayo de 1979 (asunto 84/78, Tomadini) es la de mayor importancia en esta materia, pues en ella el Tribunal se manifiesta de forma clara acerca del alcance y límites del principio estudiado y afirma que, en caso de colisión entre la confianza legítima y el interés público perentorio, prima este último. No obstante, ello no exime a los poderes públicos del deber de adoptar medidas transitorias en caso de cambios normativos.

Por otra parte, el principio de confianza legítima no puede impedir la existencia de nuevas normas nacidas sobre las anteriores y con efectos hacia el futuro (STJCE de 5 de mayo de 1981, asunto Dürbeck), pues, «las instituciones comunitarias disponen de un margen de apreciación para la elección de los medios necesarios para la realización de su política, sin que los agentes económicos estén autorizados a utilizar la confianza legítima como medio de mantener una situación existente, puesto que ésta puede ser modificada por decisiones adoptadas por las instituciones comunitarias en el marco de su poder de apreciación» (STJCE de 28 de octubre de 1982, asunto Werner Faust). Se trata de establecer, en cada caso, una «base de confianza» en virtud de la cual la situación del particular merece protección, en caso contrario, debería sufrir las consecuencias derivadas del cambio normativo. Esta «base de confianza» ha sido estudiada por P. PESCATORE, «Los principios Generales del Derecho como fuente del Derecho Comunitario», *Noticias CEE*, núm. 40, 1988, pp. 46 y ss. y recogida en las jurisprudencias del TJCE, en especial en las Sentencias de 5 de junio de 1973, asunto Comisión/Consejo; de 27 de abril de 1978, asunto Stimming; de 3 de marzo de 1982, asunto Alphasteel; de 1 de julio de 1982, Adam/Comisión; de 14 de julio de 1983, asunto Michael; de 16 de noviembre de 1983, asunto Thyssen; de 13 de noviembre de 1984, asunto Van Gend en Loos; de 19 de septiembre de 1985, asunto Finsider, entre otras.

³⁶ Sobre este punto véase F. MARTÍN RIANO, *op. cit.*, pp. 605-606, y J. J. RODRÍGUEZ OJEDA, *op. cit.*, p. 586.

³⁷ S. MUÑOZ MACHADO, *La Unión Europea y las mutaciones del Estado*, Madrid, 1993, p. 155.

amparo normativo no puede ser considerada conforme a Derecho. Además, no puede alegarse que se confiaba legítimamente en la legalidad de la actuación del IMET por el simple hecho de que éste hubiera suscrito el acuerdo controvertido, puesto con una mínima diligencia, los agentes implicados podrían haber detectado la ilegalidad de la actuación. No se da, en el supuesto de hechos, una convicción basada «en signos externos producidos por la Administración lo suficientemente concluyentes para que le induzcan razonablemente a confiar en la legalidad de la actuación administrativa».

Así lo entendió el TDC en el asunto sometido a su enjuiciamiento afirmando que

«el hecho de que el IMET haya promovido y firmado el acuerdo no puede ser considerado un signo externo producido por la Administración lo suficientemente concluyente para que haya realmente inducido al resto de los firmantes a confiar en su legalidad, especialmente en el caso, no de personas físicas, sino de asociaciones profesionales con medios suficientes para poder disponer de un adecuado asesoramiento jurídico y máxime, como ocurrió en este acuerdo, cuando una de las asociaciones convocada a la firma se negó a participar».

Por otra parte, y respecto al segundo de los requisitos, tampoco de la ponderación de los intereses en juego se deriva que los intereses particulares fueran superiores al interés general por derivarse de la no firma del Acuerdo unos perjuicios que no tiene por qué soportar el administrado; de tal forma que nada compelmía a los suscriptores a la firma del Acuerdo. No existe, pues, una situación de confianza digna de protección.

Es de destacar que, si bien el TJCE admite este principio, lo hace de manera restrictiva, actitud justificada por GARCÍA MACHO³⁸ por el «carácter perturbador que este principio tiene frente a los objetivos de los poderes públicos, e incluso porque puede cuestionar otros principios generales, especialmente el de legalidad».

El principio de confianza legítima es un instrumento jurídico de la máxima importancia para proteger al administrado en situaciones en las que confió legítimamente en la legalidad de su actuación inducido por la propia Administración Pública; pero ello no significa que toda actividad de los particulares que se desarrolle conforme a la actuación administrativa esté protegida por este principio, puesto que, en tal caso, podría llegarse al absurdo de reconocer que la actuación ilegal de la Administración otorga cobertura legal a los actos ilegales de los administrados. Recordemos que el principio de confianza legítima está íntimamente relacionado con el de legalidad, y este último cederá en favor del primero excepcionalmente, cuando la confianza del particular sea legítima, digna de protección e inducida por la propia Administración, y cuando la valo-

³⁸ R. GARCÍA MACHO, *Contenido y límites del principio de la confianza legítima: estudio sistemático en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia*, op. cit., p. 466.

ración de los intereses en juego haya determinado que el sujeto tenga que elegir evitar los mayores perjuicios que se producirían en su interés particular sacrificando el menor perjuicio que se derivaría para el interés general.

6. REFLEXIONES FINALES

En la Resolución recaída en el Expte. 452/99, Taxis de Barcelona, el TDC aplicó las reglas de la competencia a un Acuerdo que pretendía limitar la concurrencia en parte del mercado de servicio de autotaxis, concretamente, el correspondiente a la utilización de los vehículos para prestar servicios a doble turno.

Para llegar a la conclusión de que efectivamente existía una conducta prohibida por el artículo 1.1 LDC, en primer lugar, el Tribunal entendió que «de la simple lectura del acuerdo examinado» se deduce que pretendía «limitar la iniciativa de los operadores económicos titulares de licencias de autotaxi, reduciendo la posibilidad de que puedan explotar sus vehículos a doble turno», lo que supone que el objeto del mismo es «restringir la competencia en el mercado reduciendo el tiempo durante el que los autotaxis pueden prestar servicio». Si bien coincidimos con la posición del TDC, no obstante, entendemos que podría haber fundamentado más extensamente su afirmación, con indicación expresa de las partes del Acuerdo que considera restrictivas de la competencia y motivando con más detalle las razones que justifican su posición.

En segundo lugar, el TDC entendió que el IMET, pese a ser un organismo autónomo de carácter administrativo, puede ser considerado como un operador económico a los efectos de aplicación del artículo 1.1 LDC cuando actúe como un sujeto privado y no como Administración Pública, pues entonces, dado que sus actos no tienen la naturaleza de administrativos y su actividad no está revestida de *imperium*, está sujeta a las normas de derecho que rigen la de todo agente económico que actúa en el mercado. Se trata de una cuestión conflictiva que, una vez establecido el principio general de la posibilidad del sometimiento de las Administraciones Públicas a la LDC ha de ser resuelta caso por caso, determinando si la concreta actuación enjuiciada por el TDC reviste el carácter de administrativo y, por tanto no está sometida al control de este Tribunal, o si, por el contrario, se trata de una actividad realizada por un organismo público del mismo modo en que la pueden realizar los particulares y, consecuentemente, revisable por el TDC.

En tercer lugar, respecto de la supuesta aplicación del artículo 2 LDC, al TDC no se le plantearon grandes problemas para entender que tal argumento debía ser rechazado, toda vez que la aplicación de la norma que supuestamente otorgaba cobertura legal a la actuación del IMET había sido suspendida por otra norma posterior.

Por último, el TDC se pronunció en este Expediente sobre la posibilidad de excluir la responsabilidad de determinados sujetos imputados fundándose en la pretendida confianza legítima que los mismos tenían sobre la licitud del Acuerdo impugnado, dado que la propia Administración había sido la promotora y suscriptora del mismo. Coincidimos con el TDC en que, en el caso objeto de análisis, dicho argumento debía ser rechazado, pero, también respecto de este extremo, consideramos que el Tribunal podría haber expresado con mayor detalle los argumentos que le llevaron a dicha conclusión, sobre todo si tenemos en cuenta que el de la confianza legítima es un principio importado en nuestro ordenamiento jurídico, cuya mayor operatividad se está desplegando en el ámbito del Derecho comunitario y que su razón de ser es la de proteger a los administrados frente a cambios normativos o actividad de la Administración que puedan causarles grandes perjuicios que, legítimamente, no tienen por qué soportar. Desde tal perspectiva, este principio no tiene por finalidad eximir a los particulares de su responsabilidad por actos ilícitos que hubieran cometido conjuntamente con una Administración Pública, aunque ello no significa que la consecuencia de su aplicación sea precisamente tal resultado, eso sí, siempre que se cumplan los requisitos que la confianza legítima exige.

El artículo 81 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (en adelante, TCE) establece que estarán prohibidas aquellas conductas relacionadas con los que tengan como objeto una concordancia de voluntades, a saber, un acuerdo, una decisión de asociaciones de empresas o una práctica concertada. Sin embargo, las acciones anticompetitivas que consistan en otras de posición de dominio, aunque paralelas entre ellas anticompetitivas, no estarán prohibidas por el TCE.

De esta resulta que, en el plano teórico, parece que el objetivo del TCE y el contenido del artículo 81 TCE, no es eliminar de manera absoluta la existencia de acuerdos intracomunitarios, sino que, en este sentido, parece que sólo prohíbe los obstáculos a la competencia creados por una conducta unilateral entre, al menos, dos partes.

Por lo tanto, aquello que en el plano teórico no elimina desde el punto de vista más que confirma, el TCE no prohíbe todas las conductas anticompetitivas, de el plano práctico puede tal claridad y, en el momento de evaluar conductas anticompetitivas, los límites que impone son aquellos conductas que consistan dentro del ámbito del artículo 81 TCE y aquellas otras que escaparan de su aplicación, sin excepción.

En cuanto a la anterior reflexión deriva del hecho que, en la práctica, ha sido cada vez más difícil aceptar que una conducta anticompetitiva pudiera escapar del ámbito de aplicación del TCE y, aunque el contenido textual del artículo 81 TCE, la concordancia de voluntades, ha sido interpretado de forma cada vez más amplia tanto por la Comisión Europea (en adelante, la Comisión) como por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (en adelante, TCE) y el Tribunal de Primera Instancia (en adelante, TJ).

EL CASO ADALAT: SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS DE 26 DE OCTUBRE DE 2000

Mercè REVERTER BAQUER

Abogado Garrigues & Andersen

1. INTRODUCCIÓN

El artículo 81 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (en adelante, TCE) establece que estarán prohibidas aquellas conductas anticompetitivas que tengan como origen una concordancia de voluntades, a saber, un acuerdo, una decisión de asociaciones de empresas o una práctica concertada. *Sensu contrario*, las acciones unilaterales ejercidas sin abuso de posición de dominio, aunque produjeran efectos anticompetitivos, no estarían prohibidas por el TCE.

De ello resulta que, en el plano teórico, parece que el objetivo del TCE, y en concreto del artículo 81 TCE, no es eliminar de manera absoluta los obstáculos al comercio intracomunitario, sino que es más limitado, puesto que sólo prohíbe los obstáculos a la competencia creados por una voluntad conjunta entre, al menos, dos partes.

Pues bien, aquello que en el plano teórico no ofrece duda alguna y parece más que evidente, *el TCE no prohíbe todas las conductas anticompetitivas*, en el plano práctico pierde tal claridad y, en el momento de enjuiciar conductas anticompetitivas, los lindes que separarían aquellas conductas que entrarían dentro del ámbito del artículo 81 TCE y aquellas otras que escaparían de su aplicación, son imprecisos.

En efecto, la anterior reflexión deriva del hecho que, en la práctica, ha sido cada vez más difícil aceptar que una conducta anticompetitiva pudiera escapar del ámbito de aplicación del TCE y ello porque el elemento central del artículo 81 TCE, la concordancia de voluntades, ha sido interpretado de forma cada vez más amplia tanto por la Comisión Europea (en adelante, la Comisión) como por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (en adelante, TJCE) y el Tribunal de Primera Instancia (en adelante, TPI).

Así las cosas, dicha práctica llegó tan lejos que podía llegar a hacer pensar que la voluntad del TCE era la de prohibir todas las conductas anticompetitivas. Parecía no poder existir una conducta anticompetitiva si no era el resultado de, bien una concordancia de voluntades, bien un abuso de posición de dominio. En definitiva, podía concluirse que el elemento central del artículo 81 TCE no recaía en la prueba de la existencia de una concordancia de voluntades, sino, simplemente, en probar que cierta conducta, independientemente de su origen, produce efectos anticompetitivos.

Mientras la anterior conclusión parecía confirmarse en cada nueva Decisión de la Comisión y en cada nueva sentencia del TJCE y del TPI¹, la importancia de la Sentencia de fecha 26 de octubre de 2000, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 81 TCE, radica en que el TPI rompe con dicha tendencia y apuesta por volver a interpretar el TCE, y en concreto el concepto de acuerdo de su artículo 81, de forma restrictiva. De este modo plasma en la práctica los postulados teóricos y demuestra que (i) no toda conducta anticompetitiva tiene como origen una concordancia de voluntades o un abuso de posición de dominio y que, en definitiva, (ii) el TCE, y en concreto su artículo 81, dejan un espacio para que existan conductas anticompetitivas que escapen de su ámbito de actuación.

La apuesta del TPI es especialmente favorable para el mundo de las grandes empresas farmacéuticas, ya que tales empresas habían estado durante años en el punto de vista crítico de las autoridades nacionales y comunitarias de defensa de la competencia. Cabe recordar que a dichas empresas, a pesar de que actúan en mercados fuertemente intervenidos por las autoridades sanitarias nacionales, se les exige un cumplimiento estricto de la normativa de defensa de la competencia.

Con la Sentencia de 26 de octubre de 2000, el TPI les reconoce, salvo que se encuentren en posición de dominio y sea operativo el artículo 82 TCE, la posibilidad de poder hacer frente a las importaciones paralelas de manera unilateral sin incurrir en la prohibición del artículo 81 TCE. De este modo, devuelve a las empresas farmacéuticas y, en cierto modo a todos los sistemas de distribución, cierta seguridad para diseñar, unilateralmente, sus respectivas políticas comerciales.

A continuación, se exponen los Hechos que originaron el litigio y los principales argumentos de las partes para pasar después a comentar y a analizar con más profundidad los Fundamentos de Derecho aplicados por el TPI.

¹ Véase, entre otras, Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (en adelante, STJCE) de 11 de enero de 1990, Asunto C-227/87, «Sandoz prodotti farmaceutici SpA contra Comisión de las Comunidades Europeas», STJCE de 8 de febrero de 1990, Asunto C-279/87, «Tipp-Ex GmbH & Co. KG contra Comisión de las Comunidades Europeas» o STJCE de 24 de octubre de 1996, Asunto C-73/95, «Viho Europe BV contra Comisión de las Comunidades Europeas». Las anteriores sentencias serán ampliamente comentadas con posterioridad.

2. HECHOS y ARGUMENTOS DE LAS PARTES MÁS RELEVANTES

La Sentencia del TPI de 26 de octubre de 2000 (en adelante, la Sentencia), fue dictada en el marco de un recurso de anulación presentado por Bayer AG (en adelante, Bayer) contra la Decisión *Adalat* de la Comisión de fecha 10 de enero de 1996² (en adelante, Decisión *Adalat*) relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 81 TCE.

A. PRINCIPALES HECHOS A RETENER

Bayer y Adalat: Bayer es la sociedad matriz de uno de los principales grupos químico-farmacéuticos europeos y está presente en todos los Estados miembros de la Unión Europea a través de filiales nacionales. En el momento de los hechos, Bayer comercializaba³ una gama de medicamentos bajo la marca *Adalat* (en adelante, *Adalat*) destinados al tratamiento de las enfermedades cardio-vasculares.

Situación de Bayer en los mercados relevantes afectados: La Comisión, siguiendo el criterio del uso terapéutico, consideró que los mercados relevantes de producto eran dos, a saber: el mercado de la insuficiencia coronaria y el mercado de la hipertensión. Asimismo, y en relación con el mercado geográfico afectado, la Comisión consideró que éste era de ámbito nacional y, en concreto, consideró que resultaban afectados el mercado francés, el español y el inglés.

En ninguno de los mercados relevantes afectados Bayer tenía posición de dominio alguna.

Mercado intervenido: En la mayoría de los Estados miembros de la Unión Europea, las autoridades sanitarias fijaban, directa o indirectamente, el precio del *Adalat*⁴. Sin embargo, los precios no estaban armonizados y ello conllevaba que los precios fijados por las autoridades españolas y francesas fueran, en el momento de los hechos, por término medio, inferiores en un 40 por 100 a los aplicados en el Reino Unido.

Importaciones paralelas: Tales diferencias de precios provocaron que una serie de mayoristas franceses y españoles aprovecharan esta situación para exportar al Reino Unido grandes cantidades de *Adalat* generando grandes pérdidas a la filial inglesa de Bayer.

Comportamiento anticompetitivo de Bayer: Ante esta situación, Bayer decidió reaccionar e intentar evitar las exportaciones al Reino Unido. Para ello, analizó cuál era la mejor manera de conseguir que una conducta

² Decisión de la Comisión 96/478/CE de 10 de enero de 1996 relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 85 TCE.

³ En la actualidad, Bayer continúa comercializando dicha gama de medicamentos.

⁴ En la actualidad, dichos precios continúan intervenidos en la mayoría de los Estados miembros.

anticompetitiva, evitar las exportaciones, no incurriera en el ámbito de aplicación del artículo 81 TCE. Al respecto, consideró dos posibles políticas, bien eliminar todos los mayoristas y asumir ella misma la distribución del Adalat, bien practicar una política unilateral de restricción de pedidos alegando falta de existencias sin necesidad de disponer de la aquiescencia de los mayoristas.

Bayer optó por la segunda política de tal forma que, a partir de cierto momento, sólo suministró aquellas cantidades del Adalat equivalentes a las medias anuales correspondientes a las necesidades nacionales con un máximo del 10 por 100 de aumento.

Decisión de la Comisión: La Comisión, advertida por algunos mayoristas, probablemente ingleses, conoció de esta política y, después de seguir un procedimiento conforme al Reglamento 17/62 del Consejo, de 6 de febrero de 1962, dictó una Decisión en la que se afirmaba que la supuesta conducta unilateral de Bayer no era tal, sino que en realidad era *sólo aparentemente unilateral*, dado que había contado con la aquiescencia de los mayoristas.

En consecuencia, la Comisión consideró que Bayer había incumplido el artículo 81.1 TCE e impuso a la demandante una multa de 3.000.000 de euros (aproximadamente, 500 millones de pesetas).

B. PRINCIPALES ARGUMENTOS DE LAS PARTES A RETENER

a) *Argumentos de Bayer: ¿Cómo llevar a cabo una conducta anticompetitiva sin incurrir en la prohibición del artículo 81 TCE?*

Reconocimiento de su intención de evitar las exportaciones: Bayer no negó en ningún momento su intención de combatir las exportaciones y, por consiguiente, se limitó a buscar una fórmula que le permitiese llevar a cabo su intención sin incurrir en la prohibición del artículo 81 TCE.

Su reacción frente a las exportaciones fue planificado y adoptado de forma unilateral: Bayer afirma que, ante la necesidad de combatir las exportaciones y no incurrir en la prohibición del artículo 81 TCE, tras la realización de un minucioso y profundo examen jurídico en el que se tuvo en cuenta la práctica decisoria de la Comisión y la jurisprudencia comunitaria en la materia, optó por limitar los suministros de *Adalat*.

Para ello, Bayer asegura adoptó una medida totalmente unilateral consistente en la aplicación de un sistema que le permitía determinar las cantidades suministradas a cada mayorista durante los años anteriores y, tomando como base estas cantidades de referencia, aumentadas razonablemente alrededor de un 10 por 100 anual, fijar por anticipado las cantidades que serían suministradas anual y mensualmente.

Dicho sistema habría sido aplicado por igual a todos los suministradores sin que existiera por parte de Bayer ninguna prohibición de exportar

ejercida a través de sanciones a determinados mayoristas exportadores ni control posterior alguno acerca del destino final de los productos suministrados.

La Comisión no ha probado la existencia de una concordancia de voluntades entre Bayer y los mayoristas: Dado que el principal argumento de la Decisión Adalat radica en que Bayer, para llevar a la práctica su política contra las importaciones paralelas, habría contado con la aquiescencia de los mayoristas, Bayer intenta demostrar que dicha aquiescencia nunca existió y que, en todo caso, la Comisión no habría probado lo contrario.

En efecto, Bayer considera que la falta de aquiescencia de los mayoristas se demostraría por el hecho de que éstos, aunque aparentemente pudieran conformarse con la reducción de suministros impuesta por Bayer, en realidad habrían mostrado su total oposición al intentar abastecerse de más cantidades a través de terceros mayoristas.

De acuerdo con lo anterior, Bayer concluye que la tesis adoptada por la Comisión en la Decisión Adalat, según la cual la reducción en los pedidos habría significado una aquiescencia en la política de Bayer, equivaldría a decir que el requisito de un acuerdo en el sentido del artículo 81 TCE se cumple aun cuando el autor del pedido modifique sólo en apariencia su conducta y su comportamiento real pruebe de forma totalmente clara que, precisamente, no quiere celebrar el supuesto acuerdo.

Las tesis de la Comisión son contrarias al tenor literal y a la finalidad del artículo 81 TCE: De acuerdo con todo lo anterior, Bayer acaba concluyendo que las tesis de la Comisión serían totalmente opuestas a la finalidad del artículo 81 TCE, puesto que, al exigir únicamente una aquiescencia aparente y no real de los mayoristas, en realidad se estaría dejando de lado el elemento central del concepto de acuerdo del artículo 81 TCE, esto es, la concordancia de voluntades.

De seguir las tesis de la Comisión, resultaría que el ámbito de aplicación del artículo 81 TCE se extendería a las negativas unilaterales de suministro que sólo pueden estar incluidas en el artículo 82 TCE, suprimiendo la delimitación sistemática existente entre el ámbito de aplicación del artículo 81 y el del artículo 82. Si ello fuera así, acabaría exigiéndose una muy amplia obligación general de contratar para las empresas que no dominan el mercado, puesto que un fabricante no podría negarse a servir pedidos por los motivos antes mencionados sin infringir el artículo 81 TCE.

En conclusión, Bayer considera que la postura adoptada por la Comisión en lugar de enfatizar y priorizar los elementos subjetivos del artículo 81 TCE prioriza los objetivos, postura frontalmente contraria a la finalidad del TCE.

Bayer no ha infringido el artículo 81 TCE: De resultados de todo lo anterior Bayer concluye que: (i) su reacción a las importaciones paralelas fue totalmente unilateral, (ii) que los mayoristas nunca aceptaron dicha política

y que, en consecuencia, (iii) a falta de concordancia de voluntades o de posición de dominio alguna, su conducta anticompetitiva no entra dentro del ámbito de aplicación del artículo 81 TCE.

- b) *Argumentos de la Comisión: La existencia de una relación contractual conlleva, necesariamente, a la concordancia de voluntades. Noción de acuerdo omnicomprendiva*

Existía una prohibición de exportar: De acuerdo con la Comisión, Bayer previó e impuso una prohibición de exportar mediante un sistema de control de las importaciones paralelas que consistía en identificar a los mayoristas exportadores, reducir de forma drástica los suministros, controlar el destino final de las cantidades suministradas y sancionar, mediante la reducción ulterior de los suministros, a los mayoristas exportadores.

Así, de acuerdo con la Comisión, es falso que Bayer hubiera aplicado a todos los mayoristas por igual su política de reducción de suministros, dado que el alcance de tales reducciones fue distinto en función de si los mayoristas habían exportado o no.

La prohibición de exportar contó con la aquiescencia de los mayoristas: Según la Comisión, los mayoristas conocían las intenciones de Bayer y las aceptaron.

En efecto, de acuerdo con la Comisión, la concordancia de voluntades exigida por el artículo 81 TCE no quedaría contradicha por el hecho de que las dos partes no tuvieran el mismo interés. Así, la Comisión considera que un acuerdo en el sentido del artículo 81 TCE exige únicamente que las dos partes tengan interés común en celebrarlo, sin que sea necesario que dicho interés sea idéntico. Dicha tesis, aplicada al caso concreto, se manifestaría en el hecho de que los mayoristas habrían tenido interés en evitar las restricciones de suministro y la demandante en impedir las exportaciones paralelas o, al menos, limitarlas. Así las cosas, existiría una concordancia de voluntades para que se impidieran las exportaciones paralelas.

Las tesis mantenidas por la Comisión no son contrarias al tenor literal y a la finalidad del artículo 81 TCE: La Comisión niega haber puesto en entredicho la delimitación entre el artículo 81 y el 82 TCE, precisando que, los hechos sí serían inscribibles en el ámbito de aplicación del artículo 81 TCE, dado que los mayoristas decidieron por sí mismos someterse a la voluntad de Bayer. Al respecto, alega que sus consideraciones son totalmente acordes con su práctica decisoria anterior así como con la jurisprudencia del TJCE y TPI anterior.

Indicados ya los principales argumentos de las partes, a continuación se exponen los Fundamentos de Derecho aportados por el TPI.

3. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tal y como se adelantaba al principio de este trabajo, la importancia de la Sentencia radica en que el TPI frena una tendencia omnicomprensiva de la aplicación del artículo 81 TCE y vuelve a apostar por una aplicación más restrictiva del mismo en la que el elemento subjetivo, a saber, la necesaria existencia de una concordancia de voluntades, recobra su lugar preeminente.

Para ello, tal y como se verá a continuación, el TPI debate sobre las diferencias entre una conducta anticompetitiva propiamente unilateral, que quedaría fuera del ámbito de aplicación del artículo 81 TCE, y una conducta anticompetitiva aparentemente unilateral que sí quedaría dentro de dicho ámbito de aplicación.

La vertiente más sorprendente e ingeniosa del razonamiento del TPI es que para justificar su vuelta a una aplicación restrictiva del artículo 81 TCE utiliza una jurisprudencia anterior en la que precisamente dicha aplicación había sido interpretada de forma muy amplia.

Y es que la anterior jurisprudencia, si bien en el plano teórico formulaba grandes postulados a favor de la concordancia de voluntades como elemento central del artículo 81 TCE, en la práctica acababa aceptando las tesis de la Comisión y, ante una conducta con efectos anticompetitivos extendía *in extremis* el concepto de acuerdo para evitar que la misma quedara fuera del ámbito de aplicación del artículo 81 TCE.

Baste recordar en este punto la STJCE Sandoz⁵. En esta sentencia el TJCE, después de apelar en el plano teórico a que el elemento principal del artículo 81 TCE debía ser la concordancia de voluntades, ante una conducta claramente anticompetitiva como era la prohibición de exportar, acabó priorizando los efectos de la conducta al origen de la misma. Así, consideró que la introducción de la mención «prohibido exportar» en la factura tipo que Sandoz remitía a sus distribuidores y la falta de reacción de éstos ante dicha prohibición, bastaba para presumir una aquiescencia tácita de estos últimos a la cláusula de no prohibición estipulada en las facturas tipo.

Pues bien, tal y como apuntábamos, con la presente Sentencia el TPI consigue congeniar una jurisprudencia que en la práctica se había mostrado partidaria de una aplicación amplia del artículo 81 TCE con una nueva jurisprudencia que intenta recuperar una aplicación mucho más restrictiva y basada, principalmente, en la necesidad de probar, no de presumir, la existencia de una concordancia de voluntades previa.

⁵ STJCE de 11 de enero de 1990, Asunto C-227/87, «Sandoz prodotti farmaceutici SpA contra Comisión de las Comunidades Europeas».

A. REFLEXIÓN PREVIA

De entrada, el TPI esclarece que se está ante un supuesto en el que, a falta de documento o pacto expreso, lo que se debe analizar son conductas.

En el caso concreto, esto significa que el objeto del TPI es dilucidar si la conducta anticompetitiva de Bayer es efectivamente unilateral y, por tanto, queda fuera del ámbito de aplicación del artículo 81 TCE o si, por el contrario, es una conducta aparentemente unilateral adoptada por el fabricante en el marco de sus relaciones contractuales con sus distribuidores y que cuenta con la aquiescencia, al menos tácita, de estos últimos. En este supuesto, dicha conducta sí quedaría dentro del ámbito de aplicación del artículo 81 TCE.

Para poder decidir sobre el tipo de conducta realizada por Bayer, el TPI, antes de analizar el supuesto concreto, resume, a modo de antecedente, cuál ha sido la jurisprudencia relativa al concepto de acuerdo. En función de si se aplica un concepto de acuerdo amplio o restrictivo, el artículo 81 TCE se aplicará, igualmente, de forma más o menos restrictiva.

En primer lugar, recuerda que el concepto de acuerdo, tal y como ha sido interpretado por, entre otras, las STJCE BMW y AEG⁶, se basa en la existencia de una concordancia de voluntades entre por lo menos dos partes, cuya forma de manifestación carece de importancia siempre y cuando constituya la fiel expresión de tales voluntades.

Acto seguido apunta que la misma jurisprudencia ha considerado que determinadas medidas adoptadas o impuestas de manera aparentemente unilateral por el fabricante en el marco de las relaciones continuas que mantiene con sus distribuidores se han considerado constitutivas de un acuerdo en el sentido del artículo 81 TCE.

Ahora bien, el TPI precisa que la Comisión nunca podrá considerar que una conducta aparentemente unilateral es en realidad el resultado de una concordancia de voluntades, si no demuestra activamente la existencia de una aquiescencia, tácita o expresa, por parte de los demás agentes económicos con los que el fabricante mantiene relaciones contractuales.

Será precisamente esta última apreciación, a saber, la importancia del elemento probatorio en el momento de apreciar la aquiescencia de los terceros, el *leit motiv* y la clave del razonamiento del TPI y aquello que le servirá para volver a aplicar un concepto restrictivo del artículo 81 TCE en contra de la práctica, que no de la teoría, adoptada por la última jurisprudencia al respecto.

⁶ STJCE de 12 de julio de 1979, Asuntos acumulados 32/78, 36/78 y 82/78, «BMW/Comisión», STJCE de 25 de octubre de 1983, Asunto C-197/82, «AEG/Comisión».

B. LA CONCORDANCIA DE VOLUNTADES: ELEMENTO CENTRAL DEL ARTÍCULO 81 TCE

a) *Importancia del elemento probatorio*

Una de las aportaciones de la presente Sentencia es la importancia que el TPI concede al elemento probatorio y las consecuencias que ello comporta.

La Comisión y la jurisprudencia habían llegado al extremo de considerar que, por el simple hecho de existir una relación contractual previa o de que los terceros afectados por una conducta anticompetitiva no procedieran a romper las relaciones contractuales, se presumía existía una concordancia de voluntades.

El TPI pone freno a esta tendencia y exige que la concordancia de voluntades en lugar de presumirse se demuestre. No es válido, según el TPI, establecer presunciones tipo acerca de cuando se produce una concurrencia voluntades, sino que, en cada caso, será necesario acreditar la presencia o ausencia de la misma.

Con esta premisa de fondo, el TPI procederá a analizar si en el caso concreto se ha demostrado que exista, (i) una prohibición de exportar: y (ii) la aquiescencia de los mayoristas a dicha prohibición. Para ello ya no bastará con demostrar que las partes mantenían una relación comercial continua o que los mayoristas no optaron por romper sus relaciones, sino que será necesario demostrar que existen elementos probatorios suficientes para acreditar la presencia de dicha prohibición o la aquiescencia de los mayoristas.

El TPI, después de realizar un pormenorizado examen de los hechos, acaba concluyendo que, a pesar de que existía una relación comercial continua y a pesar de que los mayoristas no rompieron sus relaciones con Bayer, la Comisión no ha podido demostrar que existiera prohibición alguna de exportar ni que los mayoristas aceptaran la política de Bayer.

Respecto a la prohibición de exportar, el TPI concluye que dicha prohibición no habría quedado suficientemente acreditada por cuanto la Comisión no habría podido demostrar la existencia de ningún sistema que permitiese controlar el destino final de los productos, ni tampoco habría podido demostrar que Bayer procediera a aplicar diferentes reducciones de suministro, a saber: sanciones, en función de si el mayorista en cuestión había o no exportado.

En relación con la aquiescencia de los mayoristas, el TPI considera que, aunque éstos simularan estar de acuerdo con la reducción de los suministros, en realidad habrían intentado conseguir mayores cantidades de Adalat a través de terceros distribuidores y que, por consiguiente, no habría habido aquiescencia alguna por parte de los mayoristas.

En conclusión, el TPI reclama, para el elemento probatorio, un papel trascendente.

b) *Sobre los precedentes jurisprudenciales*

En este punto de la Sentencia, el TPI se vale de la jurisprudencia anterior para recordar que el elemento central del artículo 81 TCE es la concordancia de voluntades y que, sólo si dicha concordancia queda acreditada, podrá procederse a realizar un análisis sobre la concurrencia del resto de los requisitos exigidos en el mismo artículo 81 TCE; a saber, la afectación del comercio entre los Estados miembros y el impedimento, restricción o falseamiento de la competencia dentro del mercado común.

Para ello el TPI utilizará de una jurisprudencia que, si bien en la práctica no interiorizaba la importancia del elemento concordancia de voluntades, en la teoría sí lo preconizaba.

El primer asunto al que el TPI hace referencia es el Asunto Sandoz⁷. Dicho asunto se refería a la sanción impuesta por la Comisión a una filial de dicha empresa farmacéutica a la que se imputaba haber incluido en las facturas que enviaba a los clientes la mención expresa «exportación prohibida». Sandoz no había negado la presencia de la citada mención en sus facturas, pero, al igual que Bayer, había discutido la existencia de un acuerdo en el sentido del artículo 81.1 TCE.

Entonces el TJCE, después de apelar a que el elemento central del artículo 81 TCE era la concordancia de voluntades, consideró que la inclusión de la mención «exportación prohibida» en las facturas y la falta de reacción en contra de los distribuidores eran elementos fácticos suficientes para acreditar la aquiescencia tácita de estos últimos.

Respecto a dicho Asunto el TPI recoge, por un lado, las consideraciones que el TJCE hizo a favor de la concordancia de voluntades como elemento esencial del artículo 81 TCE y, por otro, el hecho de que, en el presente supuesto, a diferencia del Asunto Sandoz, la Comisión no habría demostrado ni la existencia de la prohibición de exportar ni la aquiescencia real de los mayoristas.

Sin embargo, parece olvidar que, en realidad, la STJCE pronunciada en el Asunto Sandoz optó por un concepto de acuerdo tan amplio (la inclusión en una factura de la mención «prohibición de exportar» y la no ruptura de las relaciones comerciales por parte de los afectados bastaba para considerar probada la aquiescencia de estos últimos) que la defensa de la concordancia de voluntades como elemento central del artículo 81 TCE perdía su virtualidad.

De hecho, el TPI basa parte de su análisis de los hechos en el Asunto Bayer en demostrar, precisamente, la falta de tal prohibición de exportar.

⁷ Vid. nota 5 *supra*.

En consecuencia, si dicha prohibición hubiera sido demostrada, probablemente el TPI hubiera tenido mayores dificultades para congeniar la antigua jurisprudencia con su apuesta decidida por la aplicación restrictiva del artículo 81 TCE.

El segundo asunto abordado por el TPI es el Asunto Tipp-Ex⁸. Dicho asunto versaba sobre un contrato de distribución exclusiva entre Tipp-Ex y su distribuidor francés que había aceptado la exigencia del fabricante de aumentar en la medida necesaria los precios aplicados a un cliente con el fin de que éste perdiera todo interés económico en las importaciones paralelas. Además, se había acreditado que el fabricante efectuaba controles posteriores para incitar al distribuidor exclusivo a adoptar efectivamente dicho comportamiento.

Entonces, el TJCE estimó que, si bien Tipp-Ex no había transcrito en ningún momento la prohibición de exportar, no había dudas acerca de que la política de Tipp-Ex iba en dicho sentido y que, además su distribuidor francés había aceptado dicha política. Para llegar a dicha afirmación consideró que (i) el sistema de detección que Tipp-Ex había implantado para conocer *ex post* aquellos productos que eran exportados de aquellos otros que no lo eran, evidenciaba la intención de Tipp-Ex de sancionar a los distribuidores que efectuaran exportaciones, y (ii) el hecho de que el distribuidor francés aumentara los precios, tal y como le había sugerido Tipp-Ex, eran razón suficiente para considerar que la conducta aparentemente unilateral de Tipp-Ex escondía en realidad una aquiescencia de su distribuidor.

El TPI también utiliza dicha Sentencia para validar su postura por cuanto considera, a diferencia del Asunto Tipp-Ex, que en el Asunto Bayer no hubo un control *ex post* de las exportaciones ni ningún ánimo de sanción por parte de Bayer.

Una vez más, el TPI parece utilizar la STJCE del Asunto Tipp-Ex, únicamente a efectos de declarar que, a diferencia de aquel supuesto, en el Asunto Bayer no acontecieron los mismos hechos, pero olvida, al igual que hizo con el Asunto Sandoz, que en realidad el TJCE había aplicado una noción de acuerdo tan amplia que la importancia de la concordancia de voluntades volvía a quedar desvirtuada.

Así pues, también en este caso cabría preguntarse cuál habría sido la actitud del TPI si la Comisión hubiera demostrado la presencia de controles *ex post* y la intención sancionadora de Bayer.

Finalmente, el TPI apela a los Asuntos BMW Belgium, AEG y Ford⁹ para acabar de reforzar sus tesis.

⁸ STJCE de 8 de febrero de 1990, Asunto C-279/87, «Tipp-Ex GmbH & Co. Kg contra Comisión de las Comunidades Europeas».

⁹ STJCE de 12 de julio de 1979, Asuntos acumulados 32/78, 36/78 y 82/78, «BMW/Comisión», STJCE de 25 de octubre de 1983, Asunto C-197/82, «AEG/Comisión», STJCE de 17 de septiembre de 1985, Asuntos acumulados C-25/84 y 26/84, «Ford y Ford Europe/Comisión».

Respecto a dichas sentencias, el TPI recoge, por un lado, los pronunciamientos generales que en su día hizo el TJCE a favor de la preeminencia de la concordancia de voluntades, y, por otro lado, el hecho de que, a diferencia de aquellos supuestos de hecho, en el Asunto Bayer no hubo nunca ningún hecho que delatara la aquiescencia de los mayoristas.

En definitiva, tal y como apuntábamos, el TPI consigue congeniar la jurisprudencia anterior, partidaria de un concepto omnicomprendivo de acuerdo y, por consiguiente, de un debilitamiento del elemento concordancia de voluntades como elemento esencial del artículo 81 TCE, con sus tesis a favor de una aplicación restrictiva de dicho artículo.

Con todo, al acabar de leer las observaciones que el TPI hace respecto a la jurisprudencia anterior, parece que el alto nivel probatorio exigido por éste a la Comisión respecto a la concurrencia de una supuesta aquiescencia de los mayoristas haya sido impuesto, sólo, en aras a demostrar que el presente supuesto no podía ser asimilado a ninguno de los supuestos anteriores. Con todo, si ello era necesario para volver a una aplicación restrictiva de la noción de acuerdo, sea bienvenido.

c) *La continuación en las relaciones comerciales no es suficiente para considerar que existe una concordancia de voluntades*

La Comisión sostiene que puede considerarse probada la existencia de un acuerdo entre empresas en el sentido del artículo 81 TCE simplemente por haber constatado que los mayoristas no interrumpieron sus relaciones comerciales con Bayer tras la instauración de la política anti-exportaciones de esta última.

El TPI, sin embargo, se muestra totalmente contrario a la tesis de la Comisión y afirma, de acogerse dicha tesis, se estaría obviando el principal elemento del artículo 81 TCE, a saber: la concordancia de voluntades.

En este sentido, las reflexiones que el TPI hace en esta última parte de la Sentencia son quizás las más interesantes, no tanto por su novedad, sino porque por primera vez el TPI es rotundo y afirma sin ambigüedades que la continuación en las relaciones comerciales no basta para considerar que existe una concordancia de voluntades.

Es en este apartado donde el TPI reflexiona más a fondo sobre el concepto de acuerdo, los límites entre el artículo 81 y 82 TCE y, en definitiva, sobre la finalidad última del Tratado.

Así, empieza advirtiendo que, de acogerse la tesis de la Comisión, se estaría objetivizando el artículo 81 TCE cuando, en realidad, el elemento configurador y central de dicho artículo es esencialmente subjetivo, a saber, la existencia de una concordancia de voluntades.

El TPI recuerda que, conforme al sistema del TCE, no pueden entrar a valorarse los elementos objetivos del artículo 81 TCE, a saber: afectación

al comercio entre los Estados miembros y la afectación a la competencia, si antes no se ha probado la existencia de una real concordancia de voluntades y, en concreto, afirma:

«Además, conforme al sistema del Tratado, una empresa sólo puede ser sancionada con arreglo al Derecho comunitario sobre la competencia como consecuencia de una infracción por su parte de las prohibiciones contenidas en los artículos 85, apartado 1, y 86 del Tratado. Pues bien, procede señalar que la aplicabilidad del artículo 85, apartado 1, exige que se cumplan varios requisitos: a) que exista un acuerdo entre, por lo menos, dos empresas o un supuesto similar, como una decisión de asociación de empresas o una práctica concertada entre empresas; b) que pueda afectar al comercio intracomunitario, y c) que tenga por objeto o por efecto la restricción sensible de la competencia. *Por lo tanto, en el marco de dicho artículo, los efectos del comportamiento de una empresa sobre la competencia dentro del mercado común sólo pueden examinarse cuando haya quedado probada la existencia de un acuerdo, de una decisión de asociación de empresas o de una práctica concertada en el sentido del artículo 85, apartado 1, del Tratado*» (la cursiva es mía).

Lo anterior evidencia que el TCE no ha querido eliminar de forma absoluta las conductas anticompetitivas, sino que, siempre y cuando no exista una posición de dominio, como en el Asunto Bayer, un fabricante puede adoptar, de forma unilateral, la política de suministros que estime necesaria aun cuando dicha política tenga por objeto obstaculizar las exportaciones y, por tanto, restringir la competencia y afectar los intercambios entre los Estados miembros.

Y todo ello, explica el TPI, porque si no, la diferenciación entre el artículo 81 y el artículo 82 TCE no tendría ninguna razón de ser.

En efecto, si se optara por objetivizar el artículo 81 TCE, resulta que se llegaría a la situación paradójica en la que la negativa de venta se penalizaría en mayor medida en el artículo 81 que en el artículo 82, puesto que, mientras la prohibición del artículo 81 afectaría al fabricante que decide restringir sus suministros, pero sin resolver sus relaciones comerciales, el artículo 82 sólo prohíbe las restricciones de suministros, incluso si implican la ruptura de las relaciones, sólo si se hace de forma abusiva.

En conclusión, la tesis de la Comisión, no sólo iría contra la finalidad del artículo 81 TCE, sino también contra el propio principio de libertad de empresa. Y ello porque, según el TPI, si el TCE no ha querido objetivizar el artículo 81 es, precisamente, porque siempre ha querido preservar la libertad de empresa.

Y es que la Comisión parece olvidar que no se puede garantizar una libre competencia sin respetar la libertad de empresa, puesto que, en última instancia, si se anula la libertad del empresario para decidir su política de suministros también se anulará la competencia que quiere protegerse.

4. CONCLUSIONES

Para finalizar, y a modo de conclusiones, a continuación destaco los aspectos que considero son los más relevantes de la Sentencia:

— La Sentencia modifica la tendencia jurisprudencial anterior al apostar, no sólo en el plano teórico, sino sobre todo en el práctico, por una aplicación restrictiva del artículo 81 TCE.

— El TPI recuerda que el elemento central del artículo 81 TCE es el aspecto subjetivo, a saber: la concordancia de voluntades.

— Para respetar la finalidad del artículo 81 TCE es necesario aplicar una noción de acuerdo restrictiva y no omnicomprendiva. Sólo existirá acuerdo y, por tanto, será de aplicación el artículo 81 TCE si se demuestra la existencia de una concordancia de voluntades.

— Sólo existirá la concordancia de voluntades si la misma queda probada. Se excluye la posibilidad de presumirla. En este sentido, la continuación en las relaciones comerciales no demuestra, por sí misma, la existencia de dicha concordancia de voluntades.

— Los elementos objetivos del artículo 81 TCE sólo podrán empezar a valorarse si antes ha quedado suficientemente acreditado el aspecto subjetivo que pretende sancionar el TCE.

— La Sentencia ratifica que las conductas anticompetitivas llevadas a cabo unilateralmente por una empresa sin posición de dominio quedan fuera del ámbito de aplicación del artículo 81 TCE. El TCE no prohíbe todas las conductas anticompetitivas.

— Una política de defensa de la competencia que anula la libertad del empresario para decidir unilateralmente su política de suministros es una política que en lugar de preservar la competencia acaba anulándola.

SERVICIO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA, MINISTERIO DE ECONOMÍA Y CONSEJO DE MINISTROS

1. PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA ¹

A. ENTRADA DE EXPEDIENTES

En el año 2000 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 1998. De los 267 asuntos de 1997, que marcó el punto culminante, se ha pasado a 191, a 183 y a 127 expedientes, respectivamente, en los últimos tres años. Se regresa a las cotas de 1992-1993, más atrás que las de 1996 que apuntábamos el año pasado.

Las denuncias siguen siendo el instrumento principal para el inicio de expedientes en el SDC. Se ha venido insistiendo en los últimos años en que los particulares, a través de sus denuncias, son los principales desencadenantes de la aplicación del Derecho de la competencia. Ahora es también destacable que desde el punto álgido de 1997 hasta 2000, el porcentaje de denuncias respecto del total de asuntos se mantiene sin apenas variación, oscilando entre más del 76 por 100 y menos del 80 por 100, aproximadamente (cuadro 1b *infra*).

Paralelamente, se sigue registrando un descenso de los expedientes de autorización singular, así como de los iniciados de oficio. Desde esta perspectiva, no se ha notado el incremento de facultades que la reforma de 1999 trajo consigo (*vid.* Lluís CASES, «La competencia en España», *Anuario de la Competencia 1999*, y las remisiones que hace a otras contribuciones que en el volumen se ocupan de dicha reforma; y la contribución de Luis DE GUINDOS JURADO en este mismo *Anuario*). Ahora bien, téngase en cuenta que la reducción de la cifra de saldo inicial que también se viene produciendo desde 1999 y la disminución de la proporción entradas/salidas (*infra* cuadro 1d) indica que se van siendo digeridos los asuntos que entraron en 1997. Cabe asimismo aventurar que

¹ A la fecha de cierre de la edición de este *Anuario*, el Servicio de Defensa de la Competencia no ha publicado la Memoria correspondiente al año 2000. Los datos de este apartado se obtienen de la contribución a este *Anuario* de Luis DE GUINDOS JURADO, bajo el título «La política española de competencia en el nuevo entorno económico internacional».

las notificaciones de las operaciones de concentración están absorbiendo ahora buena parte de los recursos de la Administración.

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:

Cuadro 1a: Entradas de expedientes (valores absolutos)

<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
2000	158	99	3	25	127

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.

Cuadro 1b: Entradas de expedientes (valores porcentuales)

<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
2000	77,9	2,4	19,7

B. SALIDA DE EXPEDIENTES

El número de expedientes que ha concluido el SDC en el año 2000 ha descendido también respecto de los dos años anteriores, pasando a 166 en lugar de los algo más de 200 (*infra* cuadro 1c). Por lo tanto, se ha producido ya una sensible reducción del saldo existente al principio de 2001 (119), que no se conocía desde principios de la década de los 90 del pasado siglo.

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.

Cuadro 1c: Salidas de expedientes (valores absolutos)

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
2000	82	6	27	51	166

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. Como puede observarse, se mantienen en el año 2000 las proporciones de 1999 y acaso el dato a destacar sea el relativo aumento de los sobreseimientos, el más alto de todos los años.

Cuadro 1d: Salidas de expedientes (valores porcentuales)

<i>Año</i>	<i>AR</i>	<i>AC</i>	<i>SOB.</i>	<i>TDC</i>
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
2000	49,4	3,6	16,3	30,7

2. CONCENTRACIONES

El número de operaciones de concentración de empresas notificadas voluntariamente ha seguido incrementándose en 2000, tras el tirón en 1999, en el que se ha producido el cambio normativo consistente en hacer obligatoria la notificación.

A continuación mostramos la evolución de la tramitación de expedientes en materia de concentraciones desde el año 1990 a 2000, 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.):

Cuadro 2a: Expedientes de concentración: comparación datos 1990-2000

<i>Año</i>	<i>E.NOT</i>	<i>E.I.OFI.</i>	<i>E.TDC</i>	<i>E.P.I.OFI</i>
1990	8	0	3	0
1991	11	0	0	0
1992	19	0	7	0
1993	15	1	4	1
1994	13	0	1	16
1995	20	0	5	8
1996	23	0	2	27
1997	19	0	7	26
1998	31	0	5	24
1999	51	0	15	31
2000	93	—	11	—

La notificación obligatoria de las operaciones de concentración desde 1999 aconseja iniciar un cuadro, obtenido a partir de los datos que suministra el SDC —http://www.mineco.es/dgpedc/new/control_concentra.html—, del que de momento no cabrá extraer consecuencias, ya que sólo cubre un año entero para el período 2000, acerca de la tramitación: Se indica junto al número de notificaciones (NOT) los datos cuantitativos sobre autorizaciones tácitas (AT), remisiones al TDC (RTDC) u otras competencias del Ministro (M) y, en su caso, resolución del Consejo de Ministros (CM) indicando si hay o no oposición (Op/NoOp) o si hay condiciones para la operación (C).

Véase el apartado correspondiente al Tribunal de Defensa de la Competencia para lo referente a los dictámenes emitidos por el mismo en expedientes de concentración.

Cuadro 2b: Expedientes de concentración

Año	NOT	M			CM ²		
		AT	Otras	RTDC	Op	NoOp	C
1999 (desde 1 mayo)	42	31	1: No se cumple lo previsto en el artículo 14.2 LDC	10	—	4	6
2000	93	81	1: Las partes desisten de la operación	11	2	3	6

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

1. MARCO GENERAL DE LA ACTIVIDAD DEL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

En el año 2000, ha cesado el descenso en el número absoluto de resoluciones dictadas por el TDC. En concreto, el TDC ha dictado 129 resoluciones y se confirma la estabilidad en el número de resoluciones que dicta el TDC en cada ejercicio.

Con respecto a 1999, esta estabilización comporta un descenso sensible de las resoluciones derivadas de expedientes sancionadores (29 en 2000 por 35 en 1999) y de autorizaciones singulares (35 en 2000 por 42 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
2000	29	2	35	45	12	6	129

En función del porcentaje los distintos tipos de resoluciones son los siguientes:

<i>Año</i>	<i>E.S.</i>	<i>M.C.</i>	<i>A.S.</i>	<i>R.A.A.</i>	<i>R.S.E.</i>
1996	14,95	4,67	38'31	29,90	12,04
1997	10,66	7,33	30,66	42,66	8,66
1998	17,74	3,22	22,58	38,70	17,74
1999	27,77	0,79	33,33	31,74	6,34
2000	23,58	1,62	28,45	36,58	9,75

A continuación se indican los porcentajes teniendo ya en cuenta las resoluciones de naturaleza incidental:

<i>Año</i>	<i>E.S.</i>	<i>M.C.</i>	<i>A.S.</i>	<i>R.A.A.</i>	<i>R.S.E.</i>	<i>INC.</i>
1997	9,14	6,28	27,42	36,57	7,42	13,14
1998	16,29	2,96	20,74	35,55	16,29	8,14
1999	27,34	0,78	32,81	31,25	6,25	1,56
2000	22,48	1,55	27,13	34,88	9,30	4,65

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; y de la materia sobre la que versa. Respecto a esta última distinguimos entre expediente sancionador (E.S.), expediente de medidas cautelares (M.C.), expediente de autorización singular (A.S.), recurso contra el archivo de actuaciones y diversos (R.A.A.), recurso contra el sobreseimiento de expedientes (R.S.E.) y aquellas dictadas de naturaleza incidental (INC.).

<i>Fecha</i>	<i>Núm.</i>	<i>Exped.</i>	<i>Referencia</i>	<i>Materia</i>
18-01-00	1377	455/99	Abogacía Española	E.S.
19-01-00	1378	r373/99	Fertiabol, S. L.	R.A.A.
19-01-00	1379	453/99	Expertos Inmobiliarios 3	E.S.
25-01-00	1380	r369/99	Petrodis	R.A.A.
26-01-00	1381	r361/99	Unión Española de Explosivos	R.A.A.
26-01-00	1382	451/99	Distribuidora Industrial	E.S.
26-01-00	1383	450/99	Polvorines	E.S.
28-01-00	1384	A108/94	Morosos Unicobre	A.S.
01-02-00	1385	A204/97	Morosos Materiales de Construcción	A.S.

<i>Fecha</i>	<i>Núm.</i>	<i>Exped.</i>	<i>Referencia</i>	<i>Materia</i>
02-02-00	1386	r389/99	Tabacos Canarias	R.A.A.
11-02-00	1387	r382/99	Agentes Propiedad Inmobiliaria	R.A.A.
14-02-00	1388	r383/99	Emergencias Sanitarias 2	R.A.A.
14-02-00	1389	458/99	Gas Sabadell	E.S.
14-02-00	1390	408/97	Panasonic	INC.
15-02-00	1391	A271/99	Morosos Agencias de Prensa	A.S.
15-02-00	1392	r390/99	Intermediarios Promoción Inmobiliaria 2	R.A.A.
16-02-00	1393	A082/94	Morosos Prótesis Dental	A.S.
17-02-00	1394	r405/99	Caja España	R.A.A.
18-02-00	1395	A104/94	Morosos Fabricante Muebles	A.S.
18-02-00	1396	r404/99	Transportes Mercancías por Carretera	R.A.A.
21-02-00	1397	r379/99	Relojes Longines	R.A.A.
21-02-00	1398	r398/99	Entrenadores de Fútbol	R.A.A.
22-02-00	1399	r400/99	Prensa Vizcaya 2	R.A.A.
23-02-00	1400	R348/98	Total España	R.S.E.
23-02-00	1401	r406/99	Agencias Viaje Cataluña/Iberia	R.A.A.
24-02-00	1402	A112/95	Morosos Fabricantes Cartón Ondulado	A.S.
01-03-00	1403	454/99	Espectáculos Taurinos	E.S.
06-03-00	1404	A273/99	Distribución Selectiva Carolina Herrera	A.S.
08-03-00	1405	r380/99	Funerarias Madrid	R.A.A.
08-03-00	1406	456/99	Retevisión/Telefónica	E.S.
09-03-00	1407	455/99	Abogacía Española	INC.
09-03-00	1408	461/99	Autoescuelas Alcalá	E.S.
10-03-00	1409	r392/99	Ayuntamiento de Salamanca	R.A.A.
14-03-00	1410	r387/99	Ópticas Andalucía	R.A.A.
16-03-00	1411	A80/94	Morosos Agentes Comerciales	A.S.
20-03-00	1412	R394/99	MOV/Telefónica Móviles 4	R.S.E.
22-03-00	1413	r397/99	Canteras del Bierzo	R.A.A.
24-03-00	1414	R388/99	Air Taxis Málaga	R.S.E.
27-03-00	1415	A16/90	Relojes Omega	A.S.
27-03-00	1416	R411/00	Enseñanzas Aeronáuticas	R.S.E.
27-03-00	1417	457/99	Hardi International	E.S.
29-03-00	1418	452/99	Taxis Barcelona	E.S.
03-04-00	1419	r396/99	Colegio de Abogados de Madrid 2	R.A.A.
05-04-00	1420	r384/99	Productos cárnicos	R.A.A.
06-04-00	1421	MC31/00	3M/SIGESA	M.C.

<i>Fecha</i>	<i>Núm.</i>	<i>Exped.</i>	<i>Referencia</i>	<i>Materia</i>
06-04-00	1422	r402/99	Valderrama/Impulsa	R.A.A.
07-04-00	1423	472/99	Colegio Farmacéuticos Valencia	E.S.
10-04-00	1424	r414/00	Ayuntamiento de Villamartín	R.A.A.
12-04-00	1425	A267/99	Almacenistas de Hierros	A.S.
13-04-00	1426	460/99	Veterinarios Ciudad Real	E.S.
17-04-00	1427	A123/95	Morosos Papel Impresión	A.S.
26-04-00	1428	A264/99	Tasas Pago Con Tarjeta	A.S.
26-04-00	1429	r391/99	Oposiciones API	R.A.A.
28-04-00	1430	466/99	Expertos Inmobiliarios Avilés	E.S.
08-05-00	1431	r410/00	Prensa Vizcaya 3	R.A.A.
10-05-00	1432	33/92	Asnef-Equifax	INC.
11-05-00	1433	r378/99	Seragua	R.A.A.
12-05-00	1434	R408/00	Góndolas	R.S.E.
16-05-00	1435	A261/99	Contrato-tipo Frigoríficos	A.S.
23-05-00	1436	462/99	Autoescuelas Tenerife	E.S.
24-05-00	1437	452/99	Taxis Barcelona	INC.
26-05-00	1438	A279/00	Conducta empresarial FEBE	A.S.
29-05-00	1439	r400/99	Prensa Vizcaya 2	INC.
29-05-00	1440	r422/00	Bayer	R.A.A.
30-05-00	1441	r371/99	Puerto Marín	R.A.A.
31-05-00	1442	r399/99	Propiedad Urbana Gerona	R.A.A.
31-05-00	1443	r363/99	Cst/Aviación Civil	R.A.A.
09-06-00	1444	A109/95	Morosos Transitarios Internacionales	A.S.
14-06-00	1445	A272/99	Distribución Selectiva Gucci	A.S.
15-06-00	1446	463/99	Esquí Sierra Nevada	E.S.
22-06-00	1447	MC31/00	3M/SIGESA	INC.
23-06-00	1448	r424/00	Distribuidora Peña Sagra	R.A.A.
26-06-00	1449	A239/98	Asnef-Equifax	A.S.
27-06-00	1450	A24/91	Vendedores Vehículos Barcelona	A.S.
28-06-00	1451	r412/00	Editores de Prensa	R.A.A.
04-07-00	1452	r395/99	Puerto Santander	R.A.A.
06-07-00	1453	464/99	Aseguradoras Médicas Vizcaya	E.S.
07-07-00	1454	r386/99	Fecha Valor Operaciones Bancarias	R.A.A.
18-07-00	1455	A282/00	Distribución Selectiva Perfumes Loewe	A.S.
18-07-00	1456	467/99	Arquitectos Madrid 3	E.S.
19-07-00	1457	A130/95	Morosos Pavimentos de Madera	A.S.
20-07-00	1458	A280/00	Morosos Hostelería	A.S.

<i>Fecha</i>	<i>Núm.</i>	<i>Exped.</i>	<i>Referencia</i>	<i>Materia</i>
26-07-00	1459	A284/00	Contrato-tipo COFIBER	A.S.
27-07-00	1460	A124/95	Morosos Reprografía (Prórroga)	A.S.
27-07-00	1461	A276/00	Protocolo Bagès y Berguedá	A.S.
27-07-00	1462	465/99	Propiedad Intelectual Audiovisual	E.S.
27-07-00	1463	468/99	Texaco 2	E.S.
01-09-00	1464	R407/99	Ortopedias Andalucía 2	R.S.E.
01-09-00	1465	470/99	COFAS	E.S.
04-09-00	1466	469/99	AENOR	E.S.
19-09-00	1467	A137/95	Morosos Cerámica Valencia	A.S.
21-09-00	1468	474/99	Lonja Pescado Vigo	E.S.
25-09-00	1469	A142/95	Morosos Instrumentación Dental	A.S.
27-09-00	1470	473/99	Igualatorio Médico Quirúrgico Cantabria	E.S.
29-09-00	1471	A135/95	Morosos Detergentes	A.S.
29-09-00	1472	A268/99	Optometristas Embarcaciones	A.S.
29-09-00	1473	r430/00	Agencia Valores	R.A.A.
29-09-00	1474	r438/00	Empresas Alarmas Alicante	R.A.A.
05-10-00	1475	471/99	Odontólogos Córdoba	E.S.
18-10-00	1476	r413/00	Farmacéuticos Ciudad Real	R.A.A.
18-10-00	1477	r453/00	CADASA	R.A.A.
19-10-00	1478	A285/00	Spanair/SAS	A.S.
20-10-00	1479	R403/99	Autocares Calviá 3	R.S.E.
23-10-00	1480	r432/00	Asociación «Os Chairegos»	R.A.A.
25-10-00	1481	r415/00	Universidad Politécnica Cataluña	R.A.A.
25-10-00	1482	R393/99	Eléctrica de Eriste	R.S.E.
25-10-00	1483	476/99	Agencias de Viaje	E.S.
30-10-00	1484	MC32/00	3M/SIGESA 2	M.C.
31-10-00	1485	475/99	Prensa Vizcaya	E.S.
03-11-00	1486	R418/00	Glaxo 2	R.S.E.
06-11-00	1487	r440/00	Hoteles Orellana	R.A.A.
08-11-00	1488	R420/00	Glaxo Wellcome	R.S.E.
10-11-00	1489	A274/00	Publicidad Bebidas Espirituosas	A.S.
13-11-00	1490	A78/94	Morosos Transid	A.S.
16-11-00	1491	r426/00	Farmacén	R.A.A.
16-11-00	1492	477/99	Procuradores	E.S.
22-11-00	1493	A278/00	UNESPA	A.S.
23-11-00	1494	R428/00	Taxis Madrid	R.S.E.

<i>Fecha</i>	<i>Núm.</i>	<i>Exped.</i>	<i>Referencia</i>	<i>Materia</i>
29-11-00	1495	r401/99	ASNEF-CESCE	R.A.A.
30-11-00	1496	A57/93	Morosos Joyeros Córdoba (Renovación)	A.S.
01-12-00	1497	479/99	UNESPA	E.S.
04-12-00	1498	r421/00	Unión Española de Explosivos	R.A.A.
14-12-00	1499	A275/00	Morosos Rótulos Luminosos	A.S.
14-12-00	1500	r419/00	Imeco-Caja Salud	R.A.A.
14-12-00	1501	481/99	Administradores Fincas Sevilla y Huelva	E.S.
15-12-00	1502	R416/00	Glaxo	R.S.E.
19-12-00	1503	A90/94	Asistencia Técnica Vaillant (Renovación)	A.S.
22-12-00	1504	r429/00	SGAE	R.A.A.
27-12-00	1505	r423/00	Vía Digital	R.A.A.

2. PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA

A. EXPEDIENTES SANCIONADORES

El número de expedientes sancionadores que ha resuelto el TDC en el año 2000 se ha mantenido muy cercano al de 1999, con un leve descenso, pues se han resuelto 29 frente a los 35 del año anterior.

Asimismo, ha dictado 3 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.

Fecha	Exped.	Conducta	Dec.	Multa 10.1 LDC	Multa 10.3 LDC
18-01-00	455/99 Denuncia	Art. 1.1. Aprobación de un Reglamento de Publicidad que contiene prohibiciones y limitaciones restrictivas de la competencia en cuanto al contenido de la información y a los medios soporte de la misma.	E.	30.000.000	
19-01-00	453/99 Denuncia	Art. 1. Establecimiento de unas «normas de honorarios» restrictivas de la competencia en cuanto que recomendaban y fijaban precios para distintas operaciones comerciales.	E.	6.000.000	
26-01-00	451/99 Denuncia	Arts. 6 y 7. Abuso de posición de dominio. Atribución pública de facultades homologadoras que no le pertenecen.	E.	7.000.000	
26-01-00	450/99 Denuncia	Art. 6. Abuso de posición de dominio. Estrategia de cierre del mercado a los competidores a través de la adquisición y el control de la red de distribución en el momento inicial de la liberalización del mercado.	E.	90.000.000	
14-02-00	458/99 Denuncia	Arts. 6 y 7. Abuso de posición de dominio. Exigencia a ciertos clientes de un pago a cuenta y subida de precios de modo presuntamente abusivo.	N.E.		
01-03-00	454/99 Denuncia	Art. 1.1. El contrato-tipo incluía cláusulas contrarias a la libre competencia.		Concesión de una autorización singular por 5 años al contrato-tipo.	
08-03-00	456/99 Denuncia	Art. 1. Lanzamiento por parte de Telefónica, s. a., de la campaña publicitaria los <i>Planes Claros</i> con el fin primordial de obstaculizar el acceso al mercado de Retevisión, s. a., su primer competidor en telefonía básica.	E.	1.400.000.000	
09-03-00	461/99 Denuncia	Art. 1. Recomendación de aplicación de precios máximos y mínimos en las tarifas que cobran las autoescuelas para la obtención del carnet de conducir, así como la obligación de adquirir todo el material didáctico a través de PAZAH.	E.	15.000.000	

Fecha	Exped.	Conducta	Dec.	Multa	Multa
				10.1 LDC	10.3 LDC
27-03-00	457/99 Denuncia	Establecimiento de cláusulas de no competencia sin limitación temporal ni geográfica en los contratos que formalizaron la transmisión de ILEMO, S. A., a HARDI.	N.E.		
29-03-00	452/99 Denuncia	Art. 1.1. Firma de un Acuerdo en el que se establece contingentar, como objetivo óptimo, el número de licencias que puedan trabajar a doble turno en un 5 por 100 de la totalidad de las licencias existentes en el sector en cada momento.	E.	2.000.000 400.000 400.000 400.000	
07-04-00	472/99 De oficio	Art. 1. Recomendación colectiva dirigida mediante Circular enviada por correo a los colegiados de su circunscripción, para restringir la competencia en el mercado de los alimentos infantiles, condicionando las relaciones comerciales de los titulares de las oficinas de farmacia con los fabricantes y los consumidores.	E.	30.000.000	
13-04-00	460/99 Denuncia	Art. 1.1.c). Realización sin cobertura legal de actos encaminados a limitar territorialmente la actividad profesional de los veterinarios.	E.	2.000.000	
28-04-00	466/99 Denuncia	Fijación de honorarios a aplicar por sus asociados.	N.E.		
23-05-00	462/99 Denuncia	Art. 1. Recomendación colectiva de unos precios mínimos en las tarifas que cobran las autoescuelas de la provincia de Santa Cruz de Tenerife para la obtención del permiso de conducir tipo B-1.	E.	7.000.000	
15-06-00	463/99 Denuncia	Art. 6. Concesión de ciertos privilegios en la enseñanza de esquí en materia de puntos de encuentro de atención al cliente y pases de temporada a precios más reducidos a tres escuelas en detrimento del resto de los competidores sin que exista justificación para ello.	E.	1.000.000	
06-07-00	464/99 Denuncia	Art. 6. Exigir la vinculación en exclusiva de los médicos y clínicas contratados mediante el sistema de seguro voluntario privado en Vizcaya, con el fin primordial de obstaculizar el acceso al mercado de otras compañías competidoras.	E.	30.000.000 15.000.000 15.000.000	

Fecha	Exped.	Conducta	Dec.	Multa 10.1 LDC	Multa 10.3 LDC
18-07-00	467/99 Denuncia	Art. 1.1.A. Adopción de un acuerdo, y su ulterior puesta en práctica, por el que se decidía estampillar los proyectos sometidos al visado del Colegio cuyo presupuesto de obra fuera notoriamente inferior al resultante de la aplicación.	E.	25.000.000	
27-07-00	465/99 Denuncia	Art. 6. LDC y art. 86 TCE. Acuerdos colusorios y conductas abusivas de posición de dominio al tratar de imponer sin negociación sus inequitativas tarifas a los hoteles.	E.	45.000.000 10.000.000 5.000.000	
27-07-00	468/99 Denuncia	Art. 1.1. Pacto con los minoristas de cláusulas anticompetitivas no amparadas por el RD 157/1992, de exención por categorías y no adaptar a éste los contratos anteriores a su publicación.	E.	50.000.000	
01-09-00	470/99 Denuncia	Art. 6. Implantación, desde una posición de dominio, de un «Sistema de Descuentos por Fidelidad» que favorece el cierre del mercado a los competidores.	E.	15.000.000	
04-09-00	469/99 Denuncia	Art. 6. Abuso de posición de dominio por parte de AENOR por instaurar un sistema de certificación en cascada para los productos de acero para hormigón, a través de la modificación de los Anexos del Reglamento Particular del Comité Técnico de certificación 017.	E.		
21-09-00	474/99 De oficio	Art. 1.1.b). Acuerdos tendentes a imponer determinados horarios en la celebración de la subasta, determinadas condiciones en los pagos y a impedir el acceso al mercado a empresas foráneas.	E.	25.000.000	
27-09-00	473/99 De oficio	Art. 6. Obstaculizar el acceso al mercado de nuevos competidores al exigir a treinta y un miembros de su cuadro médico el abandono de la práctica profesional en una compañía competidora.	E.	44.000.000	
05-10-00	471/99 Denuncia	Art. 1.1. Imposición de prohibiciones y limitaciones restrictivas de la competencia en cuanto al contenido de la información publicitaria y a los medios soporte de la misma.	E.	9.000.000	

Fecha	Exped.	Conducta	Dec.	Multa 10.1 LDC	Multa 10.3 LDC
25-10-00	476/99 De oficio	Arts. 1 y 6. Concertación mediante la presentación de cuatro ofertas idénticas al concurso después de haber constituido una AIE con posición de dominio que impedía la participación de otros eventuales licitadores. Arts. 1 y 6. Suscripción de contratos que contienen una cláusula de prohibición de competencia.	E.	204.000.000 138.000.000 138.000.000 120.000.000 150.000.000	
31-10-00	475/99 Denuncia	Art. 1.1.a), b) y c). Adopción de acuerdos tendentes a controlar el mercado minorista de la venta de prensa diaria.	E.	25.000.000	
16-11-00	477/99 Denuncia	Art. 1. Obligar a todos los Procuradores de los Tribunales a aplicar los honorarios recogidos en los aranceles aprobados por RD 1162/91, con la amenaza de perseguir y penalizar su incumplimiento. Art. 6.1.	N.E.		
01-12-00	479/99 De oficio	Art. 1.1.a). Adopción por parte de la Unión española de Entidades Aseguradoras de una recomendación colectiva en el año 1998 de subida de la prima del seguro del automóvil para 1999, propiciando una pauta común de comportamiento, utilizando para ello estadísticas del sector, todo lo cual condujo a un falseamiento de la formación libre de dichos precios en el mercado.	E.	80.000.000	
14-12-00	481/99 Denuncia	Art. 1. Mantenimiento en sus Estatutos de cláusulas limitativas de la libertad de honorarios y de la libertad de publicidad de sus miembros.	E.	25.000.000	

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 sigue siendo destacable porque 29 expedientes derivan de una denuncia, mientras que únicamente 5 encuentran su origen en la acción de la administración pública. Nos remitimos a las consideraciones efectuadas en este mismo apartado en el *Anuario* de 1999 y señalamos la posibilidad de que se vaya detectando una tendencia al equilibrio haciendo perceptible la entrada en vigor de la reforma operada por Ley 52/1999, de 28 de diciembre.

Cabe seguir llamando la atención sobre el dato que el TDC no siempre culmina el expediente declarando la concurrencia de la infracción constatada por el SDC. En el año 2000, de un total de 29 resoluciones se considera en 4 que no existe acreditación.

En cuanto a las multas, cabe señalar el muy notable aumento de su cuantía respecto a los ejercicios anteriores a 1999, lo que puede verse con suma claridad en el cuadro que sigue:

Año	Multa 10.1 LDC	Multa 10.3 LDC	Total
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
2000	2.759.200.000		2.759.200.000

b) *Resoluciones incidentales*

El TDC ha adoptado 3 resoluciones de carácter incidental en el marco de los correspondientes expedientes sancionadores.

Fecha	Exped.	Petición	Decisión
14-02-00	408/97	Petición de suspensión de la ejecución de la Resolución de este Tribunal de 20 de diciembre de 1999 por haberse interpuesto recurso contencioso-administrativo contra la Resolución citada.	Declaración de incompetencia para pronunciarse sobre lo solicitado.
09-03-00	455/99	Petición de suspensión de la ejecución de la Resolución de este Tribunal de 18 de enero de 2000 por haberse interpuesto recurso contencioso-administrativo contra la Resolución citada.	Declaración de incompetencia para pronunciarse sobre lo solicitado.
24-05-00	452/99	Petición de suspensión de la ejecución de la Resolución de este Tribunal de 29 de marzo de 2000 por haberse interpuesto recurso contencioso-administrativo contra la Resolución citada.	Declaración de incompetencia para pronunciarse sobre lo solicitado.

B. MEDIDAS CAUTELARES

a) Resoluciones finales

El año 2000 confirma también la estabilización en este capítulo. Los 2 casos de 2000 respecto de un mismo asunto están claramente en la línea de 1999.

El cuadro siguiente refleja estas resoluciones con su fecha; su número de expediente; el sector material en que se localiza el conflicto; la decisión del TDC; y, en su caso, la fianza exigida.

Fecha	Exped.	Sector	Decisión	Fianza
06-04-00	MC31/00	Software de información sanitaria	Adopción de medidas cautelares. Ordenar el suministro en condiciones no discriminatorias, así como toda la información relativa a precios y condiciones de suministro.	
30-10-00	MC32/00	Software de información sanitaria	Adopción de medidas cautelares. Renovación de las anteriores.	

b) Resoluciones incidentales

Fecha	Exped.	Sector	Decisión
22-06-00	MC31/00	Software de información sanitaria	Modificar las medidas cautelares establecidas por Resolución de 6 de abril de 2000.

C. AUTORIZACIONES SINGULARES

En materia de autorizaciones singulares la labor del TDC queda reflejada en el cuadro siguiente, que permite apreciar los datos comparados de 2000 con los tres años anteriores, en función de la distinta entidad de la resolución: RES. FINAL (Resolución final sobre primera solicitud); SOL. PRO. (Solicitud de prórroga); MOD. AUT. (Modificación de autorizaciones anteriormente otorgadas); REV. (Revocación de autorización anteriormente otorgada):

<i>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		
2000	16	17	2	

a) *Resolución final sobre primera solicitud*

El TDC ha dictado, en el año 2000, 16 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; 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>
15-02-00	A271/99	Registro de morosos.	Autorización.	5 años
06-03-00	A273/99	Contrato-tipo de distribución selectiva de productos de la marca Carolina Herrera.	Autorización.	5 años
12-04-00	A267/99	Adopción de unas tablas de equivalencia peso/medida de productos siderúrgicos.	No aplicación de la LDC.	
26-04-00	A264/99	Acuerdo por el que se establecen tasas máximas de intercambio a aplicar entre distintas entidades de crédito en las operaciones de pago mediante tarjeta.	Autorización.	No detalla.
16-05-00	A261/99	Contrato-tipo de prestación de servicios frigoríficos.	Autorización.	5 años
26-05-00	A279/00	Código de Conducta Empresarial.	No aplicación de la LDC.	
14-06-00	A272/99	Contrato-tipo de distribución selectiva de relojes Gucci en el mercado español.	Autorización.	5 años
18-07-00	A282/00	Contrato-tipo de distribución selectiva para los productos de la marca Loewe en el mercado español.	Autorización.	5 años

<i>Fecha</i>	<i>Exped.</i>	<i>Conducta</i>	<i>Decisión</i>	<i>Límite temporal</i>
20-07-00	A280/00	Registro de morosos.	Autorización.	5 años
26-07-00	A284/00	Contrato-tipo de participación en la oferta de financiación de la compra de automóviles a través de Internet.	No aplicación de la LDC.	
27-07-00	A276/00	Protocolo de colaboración mutua entre la Asociación Empresarial de Instaladores de electricidad, Fontanería, Gas, Saneamiento y Afines de Bagès y Berguedá, y las empresas suministradoras de materiales utilizados por los miembros de aquélla que se adhieran voluntariamente al mismo.	No autorización.	
29-09-00	A268/99	Establecimiento de tarifas y de un Registro de especialistas en informes de aptitud psicofísica para el gobierno de embarcaciones.	No autorización.	
19-10-00	A285/00	Constitución de una sociedad participada conjuntamente dedicada a la venta de billetes de transporte aéreo.	No aplicación de la LDC.	
10-11-00	A274/00	Establecimiento de un código de Autorregulación Publicitaria.	Autorización.	5 años
22-11-00	A278/00	Adopción de ficha técnica que pueden rellenar las empresas de control técnico en la edificación que lo deseen, con objeto de proporcionar a las aseguradoras una información meramente objetiva sobre las características de éstas.	No aplicación de la LDC.	
14-12-00	A275/00	Registro de morosos.	Autorización.	5 años

Como en ejercicios anteriores, los registros de morosos constituyen una materia importante pero ya no la principal sobre la que versan las resoluciones autorizatorias del TDC. El protagonismo lo toman los asuntos relativos a contratos tipo, a veces en relación con la distribución selectiva.

En el caso de las autorizaciones otorgadas, en todos los casos en que se detalla el dato se dispone el plazo temporal de 5 años de duración.

El gráfico siguiente permite apreciar el distinto contenido de estas resoluciones en comparación con los tres años anteriores, sin que se aprecien notables diferencias, aunque son de destacar un relativo descenso de las autorizaciones singulares y un aumento de las declaraciones de inaplicabilidad de la Ley a las conductas analizadas. En el gráfico se distingue entre: 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	
2000	9	2		5	

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	
2000	56,25	12,5		31,25	

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 en 2000, 17 resoluciones, que en su mayor parte versan sobre registros de morosos. En los próximos ejercicios este tipo de resoluciones seguirá siendo 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>
28-01-00	A108/94	Registro de morosos.	Prórroga.	5 años
16-02-00	A082/94	Registro de morosos.	Prórroga.	5 años
18-02-00	A104/94	Registro de morosos.	Prórroga.	5 años
24-02-00	A112/95	Registro de morosos.	Prórroga.	5 años
16-03-00	A80/94	Registro de morosos.	Prórroga.	5 años
27-03-00	A16/90	Registro de morosos.	Prórroga.	5 años
17-04-00	A123/95	Registro de morosos.	Prórroga.	5 años
09-06-00	A109/91	Registro de morosos.	Prórroga.	5 años
27-06-00	A24/91	Convenio para unos baremos aplicables a la peritación de siniestros.	Prórroga.	3 años
19-07-00	A130/95	Registro de morosos.	Prórroga.	5 años
27-07-00	A124/95	Registro de morosos.	Prórroga.	5 años
19-09-00	A137/95	Registro de morosos.	Prórroga.	5 años
25-09-00	A142/95	Registro de morosos.	Prórroga.	5 años
29-09-00	A135/95	Registro de morosos.	Prórroga.	5 años
13-11-00	A78/94	Registro de morosos.	Prórroga.	5 años
30-11-00	A57/93	Registro de morosos.	Prórroga.	5 años
19-12-00	A90/94	Contrato-tipo de asistencia técnica.	Prórroga.	5 años

c) *Modificación de autorizaciones anteriormente otorgadas*

<i>Fecha</i>	<i>Exped.</i>	<i>Conducta</i>	<i>Decisión</i>	<i>Límite temporal</i>
01-02-00	A204/97	Registro de morosos. Ampliación del ámbito geográfico.	Autorización.	Mismo tiempo que la A.S.
26-06-00	A39/98	Registro de morosos. Ampliación a los créditos inferiores al millón de pesetas.	Desestimación.	

d) *Resolución incidental*

Fecha	Exped.	Petición	Decisión
10-05-00	33/92	Solicita que se inicie el procedimiento de revisión de la resolución que recayó en el expediente citado de fecha 11 de marzo de 1999, por la que se renovó la autorización que había sido concedida por Resolución de 18 de septiembre de 1992.	Desestimar la pretensión.

3. RECURSOS CONTRA ACUERDOS DEL SERVICIO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Como en anteriores años, las resoluciones del TDC relativas a recursos interpuestos contra actos del SDC siguen siendo proporcionalmente las más numerosas, si bien dicha proporción, que había venido aumentando hasta 1998, no varía excesivamente en 2000 respecto de 1999, año en que se frenó su aumento.

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.

A. RECURSOS CONTRA EL ARCHIVO DE ACTUACIONES Y DIVERSOS

a) *Resoluciones finales*

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.

Fecha	Exped.	Conducta	Decisión
19-01-00	r373/99	Proferir calificaciones denigratorias y proclamar el derecho exclusivo a comercializar pastillas fertilizantes de utilización agrícola y selvícola.	Desestimación.
25-01-00	r369/99	Recurso extraordinario de revisión contra la Resolución de 30 de julio de 1996 en el Expdte. R149/96	Inadmisión.

<i>Fecha</i>	<i>Exped.</i>	<i>Conducta</i>	<i>Decisión</i>
26-01-00	r361/99	Abuso de posición de dominio en la fabricación, distribución y transporte de explosivos industriales, cerrando el mercado a posibles competidores.	Desestimación.
02-02-00	r389/99	Acuerdos prohibidos por la Ley 16/1989, tendentes a eliminar del mercado de tabaco canario a la mercantil Tabacos Canary Islands, s. A.	Desestimación.
11-02-00	r382/99	Denuncia al Colegio de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria de Madrid, por la realización de prácticas de abuso de posición de dominio en el mercado y, especialmente, de falseamiento de la libre competencia por actos desleales, consistentes en la remisión, por parte del Colegio denunciado, de tres cartas a tres inmobiliarias, en las que se advierte a los destinatarios que «cometen intrusismo profesional, que su actuación es ilícita y que se verán obligados a emprender acciones penales».	Desestimación.
14-02-00	r383/99	Prevalerse de una ventaja competitiva adquirida mediante la infracción de determinadas normas.	Desestimación.
15-02-00	r390/99	Publicación de declaraciones y anuncios en prensa alemana, así como la entrega de panfletos publicitarios en la Feria Internacional de Inmuebles de Vacaciones de Munich, sobre su exclusividad en la mediación inmobiliaria y de las dudosas gestiones efectuadas por los operadores no pertenecientes a dicho Colegio.	Estimación parcial e interesar del Servicio la imposición de expediente sancionador.
17-02-00	r405/99	Denuncia amenazas, vulneración de la normativa bancaria, encubrimiento de ingresos y cancelación de depósitos bancarios, así como enriquecimiento injusto (ha amenazado a la recurrente, ha vulnerado la normativa bancaria, ocultado ingresos y cancelado depósitos bancarios y se ha enriquecido injustamente, pues, pese a que las minutas de los Letrados de la denunciada no están sujetas a IVA, le ha reclamado dicho concepto. Señala que dicha actuación constituye un abuso de la posición de dominio que ostenta la).	Desestimación.
18-02-00	r404/99	Recurso contra providencias del servicio relativas al desarrollo del procedimiento por entender que causan indefensión.	Desestimación.

<i>Fecha</i>	<i>Exped.</i>	<i>Conducta</i>	<i>Decisión</i>
21-02-00	r379/99	Negativa de suministro de relojes marca «Longines» siendo distribuidor exclusivo para España y posible vulneración de la A.S. para el contrato-tipo de distribución selectiva de dichos relojes.	Desestimación.
21-02-00	r398/99	Exigencia de realización de un examen selectivo, previo al ingreso a los cursos de entrenadores.	Desestimación.
22-02-00	r400/99	Recurso contra un acto de trámite por denegación de prueba propuesta en un expediente sancionador.	Desestimación.
23-02-00	r406/99	Denegación de la petición de AECA de ser reconocida como interesado en el expdte. núm. 1899/99 contra Iberia por modificación unilateral del sistema de retribución de las agencias de viajes.	Desestimación.
08-03-00	r380/99	Designación como única empresa encargada de los traslados de cadáveres al Instituto Anatómico Forense por orden judicial y en relación con la posterior contratación de los servicios funerarios para esos mismos cadáveres.	Desestimación.
10-03-00	r392/99	Subida de los precios del agua sin la preceptiva autorización de la Comisión Regional de Precios y disponer de un Reglamento municipal en el que se establece la obligatoriedad para los consumidores de agua de contratar en exclusiva con la empresa concesionaria la instalación y mantenimiento de los contadores.	Desestimación.
14-03-00	r387/99	Convenio firmado entre el SAS y la Delegación de Andalucía del Colegio Nacional de Ópticos que, con el objeto de facilitar el control de la capacidad visual de los ciudadanos, se acordaba remitir los pacientes que acudieran a sus centros asistenciales a una serie de establecimientos de óptica adheridos al Convenio.	Desestimación.
22-03-00	r397/99	Concertación de contratos con entes locales de varios municipios propietarios de canteras comunales, a fin de no permitir la explotación de canteras por terceros.	Desestimación.
03-04-00	r396/99	Exigencia por parte del Colegio de la obligatoriedad de la condición de abogado ejerciente para la intervención en asuntos extrajudiciales en los que la Ley no establece ni tal condición ni, incluso, su participación preceptiva.	Desestimación.

<i>Fecha</i>	<i>Exped.</i>	<i>Conducta</i>	<i>Decisión</i>
05-04-00	r384/99	Oferta de los servicios de análisis clínicos de los productos cárnicos a precios inferiores a los del mercado debido a estar subvencionados.	Desestimación.
06-04-00	r402/99	Venta de un solar condicionada a ciertas modificaciones del Plan General de Ordenación Urbana del Puerto de Santa María.	Desestimación.
10-04-00	r414/00	Concesión de los servicios municipales de abastecimiento y saneamiento de agua del Ayuntamiento a la empresa técnica de Depuración S. A.	Desestimación.
26-04-00	r391/99	Recomendación de una academia de preparación de las pruebas de acceso para la obtención del título de Agente de la Propiedad Inmobiliaria.	Desestimación.
08-05-00	r410/00	Recurso contra la resolución en la que se comunica la no procedencia de la tramitación del recurso de reposición conforme a lo previsto en el artículo 107 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, sino según lo establecido en el artículo 47 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia.	Desestimación.
11-05-00	r378/99	Negación sistemática de la contratación de abastecimiento de agua a nombre de actuales arrendatarios cuando existen derechos pendientes del anterior titular, si el actual ocupante no satisface tales deudas.	Estimación.
29-05-00	r422/00	Explotación abusiva de la posición de dominio dando lugar a una limitación de la distribución del collar antiparasitario «Cattandog's» que ha hecho que el producto desaparezca prácticamente del mercado.	Desestimación.
30-05-00	r371/99	Acuerdo de regulación de servicios de carga y descarga de pesca y de la fijación de precios de estos servicios.	Estimar parcialmente en lo ref. a un posible reparto de mercado con acuerdo de precios. Desestimar el resto del recurso.

<i>Fecha</i>	<i>Exped.</i>	<i>Conducta</i>	<i>Decisión</i>
31-05-00	r399/99	Intrusismo profesional y competencia desleal, consistente en prestar servicios propios de profesionales, tales como abogados, administradores de fincas, agentes de la propiedad inmobiliaria, gestores administrativos, arquitectos y aparejadores.	Desestimación.
31-05-00	r363/99	Incumplimiento por parte de la Dirección general de Aviación Civil de las obligaciones que la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, establece respecto al carácter secreto de la licitación pública en el concurso 173/A8, en perjuicio de la competencia.	Desestimación.
23-06-00	r424/00	Rescisión unilateral de las relaciones comerciales.	Desestimación.
28-06-00	r412/00	Acuerdo de precios y condiciones, abuso de posición de dominio conjunto y competencia desleal por fijar condiciones muy similares en los precios y en los reclamos publicitarios utilizados en los encartes promocionales de coleccionables, que se remiten protegidos en plástico a los quioscos y librerías, asegurando todas las entregas sin incrementos de precio, permitiendo hacer mejores ofertas si se cumple el cupón que adjuntan, anunciando descuentos de hasta el 20 por 100 si se piden directamente a la editorial o incorporando el regalo de otra película de la colección o cualquier otro si el cliente se suscribe a la edición completa.	Desestimación.
04-07-00	r395/99	Denegación de una concesión para ocupar una parcela para la construcción de una terminal de descarga, ensacado y distribución de cemento.	Desestimación.
07-07-00	r386/99	Opción por el límite máximo fijado por la Circular 8/90 del Banco de España para establecer la fecha valor de una operación bancaria.	Desestimación.
29-09-00	r430/00	Realización de publicidad engañosa para la captación de clientes.	Desestimación.
29-09-00	r438/00	Ofrecimiento de servicios a precio inferior al de coste.	Desestimación.

<i>Fecha</i>	<i>Exped.</i>	<i>Conducta</i>	<i>Decisión</i>
18-10-00	r413/00	Simultanear cargos en una distribuidora de productos farmacéuticos y en un colegio oficial de farmacéuticos, en circunstancias que permiten un conocimiento privilegiado de los negocios de las farmacias, impidiendo la entrada de otras distribuidoras de productos farmacéuticos.	Desestimación.
18-10-00	r453/00	Infracción del artículo 5.1 del Reglamento CEE núm. 123/85 y del artículo 6 LDC.	Inadmisión.
23-10-00	r432/00	Suministrar a bajo precio las consumiciones solicitadas por quienes libremente acceden al local de la asociación que no paga impuestos y utiliza personal clandestino.	Desestimación.
25-10-00	r415/00	Organización de cursos dirigidos a la obtención de las titulaciones para la navegación de recreo compitiendo deslealmente con las escuelas privadas.	Desestimación.
06-11-00	r440/00	Apertura y explotación de un nuevo establecimiento hotelero, así como otorgación de varias concesiones administrativas para la explotación de seis kioscos de bebidas, en las proximidades de donde se ubica un establecimiento del ramo que ya se explotaba mediante concesión administrativa.	Desestimación.
16-11-00	r426/00	Ofrecimiento de un servicio de asesoría laboral y fiscal gratuito.	Desestimación.
29-11-00	r401/99	Adquisición por parte de CESCE de participaciones significativas en empresas del mercado de la información económica.	Desestimación.
04-12-00	r421/00	Imposición de la firma del Acuerdo Marco de 24 de julio de 1991 en el que se incluye la cesión de sus instalaciones a la UEE, el arrendamiento de la misma y un pacto de compra y suministro de productos en exclusiva.	Desestimación.
14-12-00	r419/00	Implantación y comercialización de un «Suplemento Odontológico» en su seguro de asistencia sanitaria, consistentes en un reparto del mercado de servicios odontológicos, un acuerdo ilícito de fijación de precios con los dentistas que atienden el «Suplemento Odontológico», una subordinación de la contratación de la póliza del seguro de asistencia sanitaria y un abuso de posición dominante, al realizar las conductas anteriores desde una posición de dominio del mercado asegurador en el ramo de asistencia sanitaria.	Desestimación.

<i>Fecha</i>	<i>Exped.</i>	<i>Conducta</i>	<i>Decisión</i>
22-12-00	r429/00	Fijación unilateral de las tarifas aplicadas a los Ayuntamientos en vulneración del artículo 157 de la Ley de Propiedad Intelectual, aplicación de bonificaciones y actuación discriminatoria.	Desestimación.
27-12-00	r423/00	Venta con pérdida por regalar la antena parabólica y su instalación a los clientes al realizar el abono del servicio de televisión digital por vía satélite y abuso de posición de dominio mediante un sistema de contratos enlazados que vincularían las prestaciones de los servicios de TV digital al suministro e instalación de las antenas parabólicas para la captación de la señal por satélite, antenas de las que TELEVES es uno de los primeros fabricantes.	Desestimación.

A continuación, se puede apreciar respecto a los tres ejercicios anteriores 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
2000	40	3	2	

Estos datos corresponden a 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
2000	88,88	6,66	4,44	

En un porcentaje más elevado todavía que en ejercicios anteriores, el TDC desestima el recurso y mantiene el mismo criterio que el SDC.

b) *Resoluciones incidentales*

<i>Fecha</i>	<i>Exped.</i>	<i>Conducta</i>	<i>Decisión</i>
29-05-00	r400/99	Recurso (pretendidamente de reposición) contra la Resolución desestimatoria de 22 de febrero de 2000 de un anterior recurso interpuesto contra providencia del servicio (<i>vid. supra</i>).	Inadmisión.

B. RECURSOS CONTRA EL SOBRESEIMIENTO DE EXPEDIENTES

En el año 2000, con 12 resoluciones, se incrementa ligeramente la cifra de 1999, que significó un descenso muy notable en el número de resoluciones relativas a recursos contra el sobreseimiento de expedientes respecto del repunte de 1998.

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>
23-02-00	R348/98	Fijación de precios de carburantes.	Desestimación.
20-03-00	R394/99	Subvención de terminales en el mercado de la telefonía móvil.	Desestimación.
24-03-00	R388/99	Adjudicación y práctica de los servicios de representación y asistencia en tierra a la aviación general en el aeropuerto de Málaga.	Desestimación.
27-03-00	R411/00	Exclusividad para la realización de exámenes para la obtención de los títulos oficiales, establecimiento de precios abusivos en los cursos de formación y posesión de medios públicos para impartir sus enseñanzas.	Desistimiento.
12-05-00	R408/00	Fabricación de góndolas de limpieza ignorando la vigente normativa de seguridad.	Desestimación.
01-09-00	R407/00	No respetar turnos de guardia rotatorios de gabinetes ortopédicos establecidos para los pacientes hospitalizados y por haber derivado pacientes externos hacia las ortopedias denunciadas.	Desestimación.

<i>Fecha</i>	<i>Exped.</i>	<i>Conducta</i>	<i>Decisión</i>
20-10-00	R403/99	Prácticas abusivas y acuerdo de reducción de servicios, cambio de horarios y recorridos, utilización de vehículos que no cumplen las condiciones legalmente exigidas, indebida aplicación de tarifas e incumplimiento del compromiso de no aumentarlas.	Desestimación.
25-10-00	R393/99	Incumplimiento de la legislación de ordenación del sector eléctrico por parte del Ayuntamiento de Benasque que impone las obligaciones de separación de actividades, así como indicios de conducta desleal en el proceso de adjudicación del suministro de energía eléctrica.	Estimación parcial. Interesar del SDC que investigue. Desestimación en cuanto a lo último.
03-11-00	R418/00	Envío de condiciones generales de venta incluyendo una doble lista de precios según los productos sean para el mercado interno o la exportación y la posterior negativa de suministro a los distribuidores que no suscribieran dichas condiciones.	Estimación parcial en cuanto a lo primero y desestimación en cuanto a lo segundo.
08-11-00	R420/00	Adopción y puesta en práctica, a través de distintas medidas, de una política destinada a impedir la exportación paralela de sus productos desde España a otros países comunitarios.	Desestimación.
23-11-00	R428/00	Obligar a los adquirentes de aparatos taxímetros a suscribir un contrato de mantenimiento para la reparación y conservación de los mismos.	Desestimación.
15-12-00	R416/00	Envío de condiciones generales de venta incluyendo una doble lista de precios según los productos sean para el mercado interno o la exportación y la posterior negativa de suministro a los distribuidores que no suscribieran dichas condiciones.	Estimación parcial en cuanto a lo primero y desestimación en cuanto a lo segundo.

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 2000 junto con los de los tres años anteriores distinguiendo entre: no estimación del recurso (N. EST.); estimación del recurso (EST.), declaración de inadmisibilidad (INAD.), o desestimación 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		
2000	8	3		1

Estos datos corresponden a 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	62,5	37,5		
2000	66,6	25		8,33

Cabe advertir que el incremento muy significativo de los recursos estimados por el TDC en 1999 ha descendido en más de 12 puntos porcentuales en 2000.

4. CONCENTRACIONES

Se indican a continuación los quince casos en que, durante el año 2000, el TDC ha emitido dictamen respecto de una operación de concentración.

<i>Exped.</i>	<i>Partes</i>	<i>Dictamen</i>
C45/99	Alianza Bus/Enatcar.	Con condiciones.
C46/99	Antena 3/Movierecord.	Con condiciones.
C47/99	Banco Bilbao Vizcaya/Argentaria.	Con condiciones.
C48/99	Intermalta/Maltamancha.	Con condiciones.
C49/99	Arjo WigginsFine Papers Limited/Chartham.	No oposición.
C50/99	Puleva/Castelló.	No oposición.
C51/00	Cajas Navarras.	No oposición.
C52/00	Carrefour/Promodès.	Con condiciones.
C53/00	Deere/Metso.	No oposición.
C54/00	Unión Eléctrica Fenosa-Hidroeléctrica del Cantábrico.	Oposición.
C55/00	Solvay/Evci.	Oposición.
C56/00	Salcai-Unión de Transportes Insulares.	Oposición.
C57/00	Prosegur-Blindados del Norte.	Con condiciones.
C58/00	Mahou-San Miguel.	Oposición.
C59/00	Movilpago.	Con condiciones.

AUDIENCIA NACIONAL

La Sección Sexta de la Audiencia Nacional, que conoce de los recursos contencioso-administrativos interpuestos contra las resoluciones del TDC, ha dictado 33 sentencias en 2000. Esta cifra supone una recuperación de las cifras de 1998 (31 sentencias), que sufrieron una caída espectacular en 1999 (18 sentencias).

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 ¹:

<i>Fecha</i>	<i>Resolución TDC</i>	<i>Materia</i>	<i>Decisión</i>
13-01-00	03-06-97 Expediente sancionador	Por elaboración y difusión de recomendación de precios, y concertación para aplicar precios, bonificaciones y penalizaciones por la calidad de la leche, contra varias empresas de productos lácticos. Caducidad del expediente, ilicitud de prueba, falta de separación entre órgano instructor y órgano decisor.	Confirma Res. TDC
27-01-00	12-12-96 Expediente sancionador	Por haber acordado concurrir de manera conjunta y con los mismos precios a un concurso del INSALUD para la confección de órtesis de tronco, contra una asociación de empresarios ortopédicos y diversos empresarios del sector.	Confirma Res. TDC
15-02-00	31-07-1996 Expediente sancionador	Por fijación de precios y limitación de la distribución, contra empresas de productos farmacéuticos y cosméticos. Comercialización exclusiva a través de farmacias.	Estima el recurso y anula Res. TDC. Se confirma la intimación a la cesación de las conductas
02-03-00	05-06-97 Expediente sancionador	Por retención de expediente, con fijación indirecta del presupuesto de la obra, precio fijo por metro cuadrado y condicionar el visado colegial a la aceptación de su criterio, contra un colegio de arquitectos. Separación entre órgano instructor y órgano decisor.	Confirma Res. TDC

¹ Vid. Mercedes PEDRAZ CALVO, «Sentencias dictadas por la Audiencia Nacional en recursos contra acuerdos del Tribunal de Defensa de la Competencia», *Gaceta Jurídica de la UE y de la competencia*, núm. 212, marzo-abril 2001, pp. 22-23.

<i>Fecha</i>	<i>Resolución TDC</i>	<i>Materia</i>	<i>Decisión</i>
09-03-00	03-06-97 Expediente sancionador	Por elaboración y difusión de recomendación de precios, contra varias empresas de productos lácticos. Caducidad y nulidad del expediente.	Confirma Res. TDC
17-03-00	02-10-97 Desestimación del recurso contra acuerdo del sdc de archivo	Denuncia a «Telefónica de España» por denegación de teléfono de marcaciones abreviadas de tres cifras a una empresa de servicios de ambulancias de urgencia y UVI móvil.	Confirma Res. TDC
22-03-00	12-02-97 Expediente sancionador	Por fijación de precios de venta al público en listas y en las propias cajas de productos de lencería y corsetería, contra las empresas fabricantes. Precios recomendados. Caducidad del expediente.	Confirma parcialmente Res. TDC y rebaja la cuantía de la sanción
23-03-00	13-03-98 Expediente sancionador	Por acordar con los revendedores precios y condiciones de venta de vinilo de marcaje de alta gama, contra la empresa fabricante. Inaplicación de la regla <i>de minimis</i> .	Confirma Res. TDC
27-03-00	12-02-97 Expediente sancionador	Por fijación de precios de venta al público en listas y en las propias cajas de productos de lencería y corsetería, contra las empresas fabricantes. Precios recomendados. Caducidad del expediente.	Confirma parcialmente Res. TDC y rebaja la cuantía de la sanción
13-04-00	23-12-97 Expediente sancionador	Por acuerdo de precios y reparto de trabajo para la fabricación de lápidas funerarias y ornamentación de enterramientos, con exclusión de no miembros de la asociación, contra asociación de empresas de mármoles funerarios y empresa municipal de servicios funerarios que cobra canon y arrienda mesas de contratación a la asociación.	Confirma Res. TDC
13-04-00	27-12-96 Desestimación del recurso contra acuerdo del sdc de archivo	Denuncia contra la «Empresa Mixta de Servicios Funerarios de Madrid» que instaló mesas de contratación en un centro sanitario.	Confirma Res. TDC
17-04-00	12-02-97 Expediente sancionador	Por fijación de precios de venta al público en listas y en las propias cajas de productos de lencería y corsetería, contra las empresas fabricantes. Precios recomendados. Caducidad del expediente.	Confirma parcialmente Res. TDC y rebaja la cuantía de la sanción
11-05-00	12-02-97 Expediente sancionador	Por fijación de precios de venta al público en listas y en las propias cajas de productos de lencería y corsetería, contra las empresas fabricantes. Precios recomendados. Caducidad del expediente.	Confirma parcialmente Res. TDC y rebaja la cuantía de la sanción
24-05-00	30-07-98 Denegación de autorización singular	Solicitada para el desarrollo y ejecución de un acuerdo de concentración de empresas farmacéuticas a fin de adquirir, almacenar y comercializar especialidades farmacéuticas genéricas.	Confirma Res. TDC

<i>Fecha</i>	<i>Resolución TDC</i>	<i>Materia</i>	<i>Decisión</i>
07-06-00	27-12-96 Desestimación del recurso contra acuerdo del sdc de archivo	Denuncia contra empresas distribuidoras de prensa y asociación de vendedores de prensa en Barcelona. Cobro de cantidades por reparo y otros servicios auxiliares, en función de la antigüedad de la relación contractual y de la pertenencia a la asociación de vendedores. Distinción entre distribución y reparto.	Estima parcialmente el recurso y remite actuaciones al TDC para que dicte nueva resolución.
07-06-00	30-07-96 Desestimación del recurso contra acuerdo del sdc de sobreseimiento	Contrato de gasolinera y distribución de combustibles líquidos y lubricantes. Prácticas discriminatorias de precios y prácticas abusivas. Reglamento CE 1984/83: Inaplicación por tratarse de agente exclusivo.	Confirma Res. TDC
21-06-00	18-07-96 Medidas cautelares	Medidas cautelares impuestas a «Telefónica de España» y otras compañías de cese de medidas de promoción de ciertos servicios de telefonía móvil a través de su estructura de telefonía fija.	Confirma Res. TDC
05-07-00	30-07-97 Multas coercitivas por incumplimiento de medidas cautelares	Medidas cautelares impuestas a «Telefónica de España» y otras compañías por Res. TDC de 04-02-97. Falta de carácter ejecutivo del acto de imposición de multas durante a tramitación del proceso relativo a la procedencia o improcedencia de su suspensión.	Confirma parcialmente Res. TDC y modifica el inicio del período de imposición de multas.
08-09-00	03-06-97 Expediente sancionador	Por elaboración y difusión de recomendación de precios, y concertación para aplicar precios, bonificaciones y penalizaciones por la calidad de la leche, contra varias empresas de productos lácticos. Caducidad del expediente, ilicitud de prueba, falta de separación entre órgano instructor y decisor.	Confirma Res. TDC
15-09-00	29-07-97 Desestimación del recurso contra acuerdo del sdc de sobreseimiento parcial	Abuso de posición de dominio y falseamiento de la competencia por competencia desleal en el ámbito de la radiodifusión.	Estima el recurso y anula Res. TDC
20-09-00	14-04-98 Expediente sancionador	Por la adopción de un acuerdo de fijación de precios y negociación de una tarifa especial, contra colegios de arquitectos y aparejadores. Separación entre órgano instructor y órgano decisor. Consejos de Colegios Profesionales y LDC.	Confirma Res. TDC
29-09-00	30-04-98 Desestimación del recurso contra acuerdo del sdc de sobreseimiento	Encargo directo de las obras del sector agrario a «Empresa Nacional de Transformación Agraria», en virtud de acuerdo entre comunidad autónoma, el IRIDA y dicha empresa. Ejecución de obras directamente por la Administración.	Confirma Res. TDC

<i>Fecha</i>	<i>Resolución TDC</i>	<i>Materia</i>	<i>Decisión</i>
11-10-00	06-02-95 y 28-09-95 Sobreseimiento parcial y absolució	Competencia desleal y abuso de posición dominante por resolución de contrato de compra en exclusiva y política de descuentos en el mercado de sanitarios. Cobro de portes de los materiales suministrados, falta de suministro, inexistencia de documento contractual. Descuentos vinculados a objetivos de aumentos de venta y primas de fidelidad.	Confirma ambas Res. TDC
13-10-00	10-07-98 Expediente sancionador	Por la negativa a otorgar el visado a un proyecto arquitectónico, al no haberse pagado los honorarios del anterior aparejador, contra colegio de aparejadores. Extralimitación del colegio sin cobertura legal.	Confirma Res. TDC
03-11-00	29-06-98 Desestimación del recurso contra acuerdo del sdc de sobreseimiento	Negativa de «Telefónica de España» a suministrar ciertas terminales telefónicas. Discriminación en el sistema de suministro.	Confirma Res. TDC
03-11-00	31-03-97 Desestimación del recurso contra acuerdo del sdc de sobreseimiento parcial	Red de distribución y cártel de precios de venta de vinilo de marcaje de alta gama.	Confirma Res. TDC
03-11-00	08-11-97 Expediente sancionador	Contrato de gasolinera (abanderamiento) con distribución de combustibles líquidos y lubricantes. Cláusula de exclusiva en cuanto a las actividades a realizar por el distribuidor.	Estima el recurso y anula Res. TDC
15-11-00	24-07-97 Expediente sancionador (sin sanción, por ser autorizable)	Por acuerdo de fijación de tarifas de honorarios reducidos entre colegio de aparejadores y entidad municipal.	Confirma Res. TDC
15-11-00	23-10-97 Desestimación del recurso contra acuerdo del sdc de archivo	Competencia desleal y abuso de posición de dominio en la fijación del canon discriminatorio para las televisiones públicas por la SGAE.	Confirma Res. TDC
05-12-00	14-03-97 Expediente sancionador	Por celebrar acuerdos para proponer a la DG de Salud Pública de la Generalitat de Catalunya la aprobación de un catálogo obligatorio para los asociados de servicios funerarios y sus tarifas, así como un incremento automático de las mismas, contra agrupación regional de pompas fúnebres.	Estima el recurso y anula Res. TDC
05-12-00	06-11-96 Desestimación del recurso contra acuerdo del sdc de archivo	Abuso de posición de dominio por la exigencia unilateral de un pago en concepto de gastos de reparto de prensa diaria. Distinción entre distribución y reparto.	Confirma Res. TDC

<i>Fecha</i>	<i>Resolución TDC</i>	<i>Materia</i>	<i>Decisión</i>
18-12-00	30-12-97 Expediente sancionador	Por abuso de posición dominante en los servicios funerarios, contra «Empresa Mixta de Servicios Funerarios de Madrid». Tarifas y precios públicos. Monopolio legal. Caducidad del expediente.	Estima el recurso y anula Res. TDC
27-12-00	29-10-97 Desestimación del recurso contra acuerdo del sdc de archivo	Prácticas restrictivas y abuso de posición dominante por parte de «Servicio Galego de Salud» e «Instituto Galego de Medicina Técnica, S. A.». Gestión directa de servicio público con medios propios de la Administración.	Confirma Res. TDC

Al igual que en ejercicios anteriores, es destacable que la mayoría de las sentencias de la Audiencia Nacional confirman la resolución dictada por el TDC. La proporción disminuye, sin embargo, si atendemos a las confirmaciones estrictamente hablando: en cinco de los treinta y tres casos, el órgano jurisdiccional anula la resolución del TDC y en seis estima parcialmente el recurso. En estas seis estimaciones parciales hay cuatro reducciones del importe de las sanciones impuestas en una misma resolución del TDC de 12 de febrero de 1997 en el caso lencerías.

A continuación, se detalla de forma esquemática el contenido de las sentencias, numéricamente y en porcentaje, con comparación respecto al ejercicio anterior:

	2000		1999		1998	
	<i>Núm.</i>	<i>%</i>	<i>Núm.</i>	<i>%</i>	<i>Núm.</i>	<i>%</i>
Confirma Res. TDC	22	66,7	16	89,0	25	80,6
Confirma parcialmente Res. TDC	6	18,2	1	5,5	1	3,2
Inadmisibilidad	—	—	1	5,5	1	3,2

TRIBUNAL SUPREMO

Se hace constar a continuación, en sendos apartados, las Sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo que resuelven recursos contra resoluciones de los órganos de aplicación del Derecho de la competencia (I) y las que resuelven recursos contra resoluciones de la Audiencia Nacional dictadas a su vez en vía de recurso contra actos administrativos en la materia. Cabe mencionar adicionalmente que la Sala 1.^a del Tribunal Supremo ha dictado también alguna Sentencia aplicando normas de Derecho europeo de la competencia: Baste señalar las de 21-02-00 (RJ 2000\753) y la de 02-06-00 (RJ 2000\5092).

1. SENTENCIAS DICTADAS EN RECURSOS DE IMPUGNACIÓN DE ACTOS ADMINISTRATIVOS

En el año 2000, el Tribunal Supremo ha dictado al menos cinco sentencias en vía de recurso contra decisiones administrativas en aplicación del Derecho de la competencia. Se mantiene la tendencia, destacada en ejercicios anteriores, de confirmación de 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 administrativa objeto del recurso contencioso-administrativo.

<i>Fecha</i>	<i>Resolución</i>	<i>Materia</i>	<i>Decisión</i>
23-02-00 rec. 2436/91 y acumulado RJ 7047	Acuerdo del Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia de 14 de mayo de 1991 (confirmatorio del de 30 de octubre de 1990), y la resolución del Consejo de Ministros de fecha 2 de agosto de 1991 y sus ratificaciones en reposición de fechas 27 de marzo de 1992 y 8 de mayo de 1992	Prácticas restrictivas por editoriales de libros de texto. Fijación de criterios para aumentos de precios.	Confirma la Resolución del tdc y declara no ajustados a Derecho los Acuerdos del Consejo de Ministros

<i>Fecha</i>	<i>Resolución</i>	<i>Materia</i>	<i>Decisión</i>
06-03-00 rec. 373/93 y acumulado RJ 7048	Resoluciones TDC de 23-10-91 y 18-05-92, y Acuerdos del Consejo de Ministros de 03-07-92 y 05-03-93	Prácticas restrictivas: reparto de mercado para conservación y reparación de ascensores.	Confirma las decisiones administrativas
13-03-00 rec. 2946/92 y acumulado RJ 1554	Resoluciones TDC de 24-08-90 y 08-07-91, y Acuerdos del Consejo de Ministros de 02-08-91 y 22-10-91	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
09-06-00 rec. 533/1994 y acumulado RJ 2001/450	Acuerdo Consejo de Ministros de 20-05-94	No oposición a la operación de concentración de cesión de gestión de «Antena 3 de Radio, S. A.», y «Sociedad Española de Radiodifusión, S. A.», a favor de la «Sociedad de Servicios Radiofónicos, Unión Radio, S. A.».	Estima parcialmente el recurso y anula el acuerdo
06-11-00 rec. 7144/92 y acumulado RJ 8843	Resolución TDC de 09-07-91 y Acuerdos del Consejo de Ministros de 06-09-91 y 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

2. SENTENCIAS DICTADAS EN RECURSOS DE IMPUGNACIÓN DE RESOLUCIONES DE LA AUDIENCIA NACIONAL

En el año 2000, el Tribunal Supremo ha dictado al menos veinte sentencias en recursos contra decisiones de la AN en incidentes relativos a la suspensión del acto administrativo dictado en aplicación del Derecho de la competencia y una (de 24 de enero de 2000) en recurso de interés de ley contra una Sentencia de la AN que anuló una resolución del TDC. En la inmensa mayoría de los casos se confirma la resolución de la AN.

A continuación se relacionan estas sentencias con indicación de su fecha, los autos de la AN (Secc. 6.^a) que son objeto de impugnación, la materia central a la que se refiere y si confirman o no la resolución objeto del recurso.

<i>Fecha</i>	<i>Resolución</i>	<i>Materia</i>	<i>Decisión</i>
20-01-00 RJ 22	Auto AN de 26 de septiembre de 1997, confirmado en súplica por el de 20 de noviembre de 1997	Pieza separada de Suspensión del acto recurrido. Motivación resoluciones AN. Trae causa de Res. TDC de 3 de junio de 1997, 352/94 (industrias lácticas).	Confirma los AAAN
20-01-00 RJ 131	Auto AN de 19 de septiembre de 1997, confirmado en súplica por el de 27 de octubre de 1997	Pieza separada de Suspensión del acto recurrido. Motivación resoluciones AN. Trae causa de Res. TDC de 3 de junio de 1997, 352/94 (industrias lácticas).	Confirma los AAAN

<i>Fecha</i>	<i>Resolución</i>	<i>Materia</i>	<i>Decisión</i>
24-01-00 RJ 25	Sentencia AN de 24 de junio de 1998	Recurso en interés de ley contra la sentencia que anula la Res. TDC de 26 de diciembre de 1995.	Desestima el recurso
30-01-00 RJ 2935	Auto AN de 26 de septiembre de 1997, confirmado en súplica por el de 20 de noviembre de 1997	Pieza separada de Suspensión del acto recurrido. Motivación resoluciones AN. Trae causa de Res. TDC de 3 de junio de 1997, 352/94 (industrias lácticas).	Confirma los AAAN
01-02-00 RJ 72	Auto AN de 3 de octubre de 1997, confirmado en súplica por el de 20 de noviembre de 1997	Pieza separada de Suspensión del acto recurrido. Motivación resoluciones AN. Trae causa de Res. TDC de 3 de junio de 1997, 352/94 (industrias lácticas).	Confirma los AAAN
10-02-00 RJ 1536	Auto de la Audiencia Nacional de 13 de octubre de 1997, confirmado en súplica por el de 27 de enero de 1998	Pieza separada de Suspensión del acto recurrido. Motivación resoluciones AN. Trae causa de Res. TDC de 3 de junio de 1997, 352/94 (industrias lácticas).	Confirma los AAAN
15-02-00 RJ 220	Auto AN de 19 de noviembre de 1997, estimado en parte el recurso de súplica contra el de 9 de octubre de 1997	Pieza separada de Suspensión del acto recurrido. Motivación resoluciones AN. Trae causa de Res. TDC de 3 de junio de 1997, 352/94 (industrias lácticas).	Confirma el AAN
22-02-00 RJ 501	Auto AN de 24 de octubre de 1997, confirmado en súplica por el de 9 de enero de 1998	Pieza separada de Suspensión del acto recurrido. Motivación resoluciones AN. Trae causa de Res. TDC de 3 de junio de 1997, 352/94 (industrias lácticas).	Confirma los AAAN
23-02-00 RJ 1332	Auto AN de 27 de noviembre de 1997, confirmado en súplica por el de 11 de marzo de 1998	Pieza separada de Suspensión del acto recurrido. Motivación resoluciones AN. Trae causa de Res. TDC de 3 de junio de 1997, 352/94 (industrias lácticas).	Confirma los AAAN
06-03-00 RJ 963	Auto AN de 20 de noviembre de 1997, confirmado en súplica por el de 14 de marzo de 1998	Pieza separada de Suspensión del acto recurrido. Motivación resoluciones AN. Trae causa de Res. TDC de 3 de junio de 1997, 352/94 (industrias lácticas).	Confirma los AAAN
13-03-00 RJ 1555	Auto AN de 30 de octubre de 1997, confirmado en súplica por el de 27 de enero de 1998	Pieza separada de Suspensión del acto recurrido. Motivación resoluciones AN. Trae causa de Res. TDC de 3 de junio de 1997, 352/94 (industrias lácticas).	Confirma los AAAN
15-03-00 RJ 1560	Auto AN de 30 de octubre de 1997, confirmado en súplica por el de 9 de febrero de 1998	Pieza separada de Suspensión del acto recurrido. Motivación resoluciones AN. Trae causa de Res. TDC de 3 de junio de 1997, 352/94 (industrias lácticas).	Confirma los AAAN
15-03-00 RJ 2573	Auto AN de 30 de octubre de 1997, confirmado en súplica por el de 9 de febrero de 1998	Pieza separada de Suspensión del acto recurrido. Motivación resoluciones AN. Trae causa de Res. TDC de 3 de junio de 1997, 352/94 (industrias lácticas).	Confirma los AAAN

<i>Fecha</i>	<i>Resolución</i>	<i>Materia</i>	<i>Decisión</i>
21-03-00 RJ 1562	Auto AN de 5 de diciembre de 1997, confirmado en súplica por el de 27 de enero de 1998	Pieza separada de Suspensión del acto recurrido. Motivación resoluciones AN. Trae causa de Res. TDC de 3 de junio de 1997, 352/94 (industrias lácticas).	Confirma los AAAN
23-03-00 RJ 1564	Auto AN de 30 de octubre de 1997, confirmado en súplica por el de 23 de febrero de 1998	Pieza separada de Suspensión del acto recurrido. Motivación resoluciones AN. Trae causa de Res. TDC de 3 de junio de 1997, 352/94 (industrias lácticas).	Confirma los AAAN
27-03-00 RJ 1568	Auto AN de 13 de octubre de 1997, confirmado en súplica por el de 10 de febrero de 1998	Pieza separada de Suspensión del acto recurrido. Motivación resoluciones AN. Trae causa de Res. TDC de 3 de junio de 1997, 352/94.	Confirma los AAAN
08-05-00 RJ 3874	Auto AN de 18 de marzo de 1998, confirmado en súplica por el de 15 de junio de 1998	Pieza separada de Suspensión del acto recurrido. Motivación resoluciones AN. Trae causa de Res. TDC de 3 de junio de 1997, 352/94 (industrias lácticas).	Confirma los AAAN
07-06-00 RJ 4786	Auto AN de 18 de marzo de 1998, confirmado en súplica por el de 15 de junio de 1998	Pieza separada de Suspensión del acto recurrido. Motivación resoluciones AN. Trae causa de Res. TDC de 3 de junio de 1997, 352/94 (industrias lácticas).	Confirma los AAAN
07-06-00 RJ 5170	Auto AN de 21 de enero de 1998, confirmado en súplica por el de 23 de junio de 1998	Pieza separada de Suspensión del acto recurrido. Trae causa de Res. TDC de 26 de mayo de 1997, 21/97 y 215/97 (Tabacalera).	Revoca los AAAN
12-06-00 RJ 6529	Auto AN de 24 de octubre de 1997, confirmado en súplica por el de 7 de julio de 1998	Pieza separada de Suspensión del acto recurrido. Motivación resoluciones AN. Trae causa de Res. TDC de 3 de junio de 1997, 352/94 (industrias lácticas).	Confirma los AAAN
25-09-00 RJ 7692	Auto AN de 3 de octubre de 1997, confirmado en súplica por el de 7 de julio de 1998	Pieza separada de Suspensión del acto recurrido. Trae causa de Res. TDC de 3 de junio de 1997, 352/94 (industrias lácticas).	Confirma los AAAN

COMISIÓN EUROPEA ¹

1. DECISIONES DE APLICACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 81 Y 82 TCE

A. NUEVOS ASUNTOS

El volumen de asuntos nuevos registrados en la Comisión en el año 2000 ha seguido la línea muy marcadamente descendente de 1999, en que se rompió la tendencia contraria de los tres ejercicios anteriores. En concreto han sido 297 nuevos asuntos, frente a los 388 de 1999, 509 de 1998 y los 499 de 1997. La reducción del número de nuevos asuntos lo atribuye la propia Comisión en el Informe XXX, principalmente, a que la nueva normativa sobre exenciones de restricciones verticales ha reducido los casos en que se requiere la notificación y a que el debate alrededor de las nuevas directrices sobre acuerdos verticales ha aclarado el régimen aplicable.

A continuación se exponen las cifras relativas a nuevos asuntos desde el año 1992 al 2000, con indicación de su origen (iniciativa de la Comisión, denuncia, notificación) y el total:

Año	Iniciativa Comisión	Denuncia	Notificación	Total
2000	84	112	101	297
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 extraídos del XXX Informe sobre la política de la competencia y en el servidor telemático de la DG de competencia (<http://europa.eu.int/comm/competition/>).

B. RESOLUCIÓN DE EXPEDIENTES

En 2000 ha disminuido también, por primera vez, el número de expedientes resueltos. Este descenso a 379 expedientes resueltos (frente a los 582 del año anterior) lo explica la propia Comisión en el Informe XXX por la necesidad que ha habido de destinar recursos a la actividad legislativa y a la tramitación de asuntos especialmente complejos. No obstante, el balance entre asuntos nuevos (297) y asuntos concluidos (379) señala que prosigue positivamente la tendencia a una disminución de los asuntos pendientes de resolución, lo que no sucede en todos los ámbitos a que se alude en este capítulo.

El desdoblamiento entre decisiones formales e informales arroja las siguientes cifras:

<i>Año</i>	<i>Decisiones formales</i>	<i>Procedimiento informal</i>	<i>Total</i>
2000	36	343	379
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

2. DECISIONES RELATIVAS A AYUDAS PÚBLICAS ²

A. NUEVOS ASUNTOS

La Comisión ha registrado 564 nuevos asuntos en el año 2000, casi igual que en 1999. De éstos corresponden 469 a notificaciones de nuevas ayudas y modificaciones de ayudas existentes, 86 a ayudas no notificadas y 9 a ayudas ya existentes. El número de nuevos expedientes parece así estabilizarse en una cota inferior a la del año 1997. Como en ejercicios anteriores, la mayor parte de los nuevos expedientes deriva de ayudas notificadas por los Estados miembros.

² Las cifras no cubren las ayudas en los sectores de la agricultura, la pesca, los transportes y el carbón.

³ Dato rectificado en el XXX Informe.

Año	Total expedientes iniciados	Notif.	No notif.	Existentes
2000	564	469	86	9
1999	569 ³	469	98	2
1998	444	342	97	5
1997	656	515	140	1
1996	644	550	91	3
1995	803	680	113	10

B. RESOLUCIÓN DE EXPEDIENTES

En cuanto a las decisiones adoptadas por la Comisión, se ha producido un ligero aumento respecto al año anterior, pero ello no ha evitado que aumente el número de asuntos pendientes, que pasa de 428 en 1999 a 564 en 2000. Concretamente, el número de decisiones adoptadas en 2000 es de 475, frente a las 460 de 1999 y 1998, 502 de 1997, 474 de 1996 y 619 de 1995.

Año	Expedientes resueltos
2000	475
1999	460 ⁴
1998	460
1997	502
1996	474
1995	619

Sigue un cuadro de desglose por países, con los datos relativos a 2000 y los publicados en anteriores Anuarios. Puede destacarse que en el caso de España se mantiene en 2000 la cifra de 1999. Cifras muy cercanas a las de 1999 aparecen asimismo en las filas correspondientes a Dinamarca, Alemania, Irlanda y Reino Unido. Registran aumentos sensibles las de Austria, Bélgica, Finlandia, Francia, Países Bajos, Portugal, Suecia y descensos sensibles la de Grecia.

⁴ Dato rectificado en el XXX Informe.

⁵ Reproducimos los datos del *Anuario de la competencia 1999* y anteriores sin las correcciones en la distribución por países que impondría la rectificación de los datos publicados en el XXX Informe.

<i>Estado miembro</i>	1996	1997	1998	1999 ⁵	2000
Austria	48	32	18	14	26
Bélgica	14	11	22	14	21
Dinamarca	12	16	9	5	5
Alemania	143	194	154	125	122
Grecia	3	5	9	8	1
España	62	53	36	79	79
Finlandia	14	8	8	8	17
Francia	48	38	27	29	47
Irlanda	2	2	2	12	11
Italia	64	63	77	94	61
Luxemburgo	3	1	3	0	2
Países Bajos	37	33	38	24	33
Portugal	10	15	15	8	16
Suecia	7	10	14	8	15
Reino Unido	7	21	18	17	19
UNIÓN EUROPEA	474	502	460	444	475

3. DECISIONES RELATIVAS A CONCENTRACIONES

Como viene constatándose desde el *Anuario de la Competencia 1997*, en cada ejercicio se incrementa, cuanto menos desde una perspectiva cuantitativa, el grado de aplicación del Reglamento (CEE) núm. 4064/89, de 21 de diciembre de 1989, del Consejo, sobre el control de concentración entre empresas. Los datos que se resumen a continuación lo acreditan de forma evidente.

A. NOTIFICACIONES RECIBIDAS

Se aprecia una progresión constante, sin inflexión desde 1994, con una pendiente muy marcada desde 1997.

<i>Año</i>	1991	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000
Número de notificaciones recibidas	63	60	58	95	110	131	172	235	292	345

B. DECISIONES FINALES

La Comisión ha adoptado 345 decisiones finales en materia de concentraciones durante el año 2000. Esta cifra supone de nuevo 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 destacan que sigue siendo muy reducido en términos absolutos y relativos, el número de decisiones de prohibición de la operación. A pesar de seguir aumentando el número de decisiones finales, las decisiones de prohibición se mantiene en las cifras mínimas: 2 en 2000.

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	2000
6.1.a	Fuera del ámbito de aplicación	5	9	4	5	9	6	4	6	1	1 ⁶
6.1.b	Compatible con el mercado común	47	43	49	78	90	109	118	207	236	293
6.1.b	Compatible con el mercado común con condiciones	3	4		2	3		2	12	19	28
6.1.b	Compatible con el mercado común y remisión parcial a los Estados miembros		1		1			6	3	1	
9.3.b	Remisión total a los Estados miembros			1			3	1	1	3	2
9.3.b	Remisión parcial a los Estados miembros en la fase II									1	4
8.2	Compatible con el mercado común	1	1	1	2	2	1	1	2	0	3
8.2	Compatible con el mercado común con condiciones	3	3	2	2	3	3	7	5	8	12
8.3	Prohibiciones	1			1	2	3	1	2	1	2
8.4	Restablecer la competencia efectiva							2			
	Total decisiones finales	60	61	57	91	109	125	142	238	270	345

⁶ Se hace constar a los meros efectos de cuadrar el total de 345: en realidad, los datos que se obtienen del XXX Informe no permiten asignar esta ocurrencia a ninguna de las celdillas del cuadro.

C. NOTIFICACIONES RETIRADAS DURANTE SU TRAMITACIÓN

Año	1991	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000
Número de notificaciones retiradas		3	2	6	4	6	9	9	7	6

TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA

1. NORMAS DE LA COMPETENCIA APLICABLES A LAS EMPRESAS

Se relacionan a continuación las sentencias y autos dictados por el TPI durante el año 2000 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. No hacemos constar la publicación en la Recopilación, a pesar de ser la oficial, ya que se produce con retraso y sería incompleta. La totalidad de las resoluciones puede consultarse en el web del TJCE (<http://europa.eu.int/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=es>).

Fecha	Asunto	Partes	Materia
17-02-2000	T-241/97	Stork Amsterdam BV c. Comisión europea.	Recurso de anulación contra archivo de actuaciones. Artículo 81: Abastecimiento mutuo en exclusiva.
15-03-2000	T-25/95 T-26/95 T-30/95 T-31/95 T-32/95 T-34/95 T-35/95 T-36/95 T-37/95 T-38/95 T-39/95 T-42/95 T-43/95 T-44/95 T-45/95 T-46/95 T-48/95 T-50/95 T-51/95 T-52/95 T-53/95 T-54/95 T-55/95 T-56/95 T-57/95 T-58/95 T-59/95	Cimenteries CBR SA y otros c. Comisión europea.	Recurso de anulación: Artículo 81-1. Mercado del cemento. Derechos de defensa. Acceso al expediente. Infracción única y continua. Acuerdo general y medidas de aplicación de éste. Imputación de una infracción. Prueba de la participación en el acuerdo general y en sus medidas de aplicación. Relaciones objetiva y subjetiva entre el acuerdo general y sus medidas de aplicación. Multa. Determinación de su importe.

<i>Fecha</i>	<i>Asunto</i>	<i>Partes</i>	<i>Materia</i>
	T-60/95 T-61/95 T-62/95 T-63/95 T-64/95 T-65/95 T-68/95 T-69/95 T-70/95 T-71/95 T-87/95 T-88/95 T-103/95 T-104/95		
30-03-2000	T-513/93	Consiglio Nazionale degli Spedizionieri Doganali c. Comisión europea.	Recurso de anulación. Agentes de aduanas. Concepto de empresa y de asociación. De empresas. Decisión de asociación de empresas. Fijación de tarifas. Normativa estatal. Aplicabilidad del apartado 81-1.
30-03-2000	T-65/96	Kish Glass & Co. Ltd c. Comisión europea.	Recurso de anulación contra la desestimación de la denuncia. Artículo 82: Abuso de posición dominante. Vidrio flotado. Derechos de defensa y derechos procedimentales de la denunciante. Mercado del producto y mercado geográfico.
14-04-2000	T-144/99 R	Instituto de Agentes Autorizados ante la Oficina Europea de Patentes c. Comisión europea.	Medidas provisionales. Suspensión de la ejecución. Urgencia. Inexistencia.
25-05-2000	T-77/95	Union française de l'express (UFEX) y otros Ltd c. Comisión europea.	Recurso de anulación contra la desestimación de una denuncia. Interés comunitario. Recurso de casación. Devolución del asunto por el Tribunal de Justicia.
28-06-2000	T-191/98 T-212/98 T-213/98 T-214/98	Cho Yang Shipping Co. Ltd c. Comisión europea.	Medidas cautelares. Suspensión de la ejecución. Urgencia. Ponderación de intereses. Inexistencia. Multa.
06-07-2000	T-62/98	Volkswagen AG c. Comisión europea.	Recurso de anulación. Artículo 81. Distribución de vehículos automóviles. Compartimentación. Reglamento (CEE) núm. 123/85. Difusión a la prensa. Secreto profesional. Buena administración. Multa. Gravedad de la infracción.
12-07-2000	T-45/00	Conseil national de professions de l'automobile y otros c. Comisión europea.	Recurso de anulación. Reglamento (CE) núm. 2790/1999 de la Comisión. Inadmisibilidad.
19-10-2000	T-58/00	Bond van de Fegarbel-Beroepsverenigingen y otros c. Comisión europea.	Recurso de anulación. Reglamento (CE) núm. 2790/1999 de la Comisión. Inadmisibilidad.

<i>Fecha</i>	<i>Asunto</i>	<i>Partes</i>	<i>Materia</i>
26-10-2000	T-41/96	Bayer AG c. Comisión europea.	Recurso de anulación. Artículo 81-1. Importaciones paralelas. Concepto de acuerdo entre empresas. Prueba de la existencia de un acuerdo. Mercado de productos farmacéuticos.
26-10-2000	T-154/98	Asia Motor France SA c. Comisión europea.	Recurso de anulación contra la desestimación de la denuncia. Artículo 81. Obligaciones en materia de investigación sobre el objeto de las denuncias. Conformidad a Derecho de los fundamentos de la decisión desestimatoria. Error manifiesto de apreciación. Artículo 176 del Tratado CE (actualmente art. 233 CE). Admisibilidad de un motivo nuevo.
30-11-2000	T-5/97	Industrie des poudres sphériques c. Comisión europea.	Recurso de anulación contra desestimación de una denuncia. Artículo 82. Empleo abusivo del procedimiento antidumping. Motivación. Derechos de defensa.
12-12-2000	T-128/98	Aéroports de Paris c. Comisión europea.	Transporte aéreo. Gestión de aeropuertos. Reglamento aplicable: Reglamento núm. 17 y Reglamento (CEE) núm. 3975/87. Abuso de posición dominante. Exacciones discriminatorias.
14-12-2000	T-5/00 R	Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied c. Comisión europea.	Solicitud de suspensión parcial de ejecución de Decisión de la Comisión.

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>
17-02-00	T-241/97	Anular la Decisión de la Comisión contenida en su escrito de 20 de junio de 1997, por la que no se acoge la denuncia presentada por la demandante para que se declare la incompatibilidad con el artículo 85 del Tratado CE (actualmente, art. 81 CE) de un acuerdo de cooperación celebrado entre Stork Amsterdam BV y Serac Group en el ámbito de la comercialización de líneas completas de maquinaria destinada a la fabricación de botellas de plástico y a su llenado aséptico con productos alimenticios líquidos.
15-03-00	T-25/95 T-26/95 T-30/95 T-31/95 T-32/95 T-34/95 T-35/95 T-36/95 T-37/95 T-38/95 T-39/95 T-42/95 T-43/95	1. Acumulación de los asuntos a los efectos de la sentencia. Anular parcialmente, distinguiendo entre cada asunto acumulado, la 94/815/CE de la Comisión, de 30 de noviembre de 1994. El detalle es el siguiente: 2. En el asunto T-25/95, Cimenteries CBR/Comisión: Anular el artículo 1 de la Decisión 94/815/CE de la Comisión, de 30 de noviembre de 1994, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 85 del Tratado CE (Asuntos IV/33.126 y 33.322. Cemento), en la medida en que considera que la demandante participó con anterioridad al 9 de junio de 1986 y con posterioridad al 7 de noviembre de 1988 en la infracción imputada. Anular el artículo 4, apartado 1, de la Decisión 94/815, en la medida en que considera que la demandante participó con anterioridad al 9 de junio de 1986 y con posterioridad al 31 de mayo de 1987 en la infracción imputada. Anular el artículo 4, apartado 2, de la Decisión 94/815,

Fecha	Asunto	Pronunciamiento
	T-44/95 T-45/95 T-46/95 T-48/95 T-50/95 T-51/95 T-52/95 T-53/95 T-54/95 T-55/95 T-56/95 T-57/95 T-58/95 T-59/95 T-60/95 T-61/95 T-62/95 T-63/95 T-64/95 T-65/95 T-68/95 T-69/95 T-70/95 T-71/95 T-87/95 T-88/95 T-103/95 T-104/95	<p>en la medida en que considera que la demandante participó con posterioridad al 7 de noviembre de 1988 en la infracción imputada. Anular el artículo 4, apartado 3, letra a), de la Decisión 94/815, en la medida en que considera que la demandante participó con posterioridad al 9 de septiembre de 1986 en la infracción imputada. Anular, por lo que respecta a la demandante, el artículo 4, apartado 4, letra g), de la Decisión 94/815. Fijar en 1.711.000 euros el importe de la multa impuesta a la demandante por el artículo 9 de la Decisión 94/815. Desestimar el recurso en todo lo demás. La demandante cargará con sus propias costas y con un tercio de las ocasionadas a la Comisión. La Comisión cargará con dos tercios de sus propias costas.</p> <p>3. En el asunto T-26/95, Cembureau. Association européenne du ciment/Comisión: Anular el artículo 1 de la Decisión 94/815, en la medida en que considera que la demandante participó con posterioridad al 31 de diciembre de 1988 en la infracción imputada. Anular el artículo 2, apartado 1, de la Decisión 94/815, en la medida en que declara que se produjeron acuerdos relativos a intercambios de datos sobre los precios durante las reuniones del comité ejecutivo de Cembureau. Association européenne du ciment y en la medida en que considera que la demandante participó con posterioridad al 19 de marzo de 1984 en la infracción imputada. Anular, por lo que respecta a la demandante, el artículo 2, apartado 2, de la Decisión 94/815, en la medida en que declara que la difusión periódica de datos entre la demandante y sus miembros tenía por objeto, por lo que refiere a los precios belgas y neerlandeses, los precios mínimos relativos a las entregas de cemento por camión de los productores de estos dos países y, por lo que se refiere a Luxemburgo, los precios, descuentos incluidos, del productor de este país. Anular el artículo 4, apartado 1, de la Decisión 94/815, en la medida en que considera que la demandante participó con posterioridad al 31 de mayo de 1987 en la infracción imputada. Anular, por lo que respecta a la demandante, el artículo 9 de la Decisión 94/815. Desestimar el recurso en todo lo demás. Cada parte cargará con sus propias costas.</p> <p>4. En el asunto T-30/95, Fédération de l'industrie cimentière belge/Comisión: Anular el artículo 1 de la Decisión 94/815, en la medida en que considera que la demandante participó con posterioridad al 31 de diciembre de 1988 en la infracción imputada. Anular el artículo 2, apartado 1, de la Decisión 94/815, en la medida en que declara que se produjeron acuerdos relativos a intercambios de datos sobre los precios durante las reuniones del comité ejecutivo de Cembureau. Association européenne du ciment y en la medida en que considera que la demandante participó con posterioridad al 19 de marzo de 1984 en la infracción imputada. Anular, por lo que respecta a la demandante, el artículo 2, apartado 2, de la Decisión 94/815, en la medida en que declara que la difusión periódica de datos entre Cembureau. Association européenne du ciment y sus miembros tenía por objeto, por lo que refiere a los precios belgas y neerlandeses, los precios mínimos relativos a las entregas de cemento por camión de los productores de estos dos países y, por lo que se refiere a Luxemburgo, los precios, descuentos incluidos, del productor de este país. Anular, por lo que respecta a la demandante, el artículo 5 de la Decisión 94/815. Anular, por lo que respecta a la demandante, el artículo 9 de la Decisión 94/815. Desestimar el recurso en todo lo demás. Cada parte cargará con sus propias costas.</p> <p>5. En el asunto T-31/95, Eerste Nederlandse Cementindustrie (ENCI)/Comisión: Anular, por lo que respecta a la demandante, los artículos 1, 5 y 9 de la Decisión 94/815. Condenar en costas a la Comisión.</p> <p>6. En el asunto T-32/95, Vereniging Nederlandse Cementindustrie (VNC)/Comisión: Anular el artículo 1 de la Decisión 94/815, en la medida en que considera que la demandante participó con posterioridad al 31 de diciembre de 1988 en la infracción imputada. Anular el artículo 2, apartado 1, de la Decisión 94/815, en la medida en que declara que se produjeron acuerdos relativos a intercambios de datos sobre los precios durante las reuniones del comité ejecutivo de Cembureau. Association européenne du ciment</p>

Fecha	Asunto	Pronunciamiento
		<p>y en la medida en que considera que la demandante participó con posterioridad al 19 de marzo de 1984 en la infracción imputada. Anular, por lo que respecta a la demandante, el artículo 2, apartado 2, de la Decisión 94/815, en la medida en que declara que la difusión periódica de datos entre Cembureau. Association européenne du ciment y sus miembros tenía por objeto, por lo que refiere a los precios belgas y neerlandeses, los precios mínimos relativos a las entregas de cemento por camión de los productores de estos dos países y, por lo que se refiere a Luxemburgo, los precios, descuentos incluidos, del productor de este país. Anular, por lo que respecta a la demandante, el artículo 9 de la Decisión 94/815. Desestimar el recurso en todo lo demás. Cada parte cargará con sus propias costas.</p> <p>7. En el asunto T-34/95, Ciments luxembourgeois/Comisión: Anular el artículo 1 de la Decisión 94/815, en la medida en que considera que la demandante participó con posterioridad al 31 de diciembre de 1988 en la infracción imputada. Anular el artículo 2, apartado 1, de la Decisión 94/815, en la medida en que declara que se produjeron acuerdos relativos a intercambios de datos sobre los precios durante las reuniones del comité ejecutivo de Cembureau. Association européenne du ciment y en la medida en que considera que la demandante participó con posterioridad al 19 de marzo de 1984 en la infracción imputada. Anular, por lo que respecta a la demandante, el artículo 2, apartado 2, de la Decisión 94/815, en la medida en que declara que la difusión periódica de datos entre Cembureau. Association européenne du ciment y sus miembros tenía por objeto, por lo que refiere a los precios belgas y neerlandeses, los precios mínimos relativos a las entregas de cemento por camión de los productores de estos dos países y, por lo que se refiere a Luxemburgo, los precios, descuentos incluidos, del productor de este país. Fijar en 617.000 euros el importe de la multa impuesta a la demandante por el artículo 9 de la Decisión 94/815. Desestimar el recurso en todo lo demás. La demandante cargará con sus propias costas y con un tercio de las ocasionadas a la Comisión. La Comisión cargará con dos tercios de sus propias costas.</p> <p>8. En el asunto T-35/95, Dyckerhoff/Comisión: Anular el artículo 1 de la Decisión 94/815, en la medida en que considera que la demandante participó con posterioridad al 7 de noviembre de 1988 en la infracción imputada. Anular el artículo 3, apartado 3, letra a), de la Decisión 94/815, en la medida en que considera que la demandante participó en un acuerdo de reparto del mercado del Sarre y en la medida en que afirma que la demandante participó con posterioridad al 12 de agosto de 1987 en una infracción del artículo 85, apartado 1, del Tratado CE (actualmente art. 81, apartado 1, CE). Anular el artículo 4, apartado 1, de la Decisión 94/815, en la medida en que considera que la demandante participó con posterioridad al 31 de mayo de 1987 en la infracción imputada. Anular el artículo 4, apartado 2, de la Decisión 94/815, en la medida en que considera que la demandante participó con posterioridad al 7 de noviembre de 1988 en la infracción imputada. Anular el artículo 4, apartado 3, letra a), de la Decisión 94/815, en la medida en que considera que la demandante participó con anterioridad al 9 de septiembre de 1986 en la infracción imputada. Anular, por lo que respecta a la demandante, el artículo 5 de la Decisión 94/815. Fijar en 7.055.000 euros el importe de la multa impuesta a la demandante por el artículo 9 de la Decisión 94/815. Desestimar el recurso en todo lo demás. La demandante cargará con sus propias costas y con un tercio de las ocasionadas a la Comisión. La Comisión cargará con dos tercios de sus propias costas.</p> <p>9. En el asunto T-36/95, Syndicat national de l'industrie cimentière (SIFIC)/Comisión: Anular el artículo 1 de la Decisión 94/815, en la medida en que considera que la demandante participó con posterioridad al 31 de diciembre de 1988 en la infracción imputada. Anular el artículo 2, apartado 1, de la Decisión 94/815, en la medida en que declara que se produjeron acuerdos relativos a intercambios de datos sobre los precios durante las reuniones del comité ejecutivo de Cembureau. Association européenne du ciment y en la medida en que considera que la demandante participó con pos-</p>

Fecha	Asunto	Pronunciamiento
		<p>terioridad al 19 de marzo de 1984 en la infracción imputada. Anular, por lo que respecta a la demandante, el artículo 2, apartado 2, de la Decisión 94/815, en la medida en que declara que la difusión periódica de datos entre Cembureau. Association européenne du ciment y sus miembros tenía por objeto, por lo que refiere a los precios belgas y neerlandeses, los precios mínimos relativos a las entregas de cemento por camión de los productores de estos dos países y, por lo que se refiere a Luxemburgo, los precios, descuentos incluidos, del productor de este país. Anular el artículo 3, apartado 3, letra a), de la Decisión 94/815, en la medida en que considera que la demandante participó en un acuerdo de reparto del mercado del Sarre, en una práctica concertada con el Bundesverband der Deutschen Zementindustrie eV antes de 1984 y en una práctica concertada dirigida a ejercer presiones sobre Cedest SA, y en la medida en que afirma que la demandante participó con posterioridad al 12 de agosto de 1987 en una infracción del artículo 85, apartado 1, del Tratado. Anular el artículo 3, apartado 3, letra b), de la Decisión 94/815, en la medida en que declara la existencia de una práctica concertada entre la demandante y el Bundesverband der Deutschen Zementindustrie eV dirigida a controlar el destino por Estado Federado de las exportaciones francesas a Alemania y en la medida en que afirma que la demandante participó con posterioridad al 12 de agosto de 1987 en una infracción del artículo 85, apartado 1, del Tratado. Anular el artículo 4, apartado 1, de la Decisión 94/815, en la medida en que considera que la demandante participó con posterioridad al 31 de mayo de 1987 en la infracción imputada. Anular el artículo 4, apartado 2, de la Decisión 94/815, en la medida en que considera que la demandante participó con posterioridad al 7 de noviembre de 1988 en la infracción imputada. Anular, por lo que respecta a la demandante, el artículo 5 de la Decisión 94/815. Anular, por lo que respecta a la demandante, el artículo 9 de la Decisión 94/815. Desestimar el recurso en todo lo demás. Cada parte cargará con sus propias costas.</p> <p>10. En el asunto T-37/95, Vicat/Comisión: Anular el artículo 1 de la Decisión 94/815, en la medida en que considera que la demandante participó con anterioridad al 11 de mayo de 1983 y con posterioridad al 23 de abril de 1986 en la infracción imputada. Anular el artículo 3, apartado 1, letra c), de la Decisión 94/815, en la medida en que considera que la demandante participó con posterioridad al 23 de abril de 1986 en la infracción imputada. Fijar en 2.407.000 euros el importe de la multa impuesta a la demandante por el artículo 9 de la Decisión 94/815. Desestimar el recurso en todo lo demás. La demandante cargará con sus propias costas y con un tercio de las ocasionadas a la Comisión. La Comisión cargará con dos tercios de sus propias costas.</p> <p>11. En el asunto T-38/95, Groupe Origny/Comisión: Anular, por lo que respecta a la demandante, los artículos 1, 3, apartado 3, letra a), y 9 de la Decisión 94/815. Condenar en costas a la Comisión.</p> <p>12. En el asunto T-39/95, Ciments français/Comisión: Anular el artículo 1 de la Decisión 94/815, en la medida en que considera que la demandante participó con posterioridad al 17 de febrero de 1989 en la infracción imputada y en la medida en que afirma que la demandante aplicó el acuerdo Cembureau. Association européenne du ciment participando en la infracción contemplada en el artículo 3, apartado 1, letra b). Anular el artículo 3, apartado 3, letra a), de la Decisión 94/815, en la medida en que considera que la demandante participó en un acuerdo de reparto del mercado del Sarre y en la medida en que afirma que la demandante participó con posterioridad al 12 de agosto de 1987 en una infracción del artículo 85, apartado 1, del Tratado. Anular el artículo 4, apartado 1, de la Decisión 94/815, en la medida en que considera que la demandante participó con posterioridad al 31 de mayo de 1987 en la infracción imputada. Anular el artículo 4, apartado 2, de la Decisión 94/815, en la medida en que considera que la demandante participó con posterioridad al 7 de noviembre de 1988 en la infracción imputada. Anular, por lo que respecta a la demandante, el artículo 4, apartado 3, letra a), de la Decisión 94/815.</p>

Fecha	Asunto	Pronunciamiento
		<p>Anular el artículo 6 de la Decisión 94/815, en la medida en que considera que la demandante participó con anterioridad al 18 de noviembre de 1983 en la infracción imputada. Fijar en 12.519.000 euros el importe de la multa impuesta a la demandante por el artículo 9 de la Decisión 94/815. Fijar en 1.051.000 euros el importe de la multa impuesta a la demandante por el artículo 10 de la Decisión 94/815. Desestimar el recurso en todo lo demás. La demandante cargará con sus propias costas y con un tercio de las ocasionadas a la Comisión. La Comisión cargará con dos tercios de sus propias costas.</p>
		<p>13. En el asunto T-42/95, Heidelberger Zement/Comisión: Anular el artículo 1 de la Decisión 94/815, en la medida en que considera que la demandante participó con posterioridad al 12 de agosto de 1987 en la infracción imputada. Anular el artículo 3, apartado 3, letra a), de la Decisión 94/815, en la medida en que considera que la demandante participó en un acuerdo de reparto del mercado del Sarre y en la medida en que afirma que la demandante participó con anterioridad al 17 de noviembre de 1982 y con posterioridad al 12 de agosto de 1987 en una infracción del artículo 85, apartado 1, del Tratado. Anular el artículo 4, apartado 1, de la Decisión 94/815, en la medida en que considera que la demandante participó con posterioridad al 31 de mayo de 1987 en la infracción imputada. Anular, por lo que respecta a la demandante, el artículo 4, apartados 2 y 3, letra a), de la Decisión 94/815. Fijar en 7.056.000 euros el importe de la multa impuesta a la demandante por el artículo 9 de la Decisión 94/815. Desestimar el recurso en todo lo demás. La demandante cargará con sus propias costas y con un tercio de las ocasionadas a la Comisión. La Comisión cargará con dos tercios de sus propias costas.</p>
		<p>14. En el asunto T-43/95, Lafarge Coppée/Comisión: Anular el artículo 1 de la Decisión 94/815, en la medida en que considera que la demandante participó con posterioridad al 19 de mayo de 1989 en la infracción imputada. Anular el artículo 3, apartado 1, letra a), de la Decisión 94/815 en la medida en que afirma la participación de la demandante en una práctica concertada con Fratelli Buzzi SpA consistente en la limitación de su autonomía de comportamiento en lo referente a las fuentes de producción. Anular el artículo 3, apartado 3, letra a), de la Decisión 94/815, en la medida en que considera que la demandante participó en un acuerdo de reparto del mercado del Sarre y en la medida en que afirma que la demandante participó con posterioridad al 12 de agosto de 1987 en una infracción del artículo 85, apartado 1, del Tratado. Anular el artículo 4, apartado 1, de la Decisión 94/815, en la medida en que considera que la demandante participó con posterioridad al 31 de mayo de 1987 en la infracción imputada. Anular el artículo 4, apartado 2, de la Decisión 94/815, en la medida en que considera que la demandante participó con posterioridad al 7 de noviembre de 1988 en la infracción imputada. Anular, por lo que respecta a la demandante, el artículo 4, apartado 4, letras e) y f), de la Decisión 94/815. Anular el artículo 6 de la Decisión 94/815, en la medida en que considera que la demandante participó con anterioridad al 18 de noviembre de 1983 en la infracción imputada. Fijar en 14.248.000 euros el importe de la multa impuesta a la demandante por el artículo 9 de la Decisión 94/815. Desestimar el recurso en todo lo demás. La demandante cargará con sus propias costas y con un tercio de las ocasionadas a la Comisión. La Comisión cargará con dos tercios de sus propias costas.</p>
		<p>15. En el asunto T-44/95, Aalborg Portland/Comisión: Anular el artículo 1 de la Decisión 94/815, en la medida en que considera que la demandante participó con posterioridad al 31 de diciembre de 1988 en la infracción imputada. Anular el artículo 2, apartado 1, de la Decisión 94/815, en la medida en que declara que se produjeron acuerdos relativos a intercambios de datos sobre los precios durante las reuniones del comité ejecutivo de Cembureau. Association européenne du ciment y en la medida en que considera que la demandante participó con posterioridad al 19 de marzo de 1984 en la infracción imputada. Anular, por lo que respecta</p>

Fecha	Asunto	Pronunciamiento
		<p>a la demandante, el artículo 2, apartado 2, de la Decisión 94/815, en la medida en que declara que la difusión periódica de datos entre Cembureau. Association européenne du ciment y sus miembros tenía por objeto, por lo que refiere a los precios belgas y neerlandeses, los precios mínimos relativos a las entregas de cemento por camión de los productores de estos dos países y, por lo que se refiere a Luxemburgo, los precios, descuentos incluidos, del productor de este país. Anular el artículo 4, apartado 1, de la Decisión 94/815, en la medida en que considera que la demandante participó con anterioridad al 9 de septiembre de 1986 y con posterioridad al 31 de mayo de 1987 en la infracción imputada. Anular el artículo 4, apartado 3, letra a), de la Decisión 94/815, en la medida en que considera que la demandante participó con anterioridad al 9 de septiembre de 1986 en la infracción imputada. Anular, por lo que respecta a la demandante, el artículo 5 de la Decisión 94/815. Fijar en 2.349.000 euros el importe de la multa impuesta a la demandante por el artículo 9 de la Decisión 94/815. Desestimar el recurso en todo lo demás. La demandante cargará con sus propias costas y con un tercio de las ocasionadas a la Comisión. La Comisión cargará con dos tercios de sus propias costas.</p> <p>16. En el asunto T-45/95, Alsen/Comisión: Anular, por lo que respecta a la demandante, los artículos 1, 5 y 9 de la Decisión 94/815. Condenar en costas a la Comisión.</p> <p>17. En el asunto T-46/95, Alsen/Comisión: Anular, por lo que respecta a la demandante, los artículos 1, 5 y 9 de la Decisión 94/815. Condenar en costas a la Comisión.</p> <p>18. En el asunto T-48/95, Bundesverband der Deutschen Zementindustrie/Comisión: Anular el artículo 1 de la Decisión 94/815, en la medida en que considera que la demandante participó con posterioridad al 31 de diciembre de 1988 en la infracción imputada. Anular el artículo 2, apartado 1, de la Decisión 94/815, en la medida en que declara que se produjeron acuerdos relativos a intercambios de datos sobre los precios durante las reuniones del comité ejecutivo de Cembureau. Association européenne du ciment y en la medida en que considera que la demandante participó con posterioridad al 19 de marzo de 1984 en la infracción imputada. Anular, por lo que respecta a la demandante, el artículo 2, apartado 2, de la Decisión 94/815, en la medida en que declara que la difusión periódica de datos entre Cembureau. Association européenne du ciment y sus miembros tenía por objeto, por lo que refiere a los precios belgas y neerlandeses, los precios mínimos relativos a las entregas de cemento por camión de los productores de estos dos países y, por lo que se refiere a Luxemburgo, los precios, descuentos incluidos, del productor de este país. Anular el artículo 3, apartado 3, letra a), de la Decisión 94/815, en la medida en que considera que la demandante participó en un acuerdo de reparto del mercado del Sarre y en una práctica concertada con el Syndicat national de l'industrie cimentière (SNC) con anterioridad a 1984 y en la medida en que afirma que la demandante participó con posterioridad al 12 de agosto de 1987 en una infracción del artículo 85, apartado 1, del Tratado. Anular el artículo 3, apartado 3, letra b), de la Decisión 94/815, en la medida en que afirma la existencia de una práctica concertada entre la demandante y el Syndicat national de l'industrie cimentière (SNC) dirigida a controlar el destino por Estado Federado de las exportaciones francesas a Alemania y en la medida en que afirma la participación de la demandante, con posterioridad al 12 de agosto de 1987 en una infracción del artículo 85, apartado 1, del Tratado. Anular el artículo 4, apartado 1, de la Decisión 94/815, en la medida en que considera que la demandante participó con anterioridad al 9 de junio de 1986 y con posterioridad al 31 de mayo de 1987 en la infracción imputada. Anular el artículo 4, apartado 2, de la Decisión 94/815, en la medida en que considera que la demandante participó con posterioridad al 7 de noviembre de 1988 en la infracción imputada. Anular el artículo 4, apartado 3, letra a), de la Decisión 94/815, en la medida en que considera que la demandante participó con</p>

Fecha	Asunto	Pronunciamiento
		<p>anterioridad al 9 de septiembre de 1986 en la infracción imputada. Anular, por lo que respecta a la demandante, el artículo 9 de la Decisión 94/815. Desestimar el recurso en todo lo demás. Cada parte cargará con sus propias costas.</p>
		<p>19. En el asunto T-50/95, Unicem/Comisión: Anular el artículo 1 de la Decisión 94/815, en la medida en que considera que la demandante participó con anterioridad al 9 de septiembre de 1986 y con posterioridad al 3 de abril de 1992 en la infracción imputada. Anular, por lo que respecta a la demandante, el artículo 2, apartado 1, de la Decisión 94/815. Anular, por lo que respecta a la demandante, el artículo 2, apartado 2, de la Decisión 94/815, en la medida en que, por un lado, declara que la difusión periódica de datos entre Cembureau, Association européenne du ciment y sus miembros tenía por objeto, por lo que refiere a los precios belgas y neerlandeses, los precios mínimos relativos a las entregas de cemento por camión de los productores de estos dos países y, por lo que se refiere a Luxemburgo, los precios, descuentos incluidos, del productor de este país, y en la medida en que, por otro lado, considera que la demandante participó con anterioridad al 9 de septiembre de 1986 en la infracción imputada. Anular el artículo 4, apartado 1, de la Decisión 94/815, en la medida en que considera que la demandante participó con anterioridad al 9 de septiembre de 1986 y con posterioridad al 31 de mayo de 1987 en la infracción imputada. Anular, por lo que respecta a la demandante, el artículo 4, apartado 2, de la Decisión 94/815. Anular el artículo 4, apartado 3, letra a), de la Decisión 94/815, en la medida en que considera que la demandante participó con anterioridad al 9 de septiembre de 1986 en la infracción imputada. Anular, por lo que respecta a la demandante, el artículo 5 de la Decisión 94/815. Fijar en 6.399.000 euros el importe de la multa impuesta a la demandante por el artículo 9 de la Decisión 94/815. Desestimar el recurso en todo lo demás. La demandante cargará con sus propias costas y con un tercio de las ocasionadas a la Comisión. La Comisión cargará con dos tercios de sus propias costas.</p>
		<p>20. En el asunto T-51/95, Fratelli Buzzi/Comisión: Anular, por lo que respecta a la demandante, el artículo 1 de la Decisión 94/815. Anular el artículo 3, apartado 1, letra a), de la Decisión 94/815 en la medida en que afirma la participación de la demandante en una práctica concertada con Lafarge Coppée SA consistente en la limitación de su autonomía de comportamiento en lo referente a las fuentes de producción. Anular el artículo 3, apartado 1, letra c), de la Decisión 94/815, en la medida en que considera que la demandante participó con posterioridad al 23 de abril de 1986 en la infracción imputada. Anular, por lo que respecta a la demandante, el artículo 9 de la Decisión 94/815. Desestimar el recurso en todo lo demás. La demandante cargará con un tercio de sus propias costas. La Comisión cargará con sus propias costas y con dos tercios de las ocasionadas a la demandante.</p>
		<p>21. En el asunto T-52/95, Compañía Valenciana de Cementos Portland/Comisión: Anular el artículo 1 de la Decisión 94/815, en la medida en que considera que la demandante participó con posterioridad al 13 de mayo de 1987 en la infracción imputada. Anular el artículo 6 de la Decisión 94/815, en la medida en que considera que la demandante participó con posterioridad al 13 de mayo de 1987 en la infracción imputada. Fijar en 250.000 euros el importe de la multa impuesta a la demandante por el artículo 9 de la Decisión 94/815. Fijar en 388.000 euros el importe de la multa impuesta a la demandante por el artículo 10 de la Decisión 94/815. Desestimar el recurso en todo lo demás. La demandante cargará con sus propias costas y con un tercio de las ocasionadas a la Comisión. La Comisión cargará con dos tercios de sus propias costas.</p>
		<p>22. En el asunto T-53/95, The Rugby Group/Comisión: Anular, por lo que respecta a la demandante, los artículos 1, 4, apartado 4, letra a), y 9 de la Decisión 94/815. Condenar en costas a la Comisión.</p>

Fecha	Asunto	Pronunciamiento
		<p>23. En el asunto T-54/95, British Cement Association/Comisión: Anular el artículo 1 de la Decisión 94/815, en la medida en que considera que la demandante participó con posterioridad al 31 de diciembre de 1988 en la infracción imputada. Anular el artículo 2, apartado 1, de la Decisión 94/815, en la medida en que declara que se produjeron acuerdos relativos a intercambios de datos sobre los precios durante las reuniones del comité ejecutivo de Cembureau. Association européenne du ciment y en la medida en que considera que la demandante participó con posterioridad al 19 de marzo de 1984 en la infracción imputada. Anular, por lo que respecta a la demandante, el artículo 2, apartado 2, de la Decisión 94/815, en la medida en que declara que la difusión periódica de datos entre Cembureau. Association européenne du ciment y sus miembros tenía por objeto, por lo que refiere a los precios belgas y neerlandeses, los precios mínimos relativos a las entregas de cemento por camión de los productores de estos dos países y, por lo que se refiere a Luxemburgo, los precios, descuentos incluidos, del productor de este país. Anular, por lo que respecta a la demandante, el artículo 9 de la Decisión 94/815. Desestimar el recurso en todo lo demás. La demandante cargará con sus propias costas y con un cuarto de las ocasionadas a la Comisión. La Comisión cargará con tres cuartos de sus propias costas.</p> <p>24. En el asunto T-55/95, Asland/Comisión: Anular el artículo 1 de la Decisión 94/815, en la medida en que considera que la demandante participó con anterioridad al 28 de mayo de 1986 y con posterioridad al 31 de mayo de 1987 en la infracción imputada. Anular el artículo 4, apartado 1, de la Decisión 94/815, en la medida en que considera que la demandante participó con posterioridad al 31 de mayo de 1987 en la infracción imputada. Anular, por lo que respecta a la demandante, el artículo 4, apartados 2 y 3, letra a), de la Decisión 94/815. Fijar en 740.000 euros el importe de la multa impuesta a la demandante por el artículo 9 de la Decisión 94/815. Desestimar el recurso en todo lo demás. La demandante cargará con sus propias costas y con un cuarto de las ocasionadas a la Comisión. La Comisión cargará con tres cuartos de sus propias costas.</p> <p>25. En el asunto T-56/95, Castle Cement/Comisión: Anular, por lo que respecta a la demandante, los artículos 1, 4, apartado 4, letra a), 5 y 9 de la Decisión 94/815. Condenar en costas a la Comisión.</p> <p>26. En el asunto T-57/95, Heracles General Cement Company/Comisión: Anular, por lo que respecta a la demandante, los artículos 1, 4, apartado 4, letras d), f) y g), 6 y 9 de la Decisión 94/815. Condenar en costas a la Comisión.</p> <p>27. En el asunto T-58/95, Corporación Uniland/Comisión: Anular el artículo 1 de la Decisión 94/815, en la medida en que considera que la demandante participó con anterioridad al 9 de septiembre de 1986 y con posterioridad al 7 de noviembre de 1988 en la infracción imputada. Anular el artículo 4, apartado 1, de la Decisión 94/815, en la medida en que considera que la demandante participó con anterioridad al 9 de septiembre de 1986 y con posterioridad al 31 de mayo de 1987 en la infracción imputada. Anular el artículo 4, apartado 2, de la Decisión 94/815, en la medida en que considera que la demandante participó con anterioridad al 9 de septiembre de 1986 y con posterioridad al 7 de noviembre de 1988 en la infracción imputada. Anular el artículo 4, apartado 3, letra a), de la Decisión 94/815, en la medida en que considera que la demandante participó con anterioridad al 9 de septiembre de 1986 en la infracción imputada. Fijar en 592.000 euros el importe de la multa impuesta a la demandante por el artículo 9 de la Decisión 94/815. Desestimar el recurso en todo lo demás. La demandante cargará con sus propias costas y con un tercio de las ocasionadas a la Comisión. La Comisión cargará con dos tercios de sus propias costas.</p>

Fecha	Asunto	Pronunciamiento
		<p>28. En el asunto T-59/95, Agrupación de Fabricantes de Cemento de España (Oficemen)/Comisión: Anular el artículo 1 de la Decisión 94/815, en la medida en que considera que la demandante participó con posterioridad al 24 de abril de 1989 en la infracción imputada. Anular, por lo que respecta a la demandante, el artículo 2, apartado 1, de la Decisión 94/815. Anular, por lo que respecta a la demandante, el artículo 2, apartado 2, de la Decisión 94/815, en la medida en que declara que la difusión periódica de datos entre Cembureau. Association européenne du ciment y sus miembros tenía por objeto, por lo que refiere a los precios belgas y neerlandeses, los precios mínimos relativos a las entregas de cemento por camión de los productores de estos dos países y, por lo que se refiere a Luxemburgo, los precios, descuentos incluidos, del productor de este país. Anular el artículo 4, apartado 1, de la Decisión 94/815, en la medida en que considera que la demandante participó con anterioridad al 9 de junio de 1986 y con posterioridad al 31 de mayo de 1987 en la infracción imputada. Anular el artículo 4, apartado 2, de la Decisión 94/815, en la medida en que considera que la demandante participó con posterioridad al 7 de noviembre de 1988 en la infracción imputada. Anular el artículo 4, apartado 3, letra a), de la Decisión 94/815, en la medida en que considera que la demandante participó con anterioridad al 9 de septiembre de 1986 en la infracción imputada. Anular, por lo que respecta a la demandante, el artículo 5 de la Decisión 94/815. Anular, por lo que respecta a la demandante, el artículo 9 de la Decisión 94/815. Desestimar el recurso en todo lo demás. Cada parte cargará con sus propias costas.</p> <p>29. En el asunto T-60/95, Irish Cement/Comisión: Anular el artículo 1 de la Decisión 94/815, en la medida en que considera que la demandante participó con posterioridad al 31 de diciembre de 1988 en la infracción imputada. Anular el artículo 2, apartado 1, de la Decisión 94/815, en la medida en que declara que se produjeron acuerdos relativos a ejecutivos de datos sobre los precios durante las reuniones del comité ejecutivo de Cembureau. Association européenne du ciment y en la medida en que considera que la demandante participó con posterioridad al 19 de marzo de 1984 en la infracción imputada. Anular, por lo que respecta a la demandante, el artículo 2, apartado 2, de la Decisión 94/815, en la medida en que declara que la difusión periódica de datos entre Cembureau. Association européenne du ciment y sus miembros tenía por objeto, por lo que se refiere a los precios belgas y neerlandeses, los precios mínimos relativos a las entregas de cemento por camión de los productores de estos dos países y, por lo que se refiere a Luxemburgo, los precios, descuentos incluidos, del productor de este país. Anular el artículo 4, apartado 1, de la Decisión 94/815, en la medida en que considera que la demandante participó con anterioridad al 9 de septiembre de 1986 y con posterioridad al 31 de mayo de 1987 en la infracción imputada. Anular el artículo 4, apartado 3, letra a), de la Decisión 94/815, en la medida en que considera que la demandante participó con anterioridad al 9 de septiembre de 1986 en la infracción imputada. Anular, por lo que respecta a la demandante, el artículo 5 de la Decisión 94/815. Fijar en 2.065.000 euros el importe de la multa impuesta a la demandante por el artículo 9 de la Decisión 94/815. Desestimar el recurso en todo lo demás. La demandante cargará con sus propias costas y con un tercio de las ocasionadas a la Comisión. La Comisión cargará con dos tercios de sus propias costas.</p> <p>30. En el asunto T-61/95, Cimpor. Cimentos de Portugal/Comisión: Anular el artículo 1 de la Decisión 94/815, en la medida en que considera que la demandante participó con posterioridad al 24 de abril de 1989 en la infracción imputada. Fijar en 4.312.000 euros el importe de la multa impuesta a la demandante por el artículo 9 de la Decisión 94/815. Desestimar el recurso en todo lo demás. La demandante cargará con sus propias costas y con un tercio de las ocasionadas a la Comisión. La Comisión cargará con dos tercios de sus propias costas.</p>

Fecha	Asunto	Pronunciamiento
		<p>31. En el asunto T-62/95, Secil. Companhia Geral de Cal e Cimento/Comisión: Anular el artículo 1 de la Decisión 94/815, en la medida en que considera que la demandante participó con posterioridad al 24 de abril de 1989 en la infracción imputada. Fijar en 1.395.000 euros el importe de la multa impuesta a la demandante por el artículo 9 de la Decisión 94/815. Desestimar el recurso en todo lo demás. La demandante cargará con sus propias costas y con un tercio de las ocasionadas a la Comisión. La Comisión cargará con dos tercios de sus propias costas.</p> <p>32. En el asunto T-63/95, Associação Técnica da Indústria de Cimento (ATIC)/Comisión: Anular el artículo 1 de la Decisión 94/815, en la medida en que considera que la demandante participó con posterioridad al 31 de diciembre de 1988 en la infracción imputada. Anular, por lo que respecta a la demandante, el artículo 2, apartado 1, de la Decisión 94/815. Anular, por lo que respecta a la demandante, el artículo 2, apartado 2, de la Decisión 94/815, en la medida en que declara que la difusión periódica de datos entre Cembureau. Association européenne du ciment y sus miembros tenía por objeto, por lo que refiere a los precios belgas y neerlandeses, los precios mínimos relativos a las entregas de cemento por camión de los productores de estos dos países y, por lo que se refiere a Luxemburgo, los precios, descuentos incluidos, del productor de este país. Anular, por lo que respecta a la demandante, el artículo 5 de la Decisión 94/815. Anular, por lo que respecta a la demandante, el artículo 9 de la Decisión 94/815. Desestimar el recurso en todo lo demás. Cada parte cargará con sus propias costas.</p> <p>33. En el asunto T-64/95, Titan Cement Company/Comisión: Anular, por lo que respecta a la demandante, los artículos 1, 4, apartado 4, letras b), c), e), g) y h), 6 y 9 de la Decisión 94/815. Condenar en costas a la Comisión.</p> <p>34. En el asunto T-65/95, Italcementi. Fabbriche Riunite Cemento/Comisión: Anular el artículo 1 de la Decisión 94/815, en la medida en que considera que la demandante participó con anterioridad al 19 de marzo de 1984 y con posterioridad al 3 de abril de 1992 en la infracción imputada. Anular el artículo 2, apartado 1, de la Decisión 94/815, en la medida en que declara que se produjeron acuerdos relativos a intercambios de datos sobre los precios durante las reuniones del comité ejecutivo de Cembureau. Association européenne du ciment y en la medida en que considera que la demandante participó con anterioridad al 19 de marzo de 1984 y con posterioridad a esa fecha en la infracción imputada. Anular, por lo que respecta a la demandante, el artículo 2, apartado 2, de la Decisión 94/815, en la medida en que, por un lado, declara que la difusión periódica de datos entre Cembureau. Association européenne du ciment y sus miembros tenía por objeto, por lo que se refiere a los precios belgas y neerlandeses, los precios mínimos relativos a las entregas de cemento por camión de los productores de estos dos países y, por lo que se refiere a Luxemburgo, los precios, descuentos incluidos, del productor de este país, y en la medida en que, por otro lado, considera que la demandante participó con anterioridad al 19 de marzo de 1984 en la infracción imputada. Anular el artículo 4, apartado 1, de la Decisión 94/815, en la medida en que considera que la demandante participó con posterioridad al 31 de mayo de 1987 en la infracción imputada. Anular el artículo 4, apartado 2, de la Decisión 94/815, en la medida en que considera que la demandante participó con posterioridad al 7 de noviembre de 1988 en la infracción imputada. Anular, por lo que respecta a la demandante, el artículo 5 de la Decisión 94/815. Fijar en 25.701.000 euros el importe de la multa impuesta a la demandante por el artículo 9 de la Decisión 94/815. Desestimar el recurso en todo lo demás. La demandante cargará con sus propias costas y con un tercio de las ocasionadas a la Comisión. La Comisión cargará con dos tercios de sus propias costas.</p>

Fecha	Asunto	Pronunciamiento
		<p>35. En el asunto T-68/95, Holderbank Financière Glarus/Comisión: Anular el artículo 1 de la Decisión 94/815, en la medida en que considera que la demandante participó con posterioridad al 7 de noviembre de 1988 en la infracción imputada. Anular el artículo 4, apartado 1, de la Decisión 94/815, en la medida en que considera que la demandante participó con posterioridad al 31 de mayo de 1987 en la infracción imputada. Anular el artículo 4, apartado 2, de la Decisión 94/815, en la medida en que considera que la demandante participó con posterioridad al 7 de noviembre de 1988 en la infracción imputada. Anular, por lo que respecta a la demandante, el artículo 4, apartado 4, letras c) y d), de la Decisión 94/815. Fijar en 1.918.000 euros el importe de la multa impuesta a la demandante por el artículo 9 de la Decisión 94/815. Desestimar el recurso en todo lo demás. La demandante cargará con sus propias costas y con un tercio de las ocasionadas a la Comisión. La Comisión cargará con dos tercios de sus propias costas.</p> <p>36. En el asunto T-69/95, Hornos Ibéricos Alba (Hisalba)/Comisión: Anular el artículo 1 de la Decisión 94/815, en la medida en que considera que la demandante participó con posterioridad al 19 de mayo de 1989 en la infracción imputada. Fijar en 836.000 euros el importe de la multa impuesta a la demandante por el artículo 9 de la Decisión 94/815. Desestimar el recurso en todo lo demás. La demandante cargará con sus propias costas y con un tercio de las ocasionadas a la Comisión. La Comisión cargará con dos tercios de sus propias costas.</p> <p>37. En el asunto T-70/95, Aker RGI ASA/Comisión: Anular el artículo 1 de la Decisión 94/815, en la medida en que considera que la demandante participó con posterioridad al 7 de noviembre de 1988 en la infracción imputada. Anular el artículo 4, apartado 1, de la Decisión 94/815, en la medida en que considera que la demandante participó con anterioridad al 9 de junio de 1986 y con posterioridad al 31 de mayo de 1987 en la infracción imputada. Anular el artículo 4, apartado 2, de la Decisión 94/815, en la medida en que considera que la demandante participó con posterioridad al 7 de noviembre de 1988 en la infracción imputada. Anular el artículo 4, apartado 3, letra a), de la Decisión 94/815, en la medida en que considera que la demandante participó con anterioridad al 9 de septiembre de 1986 en la infracción imputada. Anular, por lo que respecta a la demandante, el artículo 4, apartado 4, letra h), de la Decisión 94/815. Fijar en 14.000 euros el importe de la multa impuesta a la demandante por el artículo 9 de la Decisión 94/815. Desestimar el recurso en todo lo demás. La demandante cargará con sus propias costas y con un tercio de las ocasionadas a la Comisión. La Comisión cargará con dos tercios de sus propias costas.</p> <p>38. En el asunto T-71/95, Scancem (publ)/Comisión: Anular el artículo 1 de la Decisión 94/815, en la medida en que considera que la demandante participó con posterioridad al 7 de noviembre de 1988 en la infracción imputada. Anular el artículo 4, apartado 1, de la Decisión 94/815, en la medida en que considera que la demandante participó con anterioridad al 9 de junio de 1986 y con posterioridad al 31 de mayo de 1987 en la infracción imputada. Anular el artículo 4, apartado 2, de la Decisión 94/815, en la medida en que considera que la demandante participó con posterioridad al 7 de noviembre de 1988 en la infracción imputada. Anular el artículo 4, apartado 3, letra a), de la Decisión 94/815, en la medida en que considera que la demandante participó con anterioridad al 9 de septiembre de 1986 en la infracción imputada. Anular, por lo que respecta a la demandante, el artículo 4, apartado 4, letra h), de la Decisión 94/815. Fijar en 14.000 euros el importe de la multa impuesta a la demandante por el artículo 9 de la Decisión 94/815. Desestimar el recurso en todo lo demás. La demandante cargará con sus propias costas y con un tercio de las ocasionadas a la Comisión. La Comisión cargará con dos tercios de sus propias costas.</p>

Fecha	Asunto	Pronunciamiento
		<p>39. En el asunto T-87/95, Cementir. Cementeerie del Tirreno/Comisión: Anular el artículo 1 de la Decisión 94/815, en la medida en que considera que la demandante participó con posterioridad al 3 de abril de 1992 en la infracción imputada. Anular el artículo 2, apartado 1, de la Decisión 94/815, en la medida en que declara que se produjeron acuerdos relativos a intercambios de datos sobre los precios durante las reuniones del comité ejecutivo de Cembureau. Association européenne du ciment y en la medida en que considera que la demandante participó con posterioridad al 14 de enero de 1983 en la infracción imputada. Anular, por lo que respecta a la demandante, el artículo 2, apartado 2, de la Decisión 94/815, en la medida en que declara que la difusión periódica de datos entre Cembureau. Association européenne du ciment y sus miembros tenía por objeto, por lo que refiere a los precios belgas y neerlandeses, los precios mínimos relativos a las entregas de cemento por camión de los productores de estos dos países y, por lo que se refiere a Luxemburgo, los precios, descuentos incluidos, del productor de este país. Anular, por lo que respecta a la demandante, el artículo 4, apartados 1 y 2, de la Decisión 94/815. Anular el artículo 4, apartado 3, letra a), de la Decisión 94/815, en la medida en que considera que la demandante participó con anterioridad al 9 de septiembre de 1986 en la infracción imputada. Anular, por lo que respecta a la demandante, el artículo 5 de la Decisión 94/815. Fijar en 7.471.000 euros el importe de la multa impuesta a la demandante por el artículo 9 de la Decisión 94/815. Desestimar el recurso en todo lo demás. La demandante cargará con sus propias costas y con un tercio de las ocasionadas a la Comisión. La Comisión cargará con dos tercios de sus propias costas.</p> <p>40. En el asunto T-88/95, Blue Circle Industries/Comisión: Anular el artículo 1 de la Decisión 94/815, en la medida en que considera que la demandante participó con anterioridad al 18 de noviembre de 1983 y con posterioridad al 7 de noviembre de 1988 en la infracción imputada. Anular el artículo 4, apartado 1, de la Decisión 94/815, en la medida en que considera que la demandante participó con posterioridad al 31 de mayo de 1987 en la infracción imputada. Anular el artículo 4, apartado 2, de la Decisión 94/815, en la medida en que considera que la demandante participó con posterioridad al 7 de noviembre de 1988 en la infracción imputada. Anular, por lo que respecta a la demandante, el artículo 4, apartado 4, letras a) y b), de la Decisión 94/815. Anular el artículo 6 de la Decisión 94/815, en la medida en que considera que la demandante participó con anterioridad al 18 de noviembre de 1983 en la infracción imputada. Fijar en 7.717.000 euros el importe de la multa impuesta a la demandante por el artículo 9 de la Decisión 94/815. Desestimar el recurso en todo lo demás. La demandante cargará con sus propias costas y con un tercio de las ocasionadas a la Comisión. La Comisión cargará con dos tercios de sus propias costas.</p> <p>41. En el asunto T-103/95, Enosi Tsimentoviomichanion Ellados/Comisión: Anular el artículo 1 de la Decisión 94/815, en la medida en que considera que la demandante participó con posterioridad al 31 de diciembre de 1988 en la infracción imputada. Anular el artículo 2, apartado 1, de la Decisión 94/815, en la medida en que declara que se produjeron acuerdos relativos a intercambios de datos sobre los precios durante las reuniones del comité ejecutivo de Cembureau. Association européenne du ciment y en la medida en que considera que la demandante participó con posterioridad al 19 de marzo de 1984 en la infracción imputada. Anular, por lo que respecta a la demandante, el artículo 2, apartado 2, de la Decisión 94/815, en la medida en que declara que la difusión periódica de datos entre Cembureau. Association européenne du ciment y sus miembros tenía por objeto, por lo que refiere a los precios belgas y neerlandeses, los precios mínimos relativos a las entregas de cemento por camión de los productores de estos dos países y, por lo que se refiere a Luxemburgo, los precios, descuentos incluidos, del productor de este país. Anular, por lo que respecta a la demandante, el artículo 5 de la Decisión 94/815. Anular, por lo que respecta a la demandante, el artículo 9 de la Decisión 94/815. Desestimar el recurso en todo lo demás. Cada parte cargará con sus propias costas.</p>

Fecha	Asunto	Pronunciamiento
		42. En el asunto T-104/95, Tsimenta Chalkidos/Comisión: Anular el artículo 1 de la Decisión 94/815, en la medida en que considera que la demandante participó con anterioridad al 18 de noviembre de 1983 y con posterioridad al 1 de septiembre de 1986 en la infracción imputada. Anular el artículo 6 de la Decisión 94/815, en la medida en que considera que la demandante participó con anterioridad al 18 de noviembre de 1983 y con posterioridad al 1 de septiembre de 1986 en la infracción imputada. Fijar en 510.000 euros el importe de la multa impuesta a la demandante por el artículo 9 de la Decisión 94/815. Desestimar el recurso en todo lo demás. La demandante cargará con sus propias costas y con la mitad de las ocasionadas a la Comisión. La Comisión cargará con la mitad de sus propias costas.
30-03-00	T-513/93	Desestimar el recurso.
30-03-00	T-65/96	Desestimar el recurso.
14-04-00	T-144/99 R	Desestimar la demanda de medidas provisionales.
25-05-00	T-77/95	Anular la decisión SG (94) D/19144 de la Comisión, de 30 de diciembre de 1994, por la que se desestima la denuncia del <i>Syndicat français de l'express international</i> de 21 de diciembre de 1990.
28-06-00	T-198/98 T-212/98 T-213/98 T-214/98	Desestimar el recurso.
06-07-00	T-62/98	<ol style="list-style-type: none"> 1. Anular la Decisión 98/273/CE de la Comisión, de 28 de enero de 1998, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 85 del Tratado CE (Caso IV/35.733-vw) en la medida en que declara a) que un sistema de margen fraccionado y la resolución de determinados contratos de concesión como sanción constituían medidas adoptadas para obstaculizar las reexportaciones de vehículos de las marcas Volkswagen y Audi desde Italia por consumidores finales y concesionarios de dichas marcas de otros Estados miembros; b) que la infracción no había terminado por completo en el período comprendido entre el 1 de octubre de 1996 y la adopción de la Decisión. 2. Se reduce a 90.000.000 EUR el importe de la multa impuesta a la demandante en el artículo 3 de la Decisión impugnada. 3. Se desestima el recurso en todo lo demás.
12-07-00	T-45/00	Declarar la inadmisibilidad del recurso.
19-10-00	T-58/00	Declarar la inadmisibilidad del recurso.
26-10-00	T-41/96	Anular la Decisión 96/478/CE de la Comisión, de 10 de enero de 1996, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 85 del Tratado CE (IV/34.279/F3-Adalat).
26-10-00	T-154/98	<ol style="list-style-type: none"> 1. Declarar la inadmisibilidad de la pretensión por la que se pide al Tribunal de Primera Instancia que haga constar que las partes demandantes se reservan el derecho a interponer un recurso de indemnización contra la Comisión. 2. Desestimar el recurso por infundado en todo lo demás.
30-11-00	T-5/97	Desestimar el recurso.
12-12-00	T-128/98	Desestimar el recurso.
14-12-00	T-5/00 R	<ol style="list-style-type: none"> 1. CEF City Electrical Factors BV y CEF Holdings Ltd quedan admitidas para intervenir en apoyo de las conclusiones de la parte demandada a los efectos del procedimiento de medidas provisionales. 2. Desestimar la demanda de medidas provisionales.

2. NORMAS RELATIVAS A AYUDAS PÚBLICAS

Se relacionan a continuación las sentencias dictadas por el TPI durante el año 2000 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>
27-01-00	T-49/97	TAT European Airlines SA c. Comisión europea.	Recurso de anulación. Transporte aéreo. Decisión de la Comisión que autoriza ayuda al pago del tercer tramo de una ayuda a pagar en tres tramos.
16-03-00	T-72/98	Astilleros Zamacona, s. A. c. Comisión europea.	Recurso de anulación. Artículo 88: Construcción naval. Artículo 4, apartado 3, de la Directiva 90/684/CEE del Consejo. Determinación del techo de las ayudas a la producción. Decisión 98/157/CE de la Comisión de 5 de noviembre de 1997, relativa a la ayuda que España se propone conceder a Astilleros Zamacona, s. A., con respecto a cinco remolcadores (DO, 1998, L 50, p. 38).
10-05-00	T-46/97	sic-Sociedade Independente de Comunicação, SA c. Comisión europea.	Recurso de anulación. Artículo 88-2. Financiación de cadenas públicas de televisión. Denuncia. Falta de incoación del procedimiento del artículo 88-2.
13-06-00	T-204/97 T-270/97	EPAC-Empresa para a Agroalimentação e Cereais, SA c. Comisión europea.	Recurso de anulación. Artículo 87-1 y 3: Concepto de ayuda. Garantía del Estado para la financiación de una empresa pública. Suspensión de la ayuda. Sobreseimiento. T-204/97: Decisión 97/433/CE de la Comisión, de 30 de abril de 1997, por la que se solicita al Gobierno portugués la suspensión de la ayuda en forma de garantía de Estado concedida a la empresa EPAC (DO, L 186, p. 25); T-270/97: Decisión 97/762/CE de la Comisión, de 9 de julio de 1997, relativa a las medidas adoptadas por Portugal en favor de EPAC (DO, L 311, p. 25).
15-06-00	T-298/97 T-312/97 T-313/97 T-315/97 T-600/97 T-601/97 T-602/97 T-603/97 T-604/97 T-605/97 T-606/97 T-607/97 T-1/98 T-3/98 T-4/98 T-5/98 T-6/98 T-23/98	Alzetta Mauro y otros c. Comisión europea	Recurso de anulación. Artículo 87-1. Transportes de mercancías por carretera. Perjuicio para los intercambios comerciales entre los Estados miembros y distorsión de la competencia. Requisitos. Ayudas nuevas o ayudas existentes. Principio de protección de la confianza legítima. Principio de proporcionalidad. Motivación. Decisión 98/182/CE de la Comisión, de 30 de julio de 1997, relativa a las ayudas concedidas por la Región de Friuli-Venezia Giulia (Italia) a las empresas de transporte de mercancías por carretera de la región (DO, 1998, L 66, p. 18).

<i>Fecha</i>	<i>Asunto</i>	<i>Partes</i>	<i>Materia</i>
27-09-00	T-184/97	BP Chemicals Ltd. c. Comisión europea.	Recurso de anulación. Artículo 87-3. Interés para ejercitar la acción. Inadmisibilidad parcial. Directiva 92/81/CEE. Concepto de proyecto piloto para el desarrollo tecnológico de productos menos contaminantes. Decisión de la Comisión de 9 de abril de 1997 [sg(97) D/3266] relativa a un régimen de ayudas para los biocarburantes franceses.
29-09-00	T-55/99	Confederación Española de Transporte de Mercancías (CETM) c. Comisión europea.	Recurso de anulación. Artículo 87-1. Concepto de ayuda. Motivación. Obligación de recuperar las ayudas. Confianza legítima de los beneficiarios. Principio de proporcionalidad. Decisión 98/693/CE de la Comisión, de 1 de julio de 1998, relativa al régimen español de ayudas a la compra de vehículos industriales Plan Renove Industrial (agosto de 1994-diciembre de 1996) (DO, L 329, p. 23), en la medida en que esta Decisión, en sus artículos 3 y 4, declara ilegales e incompatibles con el mercado común determinadas ayudas, e impone su recuperación.
08-12-00	T-237/99 R	Holanda c. Comisión europea.	Medidas provisionales. Suspensión de la ejecución. <i>Fumus boni iuris</i> . Urgencia.
12-12-00	T-296/97	Alitalia. Linee aeree italiane SpA c. Comisión europea	Recurso de anulación. Artículos 87 y 88-2. Calificación de la medida. Criterio del inversor privado. Examen. Decisión 97/789/CE de la Comisión, de 15 de julio de 1997, relativa a la recapitalización de la compañía Alitalia (DO, L 322, p. 44).
14-12-00	T-613/97	Union française de l'express (Ufex) c. Comisión europea.	Recurso de anulación. Derechos de defensa. Acceso al expediente. Obligación de motivación. Sector postal. Subvenciones cruzadas entre el sector reservado y el sector abierto a la competencia. Concepto de ayuda de Estado. Condiciones normales de mercado. Decisión 98/365/CE de la Comisión, de 1 de octubre de 1997, relativa a las ayudas que Francia habría otorgado a SFMI-Chronopost (DO, L 164, p. 37).

A continuación, se relacionan las anteriores sentencias con indicación de su pronunciamiento.

<i>Fecha</i>	<i>Asunto</i>	<i>Pronunciamiento</i>
27-01-00	T-49/97	Inadmitir el recurso.
16-03-00	T-72/98	Desestimar el recurso.
10-05-00	T-46/97	<ol style="list-style-type: none"> 1. Declarar la inadmisibilidad del recurso en la medida en que se dirige contra el escrito de la Comisión de 20 de diciembre de 1996. 2. Anular la Decisión en la parte en que se refiere a las medidas adoptadas por el Estado portugués a favor de RTP-Radiotelevisão Portuguesa, SA, consistentes en dotaciones financieras abonadas en concepto de indemniza-

<i>Fecha</i>	<i>Asunto</i>	<i>Pronunciamiento</i>
		ciones compensatorias, exenciones fiscales, facilidades de pago para la utilización de la red de teledifusión y en un aplazamiento de una deuda derivada del impago de cotizaciones de Seguridad Social, junto con la exención de los intereses de demora.
1-3-06-00	T-204/97 T-270/97	<ol style="list-style-type: none"> 1. Acumular los asuntos T-204/97 y T-270/97 a efectos de la sentencia. 2. Desestimar el recurso en el asunto T-270/97. 3. Sobreseer el recurso en el asunto T-204/97.
15-06-00	T-298/97 T-312/97 T-313/97 T-315/97 T-600/97 T-601/97 T-602/97 T-603/97 T-604/97 T-605/97 T-606/97 T-607/97 T-1/98 T-3/98 T-4/98 T-5/98 T-6/98 T-23/98	<ol style="list-style-type: none"> 1. Anular el artículo 2 de la Decisión 98/182/CE de la Comisión, de 30 de julio de 1997, relativa a las ayudas concedidas por la Región de Friuli-Venezia Giulia (Italia) a las empresas de transporte de mercancías por carretera de la región, en la medida en que declara ilegales las ayudas concedidas a partir del 1 de julio de 1990 a las empresas que se dedican exclusivamente al transporte local, regional o nacional. 2. Anular el artículo 5 de la Decisión 98/182, en la medida en que obliga a la República Italiana a recuperar dichas ayudas. 3. Desestimar el recurso en todo lo demás.
27-09-00	T-184/97	<ol style="list-style-type: none"> 1. Declarar la inadmisibilidad del recurso, dirigido contra la Decisión de la Comisión de 9 de abril de 1997 [SG(97) D/3266] relativa a un régimen de ayudas para los biocarburantes franceses, en la medida en que dicha Decisión se refiere a las medidas aplicables al ramo de los ésteres. 2. Anular la Decisión impugnada, en la medida en que se refiere a las medidas relativas al ramo del ETBE.
29-09-00	T-55/99	Desestimar el recurso.
08-12-00	T-237/99 R	Desestimar la demanda de medidas provisionales.
12-12-00	T-296/97	Anular la Decisión 97/789/CE de la Comisión, de 15 de julio de 1997, relativa a la recapitalización de la compañía Alitalia.
14-12-00	T-613/97	<ol style="list-style-type: none"> 1. Anular el artículo 1 de la Decisión 98/365/CE de la Comisión, de 1 de octubre de 1997, relativa a las ayudas que Francia habría otorgado a SFMI-Chronopost, en cuanto que afirma que el apoyo logístico y comercial prestado por La Poste a su filial SFMI-Chronopost no constituye una ayuda estatal en favor de SFMI-Chronopost. 2. Desestimar el recurso en todo lo demás.

3. NORMAS RELATIVAS A CONCENTRACIONES

Se relacionan a continuación las sentencias y autos dictados por el TPI durante el año 2000 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>
22-03-00	T-125/97 T-127/97	The Coca-Cola Company y otra c. Comisión europea.	Recurso de anulación (contra la motivación). Reglamento (CEE) núm. 4064/89. Decisión por la que se declara una concentración com- patible con el mercado común. Motivación. Admisibilidad.

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>
22-03-00	T-125/97 T-127/97	Declarar la inadmisibilidad de los recursos.

<i>Fecha</i>	<i>Asunto</i>	<i>Partes</i>	<i>Materia</i>
20-03-00	T-125/97 T-127/97	Comisión europea y otra c. The Coca-Cola Company y otra c.	Recurso de anulación. Decisión por la que se declara una concentración compatible con el mercado común. Motivación. Admisibilidad.
20-03-00	T-125/97 T-127/97	Comisión europea y otra c. The Coca-Cola Company y otra c.	Recurso de anulación. Decisión por la que se declara una concentración compatible con el mercado común. Motivación. Admisibilidad.
20-03-00	T-125/97 T-127/97	Comisión europea y otra c. The Coca-Cola Company y otra c.	Recurso de anulación. Decisión por la que se declara una concentración compatible con el mercado común. Motivación. Admisibilidad.
20-03-00	T-125/97 T-127/97	Comisión europea y otra c. The Coca-Cola Company y otra c.	Recurso de anulación. Decisión por la que se declara una concentración compatible con el mercado común. Motivación. Admisibilidad.
20-03-00	T-125/97 T-127/97	Comisión europea y otra c. The Coca-Cola Company y otra c.	Recurso de anulación. Decisión por la que se declara una concentración compatible con el mercado común. Motivación. Admisibilidad.
20-03-00	T-125/97 T-127/97	Comisión europea y otra c. The Coca-Cola Company y otra c.	Recurso de anulación. Decisión por la que se declara una concentración compatible con el mercado común. Motivación. Admisibilidad.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS

1. NORMAS DE LA COMPETENCIA APLICABLES A LAS EMPRESAS

Se relacionan a continuación las sentencias dictadas por el TJCE durante el año 2000 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. No hacemos constar la publicación en la Recopilación, a pesar de ser la oficial, ya que se produce con retraso y sería incompleta. La totalidad de las resoluciones puede consultarse en el web del TJCE (<http://europa.eu.int/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=es>).

<i>Fecha</i>	<i>Asunto</i>	<i>Partes</i>	<i>Materia</i>
10-02-00	C-147/97 C-218/97	Deutsche Post c. Gesellschaft für Zahlungssysteme mbH (GZS) y Citicorp Kartenservice GmbH.	Recurso prejudicial: Artículos 81, 82 y 86-1 y 2. Correo: distribución de correo procedente del extranjero y objeto de reenvío no físico.
16-03-00	C-395/96 C-396/96	Compagnie maritime belge transports SA y otros c. Comisión europea.	Recurso de casación. Desestimación de un recurso de anulación. Artículo 82: Posición dominante colectiva; conferencias marítimas; Reglamento 4056/86.
30-03-00	C-265/97	Coöperatieve Vereniging De Verenigde Bloemenveilingen Aalsmeer BA (VBA) c. Comisión europea.	Recurso de casación. Estimación de un recurso de anulación. Artículo 81-1: Prácticas restrictivas de cooperativa de floricultura.
30-03-00	C-266/97	Coöperatieve Vereniging De Verenigde Bloemenveilingen Aalsmeer BA (VBA) c. Comisión europea.	Recurso de casación. Estimación de un recurso de anulación. Artículo 81-1: Prácticas restrictivas de cooperativa de floricultura.
06-04-00	C-286/95 P	Comisión europea c. Imperial Chemical Industries plc (ICI).	Recurso de casación. Estimación de un recurso de anulación. Artículos 81 y 82. Reparto de mercados y abuso de posición dominante en el mercado de la sosa. Vicios sustanciales de forma en la Decisión de la Comisión.
06-04-00	C-287/95 P C-288/95 P	Comisión europea c. Solvay SA.	Recurso de casación. Estimación de un recurso de anulación. Artículos 81 y 82. Reparto de mercados y abuso de posición dominante en el mercado de la sosa. Vicios sustanciales de forma en la Decisión de la Comisión.

<i>Fecha</i>	<i>Asunto</i>	<i>Partes</i>	<i>Materia</i>
23-05-00	C-209/98	Sydhavnens n & Grus ApS c. Københavns Kommune.	Recurso prejudicial. Derecho especial o exclusivo de recogida de residuos de la construcción. Protección del medio ambiente.
08-06-00	C-258/98	Giovanni Carra y otros	Recurso prejudicial. Artículos 82 y 86. Abuso de posición dominante. Empresas públicas: Actividad de colocación de trabajadores; monopolio legal.
12-09-00	C-180/98 C-181/98 C-182/98 C-183/98 C-184/98	Pavel Pavlov y otros c. Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten.	Recurso prejudicial. Artículos 81, 82 y 86. Prácticas restrictivas. Abuso de posición dominante. Empresas públicas. Afiliación obligatoria a un fondo profesional de pensiones: Compatibilidad con las normas sobre competencia. Calificación de un fondo profesional de pensiones como empresa.
21-09-00	C-222/98	Hendrik van der Woude c. Stichting Beatrixoord.	Recurso prejudicial. Artículos 81 y 82. Prácticas restrictivas. Abuso de posición dominante. Convenio colectivo. Cotización al Seguro de Enfermedad de los trabajadores.
16-11-00	C-248/98 P	NV Koninklijke KNP BT c. Comisión europea.	Recurso de casación. Estimación parcial de un recurso de anulación. Artículo 81-1. Prácticas restrictivas. Fabricantes de cartoncillo. Multa: cuantía y motivación.
16-11-00	C-279/98 P	Cascades SA c. Comisión europea.	Recurso de casación. Desestimación de un recurso de anulación. Fabricantes de cartoncillo. Multa: motivación e igualdad de trato. Imputabilidad de la conducta infractora.
16-11-00	C-280/98 P	Moritz J. Weig GmbH & Co. KG c. Comisión europea.	Recurso de casación. Estimación parcial de un recurso de anulación. Artículo 81-1. Prácticas restrictivas. Fabricantes de cartoncillo. Multa: cuantía y motivación.
16-11-00	C-282/98 P	Enso Española, s. A., c. Comisión europea.	Recurso de casación. Estimación parcial de un recurso de anulación. Artículo 81-1. Prácticas restrictivas. Fabricantes de cartoncillo. Igualdad de trato.
16-11-00	C-283/98 P	Mo och Domsjö AB c. Comisión europea.	Recurso de casación. Estimación parcial de un recurso de anulación. Artículo 81-1. Prácticas restrictivas. Fabricantes de cartoncillo. Multa: cuantía y motivación.
16-11-00	C-286/98 P	Stora Kopparbergs Bergslags AB c. Comisión europea.	Recurso de casación. Estimación parcial de un recurso de anulación. Artículo 81-1. Prácticas restrictivas. Fabricantes de cartoncillo. Multa. Imputabilidad de la conducta infractora.
16-11-00	C-291/98 P	Sarió, s. A., c. Comisión europea.	Recurso de casación. Estimación parcial de un recurso de anulación. Artículo 81-1. Prácticas restrictivas. Fabricantes de cartoncillo. Multa: cuantía y motivación.
16-11-00	C-294/98 P	Metsä-Serla Oyj y otros c. Comisión europea.	Recurso de casación. Desestimación de un recurso de anulación. Fabricantes de cartoncillo. Multa: responsabilidad solidaria.

<i>Fecha</i>	<i>Asunto</i>	<i>Partes</i>	<i>Materia</i>
16-11-00	C-297/98 P	SCA Holding Ltd. c. Comisión europea.	Recurso de casación. Estimación parcial de un recurso de anulación. Artículo 81-1. Prácticas restrictivas. Fabricantes de cartoncillo. Multa: cuantía y motivación.
16-11-00	C-298/98 P	Metsä-Serla Sales Oy c. Comisión europea.	Recurso de casación. Desestimación de un recurso de anulación. Artículo 81-1. Prácticas restrictivas. Fabricantes de cartoncillo. Multa: cuantía y motivación.
30-11-00	C-422/99	Comisión europea c. Italia.	Recurso de incumplimiento: Telecomunicaciones. Transposición Directiva 97/51/CE.
07-12-00	C-214/99	Neste Markkinointi Oy c. Yötuuli Ky y otros.	Recurso prejudicial. Artículo 81-1. Prácticas restrictivas. Estaciones de servicio. Acuerdos de compra exclusiva. Duración. Reglamento (CEE) núm. 1984/83 de la Comisión.
07-12-00	C-423/99	Comisión europea c. Italia.	Recurso de incumplimiento: Telecomunicaciones. Transposición Directiva 98/10/CE.
13-12-00	C-39/00 P	Services pour le groupement d'acquisitions SARL (SGA) c. Comisión europea.	Recurso contra inadmisión de un recurso. Distribución de automóviles. Denuncia.
13-12-00	C-44/00 P	Société de distribution mécanique et d'automobiles SA (Sodima) c. Comisión europea.	Recurso contra inadmisión de un recurso. Distribución de automóviles. Denuncia.
14-12-00	C-344/98	Masterfoods Ltd.	Recurso prejudicial. Artículos 81 y 82. Procedimientos paralelos ante órganos jurisdiccionales nacionales y comunitarios.
15-12-00	C-361/00 P(R)	Cho Yang Shipping Co. Ltd. c. Comisión europea.	Recurso contra resolución de desestimación de demanda de suspensión de ejecución de una decisión de la Comisión europea.

A continuación, se relacionan las anteriores sentencias con indicación de su pronunciamiento.

<i>Fecha</i>	<i>Asunto</i>	<i>Pronunciamiento</i>
10-01-00	C-147/97 C-148/97	A falta de acuerdo entre las Administraciones postales de los Estados miembros interesados que fije los gastos terminales en función de los costes reales de tratamiento y de distribución del correo transfronterizo de llegada, el ejercicio por una entidad como Deutsche Post AG del derecho, previsto en el artículo 25, apartado 3, del Convenio de la Unión Postal Universal, en la versión adoptada el 14 de diciembre de 1989, en los casos contemplados en los apartados 1, segunda frase, y 2 de este artículo, de aplicar sus tarifas interiores a los envíos depositados en grandes cantidades en los servicios postales de un Estado miembro distinto de aquel al que pertenece esta entidad no es contrario al artículo 90 del Tratado CE (actualmente, art. 86 CE), en relación con los artículos 86 del Tratado CE (actualmente, art. 82 CE) y 59 del Tratado CE (actualmente art. 49 CE, tras su modificación). Por el contrario, el ejercicio de tal derecho infringe el artículo 90, apartado 1, del Tratado, en relación con su artículo 86, en la medida en que implica que tal entidad puede reclamar la totalidad de la tarifas interiores aplicables en el Estado miembro del que dependa sin deducir los gastos terminales pagados por dichas Administraciones postales y correspondientes a los mencionados envíos.

Fecha	Asunto	Pronunciamiento
16-03-00	C-395/96 C-396/96	<ol style="list-style-type: none"> 1. Anular la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 8 de octubre de 1996, <i>Compagnie maritime belge transports</i> y otros/Comisión (asuntos acumulados T-24/93, T-25/93, T-26/93 y T-28/93), en la medida en que confirmó las multas impuestas a <i>Compagnie maritime belge transports SA</i>, a <i>Compagnie maritime belge SA</i> y a <i>Dafra-Lines A/S</i>. 2. Anular los artículos 6 y 7 de la Decisión 93/82/CEE de la Comisión, de 23 de diciembre de 1992, relativa a un procedimiento de aplicación de los artículos 85 del Tratado CEE (IV/32.448-IV/32.450: CEWAL, COWAC, UKWAL) y 86 del Tratado CEE (IV/32.448-IV/32.450: CEWAL), por lo que se refiere a <i>Compagnie maritime belge transports SA</i>, a <i>Compagnie maritime belge SA</i> y a <i>Dafra-Lines A/S</i>. 3. Desestimar el recurso de casación en todo lo demás.
16-03-00	C-265/97 P	Desestimar el recurso de casación principal.
16-03-00	C-266/97 P	Desestimar el recurso de casación principal y la adhesión a la casación.
06-04-00	C-286/95 P	Desestimar los recursos de casación.
06-04-00	C-287/95 P C-288/95 P	Desestimar el recurso de casación.
23-05-00	C-209/98	<ol style="list-style-type: none"> 1. El artículo 34 del Tratado CE (actualmente, art. 29 CE, tras su modificación) se opone a un régimen de recogida y recepción de residuos de la construcción no peligrosos destinados a su valoración, en virtud del cual un número limitado de empresas están autorizadas a tratar los residuos generados en un municipio, si este régimen constituye, de hecho o de Derecho, un obstáculo a la exportación, en el sentido de que no permite a los productores de residuos exportarlos, en especial, mediante intermediarios. Tal obstáculo no puede justificarse sobre la base del artículo 36 del Tratado CE (actualmente, art. 30 CE, tras su modificación) o de la protección del medio ambiente, en especial, de la aplicación del principio de corrección, preferentemente en la fuente misma, previsto en el artículo 130 R, apartado 2, del Tratado CE (actualmente, artículo 174 CE, apartado 2, tras su modificación), cuando no existe indicio alguno de un peligro para la salud o la vida de las personas o de los animales, o para la preservación de los vegetales, o de un peligro para el medio ambiente. 2. El artículo 90 del Tratado CE (actualmente, art. 86 CE), en relación con el artículo 86 del Tratado CE (actualmente, art. 82 CE), no se opone al establecimiento de un régimen local, como el controvertido en el procedimiento principal, que, para resolver un problema medioambiental resultante de la falta de capacidad para el tratamiento de los residuos de la construcción no peligrosos destinados a su valoración, prevé que un número limitado de empresas especialmente seleccionadas puedan proceder al tratamiento de tales residuos generados en la zona afectada, permitiendo así garantizar un número suficiente de entregas de tales residuos a dichas empresas, y excluye a otras empresas, aunque estén cualificadas, de efectuar dicho tratamiento. 3. Ni la Directiva 75/442/CEE del Consejo, de 15 de julio de 1975, relativa a los residuos, en su versión modificada por la Directiva 91/156/CEE del Consejo, de 18 de marzo de 1991, ni el Reglamento (CEE) núm. 259/93 del Consejo, de 1 de febrero de 1993, relativo a la vigilancia y al control de los traslados de residuos en el interior, a la entrada y a la salida de la Comunidad Europea, obligan a los Estados miembros a celebrar contratos con todas las empresas autorizadas, en el sentido del artículo 10 de dicha Directiva, para la recepción y la valorización de los residuos de la construcción no peligrosos para el medio ambiente. 4. El artículo 7, apartado 3, de la Directiva 75/442, en su versión modificada por la Directiva 91/156, debe interpretarse en el sentido de que permite a un Estado Miembro adoptar medidas relativas al transporte de residuos, incluidas medidas de prohibición del transporte de residuos de la construcción no peligrosos destinados a su valoración, si el transporte es contrario a su plan de gestión, siempre que dicho plan sea compatible con las normas del Tratado y de dicha Directiva.

Fecha	Asunto	Pronunciamiento
		5. El artículo 7, apartado 3, de la Directiva 75/442, en su versión modificada por la Directiva 91/156, debe interpretarse en el sentido de que no confiere a los particulares ningún derecho que puedan invocar ante los órganos jurisdiccionales nacionales para oponerse a una medida que tenga por objeto impedir movimientos de residuos contrarios a un plan de gestión sobre la base de que esta medida no fue comunicada a la Comisión.
08-06-00	C-258/98	Aun en el marco del artículo 90 del Tratado, las disposiciones del artículo 86 del Tratado producen efecto directo y generan, para los justiciables, derechos que los órganos jurisdiccionales nacionales deben proteger. Las oficinas públicas de empleo están sometidas a la prohibición del artículo 86 del Tratado, en tanto que la aplicación de esta disposición no impida el cumplimiento de la misión específica que se les ha confiado. El Estado miembro que prohíbe toda actividad de mediación e interposición entre demandas y ofertas de trabajo cuando no la realizan dichas oficinas infringe el artículo 90, apartado 1, del Tratado si crea una situación en la que las oficinas públicas de empleo se ven necesariamente obligadas a infringir los términos del artículo 86 del Tratado. Así sucede en particular cuando se cumplen los siguientes requisitos: Las oficinas públicas de empleo no están manifiestamente en condiciones de satisfacer la demanda del mercado para todos los tipos de actividades. El ejercicio efectivo de las actividades de colocación por empresas privadas se hace imposible por el mantenimiento en vigor de disposiciones legales que prohíben tales actividades so pena de sanciones penales y administrativas. Las actividades de colocación de que se trata pueden extenderse a nacionales o a territorios de otros Estados miembros. El Juez nacional encargado de aplicar, en el marco de su competencia, las disposiciones de Derecho comunitario tiene la obligación de velar por que dichas normas surtan pleno efecto, dejando de aplicar, si fuera preciso, por su propia autoridad, cualquier disposición contraria de la legislación nacional, incluso posterior, sin que tenga que solicitar o que esperar la previa supresión de ésta por vía legislativa o por cualquier otro procedimiento constitucional.
12-09-00	C-180/98 C-181/98 C-182/98 C-183/98 C-184/98	1. Los artículos 5 y 85 del Tratado CE (actualmente, arts. 10 CE y 81 CE) no se oponen a la decisión de las autoridades públicas de declarar obligatoria la afiliación a un fondo profesional de pensiones, a petición de una organización representativa de los miembros de una profesión liberal. 2. Un fondo de pensiones como el que se examina en los asuntos principales, que determina por sí mismo el importe de las cotizaciones y de las prestaciones y que funciona según el principio de capitalización, al que se ha encargado la gestión de un régimen de pensiones complementarias establecido por una organización representativa de los miembros de una profesión liberal y que ha sido declarado por las autoridades públicas de afiliación obligatoria para todos los miembros de dicha profesión, es una empresa en el sentido de los artículos 85 del Tratado, 86 y 90 del Tratado CE (actualmente, arts. 82 CE y 86 CE). 3. Los artículos 86 y 90 del Tratado no se oponen a que las autoridades públicas confieran a un fondo de pensiones un derecho exclusivo de gestión del régimen de pensiones complementarias de los miembros de una profesión liberal.
21-09-00	C-222/98	Son compatibles con los artículos 85 y 86 del Tratado CE (actualmente, arts. 81 CE y 82 CE) las disposiciones de un convenio colectivo relativas al seguro de enfermedad de los trabajadores incluidos en el ámbito de aplicación de dicho convenio y según las cuales la parte de las cotizaciones que corresponde al empresario sólo se abona en el caso de los seguros celebrados con el asegurador o aseguradores que hayan sido designados en el marco de la ejecución de ese mismo convenio colectivo.
16-11-00	C-248/98 P	1. Anular el punto 1 del fallo de la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 14 de mayo de 1998, KNP BT/Comisión (T-309/94). 2. Fijar en 2.600.000 euros el importe de la multa impuesta a NV Koninklijke KNP BT por el artículo 3 de la Decisión 94/601/CE de la Comisión, de 13 de julio de 1994, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 85 del Tratado CE (IV/C/33.833-Cartoncillo). 3. Desestimar el recurso de casación en todo lo demás.

<i>Fecha</i>	<i>Asunto</i>	<i>Pronunciamiento</i>
16-11-00	C-279/98 P	<ol style="list-style-type: none"> 1. Anular la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 14 de mayo de 1998, Cascades/Comisión (T-308/94), en la medida en que imputa a Cascades SA la responsabilidad de las infracciones cometidas por Van Duffel NV y Djupafor AB durante el período comprendido entre mediados del año 1986 y el mes de febrero de 1989 inclusive. 2. Desestimar el recurso de casación en todo lo demás. 3. Devolver el asunto al Tribunal de Primera Instancia.
16-11-00	C-280/98 P	<ol style="list-style-type: none"> 1. Anular el punto 3 del fallo de la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 14 de mayo de 1998, Weig/Comisión (T-317/94). 2. Fijar en 1.900.000 euros el importe de la multa impuesta a Moritz J. Weig & Co. KG por el artículo 3 de la Decisión 94/601/CE de la Comisión, de 13 de julio de 1994, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 85 del Tratado CE (IV/C/33.833 Cartoncillo). 3. Desestimar el recurso de casación en todo lo demás.
16-11-00	C-282/98 P	Desestimar el recurso de casación.
16-11-00	C-283/98 P	Desestimar el recurso de casación.
16-11-00	C-286/98 P	<ol style="list-style-type: none"> 1. Anular la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 14 de mayo de 1998, Stora Kopparbergs Bergslags/Comisión (T-354/94), en la medida en que imputa a Stora Kopparbergs Bergslags AB la responsabilidad de las infracciones cometidas por Feldmühle y Papeteries Béghin-Corbehem antes del mes de septiembre de 1990. 2. Desestimar el recurso en todo lo demás. 3. Devolver el asunto al Tribunal de Primera Instancia.
16-11-00	C-291/98 P	<ol style="list-style-type: none"> 1. Anular el punto 2 del fallo de la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 14 de mayo de 1998, Sarrió/Comisión (T-334/94). 2. Fijar en 13.750.000 euros la cuantía de la multa impuesta a Sarrió, S. A. 3. Desestimar el recurso de casación en todo lo demás.
16-11-00	C-294/98 P	Desestimar el recurso de casación.
16-11-00	C-297/98 P	Desestimar el recurso de casación.
16-11-00	C-298/98 P	Desestimar el recurso de casación.
07-12-00	C-214/99	La prohibición establecida en el artículo 85, apartado 1, del Tratado CE (actualmente, art. 81 CE, apartado 1) no es de aplicación al acuerdo de compra exclusiva celebrado por un proveedor de carburantes, que puede ser denunciado en cualquier momento por el revendedor mediante preaviso de un año, cuando todos los acuerdos de compra exclusiva de dicho proveedor, considerados bien por separado o bien globalmente, en relación con la red de acuerdos similares del conjunto de proveedores, tienen un efecto importante en el cierre del mercado, pero cuando los acuerdos de análoga duración al controvertido en el procedimiento principal representan tan sólo una parte muy reducida de todos los acuerdos de compra exclusiva del mismo proveedor, la mayoría de los cuales son contratos de duración determinada celebrados por un período superior a un año.
30-11-00	C-422/99	Declarar que la República Italiana ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva 97/51/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de octubre de 1997, por la que se modifican las Directivas 90/387/CEE y 92/44/CEE del Consejo a efectos de su adaptación a un entorno competitivo en el sector de las telecomunicaciones, al no haber adoptado, dentro del plazo señalado, las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a la citada Directiva.
07-12-00	C-423/99	Declarar que la República Italiana ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva 98/10/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 1998, sobre la aplicación de la oferta de red abierta (ONP) a la telefonía vocal y sobre el servicio universal de telecomunicaciones en un entorno competitivo, al no haber adaptado, dentro del plazo señalado, las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a dicha Directiva.

Fecha	Asunto	Pronunciamiento
13-12-00	C-39/00 P	Desestimar el recurso.
13-12-00	C-44/00 P	Desestimar el recurso.
14-12-00	C-344/98	Cuando un órgano jurisdiccional nacional se pronuncia sobre un acuerdo o una práctica cuya compatibilidad con los artículos 85, apartado 1, y 86 del Tratado CE (actualmente, arts. 81 CE, apartado 1, y 82 CE) ya ha sido objeto de una Decisión de la Comisión, dicho órgano no puede adoptar una resolución incompatible con tal Decisión, aun cuando ésta se oponga a una resolución dictada por un órgano jurisdiccional nacional de primera instancia. Cuando el destinatario de la Decisión de la Comisión ha interpuesto, en el plazo previsto en el artículo 173, párrafo quinto, del Tratado CE (actualmente, art. 230 CE, párrafo quinto, tras su modificación), un recurso de anulación contra ésta, corresponde al órgano jurisdiccional nacional apreciar si procede suspender el procedimiento hasta que recaiga una resolución definitiva sobre el citado recurso de anulación o con objeto de plantear una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia.
15-12-00	C-361/00 P(R)	Desestimar el recurso.

2. NORMAS RELATIVAS A AYUDAS PÚBLICAS

Se relacionan a continuación las sentencias dictadas por el TJCE durante el año 2000 en aplicación de las normas relativas a ayudas públicas. Se indica su fecha, su asunto, las partes intervinientes, la materia sobre la que versa y, en su caso, la publicación en la Recopilación.

Fecha	Asunto	Partes	Materia
16-05-00	C-83/98 P	República Francesa c. Ladbroke Racing Ltd. Y Comisión europea.	Recurso de casación. Estimación parcial recurso de anulación. Ayudas a <i>Pari mutuel urbain</i> (PMU) agrupación de interés económico integrada por las principales sociedades de carreras de Francia consistentes en: 1) Crédito a corto plazo representado por el aplazamiento del pago de la exacción a Hacienda, a partir de 1980 y 1981. 2) Renuncia a 180 millones de francos franceses en las exacciones de 1986. 3) Exención en la aplicación de la norma del desfase de un mes en el pago del [Impuesto sobre el Valor Añadido, en lo sucesivo, «IVA»]. 4) Utilización de los premios no reclamados para pagar un complemento de indemnización por despido en 1985. 5) Exención de la participación de la empresa en la labor de construcción. 6) Renuncia entre 1982 y 1985 a importes resultantes de la práctica de redondear los premios de los apostantes a la décima inferior. 7) Exención del Impuesto de Sociedades.

<i>Fecha</i>	<i>Asunto</i>	<i>Partes</i>	<i>Materia</i>
23-05-00	C-106/98 P	Comité de Empresa de la Société française de production y otros c. Comisión europea.	Recurso de casación contra Auto del TPI que declara la inadmisibilidad del recurso de anulación. Personas físicas o jurídicas. Acto que las afecta directa e individualmente. Decisión por la que se declara una ayuda incompatible con el mercado común. Sindicatos y Comités de Empresa.
22-06-00	C-332/98	República Francesa c. Comisión europea.	Recurso de anulación contra Decisión de la Comisión. Ayuda a la Coopérative d'exportation du livre français. Excepción de la prohibición o exclusión del ámbito de la norma prohibitiva.
27-06-00	C-404/97	Comisión europea c. República Portuguesa.	Recurso de incumplimiento. Se solicita se declare por no haberse procedido la supresión ni haberse exigido la recuperación de las ayudas concedidas indebidamente a EPAC (<i>Empresa Para a Agroalimentação e Cereais, SA</i>).
19-09-00	C-156/98	República Federal de Alemania c. Comisión europea.	Recurso de anulación contra Decisión de la Comisión. Desgravaciones fiscales de determinadas plusvalías en el impuesto sobre la renta.
05-10-00	C-288/96	República Federal de Alemania c. Comisión europea.	Recurso de anulación contra Decisión de la Comisión. Derechos de defensa. Motivación. Garantía en un crédito para la explotación a empresa de congelados de pescado y carnes: «El Ministerio regional [de Baja Sajonia] acepta garantizar hasta un 80 por 100 un crédito de explotación por un importe de 35 millones de marcos alemanes, y se declara dispuesto a cubrir también las necesidades de liquidez suplementaria, estimadas en 15 millones de marcos alemanes, hasta diciembre de 1996.»
12-10-00	C-480/98	Reino de España c. Comisión europea.	Recurso de anulación contra Decisión de la Comisión. Grupo Magefesa: La Comisión declaró ilegal e incompatible con el mercado común la ayuda en forma de continuo impago de impuestos y contribuciones de seguridad social: <ul style="list-style-type: none"> — por parte de Indosa y Cunosa hasta su declaración de quiebra; — por parte de Migma y Gursa hasta la interrupción de sus actividades; — por parte de Indosa tras su declaración de quiebra, y hasta mayo de 1997.
12-10-00	C-278/00	República Helénica c. Comisión europea.	Medidas provisionales. Suspensión de ejecución.
19-10-00	C-15/98 C-105/99	República Italiana y otro c. Comisión europea.	Recursos de anulación contra Decisión de la Comisión. Ayudas de la Región de Cerdeña al sector del transporte marítimo en Cerdeña: fondo para la concesión de préstamos a las empresas navieras que tuvieran intención de construir, adquirir, transformar, modificar y reparar buques mercantes.

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>
16-05-00	C-83/98 P	Desestimar el recurso de casación.
23-05-00	C-106/98 P	Desestimar el recurso de casación.
22-06-00	C-332/98	Desestimar el recurso.
27-06-00	C-404/97	Declarar que la República Portuguesa ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del Tratado CE, al no haber dado cumplimiento a la Decisión 97/762/CE de la Comisión, de 9 de julio de 1997, relativa a las medidas adoptadas por Portugal en favor de EPAC <i>Empresa Para a Agroalimentação e Cereais, SA</i> .
19-09-00	C-156/98	Desestimar el recurso.
05-10-00	C-288/96	Desestimar el recurso.
12-10-00	C-480/98	<ol style="list-style-type: none"> 1. Anular la Decisión 1999/509/CE de la Comisión, de 14 de octubre de 1998, relativa a la ayuda otorgada por España a las empresas del grupo Magefesa y sus empresas sucesoras, en la medida en que incluye, entre los importes de las ayudas que deben recuperarse, los intereses devengados con posterioridad a la declaración de quiebra de las empresas Indosa y Cunosa sobre las ayudas ilegalmente recibidas antes de dicha declaración. 2. Desestimar el recurso en todo lo demás.
12-10-00	C-278/00	Desestimar la demanda de medidas provisionales.
19-10-00	C-15/98 C-105/99	<ol style="list-style-type: none"> 1. Declarar la inadmisibilidad del recurso interpuesto por la República Italiana contra el escrito de 14 de noviembre de 1997, por el que la Comisión informó a aquélla de su decisión de incoar el procedimiento previsto en el artículo 93, apartado 2, del Tratado CE (actualmente art. 88 CE, apartado 2) contra las ayudas al sector del transporte marítimo (préstamos/arrendos en condiciones preferentes para la adquisición, conversión y reparación de buques): modificación del plan de ayudas correspondiente a C-23/96 (<i>ex NN 181/95</i>). 2. Anular la Decisión 98/95/CE de la Comisión, de 21 de octubre de 1997, relativa a las ayudas concedidas por la Región de Cerdeña (Italia) al sector del transporte marítimo de Cerdeña.

LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

Real Decreto-ley 2/2004, de 28 de junio, sobre medidas urgentes de identificación de la competencia sobre comercio de energía y de servicios, aprobado por el Parlamento el 27 de junio de 2004 y el 28 de junio y 7 de julio de 2004. Ley 17/2004, de 15 de julio, de regulación de Internet, que modifica las disposiciones que regulan el comercio electrónico, por internet, electricidad, en el ámbito de la normativa sobre comercio de la energía.

CUARTA PARTE

NOVEDADES NORMATIVAS

La Ley 17/2004, de 15 de julio, de regulación de Internet, que modifica las disposiciones que regulan el comercio electrónico, por internet, electricidad, en el ámbito de la normativa sobre comercio de la energía, y el Real Decreto-ley 2/2004, de 28 de junio, sobre medidas urgentes de identificación de la competencia sobre comercio de energía y de servicios, aprobado por el Parlamento el 27 de junio de 2004 y el 28 de junio y 7 de julio de 2004, introducen las siguientes novedades normativas:

En el ámbito de la regulación de Internet, se modifica el artículo 17 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, en relación con el artículo 17 de la Ley 17/2004, de 15 de julio, de regulación de Internet, que modifica las disposiciones que regulan el comercio electrónico, por internet, electricidad, en el ámbito de la normativa sobre comercio de la energía.

En el ámbito de la regulación de la electricidad, se modifica el artículo 17 de la Ley 24/2003, de 4 de julio, de energía eléctrica, en relación con el artículo 17 de la Ley 17/2004, de 15 de julio, de regulación de Internet, que modifica las disposiciones que regulan el comercio electrónico, por internet, electricidad, en el ámbito de la normativa sobre comercio de la energía.

En el ámbito de la regulación de la energía, se modifica el artículo 17 de la Ley 24/2003, de 4 de julio, de energía eléctrica, en relación con el artículo 17 de la Ley 17/2004, de 15 de julio, de regulación de Internet, que modifica las disposiciones que regulan el comercio electrónico, por internet, electricidad, en el ámbito de la normativa sobre comercio de la energía.

LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

Real Decreto-ley 6/2000, de 23 de junio, sobre medidas urgentes de intensificación de la competencia en los mercados de bienes y de servicios, convalidado por Resolución de 29 de junio de 2000 (BOE de 24 de junio y 7 de julio de 2000). Contiene una variada gama de medidas: se liberalizan los mercados energéticos (hidrocarburos líquidos, gas natural, electricidad); en el ámbito de la normativa sobre defensa de la competencia, se refuerzan los mecanismos de control de concentraciones y se establecen limitaciones al nombramiento de miembros de consejos de administración de sociedades en los sectores eléctrico, de hidrocarburos líquidos y gaseosos, y telefonía portátil y fija por parte de quienes tengan cierta participación en dos o más sociedades relevantes del sector; entre otras medidas, se rebajan y flexibilizan los aranceles de Notarios y Registradores, se liberalizan los precios de libros de texto, se facilita la competencia entre profesionales colegiados al hacer suficiente la colegiación en un colegio de ámbito territorial para actuar sin restricciones en cualquier otro territorio, se flexibilizan los horarios comerciales.

El presente Reglamento entrará en vigor el 1 de agosto de 2000.

Expuesto el 11 de diciembre de 2000.

Por tanto, quedará en vigor el presente Real Decreto-ley 6/2000, de 23 de junio, sobre medidas urgentes de intensificación de la competencia en los mercados de bienes y de servicios, convalidado por Resolución de 29 de junio de 2000 (BOE de 24 de junio y 7 de julio de 2000) respecto de los artículos ya vigentes el 1 de agosto de 2000 que no cumplan las condiciones de entrada en vigor del presente Reglamento por razón de la vigencia de otros textos legales.

— Reglamento (CE) núm. 2007/2000 de la Comisión, de 29 de junio de 2000, relativo a la aplicación del apartado 2 del artículo 81 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de investigación y desarrollo. DO L 160 de 30.6.2000, pp. 7 y 8.

Una vez que el Reglamento que, con el nº 2007/2000 de la Comisión, entró en vigor, el Reglamento que, con el nº 1000/2000, de 19 de diciembre de 2000, relativo a la aplicación del apartado 2 del artículo 81 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de investigación y desarrollo, cuya última modificación le constituye el Reglamento que, con el nº 2200/2000, de 12 de diciembre de 2000, entró en vigor, el 1 de agosto de 2000.

LEGISLACIÓN COMUNITARIA

1. ACUERDOS ENTRE EMPRESAS

A. DISPOSICIONES GENERALES

— Reglamento (CE) núm. 2658/2000 de la Comisión, de 29 de noviembre de 2000, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de especialización (*DOCE* núm. L 304 de 5-12-2000, pp. 3 y ss.).

Con arreglo al Reglamento (CEE) núm. 2821/71, la Comisión adoptó el Reglamento (CEE) núm. 417/85, de 19 de diciembre de 1984, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de especialización, cuya última modificación la constituye el Reglamento (CE) núm. 2236/97. El Reglamento (CEE) núm. 417/85 expira el 31 de diciembre de 2000.

El presente Reglamento entrará en vigor el 1 de enero de 2001.

Expirará el 31 de diciembre de 2010.

Período transitorio: La prohibición establecida en el apartado 1 del artículo 81 del Tratado no se aplicará durante el período comprendido entre el 1 de enero de 2001 y el 30 de junio de 2002 respecto de los acuerdos ya vigentes el 31 de diciembre de 2000 que no cumplan los requisitos de exención establecidos en el presente Reglamento pero cumplan los requisitos de exención previstos en el Reglamento (CEE) núm. 417/85.

— Reglamento (CE) núm. 2659/2000 de la Comisión, de 29 de noviembre de 2000, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de investigación y desarrollo (*DOCE* núm. L 304 de 5-12-2000, pp. 7 y ss.).

Con arreglo al Reglamento (CEE) núm. 2821/71, la Comisión adoptó, en particular, el Reglamento (CEE) núm. 418/85, de 19 de diciembre de 1984, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de investigación y desarrollo, cuya última modificación la constituye el Reglamento (CE) núm. 2236/97. El Reglamento (CEE) núm. 418/85 expira el 31 de diciembre de 2000.

El presente Reglamento entrará en vigor el 1 de enero de 2001.

Expirará el 31 de diciembre de 2010.

Período transitorio: La prohibición establecida en el apartado 1 del artículo 81 del Tratado no se aplicará durante el período comprendido entre el 1 de enero de 2001 y el 30 de junio de 2002 respecto de los acuerdos ya vigentes el 31 de diciembre de 2000 que no cumplan los requisitos de exención establecidos en el presente Reglamento pero cumplan los requisitos de exención previstos en el Reglamento (CEE) núm. 418/85.

— Comunicación de la Comisión 2000/C 291/01 sobre Directrices relativas a las Restricciones Verticales [Reglamento (CE) núm. 2790/99 de la Comisión, de 22 de diciembre, relativo a la aplicación del apartado 3 del art. 81 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas] (*DOCE* núm. C 291 de 13-10-2000, pp. 1 y ss.).

— Comunicación de la Comisión con arreglo al artículo 5 del Reglamento núm. 2821/71 del Consejo, de 20 de diciembre, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos, decisiones y prácticas concertadas (*DOCE* núm. C 118 de 27-4-2000, pp. 3 y ss.).

— Comunicación sobre Servicios de Interés General en Europa COM (2000) 580 final, 20 de septiembre de 2000 (*DOCE* núm. C 17 de 19-1-2001, pp. 4 y ss.).

http://europa.eu.int/eur-lex/es/com/cnc/2000/com2000_0580es01.pdf

— Propuesta de Reglamento (CE) del Consejo de desarrollo de las reglas sobre competencia de los artículos 81 y 82 del Tratado (modificación del Reglamento 17) [*DOCE* núm. C 365 de 19-12-2000, pp. 284 y ss., COM (2000) 582 final, 27 de septiembre de 2000].

— Propuesta de Reglamento (CE) del Consejo de modificación del Reglamento 19/65/CEE.

http://europa.eu.int/comm/competition/antitrust/com1998546_es.pdf

B. POLÍTICAS SECTORIALES

— Reglamento (CE) núm. 823/2000 de la Comisión de 19 de abril de 2000 sobre la aplicación del artículo 81-3 del Tratado a ciertas categorías de acuerdos, decisiones y prácticas concertadas entre compañías de líneas marítimas (*DOCE* núm. L 100, de 20-4-2000, pp. 24 y ss.).

— Comunicación de la Comisión sobre el acceso ilimitado al bucle local (*DOCE* núm. C 272, de 23-9-2000, pp. 55 y ss.).

— Reglamento (CE) núm. 2887/2000 del Parlamento y del Consejo, de 18 de diciembre de 2000 sobre acceso sin limitaciones al bucle local

[*DOCE* núm. L 336, de 30-12-2000, pp. 4 y ss. (la propuesta de dicho Reglamento se publica en el *DOCE* C 365, de 19-12-2000)].

— Comunicación de la Comisión sobre el *status* de la voz en Internet en Derecho comunitario y en particular bajo la Directiva 90/388/CEE (*DOCE* núm. C 369 de 22-12-2000).

— Propuesta de Directiva del Parlamento y del Consejo de modificación de la Directiva 97/67/CE, de 15 de diciembre de 1997, relativa a las normas comunes para el desarrollo del mercado interior de los servicios postales de la Comunidad y la mejora de la calidad del servicio (*DOCE* núm. C 337, de 28-11-2000, pp. 220 y ss.).

2. CONTROL DE CONCENTRACIONES

— Comunicación de la Comisión zzz en materia de soluciones aceptables bajo el Reglamento del Consejo (CEE) núm. 4064/89 y el Reglamento de la Comisión (CE) núm. 447/98 (*DOCE* núm. C 68, de 2-3-2001, p. 3).

— Comunicación de la Comisión relativa al procedimiento simplificado para el tratamiento de ciertas concentraciones bajo el Reglamento del Consejo (CEE) núm. 4064/89 (*DOCE* núm. C 217, de 29-7-2000).

3. AYUDAS DE ESTADO

— Directrices sobre ayudas estatales en el sector agrario (*DOCE* núm. C 28, de 1-2-2000, modificadas *DOCE* núm. C 232, de 12-8-2000, p. 17).

— Comunicación de la Comisión sobre la aplicación de los artículos 87 y 88 del Tratado a las ayudas estatales otorgadas en forma de garantía (*DOCE* núm. C 71, de 11-3-2000, pp. 14 y ss.).

— Comunicación de la Comisión relativa a las Directrices sobre ayudas estatales al empleo (*DOCE* núm. C 371, de 23-12-2000, p. 12).

— Corrección de errores de las Directrices sobre ayudas estatales de salvamento y de reestructuración de empresas en crisis (*DOCE* núm. C 2888, de 9-10-1999) (*DOCE* núm. C 121, de 20-4-2000, p. 29).

— Reglamento 908/2000 de la Comisión, de 2 de mayo de 2000, relativo al establecimiento de reglas detalladas para el cálculo de las ayudas concedidas por los Estados miembros a las organizaciones productoras en los sectores pesquero y del piscicultivo (*DOCE* núm. L 105, de 3-5-2000, pp. 15 y ss.).

— Notificación de la prórroga de vigencia de las directrices Comunitarias para las ayudas a la protección medioambiental (las nuevas Directrices comunitarias sobre ayudas estatales en favor del medio ambiente

se publican en *DOCE* núm. C 37, de 3-2-2001) (*DOCE* núm. C 184, de 1-7-2000, p. 25).

— Directiva 2000/52/CE de la Comisión, de 26 de julio de 2000, que modifica la Directiva 80/723/CEE relativa a la transparencia en las relaciones financieras entre Estados miembros y empresas públicas (*DOCE* núm. L 193, de 29-7-2000, pp. 75 y ss.).

— Modificación de las Directrices sobre ayudas regionales nacionales (*DOCE* núm. C 258, de 9-9-2000, p. 5).

— Notificación de la prórroga de vigencia del marco comunitario para las ayudas estatales al sector de la industria automovilística (*DOCE* núm. C 258, de 9-9-2000, p. 6).

— Propuesta de Reglamento (CE) de la Comisión relativo a la aplicación de los artículos 87 y 88 del Tratado a las ayudas estatales a las pequeñas y medianas empresas (*DOCE* núm. C 89, de 28-3-2000, pp. 15 y ss.).

— Propuesta de Reglamento (CE) de la Comisión relativo a la aplicación de los artículos 87 y 88 del Tratado a las ayudas *de minimis* (publicada como Reglamento en el *DOCE* L 10, de 13-1-2001) (*DOCE* núm. C 89, de 28-3-2000, pp. 6 y ss.).

— Propuesta de Reglamento (CE) de la Comisión relativo a la aplicación de los artículos 87 y 88 del Tratado a las ayudas a la formación (publicada como Reglamento en el *DOCE* L 10, de 13-1-2001) (*DOCE* núm. C 89, de 28-3-2000, pp. 8 y ss.).

— Propuesta de Reglamento (CE) del Parlamento y del Consejo relativo a la concesión de ayudas para la coordinación del transporte por ferrocarril, carretera y aguas interiores (publicada como Reglamento en el *DOCE* L 10, de 13-1-2001) (*DOCE* núm. C 365, de 19-12-2000, pp. 179 y ss.).

UN ACUERDO MARCO MULTILATERAL SOBRE POLÍTICA DE COMPETENCIA

(COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN EUROPEA
Y SUS ESTADOS MIEMBROS EN LA OMC)

QUINTA PARTE

DOCUMENTACIÓN

Doc. WT/REG/CTE/W/2
de 25 de septiembre de 1994
Original: inglés

En la última reunión del Grupo de Trabajo, los dos delegados
presentes que también convenientemente se reúnen regularmente
de las partes al menos de un acuerdo multilateral sobre política de
competencia. En particular, se señaló que una preferencia sería
que se le que se necesita por principio tener de la política de competencia
y por necesidades de desarrollo técnica y todo lo que
pueda a fin de que se pueda se podría tener un acuerdo
entre de la que sería partes de competencia.

La Comunidad Europea y sus Estados miembros están interesados
en la presente comunicación de la Comisión sobre las políticas multilaterales
de un acuerdo marco de la que sería partes de competencia. Para ello
se desea saber en dos aspectos:

La decisión de la Comisión de proporcionar información sobre
sus políticas multilaterales sobre política de competencia en el
Grupo de Trabajo, que podría ser de interés para los miembros y otros
de.

Los elementos de un posible acuerdo marco de la que sería partes
de competencia y cualquier otro elemento que se podría tener un
acuerdo marco de la que sería partes de competencia. Los elementos
de la que sería partes de competencia de un acuerdo marco de la que sería
partes de competencia de un acuerdo marco de la que sería partes de
competencia de un acuerdo marco de la que sería partes de competencia.

UN ACUERDO MARCO MULTILATERAL SOBRE POLÍTICA DE COMPETENCIA

(COMUNICACIÓN DE LA COMUNIDAD EUROPEA
Y SUS ESTADOS MIEMBROS EN LA OMC)

Organización Mundial del Comercio.
Grupo de Trabajo sobre la Interacción
entre Comercio y Política
de la Competencia.
Doc. WT/WGTC/W/152,
de 25 de septiembre de 2000.
Original: inglés

En la última reunión del Grupo de Trabajo, muchas delegaciones estimaron que resultaría conveniente comenzar un estudio más concreto de los posibles elementos de un acuerdo multilateral sobre política de competencia. En particular, se señaló que una puntualización más concreta de lo que se entendía por principios básicos de la política de competencia y por modalidades de cooperación ayudaría a todas las delegaciones a definir mejor qué ventajas se podrían obtener con ese posible acuerdo de la OMC sobre política de competencia.

La Comunidad Europea y sus Estados miembros desean compartir en la presente comunicación sus opiniones sobre los posibles elementos de un acuerdo marco de la OMC sobre política de competencia. Para ello, queremos subrayar dos aspectos:

— La decisión de comenzar las negociaciones sobre competencia es de naturaleza esencialmente política, y como tal, no corresponde al presente Grupo de Trabajo, cuyo mandato se limita a la preparación y análisis.

— Los elementos de un posible acuerdo futuro de la OMC sobre competencia sólo pueden determinarse como consecuencia de negociaciones multilaterales, y basándose en las aportaciones de todos los Miembros de la OMC. Los elementos mencionados en el presente documento no constituyen, por consiguiente, más que nuestras actuales ideas sobre la posible arquitectura de un acuerdo de la OMC sobre competencia. Deseáramos además reconocer que nuestras opiniones en muchas de estas cues-

tiones están influidas por las aportaciones realizadas por muchos países (tanto desarrollados como en desarrollo) a los debates sustantivos en el seno del presente Grupo de Trabajo.

En la presente comunicación se abordan los motivos que justifican un acuerdo marco vinculante de la OMC sobre política de competencia, así como su estructura y sus posibles elementos. En ella se señala que un planteamiento realista sería que dicho acuerdo se ocupase de los principios básicos del derecho y la política de competencia, de las modalidades básicas de cooperación y de la ayuda para la consolidación de las capacidades institucionales de los países en desarrollo.

1. LAS PRINCIPALES RAZONES QUE OBRAN EN FAVOR DE UN ACUERDO MARCO MULTILATERAL

En comunicaciones anteriores, así como durante los debates que han tenido lugar en el seno del Grupo de Trabajo, la Comunidad Europea y sus Estados miembros han sostenido repetidamente la necesidad de negociar un acuerdo marco multilateral sobre política de competencia en el marco de la OMC. Sin embargo, resulta conveniente resumir aquí las principales razones que obran en favor de emplear ese enfoque multilateral, así como sus ventajas.

El proceso de mundialización conlleva el peligro de que las prácticas anticompetitivas de las empresas se extiendan más allá de las fronteras nacionales. Esas prácticas probablemente reducirán las ventajas que se derivan de la liberalización del comercio y las inversiones, así como de las reformas regulatorias. Existen, *grosso modo*, tres tipos de prácticas anticompetitivas con una dimensión internacional:

— *Prácticas anticompetitivas con repercusiones similares en varios mercados y, en algunos casos, en los mercados mundiales:* el ejemplo más claro lo proporcionan los cárteles internacionales. Esos acuerdos por regla general funcionan fijando los precios y/o las cantidades y asignando mercados entre unas pocas empresas multinacionales. La importancia de esos casos que exigen la aplicación de la legislación antimonopolística ha aumentado de manera sustancial en los últimos años¹. Los cárteles internacionales pueden tener repercusiones particularmente sobre el comercio de los países en desarrollo, los cuales, mientras no haya una mejor cooperación internacional, pueden tener dificultades para aplicar su derecho nacional a esas prácticas.

¹ Se calcula, por ejemplo, que el 25 por 100 de los procesos penales antimonopolísticos sustanciados ante el Departamento de Justicia de los Estados Unidos desde 1990 eran de alcance internacional. Los procesos relativos a cárteles internacionales afectaron a empresas situadas en más de 20 países. Según un reciente informe de la OCDE («Cárteles injustificables», OCDE 2000), los cárteles descubiertos últimamente han supuesto más de 10.000 millones de dólares para el comercio de los Estados Unidos, lo cual significa que esos cárteles aplicaron recargos por un importe de miles de millones de dólares.

— *Prácticas anticompetitivas que afectan al acceso a los mercados*: los cárteles de importación, los abusos de posición dominante excluyentes (en algunos casos, por parte de empresas recientemente privatizadas), determinadas formas de acuerdos verticales y las prácticas de distribución anticompetitivas constituyen los casos más habituales de este tipo. Si bien los efectos de estas prácticas se pueden dejar sentir en un solo mercado, constituyen un motivo de preocupación para los organismos tanto de los países importadores como de los exportadores. Al mismo tiempo, en virtud de los principios generales de jurisdicción, sólo estará normalmente en situación de aplicar su derecho de la competencia el país importador.

— *Prácticas anticompetitivas cuyos efectos se producen principalmente en un mercado diferente de aquel en el cual fueron concebidas*: los ejemplos habituales en este caso son los cárteles de exportación. En sentido más amplio, en esta categoría *deberían* incluirse los casos en los cuales una empresa multinacional abusa de una posición dominante o lleva a cabo otra práctica anticompetitiva, en particular cuando esa práctica se aplica en el mercado de un país en desarrollo. Como han señalado varias delegaciones de países en desarrollo, la cooperación puede resultar especialmente necesaria en esos casos, dadas las dificultades para obtener información y el limitado poder de negociación de las autoridades del país que la recibe.

Para hacer frente a esas prácticas anticompetitivas de manera eficaz, se necesita tanto la adopción y enérgica aplicación de una política nacional de competencia como una mayor cooperación internacional, la cual incluye una dimensión bilateral, regional y multilateral. La creación de un organismo nacional encargado de la competencia, cuya potestad de ejecución se puede ir reforzando de manera progresiva sigue siendo la piedra angular, a falta de la cual un país no se hallará en situación de hacer frente a las prácticas anticompetitivas que tengan repercusiones sobre su mercado, con independencia de que éstas sean de naturaleza nacional o internacional. Resulta significativo en este aspecto que más de 80 países (que representan el 86 por 100 del comercio internacional) hayan aprobado normas relativas a la competencia, y que otros 20 países estén redactándolas. El 60 por 100 de esas normas se implantaron desde 1990, principalmente en los países en desarrollo y en transición. En esos países, la adopción de políticas de competencia se considera un complemento necesario para la reestructuración de sus economías, así como un medio de integrarlas mejor en los nuevos mercados mundiales y de lograr tasas de crecimiento más altas.

Actualmente, los organismos encargados de la aplicación de la normativa en todo el mundo tratan de resolver los problemas en materia de competencia que plantea el tipo de asuntos mencionados *supra* o bien de manera unilateral, o bien *dentro* del marco de acuerdos de cooperación bilaterales o regionales. Si bien todas esas iniciativas resultan valiosas (y deben continuar en el futuro), no proporcionan una respuesta coherente y adecuada a todos los problemas. El valor y las limitaciones de los actuales métodos se pueden resumir así:

— Los acuerdos bilaterales han demostrado ser especialmente útiles para favorecer una estrecha cooperación para la *aplicación* de la normativa entre los organismos encargados de la competencia encarga un gran número de transacciones de interés mutuo. Sin embargo, su número es muy limitado. Resulta difícil imaginar una situación en la cual puedan desarrollarse acuerdos bilaterales para favorecer la cooperación entre los más de 80 organismos encargados de la competencia, o incluso entre un número significativo de ellos. Administrar esa compleja red tendría un coste que resultaría prohibitivo para todos los organismos encargados de la competencia. Por consiguiente, si se organiza la cooperación *exclusivamente* a nivel bilateral, con toda probabilidad se desatenderán los intereses de los organismos encargados de la competencia de los países en desarrollo o de las pequeñas economías.

— La cooperación en cuestiones de competencia, a nivel regional, tiene muchas posibilidades. En varios casos se han creado instituciones encargadas de la competencia, o se está estudiando hacerlo, a nivel regional. (Es el caso no sólo de la CE, sino también, siguiendo diferentes modelos, de la CARICOM, el COMESA y el MERCOSUR.) Está claro, sin embargo, que los asuntos de competencia con una dimensión internacional no se limitan en absoluto a los países que forman parte de acuerdos regionales. Incluso la cooperación en el ámbito de la creación de capacidad probablemente resultará más eficaz si puede beneficiarse de las experiencias de países de diferentes regiones y niveles de desarrollo.

— Algunas organizaciones internacionales (la UNCTAD, el Banco Mundial, la OCDE), así como algunos donantes bilaterales, están procurando una importante asistencia técnica en los asuntos relativos a la competencia. Sin embargo, la manera en que actualmente se procura la asistencia técnica tiene graves limitaciones. A menudo las iniciativas se organizan de manera *ad hoc*, lo cual puede producir una duplicación de esfuerzos. Falta un apoyo sistemático y continuo a los países que necesitan asistencia en las diferentes fases de perfeccionamiento de un régimen de derecho de la competencia (es decir, desde la redacción de una norma hasta el establecimiento de instituciones encargadas de la competencia y la creación progresiva de capacidad para enfrentarse a casos más complejos). La cooperación en el ámbito de la política de competencia está apenas comenzando a ser reconocida como una prioridad en la esfera del desarrollo. A falta de un marco institucional adecuado, resulta difícil obtener los frutos que producen las sinergias entre la asistencia técnica y otras formas de cooperación en el ámbito de la competencia (a saber: supervisión e intercambio de experiencias; cooperación en casos concretos).

A un nivel sistémico más general, los compromisos multilaterales en el ámbito de la competencia consolidarían la función nacional de los organismos encargados de la competencia, que en muchos países carecen de influencia y de peso. También contribuiría en gran medida a la difusión de una «cultura de la competencia». Merece la pena señalar que ésta es una razón que a menudo esgrimen los organismos encargados de la

competencia de los países en desarrollo, e incluso de economías en transición y de varios miembros de la OCDE.

La cooperación resulta igualmente esencial. Entre sus funciones clave están:

— Facilitar las consultas e intercambios de información entre los organismos encargados de la competencia con *el fin* de combatir mejor la prácticas anticompetitivas de interés común.

— Regular los conflictos jurisdiccionales (o los conflictos comerciales) mediante consultas y la *aplicación* de los principios de cortesía internacional.

— Consolidar la capacidad de los organismos encargados de la competencia recién creados (o de *pequeño* tamaño), tanto mediante la asistencia técnica general como mediante la cooperación en materia de *aplicación* de legislación.

— Reducir los costes que resultan innecesarios para las transacciones comerciales internacionales mediante una mejor coordinación de las investigaciones y sanciones.

La CE está, por tanto, convencida de que un método multilateral resulta fundamental para hacer frente de manera eficaz, coherente y equilibrada a los retos en materia de política de competencia que plantea la mundialización. Un método multilateral cuidaría de garantizar:

— La atención a las necesidades de cooperación de países en todos los niveles de desarrollo.

— Un análisis equilibrado de todas las formas de prácticas anticompetitivas con una dimensión *internacional*.

— La posibilidad de desarrollar *sinergias* efectivas entre diferentes modalidades de cooperación. Por supuesto, la cooperación bilateral y regional seguirían desempeñando su función, y complementando ese acuerdo multilateral.

La negociación de un acuerdo marco multilateral *debería* basarse en el interés común de la mayoría de los Miembros de la OMC (y responder a sus necesidades). En este sentido, estimamos que ese acuerdo podría girar en torno a tres objetivos esenciales ampliamente compartidos:

— Consolidar y sostener el proceso de liberalización del comercio y las inversiones *mediante* el compromiso asumido por los países de adoptar políticas en materia de competencia que sean transparentes y no discriminatorias.

— Potenciar las capacidades de todos los países para hacer frente a las prácticas anticompetitivas con una dimensión internacional mediante modalidades de cooperación *internacional*.

— Apoyar la consolidación progresiva de las instituciones encargadas de la competencia de los países en *desarrollo*.

2. POSIBLES ELEMENTOS DE UN ACUERDO MARCO MULTILATERAL BASADO EN PRINCIPIOS BÁSICOS, COOPERACIÓN Y APOYO A LOS PAÍSES EN DESARROLLO

Las negociaciones sobre competencia en el seno de la OMC deben ser realistas y responder a los tres objetivos fundamentales mencionados *supra*. La mejor manera de lograrlo es concentrar las negociaciones en tres cuestiones clave:

- Principios básicos de la política y el derecho de la competencia nacionales.
- Modalidades de cooperación (comprendidas tanto la cooperación en casos concretos como los intercambios más generales de experiencias).
- Apoyo a la consolidación de las instituciones encargadas de la competencia de los países en desarrollo (inclusive a través de un método de asistencia técnica para la creación de capacidad más coherente y mejorado).

No se pretende con un acuerdo marco básico proporcionar una «solución» a todos los problemas que pueden derivarse de la internacionalización de las políticas de competencia, lo cual constituiría un claro ejemplo de situación en la que lo mejor resulta enemigo de lo bueno. Sin embargo, sí que debería crear una sólida base para la cooperación multilateral en políticas de competencia. Una vez que se haya creado ese acuerdo marco, un comité de política de competencia supondría un foro para examinar si se puede impulsar una mayor convergencia en otras cuestiones de política de competencia que revisten importancia para el sistema de comercio.

Por consiguiente, un acuerdo marco no supondría una armonización de las normas nacionales sobre competencia. De hecho, ese marco resulta plenamente compatible con el respeto a las diferencias de los regímenes nacionales de competencia. Sin embargo, conviene señalar que la diversidad de las normas nacionales sobre competencia, si bien es importante, no debe ser exagerada. Nunca en la historia se había producido una mayor convergencia con respecto a los elementos clave de las legislaciones y las políticas de competencia en una economía mundial. Si se estudian los casi 100 regímenes de derecho de la competencia existentes, resulta evidente que, a pesar de las diferencias en cuanto a las disposiciones sustantivas y las estructuras institucionales, existe una amplia convergencia entre otras cosas en lo siguiente:

- La necesidad de considerar a los cárteles «injustificables» como la infracción más grave a las normas nacionales sobre la competencia.
- La importancia de los principios de transparencia y no discriminación, a pesar de las diferencias de contexto institucional.
- La necesidad de definir estrechamente los sectores que quedan excluidos de la normativa sobre la competencia.

— La importancia de la función que desempeñan los organismos encargados de la competencia como promotores de la misma.

— Los principios básicos de jurisdicción nacional con respecto a las prácticas anticompetitivas con una dimensión internacional.

— La importancia de la cooperación internacional y los principios básicos que deben guiar dicha cooperación.

Todos los elementos descritos *supra* indican que existe una sólida base para establecer un acuerdo marco multilateral. Como se ha señalado previamente, el contenido de dicho acuerdo multilateral sólo puede determinarse como consecuencia de negociaciones y basándose en las aportaciones de todos los Miembros de la OMC. He aquí algunas ideas generales para contribuir al debate sobre los posibles elementos clave de ese acuerdo:

A. PRINCIPIOS BÁSICOS DEL DERECHO Y LA POLÍTICA DE COMPETENCIA

Un acuerdo sobre principios básicos contribuiría a afianzar la función que desempeñan los organismos encargados de la competencia y a crear una confianza mutua con vistas al reforzamiento de la cooperación internacional. Los principios básicos estarían asociados al marco legislativo nacional. Un método basado en principios básicos no implica armonización y puede tener en cuenta las diferencias existentes entre los ordenamientos jurídicos y las capacidades institucionales de los países. Además, esos principios pueden definirse de una manera que se haga eco de la necesidad de progresividad y flexibilidad por lo que se refiere a los compromisos asumidos por los países en desarrollo, y en particular los menos adelantados entre ellos.

Los principios básicos se pueden basar en gran parte en la transparencia y la no discriminación, que son fundamentales tanto en el sistema de comercio multilateral como en los regímenes nacionales de derecho de la competencia. Sin pretender presentar un proyecto exhaustivo, los principios básicos podrían incluir:

- a) *Acuerdo para establecer un organismo encargado de la competencia dotado de facultades suficientes en materia de aplicación de la legislación*

La cooperación internacional en materia de políticas de competencia exige la existencia de instituciones nacionales que estén dotadas de facultades claramente especificadas en materia de aplicación de la legislación para investigar y eliminar las prácticas anticompetitivas. Si bien el concepto de políticas de competencia es ciertamente más amplio que el de normativa sobre competencia, es difícil imaginar cómo se puede aplicar una política de competencia efectiva sin que existan instrumentos jurí-

dicamente exigibles para combatir la prácticas comerciales anticompetitivas. La progresividad y la flexibilidad deben constituir elementos importantes a la hora de definir este principio básico. A este respecto, algunos de los elementos que han de seguir siendo debatidos son los siguientes:

— No es necesario concebir una definición pormenorizada del alcance sustantivo de las legislaciones nacionales sobre competencia. Bastará con prever que esas legislaciones abarquen acuerdos entre empresas contrarios a la competencia (ya sean de naturaleza horizontal o vertical), así como abusos de posición dominante o monopolización. Como se señaló en anteriores comunicaciones, no nos parece, sin embargo, necesario prever que todos los países establezcan un régimen de control de las fusiones.

— En el caso de los países menos adelantados y de algunos países pequeños, la falta de un régimen nacional de derecho de la competencia puede deberse a limitaciones de capacidad. Todo compromiso de establecer un organismo nacional encargado de la competencia, por consiguiente, debería ser de naturaleza gradual. Además, es necesario definir ese compromiso de manera flexible para que las diferentes economías puedan establecer los sistemas administrativos que resulten más adecuados para sus circunstancias. Igualmente, en los casos en los que se ha establecido un régimen de derecho de la competencia a nivel regional, algunos países que forman parte del acuerdo regional (en particular, los pequeños) pueden estimar que resulta innecesario crear un régimen nacional de la competencia independiente (o partes del mismo, como el control de las fusiones).

— Dadas las diferencias entre las tradiciones jurídicas, no resultaría adecuado prever una definición pormenorizada de las facultades en materia de aplicación de la normativa atribuidas a los organismos encargados de la competencia. Como ocurre con otros Acuerdos de la OMC, bastaría con incluir una referencia general a las facultades de investigación atribuidas a los organismos encargados de la competencia y prever que se establecerán sanciones a un nivel suficientemente elevado como para tener eficacia disuasoria.

b) *La legislación sobre competencia debería basarse en el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad de las empresas*

No hace falta ni subrayar la importancia que reviste la no discriminación (tanto el trato NMF como el trato nacional) tanto para el sistema comercial multilateral como para la normativa nacional sobre competencia. De hecho, resulta difícil concebir una situación en la cual un régimen de derecho de la competencia establezca cualquier tipo de distinción basada en la nacionalidad de las empresas. Con el fin de evitar malentendidos, es importante subrayar, sin embargo, que únicamente estamos proponiendo que se defina un principio básico vinculante acerca de la

necesidad de evitar toda discriminación *de derecho* por lo que respecta al marco jurídico nacional relativo a la competencia. Por consiguiente, no estamos proponiendo aplicar en un acuerdo sobre competencia el concepto de la discriminación *de hecho*. La explicación estriba en que, en un contexto de competencia, ese concepto plantea complejas preguntas con respecto a las políticas de ejecución seguidas por los organismos encargados de la competencia; entre ellas, cómo se está aplicando el derecho de la competencia a los casos particulares.

Además, nuestra intención es definir la discriminación *de derecho* exclusivamente en relación con el régimen nacional de derecho de la competencia. No estamos proponiendo que un acuerdo sobre competencia deba tratar de establecer un criterio absoluto de trato nacional aplicable a toda forma de norma o reglamento administrativo. De igual manera, como se analiza *infra*, se debería abordar la cuestión de las exclusiones sectoriales mediante disposiciones independientes, y no mediante la simple aplicación del principio de no discriminación.

c) *La transparencia en lo que respecta al marco legislativo, incluidas todas las exclusiones sectoriales*

La transparencia constituye también un principio fundamental tanto para el sistema de comercio multilateral como para los organismos encargados de la competencia que intentan establecer una «cultura de la competencia». La transparencia de los regímenes de derecho de la competencia resulta además de enorme importancia para las empresas que actúan en el comercio internacional y para los consumidores. Hay que reconocer, sin embargo, que determinados aspectos de la transparencia pueden implicar costes administrativos y, por consiguiente, tienen repercusiones para la creación de capacidad. Al mismo tiempo, los organismos encargados de la competencia de reciente creación a menudo han afirmado que crear procedimientos transparentes constituye un requisito clave para garantizar la observancia de la ley e imponer la credibilidad con respecto a su aplicación. Esto parece indicar que un acuerdo multilateral debería basarse en niveles elevados de transparencia, pero reconociendo al mismo tiempo que puede ser necesario implantar determinados elementos de manera gradual y señalarlos como prioritarios en los programas de cooperación en materia de asistencia técnica.

La cuestión de excluir sectores de la aplicación de la normativa sobre competencia reviste gran importancia tanto desde el punto de vista de la competencia como desde el del comercio. Sin embargo, constituye un asunto muy delicado y complejo tanto para los países en desarrollo como para varios países miembros de la OCDE. Algunos países han señalado que, con el fin de lograr el consenso para establecer una normativa sobre competencia, ha resultado necesario adoptar determinadas exclusiones sectoriales, pero que éstas han sido posteriormente limitadas con el tiem-

po. De hecho, la tónica de los últimos años ha consistido en eliminar esas exclusiones o definir las en términos muy estrictos. En nuestra opinión, un método flexible consistiría en ocuparse, en la fase actual, de la cuestión de la transparencia por lo que respecta a las exclusiones sectoriales.

d) *Garantía de que se seguirá el procedimiento debido*

Como ocurre con otros Acuerdos de la OMC, las disposiciones relativas a la transparencia deberían incluir la cuestión del «procedimiento debido» y la posibilidad de obtener reparación efectiva a nivel nacional. Esto incluiría la existencia de procedimientos a través de los cuales los particulares puedan tener acceso a los organismos encargados de la competencia, la garantía de que se seguirá el procedimiento debido en las investigaciones y la aplicación de la legislación sobre competencia, normas básicas de protección de la información confidencial, un derecho de recurso contra las decisiones administrativas y una actuación del poder judicial en el procedimiento de aplicación de la legislación. Como ocurre con otros aspectos de la transparencia, puede que determinadas disposiciones tengan que incluir un aspecto relativo a la progresividad y a la creación de capacidad. Además, el equilibrio entre la función que desempeñan los organismos administrativos encargados de la competencia y la que desempeña el poder judicial exigiría reconocer las diferencias existentes entre las tradiciones jurídicas. Por ejemplo, las garantías efectivas del derecho a formular solicitudes a los organismos administrativos encargados de la competencia revisten una mayor importancia en el caso de los países en los que el acceso directo al poder judicial está sujeto a importantes limitaciones.

e) *Acuerdo para considerar a los cárteles «injustificables» como una infracción grave de la normativa en materia de competencia*

Sin pretender proponer una definición jurídica, normalmente se entiende por cárteles «injustificables» los acuerdos entre competidores efectivos o potenciales que implican fijación de precios, licitaciones fraudulentas, restricciones de producción o asignación de clientes y divisiones del mercado. Esos acuerdos horizontales producen un claro efecto de distorsión del comercio y son considerados como una grave infracción por la mayoría de los regímenes de derecho de la competencia. Un principio común por lo que respecta a los cárteles «injustificables» también contribuiría a mejorar la cooperación internacional contra los cárteles internacionales, los cuales, como se ha señalado anteriormente, constituyen la primera prioridad en la aplicación internacional de la legislación antimonopolística.

B. MODALIDADES DE COOPERACIÓN

Las disposiciones para intensificar la cooperación internacional deberían ocupar un lugar central en un acuerdo marco multilateral sobre políticas de competencia. Las modalidades de cooperación deberían ser flexibles, de manera que atendiesen a las necesidades de países que se hallan en diferentes fases de implantación de un régimen nacional de derecho de la competencia (a saber: desde la asistencia técnica para redactar una norma o consolidar las instituciones nacionales hasta los intercambios generales de experiencias y la cooperación en casos concretos).

Los debates llevados a cabo hasta ahora en el seno del Grupo de Trabajo han demostrado que, para atender a las necesidades de los países de manera efectiva, sería necesario combinar dos tipos de disposiciones en materia de cooperación:

— Disposiciones para facilitar una cooperación en casos concretos de prácticas anticompetitivas con una dimensión internacional.

— Disposiciones relativas a intercambios generales de información y experiencias, y a análisis conjuntos de las cuestiones relativas a la competencia internacional. Esta última función podría desempeñarla un comité de política de competencia que se establecería una vez que se hubiese concluido un acuerdo de la OMC.

Las disposiciones en materia de cooperación de un acuerdo sobre competencia, así como la creación de un foro multilateral para intercambiar información y experiencias resultarían de gran utilidad para todos los organismos encargados de la competencia, y en particular para los de los países en desarrollo. Solamente de esta manera sería posible lograr que los países en desarrollo participen de manera efectiva en la cooperación internacional antimonopolio. Al mismo tiempo, es necesario contemplar disposiciones que tengan por objetivo atender a las necesidades particulares de cooperación de los países en desarrollo y de las economías en transición. Esta cuestión se aborda en la siguiente sección, que se ocupa de la asistencia técnica para la creación de capacidad y la asistencia en materia de aplicación de la legislación.

Los debates en el seno del presente Grupo de Trabajo deberían contribuir a definir mejor las necesidades particulares en materia de cooperación que tienen los países y que debe abordar un acuerdo sobre competencia. Basándose en los debates celebrados hasta ahora, la CE opina que en un acuerdo de la OMC se podrían incluir los siguientes elementos clave, por supuesto sin perjuicio de un ulterior debate:

a) *Cooperación en casos concretos*

Un acuerdo multilateral sobre competencia debería incluir disposiciones para facilitar la cooperación en casos concretos de prácticas anti-

competitivas con una dimensión internacional. Esas disposiciones deberían resultar de aplicación a tres tipos de prácticas anticompetitivas mencionadas en la primera sección del presente documento, a saber:

- Prácticas que afectan a los mercados internacionales (por ejemplo, los cárteles internacionales).
- Prácticas que afectan al acceso a los mercados (por ejemplo, los cárteles de importación, o los abusos excluyentes de posición dominante).
- Prácticas que tienen repercusiones sobre un mercado distinto de aquel en el que han sido concebidas (por ejemplo, cárteles de exportación, abusos de posición dominante por parte de una empresa extranjera).

Entre las disposiciones en materia de cooperación podrían estar las siguientes:

1. Intercambios de información y pruebas relacionadas con un asunto. Una de las principales dificultades con que tropieza todo organismo encargado de la competencia al ocuparse de asuntos de carácter internacional consiste en descubrir las pruebas necesarias cuando éstas se hallan fuera de su propia jurisdicción. La posibilidad de que los organismos antimonopolio interesados en el mismo asunto cooperen intercambiando informaciones específicas o pruebas relacionadas con ese asunto reviste un gran valor. El principal obstáculo para estos intercambios lo constituyen el carácter confidencial de esa información, y las normas que limitan su utilización y divulgación. Queda claro que, con arreglo al marco multilateral proyectado, no existiría una prescripción de intercambiar información confidencial.

Sin embargo, no debe considerarse esto como una prohibición absoluta de intercambiar toda información de utilidad que no sea pública. Los organismos encargados de la competencia no actúan conforme al principio de que todo lo que no está específicamente clasificado como confidencial debe ser publicado en su sitio de la Web para que todo el mundo lo vea. Ciertas informaciones útiles referentes a hechos y a normas que pueden resultar decisivas para un organismo extranjero que se enfrenta con un asunto concreto pueden entrar en esta categoría intermedia entre lo públicamente accesible y la información confidencial. Por otro lado, incluso en el caso de la información confidencial propiamente dicha, en cada régimen antimonopolio, las normas que protegen la confidencialidad pueden no abarcar determinados aspectos concretos de la información, o no abarcarlos todavía, o no abarcarlos ya. También ocurre incluso que la información confidencial o de distribución restringida pueda ser compartida, con ciertas condiciones (por ejemplo, si la fuente de la que procede la información ha efectuado una «renuncia» especial). Hay que tener en cuenta que puede hacerse que un organismo avance más y oriente mejor sus pesquisas una vez que haya obtenido, gracias a la ayuda de un organismo de otro país, determinados datos que resultan difíciles de obtener directamente desde el extranjero.

2. Consultas e intercambios de opiniones sobre asuntos que afectan a intereses importantes de otro Miembro de la OMC. Los Miembros de

la OMC deberían estar preparados para celebrar consultas con el fin de establecer medidas que resulten mutuamente satisfactorias y provechosas en la lucha contra las prácticas anticompetitivas con una dimensión internacional. Para facilitar esas consultas, un país Miembro de la OMC debería informar a otros Miembros cuyos intereses importantes puedan verse afectados por una investigación o un procedimiento en curso en virtud de su derecho de la competencia. De igual manera, un Miembro de la OMC debería indicar a otro Miembro de la OMC la existencia de pruebas de una práctica anticompetitiva que tenga repercusiones sobre su comercio o sus inversiones y solicitar información sobre cualquier posible investigación de esas prácticas desde el punto de vista de la competencia. En el marco de las consultas, un país Miembro de la OMC puede igualmente solicitar ayuda al país de origen de una empresa multinacional extranjera en relación con una investigación en curso en materia de competencia, o solicitar información que pueda resultar valiosa para la aplicación de la ley, en relación con cárteles internacionales, de importación o de exportación.

Las consultas proporcionarán igualmente la oportunidad de intercambiar puntos de vista sobre análisis de mercados o posibles sanciones. Cuando una práctica anticompetitiva tiene repercusiones sobre varios mercados y es susceptible de provocar investigaciones paralelas en materia de competencia, los países Miembros de la OMC deberían intentar por todos los medios coordinar su acción.

Con el fin de evitar los posibles conflictos de jurisdicción, un acuerdo de la OMC podría también incluir principios de cortesía internacional negativa (es decir: un país Miembro de la OMC debería tomar en cuenta los intereses importantes y claramente manifestados de otros Miembros interesados antes de adoptar medidas).

b) *Intercambios generales de información y experiencias y análisis conjuntos: la función de un comité de competencia*

Muchos Miembros de la OMC, incluidos los países en desarrollo, han subrayado la importancia de crear un foro multilateral que facilite los intercambios generales de información y experiencias en cuestiones de interés común relativas a la aplicación del derecho de la competencia a las transacciones internacionales. Se ha señalado que, además de establecer principios básicos y facilitar la cooperación en casos concretos, la OMC puede igualmente desempeñar una función importante propiciando el diálogo sobre políticas y los análisis conjuntos, lo cual tendería a consolidar la función que desempeñan los organismos encargados de la competencia en los países Miembros de la OMC y, en particular, a favorecer la integración de los países en desarrollo en la cooperación internacional antimonopolio. Entre las ideas que se podrían estudiar a este respecto están las siguientes:

— Facilitar los intercambios de información sobre normativas, prácticas y progresos nacionales. Se podría llevar a cabo estableciendo «puntos de contacto» en el seno de los organismos encargados de la competencia de los países Miembros de la OMC, los cuales podrían facilitar el acceso a esa información a petición de otro Miembro de la OMC. Debe señalarse que los sitios en la Web de muchos organismos encargados de la competencia contienen actualmente mucha de esta información. Cuando fuese necesario, se podría proporcionar ayuda a los organismos encargados de la competencia de los países en desarrollo para organizar y facilitar el acceso a los medios electrónicos de información.

— Intercambios de experiencias y debates sobre las cuestiones de política de competencia que tengan repercusiones sobre el comercio internacional, lo cual podría incluir, por ejemplo, mayores análisis e intercambios de experiencias sobre los métodos seguidos por los organismos encargados de la competencia para luchar contra diferentes tipos de prácticas anticompetitivas que tengan repercusiones sobre el comercio internacional. También podría incluir intercambios de experiencias sobre la función de promoción de la competencia que desempeñan los organismos encargados de la competencia, o el examen de las exclusiones sectoriales. Esos análisis e intercambios de opinión podrían facilitar la convergencia gradual de los métodos seguidos por los organismos encargados de la competencia. También contribuiría a que los organismos encargados de la competencia aprovecharan la experiencia de otros.

— Exámenes voluntarios de las políticas de competencia de los Miembros llevados a cabo por homólogos, lo cual proporcionaría a los Miembros de la OMC una oportunidad de presentar sus experiencias en materia de aplicación del derecho de la competencia a las prácticas anticompetitivas con una dimensión internacional y aprovechar las observaciones de otros. Los exámenes por homólogos también dejarían margen para el debate acerca de las políticas en materia de aplicación de las normas practicadas por los Miembros. También podrían constituir una ocasión importante para señalar limitaciones de capacidad y examinar los progresos realizados en los programas de asistencia técnica.

— Análisis conjuntos y debates acerca de las cuestiones internacionales en materia de competencia que afectan a la economía mundial. Un posible instrumento para facilitar ese análisis sería la preparación de un informe periódico sobre los principales avances en materia de política de competencia que tienen repercusiones sobre la economía mundializada del planeta. Este informe podría basarse en tendencias detectadas, tomando como base los informes anuales que publican actualmente muchos organismos encargados de la competencia.

Podría desempeñar las funciones descritas *supra* un comité de política de competencia que se establecería en el seno de la OMC tras la conclusión de un acuerdo marco multilateral.

C. APOYO ESPECÍFICO A LAS INSTITUCIONES ENCARGADAS DE LA COMPETENCIA DE LOS PAÍSES EN DESARROLLO

Si bien las disposiciones en materia de cooperación expuestas *supra* resultarían de interés para todos los organismos encargados de la competencia, sería recomendable plantearse un apoyo más específico para los organismos encargados de la competencia de los países en desarrollo y de las economías en transición. Entre esas disposiciones específicas podrían estar:

— Un método de asistencia técnica para la creación de capacidad mejorado y más coordinado.

— Asistencia para la aplicación de la normativa en el caso de investigaciones en materia de competencia acometidas por países en desarrollo.

Sería en este apoyo específico donde quedaría reflejado, dentro de un acuerdo sobre competencia, el principio del trato especial y diferenciado (además de estarlo también en las disposiciones relativas a la progresividad y flexibilidad mencionadas en otras partes del presente documento).

a) *Asistencia técnica para los países en desarrollo*

En la última comunicación que presentamos al Grupo de Trabajo analizamos con cierto detalle la cuestión de la asistencia técnica. Algunos de los puntos débiles del actual método se han resumido en la primera parte del presente documento. Estamos convencidos de que la OMC puede contribuir de manera importante a lograr una mejora y mayor coordinación del método de asistencia técnica en el ámbito de la competencia. Resulta evidente, sin embargo, que esa función tendría que ser asumida en cooperación con otras organizaciones internacionales y que únicamente sería complementaria de la función principal de la OMC, que debería seguir siendo la de establecer normas vinculantes y modalidades de cooperación multilateral. A falta de una decisión para desarrollar esas normas en el seno de la OMC, poca justificación tiene concebir que realice una función en materia de asistencia técnica que vaya más allá de su actual mandato de análisis ².

Esto no significa, sin embargo, que únicamente pueda plantearse un método más coherente de asistencia técnica una vez concluido un acuerdo de la OMC en materia de competencia. La experiencia de la aplicación de los Acuerdos de la Ronda Uruguay ha demostrado que la cuestión de la creación de capacidad debe plantearse por adelantado. Por esta

² Basándose en el mandato de análisis que tiene encomendado, la Secretaría de la OMC está organizando y tomando parte en una serie de seminarios regionales para favorecer una mejor comprensión de las cuestiones que se están debatiendo en el seno del Grupo de Trabajo. La CE apoya plenamente esas actividades.

razón, la CE ha recomendado que, en los casos de nuevos acuerdos cuya aplicación pueda exigir el perfeccionamiento de capacidades nacionales, deberían prepararse métodos coordinados de asistencia técnica paralelamente a las negociaciones sobre cualquier nueva norma. Esto garantizaría que, una vez que existiese ese acuerdo, podría ponerse inmediatamente en marcha un método mejorado de asistencia técnica.

Algunos de los principios clave que podrían inspirar ese método mejorado de asistencia técnica son los siguientes:

— El compromiso inequívoco por parte de todos los interlocutores para el desarrollo de conceder un mayor apoyo a la asistencia técnica en el ámbito de la competencia y de incluir esa asistencia en los programas nacionales de desarrollo. Si bien se están realizando tentativas para integrar mejor la competencia dentro de las actividades de cooperación para el desarrollo, el «empujón» definitivo sólo lo producirá probablemente la decisión de negociar un acuerdo multilateral.

— Un método integrado de asistencia técnica que pueda garantizar un apoyo continuo y coherente a los países en desarrollo y a las economías en transición durante las diferentes fases de implantación de un régimen nacional de competencia. La asistencia técnica debería incluir, cuando se solicite, apoyo para redactar una ley y establecer un organismo encargado de la competencia, desarrollo de conocimientos especializados en el ámbito de la aplicación de la legislación, formación personal, así como apoyo para las políticas de información general, mejora de la capacidad de enfrentarse a casos «internacionales» complejos, etc. Los mecanismos de funcionamiento se deben orientar al objetivo fundamental de perfeccionar la capacidad nacional de manera continua.

— Las solicitudes relativas a la aplicación de un acuerdo de la OMC sobre competencia se deberían integrar en programas integrados de asistencia técnica en los cuales participen las organizaciones internacionales competentes y otros donantes. Sin embargo, hay que señalar que la asistencia técnica no debería limitarse a lo que estrictamente exige la aplicación. Un objetivo importante debería ser también favorecer la convergencia hacia las «mejores prácticas», así como aumentar la capacidad de los organismos nacionales para aprovechar plenamente la cooperación internacional.

— La elaboración, dentro del marco de la OMC y en colaboración con todas las organizaciones internacionales competentes, de un programa de trabajo modelo en materia de asistencia técnica para la creación de capacidad en el ámbito de la competencia. Los elementos clave de ese programa de trabajo podrían incluir el inventario de la asistencia técnica que se está llevando a cabo, la evaluación de las necesidades impulsadas por la demanda, actuaciones y procedimientos de control y valoración coordinados e integrados.

Este método mejorado de asistencia técnica únicamente puede funcionar si se asume un sólido compromiso de conceder una mayor prioridad a la cooperación en el ámbito de la competencia y a la mejora de la

coordinación. Un acuerdo de la OMC sobre competencia desempeñaría una función catalizadora a este respecto. Obviamente, la Secretaría de la OMC necesitaría trabajar en estrecha colaboración con la UNCTAD, el Banco Mundial y otras organizaciones con experiencia en el ámbito de la competencia.

b) *Asistencia en materia de aplicación de la normativa a los países en desarrollo*

Los bisoños organismos encargados de la competencia de los países en desarrollo necesitarán con toda probabilidad que organismos con mayor experiencia les presten asistencia para aplicar la legislación. Dejando de lado los aspectos que no guardan relación con asuntos antimonopolio específicos (como, por ejemplo, la formación en técnicas de investigación y de recopilación de información, los problemas del proceso debido y el acceso a los expedientes, etc.), que pueden abordarse dentro del marco general de la asistencia técnica, existen fundamentalmente dos situaciones en las que se puede prever la asistencia para la aplicación de la normativa en un caso concreto:

— Procurar información a un país en desarrollo afectado por una práctica anticompetitiva (por ejemplo, un cártel internacional o una actividad de una empresa multinacional) que resulta ilegal de conformidad con sus normas en materia de competencia y que está distorsionando gravemente la competencia en su mercado, poniendo en su conocimiento la existencia de la práctica y ayudándole a emprender investigaciones. Puede resultar bastante útil, pero debe hacerse respetando las disposiciones en materia de confidencialidad del país que dispone de la información.

— Posibilitar a un país en desarrollo que se convierte en el objetivo de prácticas anticompetitivas organizadas desde el extranjero que solicite al país o países en que se originen esas prácticas, o en que las empresas de las que se sospecha que realizan actividades anticompetitivas tengan su sede principal, que adopten medidas para remediar la situación o que reaccionen ante los problemas del país solicitante.

Por supuesto, quedaría entendido que la responsabilidad en cuanto a la aplicación de la normativa corresponde al país que tenga jurisdicción directa sobre las prácticas anticompetitivas en cuestión, y que la asistencia para la aplicación de la normativa seguiría siendo de naturaleza voluntaria, es decir, que tendría que resultar compatible con las prioridades en materia de aplicación de la legislación, los intereses importantes y los recursos disponibles del país al que se solicite. Por supuesto, los países se comprometerían a celebrar consultas y prestar oído atento a esas solicitudes. La asistencia para la aplicación de la normativa en principio podría estar abierta a todos los países Miembros de la OMC, si bien esas prestaciones probablemente revestirán particular interés para los países

en desarrollo. La CE estaría interesada en seguir debatiendo y recibiendo opiniones sobre esta cuestión, incluidas recomendaciones sobre modalidades específicas para satisfacer las necesidades particulares de los países en desarrollo.

ANEXO

RESUMEN DE LOS POSIBLES ELEMENTOS DE UN ACUERDO MARCO MULTILATERAL VINCULANTE SOBRE POLÍTICA DE COMPETENCIA

1. *Principios básicos del derecho y la política de competencia*

— Acuerdo para establecer un organismo encargado de la competencia dotado de facultades suficientes en materia de aplicación de la legislación.

— Legislación sobre competencia que se base en el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad de las empresas.

— Transparencia en lo que respecta al marco legislativo, incluidas todas las exclusiones sectoriales.

— Garantía de que se seguirá el procedimiento debido.

— Acuerdo para considerar a los cárteles «injustificables» como una infracción grave de la legislación sobre competencia.

2. *Modalidades de cooperación*

— Cooperación en casos concretos de prácticas anticompetitivas con una dimensión internacional:

• Intercambios de información.

• Consultas e intercambios de opiniones sobre los asuntos que afectan a los intereses importantes de otro Miembro de la OMC.

— Intercambios generales de información y experiencias:

• Facilitar los intercambios de información sobre normativas, prácticas y progresos nacionales.

• Intercambios de experiencias y debates sobre cuestiones de política de competencia con repercusiones sobre el comercio internacional.

• Exámenes voluntarios de las políticas de competencia de los Miembros llevados a cabo por «homólogos».

• Análisis conjuntos y debates sobre las cuestiones internacionales en materia de competencia que afecten a la economía mundial.

3. *Apoyo específico a las instituciones encargadas de la competencia de los países en desarrollo*

— Método de asistencia técnica para la creación de capacidad mejorado y más coordinado. Elaboración de un programa de trabajo de la OMC que incluya:

- Inventario.
- Evaluación de las necesidades impulsadas por la demanda.
- Actuaciones coordinadas e integradas.
- Control y valoración.

— Asistencia en materia de aplicación de la normativa a los países en desarrollo.

PAR UNA CULTURA DE LA COMPETENCIA
 CUESTIONES RELATIVAS A LA CREACIÓN
 DE UN ORGANISMO INTERGUBERNAMENTAL
 (COMUNICACIÓN DE LOS ESTADOS MIEMBROS DE AMÉRICA
 EN LA OMC)

Organización Mundial del Comercio
 Grupo de Trabajo sobre la Intercambia-
 ción Comercio y Política
 de la Cooperación
 Doc. WT/WGTCP/W/142
 de 3 de agosto de 2006
 Original: inglés

1. INTRODUCCIÓN

Este es un informe de debate preparado voluntariamente por este Grupo de Trabajo (en adelante, el Grupo) y acordado por el Consejo General en diciembre de 1996. Igualmente, el informe tiene por objetivo la cooperación y la comunicación entre los Miembros, tanto en el campo de la cooperación técnica, como por el comercio, en el marco de un acuerdo a los principios expuestos al respecto en algunas partes del plan programático de cooperación e integración regional, en particular en el contexto de la implementación de dicho programa y comunicación mediante la presentación de algunas observaciones sobre la formulación y la aplicación de leyes, normas y políticas de cooperación, que representan un nivel de actividad, en particular para los Miembros que tienen una experiencia limitada en la materia.

En reuniones sucesivas, el Grupo definió los beneficios y problemas inherentes a la aplicación de leyes, normas y políticas de cooperación. Dicho debate se detalla en el documento de trabajo sobre la relación de la política comercial y la política de cooperación con el desarrollo y el crecimiento, preparado por el Grupo en 1997.¹ En paralelo,

¹ El análisis de debate que tuvo lugar en el [Grupo] acerca de los resultados obtenidos a la relación de la política comercial y la política de cooperación

CREAR UNA CULTURA DE LA COMPETENCIA: CUESTIONES RELATIVAS A LA CREACIÓN DE UN ORGANISMO *ANTITRUST* EFICAZ

(COMUNICACIÓN DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA
EN LA OMC)

Organización Mundial del Comercio.
Grupo de Trabajo sobre la Interacción
entre Comercio y Política
de la Competencia.
Doc. WT/WGTCP/W/142,
de 3 de agosto de 2000.
Original: inglés

1. INTRODUCCIÓN

Entre los tres ámbitos de debate principales seleccionados por este Grupo de Trabajo (en adelante, el Grupo) y confirmados por el Consejo General en diciembre de 1998, figuran los «enfoques para promover la cooperación y la comunicación entre los Miembros, incluso en el campo de la cooperación técnica». Aunque este documento no se refiere en sentido estricto a un «enfoque» específico ni recomienda alguno en particular para promover la cooperación o la comunicación, su finalidad es contribuir a la instauración de dichas cooperación y comunicación mediante la presentación de algunas observaciones sobre la formulación y la aplicación de leyes *antitrust* y políticas de competencia, que esperamos serán de utilidad, en particular para los Miembros que tienen una experiencia limitada en la materia.

En reuniones anteriores, el Grupo debatió los beneficios y problemas inherentes a la aplicación de diversos tipos de políticas de competencia. Dicho debate se detalla en el documento de síntesis sobre la relación de la política comercial y la política de competencia con el desarrollo y el crecimiento, preparado por el Grupo en 1998¹. En resumen:

El amplio debate que tuvo lugar en el [Grupo] acerca de las cuestiones vinculadas a la relación de la política comercial y la política de competencia

¹ WT/WGTCP/W/80 (18 de septiembre de 1998) (documento de síntesis de la Secretaría).

con el desarrollo y el crecimiento económico refleja los importantes cambios que se han producido en el marco nacional jurídico y político de los Miembros. En el decenio transcurrido, muchos países en desarrollo y países en transición han adoptado o reforzado una legislación nacional sobre competencia y las políticas para hacerla cumplir. En muchos casos, esto ha formado parte de un conjunto más amplio de reformas políticas orientadas al mercado. Por otro lado, varios países, particularmente en Asia y África, todavía no se sienten en condiciones de adoptar una legislación global sobre competencia (aunque hayan adoptado, al menos algunos de ellos, ciertos elementos de una política de competencia) ².

En esta presentación, los Estados Unidos estudian algunos de los aspectos que deberían examinarse cuando un Miembro decide promulgar una ley *antitrust* y crear un organismo *antitrust* encargado de hacerla cumplir. No prejuzgamos con respecto a si todos los Miembros *deberían* promulgar una ley *antitrust*. De hecho, analizaremos formas en que cada Miembro puede comenzar a desarrollar una «cultura de la competencia», sin tener una legislación *antitrust*. (Como se explica en el documento de síntesis de la Secretaría, la creación de una «cultura de la competencia», un concepto que debemos a nuestros colegas latinoamericanos que trabajan en el campo de las normas *antitrust*, implica «un proceso de educación del público para facilitar la aceptación de los principios de la política de competencia como elemento central de una política económica nacional, tanto a nivel político como en el seno de la comunidad empresarial del país» ³.) Pero partimos del supuesto, basado en la experiencia de numerosos Miembros, de que la mera promulgación formal de una ley *antitrust* tiene muy poco valor en sí misma. Tampoco basta para crear una cultura de la competencia con disponer de estructuras jurídicas, incluso aunque funcionen de manera satisfactoria. Para poder garantizar la adopción exitosa y el mantenimiento de políticas que favorezcan la competencia a todos los niveles de la economía, la sociedad entera, con inclusión del Gobierno, el sector empresarial, los consumidores y el mundo académico, debe comprender y respaldar los valores que sustentan la competencia.

Tomando como base la experiencia de una gran cantidad de Miembros y con el propósito de contribuir a un útil debate en las reuniones que celebrará el Grupo este año, examinamos a continuación algunos de los problemas y oportunidades percibidos por los Miembros que intentan desarrollar y/o mantener una cultura de la competencia en sus respectivas economías nacionales.

² *Id.*, párrafo 3.

³ *Id.*, párrafo 48.

2. ALGUNAS CUESTIONES PLANTEADAS EN LA REDACCIÓN DE UNA LEY *ANTITRUST*

A. DISPOSICIONES SUSTANTIVAS: OBJETIVOS, ALCANCE Y COBERTURA

Están en vigor actualmente en todo el mundo alrededor de 85 leyes *antitrust*, que proporcionan múltiples modelos de redacción de un texto legislativo y en los que podrían basarse los Miembros al promulgar sus propias leyes nuevas o al enmendar las vigentes. Casi todas las leyes *antitrust* incluyen, de una u otra forma, cuatro elementos sustantivos básicos: disposiciones relativas, respectivamente, a acuerdos entre dos o más competidores («acuerdos horizontales»); acuerdos entre productores y distribuidores («restricciones verticales»); abusos de posición dominante o de monopolización ilegal; y fusiones anticompetitivas⁴. Esta aparente convergencia con respecto a aspectos sustantivos generales oculta, empero, una amplia gama de opiniones singularmente divergentes entre las naciones con respecto a los objetivos propiamente dichos de las leyes *antitrust*.

Los objetivos de las leyes *antitrust* pueden formularse con arreglo a diversos enfoques. Una asamblea legislativa puede definir un objetivo único en pocas palabras, como se hace en la Ley *Antitrust* de México: «... Esta ley tiene por objeto proteger el proceso de competencia y libre concurrencia, mediante la prevención y la eliminación de monopolios, prácticas monopólicas y demás restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados de bienes y servicios»⁵. Una asamblea legislativa puede especificar una serie de objetivos, como sucede en la ley canadiense⁶. En los Estados Unidos, la legislatura puede referirse muy someramente a los objetivos y, en cambio, suministrar abundante texto jurídico general y otros elementos sobre su finalidad legislativa, que permitirán a los organismos *antitrust* y a los tribunales enunciar con el tiempo, respectivamente, políticas de observancia apropiadas e interpretaciones legales⁷.

⁴ Véase, por ejemplo, el Informe Anual 1997 de la OMC, capítulo especial: El comercio y la política de competencia (1997) (Estudio especial de la Secretaría). Existen importantes excepciones a esta lista de elementos sustantivos. Por ejemplo, la Ley *Antitrust* del Perú no prohíbe las fusiones anticompetitivas como tales y la Ley *Antitrust* de Argentina recién lo hizo después de su enmienda, en 1999. Por su parte, la Ley Federal de Competencia Económica de México no contiene ninguna disposición directamente relacionada con el abuso de posición dominante o de monopolización ilegal (si bien dicha conducta puede ser sancionada en virtud de otros textos legislativos).

⁵ Artículo 2 de la Ley Federal de Competencia Económica de México.

⁶ La sección 1.1 de la Ley de competencia del Canadá (1986) dispone: «La presente Ley tiene por objeto mantener y fomentar la competencia en Canadá, a fin de promover la eficacia y la adaptabilidad de la economía canadiense, para incrementar las oportunidades de participación del país en los mercados mundiales y, al mismo tiempo, asignar el debido valor a la función de la competencia extranjera en el Canadá, con objeto de garantizar que todas las pequeñas y medianas empresas tengan una oportunidad equitativa de participar en la economía canadiense y suministrar a los consumidores precios competitivos y una gama de productos entre los que elegir.»

⁷ Como especifican las Directrices de aplicación de la doctrina *antitrust* a las operaciones internacionales de los organismos estadounidenses de *antitrust* de 1995 (p. 1): «Durante más de un siglo,

Algo aún más importante es la gran diversidad de puntos de vista con respecto a la naturaleza de los objetivos *antitrust* apropiados. En un estudio realizado en 1997 la Secretaría de la OMC observó que «... en el nivel más básico, un objetivo central de la política de competencia en la mayoría de los países... es mantener un grado saludable de rivalidad entre las empresas en los mercados de bienes y servicios»⁸. Pero la Secretaría identificó ulteriormente por lo menos otros diez «objetivos más amplios» que aparecen en algunas leyes *antitrust*, que van de «la promoción del comercio y la integración dentro de una unión económica o una zona de libre comercio» a «proteger las oportunidades para las pequeñas y medianas empresas»⁹. Asimismo, periódicamente, las asambleas legislativas determinan objetivos adicionales; por ejemplo, el preámbulo a la Ley sobre competencia de Sudáfrica de 1998 dispone que uno de los objetivos de la Ley es «brindar a todos los sudafricanos las mismas oportunidades de participar de manera equitativa en la economía nacional». En otras palabras, un Miembro que elabora una ley *antitrust* debe reflexionar detenidamente sobre los objetivos que desea alcanzar.

Debe adoptarse una decisión con respecto a otra opción política básica conexas, a saber, el alcance y la cobertura de una nueva ley *antitrust*. Muy pocas leyes *antitrust* abarcan todos los aspectos de una economía nacional. En los Estados Unidos, por ejemplo, las leyes *antitrust* se aplican a la conducta privada, salvo que algún sector económico específico o un tipo de actividad comercial determinado sea objeto de una exención específica. Pero en algunos casos el Congreso estadounidense determinó que la ley

las leyes *antitrust* estadounidenses constituyeron la protección primordial del proceso de competencia subyacente en nuestra economía de librecambio. En ese proceso, que promueve la posibilidad de elección de consumidores y precios competitivos, la sociedad entera se ve beneficiada por la mejor asignación posible de los recursos.»

O, como explicaba recientemente el Director de la División *Antitrust* del Departamento de Justicia: «Los principios básicos de la doctrina *antitrust* fueron, de hecho, escritos por Adam Smith hace más de dos siglos: que son los mercados libres y competitivos los que llevan al máximo desarrollo económico, a la creación de riquezas y al bienestar del consumidor, pero que sin una adecuada supervisión de los poderes públicos los mercados no seguirán siendo siempre libres y competitivos. Finalmente, cuando se habla de *antitrust* se está hablando de poder de mercado —algo que comprensiblemente cada sector de actividad desea alcanzary de los límites para obtenerlo, mantenerlo y ampliarlo.» J. KLEIN, «Rethinking *Antitrust* Policies for the New Economy» (9 de mayo de 2000), p. 2 de la versión inglesa, disponible en línea en <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/4707.htm>.

⁸ Estudio especial de la Secretaría, *supra*, núm. 1-11. Véase el documento de antecedentes de la Secretaría de la OMC relativo a los principios fundamentales de la política de competencia, WT/WGTC/W/127 (7 de junio de 1999), párrafos 15 a 20.

⁹ *Id.*, Ignacio de León, Superintendente del organismo *antitrust* de Venezuela, explicó: «La teoría económica dista mucho de haber dirimido la cuestión relativa a la noción de competencia. Ello hace que los académicos disientan con respecto a las dos cuestiones teóricas esenciales que perfilan tanto las normas de competencia como la aplicación de políticas. La primera fuente de desacuerdo se refiere a la naturaleza de la conducta comercial que debería considerarse restrictiva para el comercio público o privado, o ambos. La segunda se refiere a la dificultad de incluir en la noción de competencia convencional ciertas prácticas comerciales que al parecer restringen a corto plazo la rivalidad entre los competidores pero que a largo plazo promueven el descubrimiento de nuevos productos.» I. DE LEÓN, «International Competition Policy from the Perspective of Developing Countries» (1998), pp. 4 y 5, en *apéndice* a la transcripción de las Audiencias del Comité Consultivo de Políticas de Competencia Internacional (ICPAC) de noviembre de 1998.

antitrust debía ser desplazada por la reglamentación, suministrando de ese modo una inmunidad *antitrust* explícita; incluso cuando no hay inmunidad explícita, puede ser necesario establecer una exención implícita para preservar la integridad de un régimen regulador¹⁰. Asimismo hay exenciones previstas en las leyes *antitrust* estadounidenses y de otros países en situaciones que entrañan ciertos tipos de acción gubernamental; asimismo, a menudo las leyes *antitrust* incluyen una o más exenciones sectoriales, cuando se estima inapropiado aplicar leyes *antitrust*. Con frecuencia se citan como ejemplos en la ley *antitrust* estadounidense algunas actividades del béisbol profesional y del sector de los seguros¹¹. Por último, las leyes de muchos Miembros (aunque no los Estados Unidos) permiten a los organismos *antitrust* conceder exenciones en determinadas transacciones sobre una base individual o colectiva. Por consiguiente, al preparar nuevas leyes *antitrust* los Miembros deberían reflexionar cuidadosamente sobre si las disciplinas *antitrust* deben ser desplazadas por otras medidas, y hasta qué punto. Aunque hay amplio consenso en que las exenciones *antitrust* deberían reducirse a un mínimo si un país desea aprovechar plenamente los beneficios de una economía de mercado moderna, quizá haya mucho menos acuerdo en lo que respecta al alcance y a la cobertura apropiados de las leyes *antitrust* en un contexto nacional específico¹².

Por último, esas decisiones no tienen por qué ser únicas y definitivas. Muchos Miembros revisan con frecuencia sus leyes *antitrust* para cerciorarse de que son salvaguardias eficaces de la competencia en la actual economía mundial globalizada¹³. En los últimos años docenas de Miembros modificaron sus leyes *antitrust* en algún sentido a fin de reflejar la nueva doctrina económica, subsanar las carencias percibidas (por ejemplo, abrogar exenciones *antitrust* en sectores recientemente desregulados, como sucedió en los Estados Unidos y otros países), dirimir cuestiones de procedimiento, incrementar las capacidades de investigación, establecer sanciones más eficaces en caso de comportamiento anticompetitivo y/o aumentar la conformidad de su legislación con la de países vecinos¹⁴. Según observó un alto funcionario del Departamento de Justicia estadounidense en un simposio OMC/UNCTAD/Banco Mundial celebrado el año pasado, al hablar de la experiencia estadounidense relativa a la evolución de la percepción de las leyes *antitrust*:

¹⁰ Véase la comunicación de los Estados Unidos, «Repercusiones de las prácticas normativas, los monopolios de Estado y los derechos exclusivos sobre la competencia y el comercio internacional», WT/WGTCP/W/83 (28 de julio de 1998), pp. 3 y 4.

¹¹ Véase OCDE, *Antitrust and Market Access: The Scope and Coverage of Competition Laws and Implications for Trade* (1996), que incluye una exhaustiva reseña del alcance y la cobertura de la legislación *antitrust* en los países miembros de la OCDE.

¹² Véase, por ejemplo, el Estudio especial de la Secretaría, *supra*, núm. 4, pp. 19 y 20.

¹³ Por ejemplo, la Comisión Europea propuso el año pasado cambios significativos en sus reglas de competencia sustantivas y de procedimiento. Véase, por ejemplo, Comisario Mario MONTI, «Modernisation of EU Competition Rules» (2 de marzo de 2000), disponible en el sitio Web de la DG de Competencia: <http://europa.eu.int/comm/dg04/index>.

¹⁴ Véase, por ejemplo, R. PITTMAN, «Competition Law in Central and Eastern Europe: Five Years Later», 43, *Antitrust Bull.*, 179 (1998).

A medida que nuestros Tribunales y organismos *antitrust* acumulan conocimientos sobre las repercusiones económicas de determinadas interpretaciones de nuestras leyes *antitrust* vamos abandonando políticas que, con arreglo a la experiencia adquirida, no promueven el bienestar del consumidor y adoptamos otras que nos parecen más adecuadas para alcanzar ese objetivo. Ese proceso continuará a medida que nuestra economía vaya evolucionando y progresen nuestros conocimientos de la economía¹⁵.

De hecho, algunos Miembros (como los Países Bajos, Sudáfrica y el Reino Unido) sustituyeron recientemente en su totalidad o en gran medida sus leyes *antitrust* antiguas por otras nuevas, y ello por todas o algunas de las razones arriba expuestas.

B. DISPOSICIONES INSTITUCIONALES

Salvo que la promulgación de una ley *antitrust* sea un acto puramente simbólico, cada Miembro deberá establecer un organismo *antitrust* para hacer cumplir la ley y establecer, hasta cierto punto, los procedimientos a los que se ajustará dicho organismo, su proceso de toma de decisiones, las sanciones previstas por la ley, los derechos que tendrán los ciudadanos y las empresas con respecto a la ley y el derecho de recurrir las actuaciones del organismo ante los Tribunales. Estas cuestiones institucionales plantean consideraciones importantes que deben resolverse satisfactoriamente para garantizar la eficacia tanto de la ley *antitrust* como del organismo *antitrust*. Contrariamente a lo dicho con respecto a cuestiones de política económica más generales, esas decisiones institucionales deberían adoptarse teniendo en cuenta la cultura política y jurídica particular de cada país. Una estructura organizativa que resulta eficaz en una cultura política determinada puede fracasar en otra, así como las técnicas jurídicas que funcionan adecuadamente en un país pueden resultar ineficaces en otro.

Con respecto a su organización, los organismos *antitrust* son en su mayoría organismos administrativos con poder de decisión, aunque algunos (como el Departamento de Justicia de los Estados Unidos) pueden incoar acciones ante los Tribunales para solicitar la aplicación de medidas correctivas¹⁶. Asimismo, algunos organismos *antitrust* (como la Comisión Federal del Comercio de los Estados Unidos) son órganos colegiados mientras que otros tienen un solo director, responsable de la toma de decisiones. Las decisiones básicas sobre organización tienden a variar según las culturas políticas y jurídicas del país en cuestión y ninguna decisión en ese sentido, una vez adoptada, genera controversias considerables.

Pasando a una cuestión más problemática, suele haber acuerdo en que los organismos *antitrust* (al igual que otros organismos encargados

¹⁵ D. MELAMED, «International Cooperation in Competition Law and Policy: What Can Be Achieved at the Bilateral, Regional and Multilateral Levels» (17 de abril de 1999), p. 16.

¹⁶ En algunos países con organismos *antitrust* de tipo administrativo, como el Canadá y el Japón, las infracciones penales a la ley *antitrust*, como la fijación de precios, son instruidas por el Ministerio Público ante los Tribunales y no ante el organismo nacional competente.

de hacer cumplir la ley) deben ser «independientes», es decir, que sus acciones deben basarse en los hechos y en la ley más que en consideraciones políticas, y en que no deben discriminar en favor de empresas locales o contra empresas extranjeras¹⁷. Pero hay mucho menos acuerdo con respecto a la forma en que debería concretarse esto como elemento de la organización o sobre si un organismo totalmente desconectado del resto del Gobierno dispondrá de la financiación adecuada, logrará que su opinión en cuestiones de competencia sea respetada por otras dependencias gubernamentales o cumplirá debidamente sus responsabilidades en una sociedad democrática. Por lo tanto, mientras que algunos organismos *antitrust* —quizá la mayoría— tienen una organización en cierto grado independiente¹⁸, muchos otros forman parte de manera inequívoca de la rama ejecutiva del Gobierno¹⁹. De hecho, la sorprendente (y persistente) multiplicidad de formas de organización adoptadas por los organismos *antitrust* de muchos países²⁰ parece indicar que hay pocas pautas claras sobre la manera en que deberían relacionarse formalmente con las demás instancias del Gobierno²¹.

Otro aspecto importante de la elaboración de una ley *antitrust* es cómo suministrar medios a las personas privadas (tanto nacionales como extranjeras) perjudicadas por una conducta anticompetitiva para obtener reparación, sea del nuevo organismo *antitrust*, sea de los Tribunales. Los métodos para hacerlo varían considerablemente entre los diversos países y sistemas jurídicos. En Australia, los Estados Unidos y Nueva Zelanda, por ejemplo, existen recursos bien desarrollados a disposición de las personas que estiman haber sido víctimas de una conducta anticompetitiva; esos derechos son independientes de cualquier acción incoada por los organismos *antitrust*²². Los derechos de ese tipo no existen o son mucho

¹⁷ Hasta el momento, los debates en el Grupo parecen indicar que los organismos *antitrust* suelen aplicar políticas de observancia no discriminatorias. Véase el documento de la Secretaría de la OMC sobre Principios fundamentales *supra*, párrafo 39; el documento de los Estados Unidos, Pertinencia de los principios fundamentales de la OMC para la política de competencia, WT/WGTCP/W/131 (junio de 1999), pp. 6-11. Comunicación de la UE, «La pertinencia de los principios fundamentales de la OMC de trato nacional, transparencia y trato de la nación más favorecida con respecto a la política de competencia y viceversa» WT/WGTCP/W/115 (25 de mayo de 1999).

¹⁸ Por ejemplo, la Comisión Federal del Comercio de los Estados Unidos y los organismos *antitrust* de Alemania, Australia, el Canadá, el Japón, México, Polonia, Sudáfrica y Venezuela.

¹⁹ Por ejemplo, el Departamento de Justicia de los Estados Unidos, los tres organismos *antitrust* del Brasil, la DG de Competencia de la UE, la DGCCRF de Francia y la *Office of Fair Trading* del Reino Unido.

²⁰ Por ejemplo, el Brasil, España, los Estados Unidos, Francia, Portugal y el Reino Unido.

²¹ Véase W. KOVACIC, «Getting Started: Creating New Competition Policy Institutions in Transition Economies», 23 *Brooklyn J. Int'l L.*, 403, 424 (1997).

²² Los recursos privados en cuestiones *antitrust* en los Estados Unidos se examinan en detalle en I American Bar Association, *Antitrust Law Developments (Fourth)*, 757-926 (1997). Véase R. J. ROBERTS, «International Comparative Analysis of Private Rights of Access» (18 de abril de 2000) un estudio encomendado por el Canadian Competition Bureau, disponible en el sitio Web del Bureau en <http://strategis.ic.gc.ca/SSG/ct01713e.html> (compara los derechos de recurso privado en Australia, los Estados Unidos, Irlanda, Nueva Zelanda y el Reino Unido).

más limitados en la mayoría de los demás países²³. En cambio, muchas leyes *antitrust* establecen procedimientos en virtud de los cuales las personas privadas pueden presentar una reclamación al organismo *antitrust* por presunta conducta ilegal. Evidentemente, las decisiones dependen en parte del sistema jurídico general y de la cultura del país en cuestión; por lo que se refiere a los nuevos recursos jurídicos propuestos deben tenerse siempre en cuenta las características generales del sistema de litigación privada aplicado en el país para determinar si un derecho de recurso privado particular puede ser efectivo.

Al promulgar una ley *antitrust* y establecer un organismo *antitrust* deben examinarse muchas otras cuestiones de índole institucional. Éstas incluyen, entre otras, establecer un proceso de toma de decisiones para cuestiones *antitrust* junto con un proceso apropiado de supervisión judicial de las acciones de los organismos *antitrust*; asegurar que el organismo *antitrust* disponga de facultades para acopiar la información necesaria; y cerciorarse de que el organismo *antitrust* dispone de recursos eficaces si determina que ha habido infracción de la ley. Todas las cuestiones mencionadas son complejas y la solución concebida por un Miembro que elabora una ley *antitrust* reflejará necesariamente el sistema jurídico y la cultura en la que debe funcionar el organismo, teniendo en cuenta la experiencia de otros sistemas y jurisdicciones. Dejaremos para otro momento el examen detallado de estos aspectos y abordaremos a continuación algunos problemas prácticos que enfrenta un nuevo organismo *antitrust* (o, en su defecto, el Gobierno) al comenzar a crear una cultura de la competencia en una economía en desarrollo o en transición.

3. EL ESTABLECIMIENTO DE UN ORGANISMO ANTITRUST

A. FINANCIACIÓN, TAMAÑO, CONTRATACIÓN Y CONSERVACIÓN DE FUNCIONARIOS CALIFICADOS

Una vez que un Miembro ha promulgado una ley *antitrust* y creado el marco estatutario necesario para el establecimiento y funcionamiento de un organismo *antitrust*, el nuevo organismo (y el Gobierno en su totalidad) deberá hacer frente a una serie de cuestiones prácticas complejas. A continuación analizaremos algunas de las más importantes²⁴.

²³ Las leyes *antitrust* del Japón, el Perú y Tailandia, por ejemplo, prevén derechos de recurso privado en determinados casos. Véase, por ejemplo, H. IYORI & A. UESUGI, *The Antimonopoly Laws and Policies of Japan*, 238-245 (1994) (Japón); B. BOZA (ed.), *Doing Business in Peru: the New Legal Framework*, 289 (2.^a ed., 1994) (Perú); S. SUPANIT, «Thailand: Implementation of Competition Law», 27 *Int'l Bus. Law*, 497 (1999). El Japón modificó su ley *antitrust* el mes pasado para conferir a las personas privadas el derecho de solicitar en determinados casos reparación por mandato judicial, además del derecho a solicitar las reparaciones previstas desde hace mucho tiempo por la legislación japonesa.

²⁴ Se dispone de una literatura considerable sobre los problemas prácticos que enfrentan los nuevos organismos *antitrust*. Por ejemplo, D. BAKER, «Building a Competition Law that Works», *Global Comp. Rev.* (octubre-noviembre de 1999), 23 (1999); KOVACIC, «Getting Started», *supra*

La creación de un organismo sobre el papel es una cosa; suministrarle los recursos necesarios para que pueda desempeñar adecuadamente sus funciones es otra, en particular en un mundo en que los recursos públicos suelen ser limitados. Por supuesto, los problemas de financiación son particularmente agudos en economías en desarrollo y en transición, cuestión ésta que ya se ha examinado en reuniones anteriores de este Grupo y en simposios de la OMC sobre temas afines²⁵. Además, los nuevos organismos *antitrust* son, por definición, «nuevos». Por consiguiente, los recursos financieros que se les asignan deben proceder en general de programas existentes o de nuevas fuentes, una tarea difícil en cualquier caso y que tenderá a limitar los recursos que puede esperar el nuevo organismo *antitrust*. Algunos países han procurado aumentar los recursos suministrados a los organismos *antitrust* hallando fuentes especiales de financiación. Una posibilidad sería establecer «derechos de utilización». Por ejemplo, durante algunos años los fondos asignados a los organismos *antitrust* estadounidenses provenían de los aranceles de declaración de notificación previa a una fusión percibidos por los organismos (si bien una gran parte de dichos aranceles se utilizan para otros fines públicos). Algunos países (como Rumania) aplican derechos de utilización para tramitar las solicitudes de exenciones en determinadas transacciones. Otros países, han asignado a los organismos *antitrust* una parte de las multas que se recaudan cuando se aplican sanciones. Un problema de este mecanismo de financiación es que puede constituir un incentivo para que el organismo *antitrust* incoe acciones inadecuadas a fin de aumentar sus fondos presupuestarios, por lo que independientemente de la veracidad de esa afirmación en casos específicos el público (incluida la comunidad empresarial) podría tener la impresión de que ello influye en muchas de las acciones del organismo²⁶. En cualquier caso, la financiación influirá sobre prácticamente todas las cuestiones importantes que deberá examinar un nuevo organismo *antitrust*.

Una de las primeras tareas de la dirección de un nuevo organismo *antitrust* es determinar el número de efectivos y sus calificaciones. Tampoco en este caso, el examen de los organismos existentes en todo el

núm. 21; W. KOVACIC, «Perilous Beginnings: the Establishment of Antimonopoly and Consumer Protection Programs in the Republic of Georgia», 43 *Antitrust Bull.*, 15 (1998); OECD, *Competition Law and Policy in the Baltic Countries* (1999) (OECD Baltic Study); «*Antitrust* in Israel», *Global Comp. Rev.* (febrero-marzo de 2000), 8-9, 14-15 (2000); «Competition in Colombia», *Global Comp. Rev.* (abril-mayo de 1999), 30-31 (1999).

²⁵ Véase, por ejemplo, la comunicación de Gesner OLIVEIRA, Presidente del CADE del Brasil, en el Tercer Simposio de la OMC sobre la Política de Competencia y el Sistema Multilateral de Comercio (1999) (los diagramas presentados sugieren que el CADE recibe, en términos relativos, sólo una sexta parte de la financiación suministrada a los organismos *antitrust* estadounidenses). Como explica en otra parte el Presidente OLIVEIRA: «... se observa una tendencia a asignar fondos insuficientes a los organismos que trabajan en el ámbito de la competencia. No hay intereses creados que respaldarán (...) a los organismos independientes que trabajan en el ámbito de la competencia a nivel nacional (...) Hay intereses creados que están dispuestos a prestar apoyo a los organismos reguladores». Audiencias del Comité Consultivo de Políticas de Competencia Internacional (ICPAC), 2-4 de noviembre de 1998, sección 112.

²⁶ Véase, por ejemplo, KOVACIC, *Perilous Beginnings*, *supra*, núm. 25, 43, *Antitrust Bull.*, p. 19.

mundo proporciona una respuesta clara a ninguna de las dos preguntas. Con respecto al tamaño del organismo, se observan enormes diferencias. El organismo *antitrust* de la Federación de Rusia, que es con mucho el más grande, tiene unos 2.000 funcionarios. Los dos organismos federales estadounidenses tienen en total alrededor de 1.000 funcionarios que trabajan en cuestiones *antitrust*. Entre otros ejemplos pueden citarse los siguientes (los números entre paréntesis son aproximados): el Japón (530 funcionarios), la Comisión Europea (500), Turquía (300), México (150), Suecia (120), Hungría (100), Suiza (40) y Venezuela (25). Pero es difícil determinar el número de efectivos óptimo para organismos *antitrust* de países en situaciones económicas muy diferentes y con estructuras jurídicas también muy diversas. De hecho, en las economías pequeñas —y la mayoría de los Miembros que no poseen aún leyes *antitrust* son economías pequeñas— cabría preguntarse cómo decidir que una plantilla de 5, 10 ó 100 funcionarios basta para que un organismo *antitrust* funcione eficazmente en un país determinado.

Los organismos *antitrust* llegaron también a conclusiones diferentes con respecto a las calificaciones básicas que deben tener los funcionarios que contratan. No es sorprendente que en los Estados Unidos los profesionales contratados por los organismos *antitrust* sean en su gran mayoría abogados. Pero puesto que las cuestiones *antitrust* constituyen una disciplina de base económica, tanto el Departamento de Justicia como la Comisión Federal del Comercio emplean también a muchos doctores en economía; en esos dos organismos hay equipos de abogados y economistas que dirigen las investigaciones civiles²⁷. La DG de Competencia de la Unión Europea adopta otro enfoque, ya que emplea un vasto grupo de abogados, economistas y generalistas, contratados por la Comisión sobre la base de oposiciones muy rigurosas. Otros organismos disponen de abogados, economistas, generalistas y —en muchas economías en transición— ingenieros en proporciones diferentes, lo que refleja una combinación de la cultura gubernamental del país en cuestión, del sistema jurídico en que debe funcionar el organismo *antitrust* y de la escala salarial aplicada a los distintos tipos de funcionarios de categoría profesional²⁸. Pero no son éstas las únicas consideraciones posibles. Por ejemplo, cuando se creó el organismo *antitrust* venezolano, en 1991, la primera Superintendente del organismo decidió que, habida cuenta de los limitados recursos disponibles, contrataría un número relativamente pequeño de jóvenes economistas y abogados, algunos de ellos recién egresados de la universidad, que se contentarían con sueldos relativamente bajos y se consagrarían a la misión del organismo, a saber, difundir una cultura de la

²⁷ En cambio, las investigaciones sobre delitos de fijación de precios realizadas por el Departamento de Justicia suelen ser realizadas por equipos de abogados del Departamento y agentes de la Oficina Federal de Investigaciones (FBI).

²⁸ Véase, por ejemplo, *OECD Baltic Study*, *supra*, núm. 25, pp. 55-56, 89-90 y 124-125. En algunas economías en desarrollo y en transición, por ejemplo, los economistas no resultan caros y los abogados con experiencia demandan sueldos elevados, por lo que un nuevo organismo bien podría contratar más economistas que abogados.

competencia entre un público habituado a una amplia intervención del Estado en la economía. De esa forma, el organismo alcanzó una gran cohesión a nivel político y un gran dinamismo.

Si resulta difícil atraer personal calificado hacia un nuevo organismo *antitrust*, podría ser aún más difícil conservarlo²⁹. Suele ser el caso en la mayoría de las jurisdicciones de los Miembros, incluso en los Estados Unidos, donde los salarios abonados a economistas y abogados altamente calificados son más altos en el sector privado que en el público. En consecuencia, muchos funcionarios muy apreciados por los organismos *antitrust* a menudo los abandonan para trabajar en bufetes de abogados y consultorías económicas. Pero aunque a corto plazo esas pérdidas suelen ser dolorosas para el organismo, el hecho es que muchas personas adecuadamente calificadas desean iniciar su vida profesional trabajando para los organismos estadounidenses, ya que ello les permite adquirir una sólida formación en *antitrust*, y utilizar luego esas capacidades en el sector privado, percibiendo un salario más elevado³⁰. Esos mismos factores influyen en la contratación y la retención de funcionarios en los nuevos organismos *antitrust*, con dos diferencias importantes: primero, los nuevos organismos están particularmente expuestos a perder al personal calificado, que emigra al sector privado, entre otras razones importantes porque los profesionales de los organismos *antitrust* que reciben formación práctica en conceptos orientados al mercado pueden estar muy solicitados en una economía donde es relativamente reducido el número de profesionales que domina esos conceptos y, segundo, en un organismo pequeño una rotación significativa del personal puede ocasionar serios problemas de continuidad institucional³¹. Si bien un organismo *antitrust* nuevo probablemente no logrará evitar este problema, podría al menos concebir la posibilidad de que se plantee velar por que sus funcionarios reciban una compensación al menos comparable a la de otros organismos públicos y, como mínimo, no dar por descontado que siempre conservará sus efectivos.

Por último, algunas palabras sobre las instalaciones. Idealmente, un nuevo organismo tendrá fondos para disponer de instalaciones adecuadas, sistemas de telecomunicaciones e informáticos modernos, incluido el acceso a la Internet, y una biblioteca de publicaciones jurídicas y económicas

²⁹ Véase, por ejemplo, *OECD Baltic Study*, *supra*, núm. 25, pp. 24 y 25. KOVACIC, *Getting Started*, *supra*, núm. 21, 23 *Brooklyn J. Int'l L.*, pp. 431-434. En un reciente estudio sobre organismos *antitrust* del American *Antitrust Institute* (AAI) (incluidos muchos en países con economías en desarrollo y en transición), 16 de los 22 organismos que respondieron declararon que la retención del personal profesional constituía «un serio problema». American *Antitrust Institute*, Report on the Survey of Competition Policy Agencies Concerning the Establishment of an International Academy of Competition Policy», 13-14 (25 de abril de 2000), disponible en el sitio Web del AAI: www.antitrustinstitute.org.

³⁰ Inversamente, algunos abogados y economistas de gran experiencia que trabajan en el sector privado en los Estados Unidos valoran la opción que les ofrece la administración pública de asumir cargos directivos en organismos *antitrust* estadounidenses en algún momento oportuno de sus carreras.

³¹ A. RODRÍGUEZ y M. WILLIAMS, «Recent Decisions by the Venezuelan and Peruvian Agencies: Lessons for the Export of *Antitrust*», 43 *Antitrust Bull.*, 147, 151, núm. 7 (1998).

pertinentes. A veces, como sucede en el nuevo organismo de Sudáfrica, se suministrará financiación para el establecimiento de dichas instalaciones. Pero con mucha mayor frecuencia faltará alguno o varios de esos elementos, lo que atentará contra el buen funcionamiento del organismo *antitrust*.

B. TRANSPARENCIA Y GARANTÍAS PROCESALES

Para que un nuevo organismo *antitrust* sea eficaz, goce del respeto del público y contribuya significativamente con el tiempo a la creación de una cultura de la competencia, deberá garantizar la transparencia de sus acciones y procedimientos, ofrecer las debidas garantías procesales a las empresas y las personas privadas afectadas por sus actividades de observancia de la ley y velar por que sus funcionarios protejan como corresponde el carácter confidencial de la información comercial que manejan y observen los principios éticos más elevados³². Esta tarea engloba por lo menos dos aspectos importantes: primero, debería haber directrices escritas, reglamentos u otras guías a los que el público pueda tener fácil acceso; segundo, el organismo debe velar por la adecuada observancia de esos reglamentos o directrices. En muchos países con economías en desarrollo o en transición, los organismos *antitrust* constituyen un buen ejemplo para otras dependencias gubernamentales en todos los aspectos mencionados. Por ejemplo, como declaró recientemente un alto funcionario brasileño: el CADE «trabaja enérgicamente para crear un nuevo tipo de institución basada en la transparencia, la previsibilidad, la responsabilidad y la simplicidad. Esos principios constituyen nuestra piedra angular y nuestra guía en un proceso destinado a desarrollar una sólida reputación»³³.

En una reunión anterior el Grupo examinó y debatió una serie de comunicaciones escritas sobre los principios fundamentales de la OMC de transparencia, trato nacional y trato de nación más favorecida³⁴ y no queremos repetir aquí las observaciones formuladas. Baste con decir que en los Estados Unidos y muchos otros países hay una cantidad cada vez mayor de información pública sobre leyes *antitrust*, políticas de observancia, decisiones administrativas y judiciales y otra información pertinente sobre legislación y política *antitrust*. La Internet ha facilitado de manera sorprendente la difusión y la obtención de información sobre una gran variedad de organismos *antitrust*. Los sitios Web de los organismos *antitrust* estadounidenses contienen enlaces con los sitios Web de unos 40 organismos en todo el mundo, incluidos muchos que se

³² Véase, por ejemplo, Nota de la Secretaría sobre Principios, *supra*, núm. 8, párrafos 36-39.

³³ Comisario L. H. SALGADO, «Doing Business in Brazil with the New Competition Law Framework», 2 (1999), disponible en: <http://www.mj.gov.br/cade>.

³⁴ Véanse los documentos citados, núm. 16, *supra*.

encuentran en países con economías en desarrollo y en transición³⁵. La información disponible en los sitios Web de un organismo puede incluir el texto completo de la ley propiamente dicha (como en el caso de Polonia)³⁶, propuestas de enmienda de la ley (por ejemplo, la India y Sudáfrica)³⁷, descripciones de las modalidades de presentación de reclamaciones al organismo (por ejemplo, Costa Rica y Sudáfrica)³⁸, comunicados de prensa sobre acciones iniciadas por el organismo (por ejemplo, la Argentina)³⁹, textos de decisiones e informes del organismo (por ejemplo, Eslovaquia y Venezuela)⁴⁰, estadísticas de los organismos (como Hungría)⁴¹ e incluso el listín telefónico del organismo (por ejemplo, Eslovaquia).

De hecho, un nuevo organismo *antitrust* debería centrar sus esfuerzos en explicar al gran público, a las empresas afectadas e, igualmente importante, a su propio personal, cuáles son sus prioridades, cómo realiza investigaciones y adopta decisiones y qué fundamentación tienen sus decisiones en materia de observancia y política⁴². Un organismo puede lograr esto mediante reglamentos formales, discursos, entrevistas con los medios de comunicación o difusión de material a través de su sitio Web y, de preferencia, utilizando todos los recursos mencionados⁴³. Al mismo tiempo, la forma en que un organismo *antitrust* puede y debe asegurar la transparencia se ve forzosamente limitada por el proceso de aplicación de la ley, ya que normalmente una gran parte de la información obtenida en procedimientos de observancia de las normas *antitrust* debe, en virtud de la legislación vigente en casi todos los países, considerarse de carácter estrictamente confidencial. Es fundamental que los organismos tengan una sólida reputación de probidad en el manejo de información confidencial, ya que ello determinará tanto sus posibilidades de seguir consiguiendo la información comercial confidencial que necesitan para aplicar sus propias leyes como su reputación general de seriedad y fiabilidad en el logro de sus objetivos estatutarios⁴⁴.

³⁵ Algunos organismos *antitrust* (como la Oficina Federal sobre Cárteles, de Alemania) pueden enviar automáticamente sus comunicados de prensa por correo electrónico a quienes los soliciten. Sírvase consultar el siguiente sitio: <http://www.bundeskartellamt.de/contact.html>.

³⁶ Véase <http://www.uokik.gov.pl>.

³⁷ Véase <http://www.nic.in/dca/comp> (India); <http://www.compcom.co.za> (Sudáfrica).

³⁸ Véase <http://www.meic.go.cr> (Costa Rica); <http://www.compcom.co.za> (Sudáfrica).

³⁹ Véase <http://www.mecon.gov.ar/cndc>.

⁴⁰ Véase <http://www.antimon.gov.sk> (Eslovaquia); <http://www.procompetencia.gov.ve> (Venezuela).

⁴¹ Véase <http://www.gvh.hu>.

⁴² Véase KOVACIC, «Getting Started», *supra*, núm. 21, 23 *Brooklyn J. Int'l L.*, pp. 421-422, 435-436.

⁴³ Para tomar un ejemplo del posible carácter abarcador de las reglamentaciones formales, en los últimos años el CADE del Brasil promulgó o propuso reglamentación, entre otras cosas, sobre: su proceso de declaración interna; las reglas internas que rigen las investigaciones; consultas interpretativas con partes privadas; y un código ético para sus funcionarios. Véase OLIVEIRA, *supra*, núms. 21 a 24. Véase también RODRIGUEZ y WILLIAMS, *supra*, núm. 31, 43, *Antitrust Bull.*, p. 158 (debate sobre directrices aplicables a las fusiones en Venezuela).

⁴⁴ Véase KOVACIC, «Getting Started», *supra*, núm. 21, 23 *Brooklyn J. Int'l L.*, p. 435 (todo organismo nuevo debe establecer salvaguardias para garantizar «que la información confidencial no será

C. FORMACIÓN

La formación adecuada del personal es un aspecto importante del desarrollo y el mantenimiento de la eficacia en cualquier dependencia pública. En los países desarrollados, los organismos *antitrust* asignan importantes recursos a la formación teórica y práctica permanente de su personal en conceptos jurídicos y económicos pertinentes. No resulta, pues, sorprendente que los nuevos organismos *antitrust* de países en desarrollo y con economías en transición tengan necesidades de formación especiales derivadas de una carencia histórica de una cultura de la competencia a nivel nacional. Como sugiere un observador:

El organismo deberá comenzar inmediatamente a incrementar el capital intelectual de la dirección y formar a los nuevos funcionarios en los conceptos y técnicas prácticas de la ley *antitrust*. Básicamente, el organismo debe suministrar dos tipos de formación. El primero consiste en una introducción a los principios microeconómicos y conceptos jurídicos subyacentes en el funcionamiento de un sistema estructurado en torno a una política de competencia. El segundo adopta la forma de seminarios en los que los profesionales del organismo participan en ejercicios de escenificación y de solución de problemas a partir de las situaciones que se plantean con frecuencia en [el país en cuestión] o en las economías en transición en general ⁴⁵.

Los nuevos organismos *antitrust* pueden tener acceso a una gran variedad de instrumentos de formación, además de los propios ⁴⁶. Muchos Miembros desarrollados —los Estados Unidos, el Canadá, la Unión Europea, Francia, Alemania y el Japón, por nombrar sólo algunos— ofrecen desde hace tiempo programas de asistencia técnica bilateral muy completos, que suelen prestarse a nivel de organismos *antitrust*. En los últimos nueve años, los organismos *antitrust* estadounidenses solamente enviaron alrededor de 220 misiones a docenas de países en los cinco continentes para colaborar con funcionarios de nuevos organismos *antitrust* en una gran variedad de contextos; ello incluyó viajes puntuales sobre temas específicos y misiones de asesoramiento a largo plazo, financiadas en gran parte por el Organismo de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional. Asimismo, muchos funcionarios de organismos *antitrust* de

revelada a nadie. Una deficiencia al respecto en una etapa temprana de la existencia del organismo podría suscitar dudas sobre su competencia»).

⁴⁵ *Id.*, p. 432.

⁴⁶ Según un estudio reciente, muchos organismos —incluidos los de países en desarrollo y con economías en transición— utilizan a su propio personal para impartir formación. American *Antitrust* Institute, Report, *supra*, núm. 29, pp. 14-15. Dicho estudio analiza la experiencia de los organismos en diversos tipos de formación. *Id.*, pp. 14-17.

muchos países hicieron pasantías en el Departamento de Justicia y la Comisión Federal del Comercio ⁴⁷.

Por supuesto, los países que poseen organismos *antitrust* experimentados al igual que organizaciones multilaterales como la OMC, la OCDE, el Banco Mundial, la UNCTAD y la APEC prestaron una importante asistencia en la elaboración y la aplicación de nuevas leyes *antitrust* ⁴⁸. Debe también reconocerse que un aspecto importante de la asistencia que puede recibir un nuevo organismo *antitrust* consiste en asesoramiento de organismos pertenecientes a otros países en desarrollo y con economías en transición, que están muy al tanto de los problemas que se plantean en organismos similares. Pero más allá de lo que podamos decir sobre la asistencia técnica, todos coincidimos en afirmar que persistirán las considerables —y a veces no satisfechas— necesidades de sólida formación del personal de los organismos *antitrust* de los Miembros y que dicha formación seguirá siendo una prioridad de primer orden para los nuevos organismos, tal como lo es para los ya bien establecidos ⁴⁹.

4. DETERMINACIÓN DE LAS PRIORIDADES DE LOS ORGANISMOS

Una vez que se ha establecido un nuevo organismo *antitrust* —y, de hecho, mientras se está organizando— su dirección deberá determinar sus prioridades iniciales. Por supuesto, la respuesta a esa pregunta dependerá mucho de algunas de las cuestiones que ya hemos examinado, es decir, los recursos financieros y humanos disponibles, el estado y la estructura de la economía nacional y el sistema jurídico vigente. También a este respecto, hay una gran diversidad de puntos de vista sobre las prioridades apropiadas para un nuevo organismo a medida que comienza a desarrollar una cultura de la competencia en su país. Éstas incluyen la sensibilización del público sobre el valor de la competencia en general, una promoción de la competencia mejor definida y medidas de observancia de la ley ⁵⁰.

A. SENSIBILIZACIÓN DE LA SOCIEDAD SOBRE EL VALOR DE LA COMPETENCIA

Independientemente de las demás actividades que realice, el organismo debe comenzar por informar al gran público, al sector empresarial

⁴⁷ Puede consultarse un resumen de los programas de asistencia técnica del Departamento de Justicia y de la Comisión Federal del Comercio en el anexo 6-A del reciente Informe final del ICPAC, disponible en: <http://www.usdoj.gov/atr/icpac/finalreport.htm>.

⁴⁸ Esa asistencia multilateral a menudo entraña la participación de responsables de organismos *antitrust* miembros, así como de diversas secretarías multilaterales.

⁴⁹ Véase American *Antitrust* Institute, Report, *supra*, núm. 24, pp. 17-25.

⁵⁰ Véase, en general, la comunicación del Brasil al Grupo, «Política de competencia del Brasil: Aspectos de la reciente experiencia del país», WT/WGTCP/W/93 (22 de septiembre de 1998); véase también el documento de síntesis de la Secretaría de la OMC, *supra*, núm. 1, párrafos 44-48.

local y a los Tribunales sobre la nueva ley y el nuevo organismo y, en términos más generales, sobre la valiosa función que puede tener la competencia en una economía de mercado. En nuestro examen anterior sobre transparencia mencionamos ya formas —reglamentos, directrices, discursos, entrevistas concedidas a la prensa, sitios Web— en que un nuevo organismo puede explicar eficazmente qué hace y cómo lo hace. En particular, el nuevo organismo deseará quizá organizar conferencias en ciudades de todo el país para presentar la ley a la comunidad de empresarios y explicar las razones por las que —incluso aunque algunas personas pueden ver con aprensión las nuevas políticas económicas en favor de la competencia— los mercados competitivos tienen efectos positivos tanto para el comerciante como para el consumidor. Ello demandará mucho tiempo y esfuerzo a los responsables superiores del organismo, si bien es posible que hallen aliados naturales en la comunidad empresarial, incluidos los nuevos operadores de industrias desregularizadas, los importadores y las pequeñas empresas. De hecho, en función de la historia económica y reglamentaria reciente del país de que se trate el nuevo organismo se verá quizá obligado a comenzar por sensibilizar al público sobre los principios básicos de la economía de mercado, demostrando de qué forma el libre comercio es beneficioso para la sociedad⁵¹. Un programa de sensibilización de este tipo es fundamental para obtener el apoyo del público para una nueva política gubernamental de fomento de la competencia y constituye una de las bases de la cultura de la competencia.

Un aspecto particularmente importante de todo programa de sensibilización es explicar la finalidad y el marco legislativo de la nueva ley y los procedimientos del organismo a los Tribunales locales que la aplicarán. Ello es de importancia evidente cuando Jueces que nunca tuvieron la oportunidad de tratar cuestiones *antitrust* (o quizá otros temas económicos basados en el mercado) de pronto tienen que examinar decisiones del organismo o procesos privados incoados en virtud de la nueva ley⁵². Los discursos pronunciados por responsables del organismo ante organizaciones judiciales, conferencias especiales sobre leyes *antitrust* para Jueces y detalladas explicaciones del organismo en los procedimientos de examen judicial propiamente dichos constituyen sendas formas de iniciar el proceso de creación de una cultura de la competencia.

⁵¹ Algo difícil, pero fundamental, que debe inculcarse al público de una economía recientemente liberalizada es que en los mercados competitivos los precios pueden tanto aumentar como disminuir.

⁵² En noviembre de 1998, por ejemplo, el CADE del Brasil tenía 70 casos en examen en los Tribunales federales y estatales brasileños. El Presidente del CADE, Sr. Oliveira, observó en las Audiencias del ICPCAC de noviembre de 1998, sección 14: «... lo interesante sería hacer mayor hincapié y concentrarse en la difusión de una cultura de la competencia entre los Tribunales... Nunca se insistirá demasiado en la importancia de este factor...» *Id.*, véase KOVACIC, *Getting Started*, *supra*, núm. 21, 23 *Brooklyn J. Int'l L.*, pp. 420-421, 431-432.

B. LA PROMOCIÓN DE LA COMPETENCIA

En debates anteriores del Grupo se destacó la importancia de las actividades de promoción de la competencia en la creación de una cultura de la competencia⁵³. (Como se puso de manifiesto en algunos de esos debates, de hecho un país no necesita disponer de una ley *antitrust* o un organismo *antitrust* para tener un programa de promoción de la competencia eficaz, en la medida en que algún organismo con los conocimientos especializados apropiados se encargue de promover la competencia con dinamismo.) La promoción de la competencia puede tener muchos cometidos valiosos, según las circunstancias jurídicas y económicas de un país. Como se explicó en un informe reciente de la OCDE:

«Prácticamente en todos los países Miembros en que se hicieron esfuerzos de reforma significativos los organismos encargados de la competencia participaron activamente en el proceso. Esta “promoción de la competencia”... puede incluir la persuasión entre bastidores, así como una publicidad al margen de los procedimientos formales. Algunos organismos encargados de la competencia tienen, al menos en teoría, facultades para impugnar formalmente acciones anticompetitivas de otros organismos u órganos oficiales o semioficiales. Algo más indirecto, pero aún perceptible, es la participación formal en las audiencias y deliberaciones públicas de otro organismo. La modalidad apropiada depende de los respectivos esquemas institucionales⁵⁴».

En aquellos países en que la privatización de empresas del Estado constituye un ambicioso programa gubernamental, a menudo los nuevos organismos *antitrust* incluyen entre sus prioridades el examen de los aspectos relacionados con la competencia en las privatizaciones propuestas⁵⁵. Dichos exámenes pueden efectuarse sobre una base *ad hoc* y entrañar debates oficiosos entre el organismo *antitrust* y los demás organismos públicos competentes (como sucedió en Hungría), o pueden incluir comunicaciones formales orales o escritas del organismo *antitrust* (como fue el caso en Polonia). Algunas veces el organismo *antitrust* tiene el derecho estatutario formal de examinar los proyectos de privatización. En ambos casos la opinión de un experto de un organismo *antitrust* puede ser crucial para evitar el paso de un monopolio estatal a uno privado, en un contexto en que es posible hallar una solución basada en la competencia.

La promoción de la competencia podría centrarse también en la participación del nuevo organismo *antitrust* (o algún otro) en procedimientos incoados ante los organismos de regulación nacionales, a fin de obtener resultados que favorezcan la competencia en los mercados regulados y, según corresponda, ante los poderes legislativos, para contribuir a la pro-

⁵³ Véase el documento de síntesis de la Secretaría, *supra*, núm. 1, párrafo 27.

⁵⁴ OCDE, 2 *OECD Report on Regulatory Reform*, 265 (1997).

⁵⁵ Véase, por ejemplo, G. K. LIPIMILE, «Addressing Anti-Competitive Practices in a Developing Country Setting: the Case of Zambia» (25 de julio de 1998) (Simposio de la OMC), pp. 4-5.

mulgación de legislación que favorezca la competencia y oponerse a proyectos contrarios a aquélla⁵⁶. Reiteramos que esas actividades fueron examinadas en reuniones anteriores del Grupo, por lo que no repetiremos aquí dicho debate, sino que nos limitaremos a destacar el gran valor que podría tener una promoción de la competencia exitosa para los consumidores y para la creación de una cultura de la competencia.

C. LA OBSERVANCIA DE LA NUEVA LEY

Hay una mayor diversidad de opiniones con respecto al valor de las medidas de observancia de la ley adoptadas por un nuevo organismo *antitrust*. Por un lado, algunos observadores y organismos consideran que cuando la promulgación de una ley *antitrust* supone un cambio radical con respecto a la anterior política económica del Gobierno, el nuevo organismo *antitrust* no debería comenzar inmediatamente a adoptar medidas de observancia contra empresas privadas porque éstas hacen lo que hasta hacía poco tiempo no sólo era totalmente legal, sino también exigido por la legislación y la política gubernamental. Además, las investigaciones *antitrust* son procesos a menudo complejos a los que deben consagrarse considerables recursos, en particular en los nuevos organismos cuyos procedimientos de investigación aún no han sido puestos a prueba y cuyos funcionarios carecen de experiencia en observancia de las leyes *antitrust*. Por último, la eficacia de cualquier acción de observancia de la ley depende, hasta cierto punto, de la eficacia del sistema judicial respectivo. En algunos casos, por consiguiente, quizá fuera prudente aplazar las acciones de observancia hasta que los procedimientos internos del organismo estuvieran bien definidos y sus funcionarios hubieran recibido capacitación en conceptos básicos y técnicas de investigaciones *antitrust*, como se mencionó más arriba⁵⁷.

Por otro lado, puede ser difícil justificar la no aplicación de la nueva ley cuando se observan violaciones flagrantes de la misma; esa falta de reacción puede atentar seriamente contra la reputación del nuevo organismo y socavar la confianza del público no sólo en el organismo, sino en el valor general de las políticas económicas en favor de la competencia. Más bien, una acción judicial adecuadamente ejercida podría llevar a un nuevo organismo a imponer medidas de observancia en uno o varios casos seleccionados en los que hay violaciones claras de la ley con repercusiones evidentes para los consumidores, lo que además tendría un considerable valor de ejemplo para las empresas, los Tribunales y el público en general. Es fundamental seleccionar apropiadamente los casos, en par-

⁵⁶ Véase, por ejemplo, el debate sobre promoción de la competencia en relación con los sectores regulados en Venezuela y Polonia, Audiencias del ICPAC de noviembre de 1998, sección 52, pp. 259-260. Véase, en general, J. ORDOVER, R. PITTMAN y P. CLYDE, «Competition Policy for Natural Monopolies in a Developing Market Economy», 2 *Econ. of Transition*, 317 (1994).

⁵⁷ Véase, por ejemplo, KOVACIC, «Perilous Beginnings», *supra*, núm. 21, 43 *Antitrust Bull.*, sección 26.

ticular en el caso de organismos nuevos, que deben establecer su credibilidad. Entre los buenos ejemplos de acciones de observancia de este tipo puede citarse la acción judicial del organismo *antitrust* peruano contra los planes nacionales o regionales de los productores para fijar los precios de la harina y los pollos de engorde acelerado⁵⁸. En esos casos, la presunta conducta comercial —la fijación de precios— fue percibida en general como anticompetitiva, había pruebas sólidas de actividad ilegal y los efectos de la presunta conducta fueron claramente comprendidos por los consumidores⁵⁹. En todo caso, no se trata aquí —o no debería tratarse— de dilucidar *si* debe ponerse en práctica una nueva ley *antitrust*, sino *cuándo* comenzar a hacerlo de manera sistemática y de conformidad con el objetivo de crear una cultura de la competencia en un país determinado.

D. LA FUNCIÓN DEL MUNDO ACADÉMICO, DE LOS GRUPOS DE CONSUMIDORES Y DE LOS COLEGIOS PRIVADOS DE ABOGADOS EN LA CREACIÓN DE UNA CULTURA DE LA COMPETENCIA

El mundo académico, los grupos de consumidores y los colegios privados de abogados (u otras asociaciones privadas que agrupen a los profesionales del derecho) pueden hacer también contribuciones importantes a la creación de una cultura de la competencia, algo que el nuevo organismo *antitrust* debería promover. Como se observó antes, uno de los problemas que deberá enfrentar un nuevo organismo en muchos países en desarrollo y con economías en transición es que quizá haya un número reducido de profesionales debidamente formados en economía de mercado, incluso a nivel universitario, y que casi con seguridad habrá muy pocos especialistas en derecho *antitrust* y política de competencia. Por lo tanto, los nuevos organismos, tal como lo ha hecho entre otros el CADE del Brasil, deberían instar a las universidades locales a que desarrollen programas en derecho y economía de la competencia y contribuir a elaborar los planes de estudios⁶⁰. Esos cursos y programas facilitan la contratación de personal para los organismos *antitrust*; además, el interés académico en la competencia acarrea importantes beneficios adicionales. Por ejemplo, en los Estados Unidos y otros países el mundo académico reflexiona y escribe sobre aspectos jurídicos y económicos de las leyes *antitrust* de forma que incrementan la calidad general del debate sobre el tema, puede ofrecer puntos de vista independientes sobre cuestiones que de otra forma estarían dominadas por el Gobierno y la industria y, en general, mantiene un mayor interés de la sociedad en la competencia.

De manera bastante similar, los grupos de consumidores pueden contribuir significativamente a incrementar el interés público en las cues-

⁵⁸ Véase RODRÍGUEZ y WILLIAMS, *supra*, núm. 31, 43 *Antitrust Bull.*, pp. 172-177.

⁵⁹ Véase B. BOZA, *Trade Liberalization and Competition Policy: the Peruvian Experience* (Simposio de la OMC) (julio de 1998).

⁶⁰ En parte como resultado de los esfuerzos del CADE, alrededor de una docena de universidades brasileñas imparte ahora cursos y programas de este tipo. Véase también KOVACIC, «Getting Started», *supra*, núm. 21, 23 *Brooklyn J. Int'l L.*, pp. 419-420, 440-441.

tiones relacionadas con la competencia. Los nuevos organismos *antitrust* deberían dirigirse a esos grupos a través de discursos, seminarios y actividades conexas, para informarles de cómo funciona la nueva ley y explicarles de qué forma el nuevo organismo prevé proteger los intereses de los consumidores ⁶¹.

Por último, el nuevo organismo *antitrust* debería promover la contribución potencialmente importante del Colegio Privado de Abogados en la creación de una cultura de la competencia. Muchos organismos *antitrust* de países desarrollados han aprendido ya esa lección. «... el Colegio de Abogados y otros grupos profesionales desempeñan un valioso papel en el sistema *antitrust*, ya que difunden información sobre políticas gubernamentales y aconsejan a los profesionales de la industria sobre cómo ajustarse a la ley» ⁶². Los colegios de abogados de muchos países organizan conferencias y seminarios que constituyen actividades de educación permanente para sus miembros y muchos abogados en práctica privada publican con frecuencia artículos en colecciones de Derecho, revistas especializadas y otras publicaciones ⁶³. Además, los abogados en práctica privada pueden suministrar a los organismos *antitrust* importante información relacionada con la observancia cuando sus clientes son víctimas de una conducta *antitrust* y, en aquellos países en los que existe el derecho de acción privado, representan a sus clientes en juicios *antitrust* privados. En consecuencia, los funcionarios de los nuevos organismos *antitrust* deberían tomar la palabra en conferencias de abogados y otros foros apropiados, para informar a los profesionales acerca de la nueva ley y de los procedimientos y prioridades del nuevo organismo. De esa forma, se avanza tanto en la consecución de los objetivos de transparencia como en el desarrollo de una cultura de la competencia.

5. CONCLUSIÓN

La decisión de un Miembro de promulgar una ley *antitrust* no es sino el comienzo de un largo y complejo proceso tendiente a solucionar problemas tanto de índole política como práctica para la elaboración de una ley, el desarrollo de las instituciones apropiadas y la promoción de la nueva ley a través de la acción del organismo. Esperamos que esta comunicación haya sido de utilidad para el Grupo en sus reflexiones sobre esta cuestión y que los debates del mismo, a su vez, contribuyan a que los Miembros que consideran actualmente la posibilidad de adoptar legislación *antitrust* tomen decisiones fundamentadas y apropiadas.

⁶¹ *Id.*, 23 *Brooklyn J. Int'l L.*, p. 440.

⁶² *Id.*, 23 *Brooklyn J. Int'l L.*, p. 411.

⁶³ La sección *antitrust* de la American Bar Association, por ejemplo, tiene aproximadamente 3.000 miembros. Esa sección publica una gran variedad de monografías sobre normas *antitrust* y sus reuniones brindan a los funcionarios públicos y a los asesores privados que trabajan en el tema oportunidades formales e informales de debatir diversos aspectos de las leyes *antitrust*.

TOWARDS THE APPLICATION OF ARTICLE 81(3) BY NATIONAL COURTS *

Mario MONTI

Comisario responsable de la política de competencia

1. INTRODUCTION

Mr President of the Court of First Instance, Mr Minister, President Vesterdorf, honourable judges, ladies and gentlemen,

I am delighted to make the opening statement at this important conference, which has brought together so many eminent judges from the Community Courts and the national courts to discuss important issues of Community competition law.

We are here today because the winds of change are blowing across the European landscape of competition law enforcement. Changes that if the Commission has its way will enable the national courts to play a much greater role in the application of Articles 81 and 82.

In our view the national courts should indeed play the same important role in the application of the competition rules as they have done for a long time in virtually all other areas of Community law. That is why the Commission has proposed to abolish its monopoly over the exception rule of Article 81(3) and give to the national courts the power to apply Article 81 as a whole. In other words, the Commission proposes to eliminate the current division of competence whereby the national courts are competent to apply Article 81(1) whereas the Commission has exclusive competence to apply Article 81(3).

The present division of competence amounts to telling someone to play chess while giving him only half the pieces. The result is clear: there has in the past been limited application of Article 81(1) by national courts.

We are well aware that our proposal represents a fundamental change. It is therefore only natural that questions are raised: is Article 81(3) suitable for application by the national courts, how will they tackle economic evidence and how do we ensure consistency when the rules are applied

* Conferencia pronunciada en la Europäische Rechtsakademie, Trier, 27 de noviembre de 2000.

by potentially hundreds of courts throughout the Community. These and other topics will be discussed today by the three panels.

2. THE FUNCTION OF THE COURTS IN THE PROPOSED NEW SYSTEM

When designing the proposed reform our principal objective has been to strengthen the enforcement of the Community competition rules.

The present system is essentially based on public enforcement by the Commission. However, in a mature competition law system such as ours, private enforcement should play an important role. Already in 1962 in the groundbreaking judgement in *Van Gend en Loos* the Court of Justice recognised the importance of private enforcement in the field of Community law by holding that Treaty provisions can have direct effect and be invoked by private individuals before the courts. The time has now come to make this possible for Article 81 as a whole. Courts complement the activities of the competition authorities that have as their main task the prosecution of violations of the competition rules. Moreover, private enforcement can compensate for insufficient enforcement by the authorities.

In the US private enforcement plays a substantial role. There are well over 1000 private *antitrust* suits per year far exceeding the number of cases brought by the authorities¹. The much discussed *Kodak* judgement of the Supreme Court was rooted in a private action. The same is true of that court's more recent judgement in *State Oil vs. Kahn* that overruled the case law that had treated maximum resale price maintenance as a *per se* violation of the Sherman Act.

I am not saying that we should strive to copy the US system. Far from it. They have treble and punitive damages and other instruments that promote private litigation. In Europe we do not. The US experience demonstrates, however, that private action before the courts can play a significant role in the field of competition law enforcement.

Courts have powers that the competition authorities have not. Only they can decide on the enforceability of contracts and can award damages to parties that have been injured by *antitrust* violations. Courts can also adopt interim measures more speedily than the authorities.

From an enforcement point of view the power to grant damages is particularly important because it raises the stakes for companies violating the competition rules. It is therefore essential that national procedural and substantive rules applying to actions for damages do not prevent or make claims for damages in competition cases unduly difficult. This is

¹ See W. F. SHUGHART II, *The Organisation of Industry*, second edition, Dame Publications, 1997, p. 346.

an area that we may have to revisit in the future. I would be very interested in hearing your views on the issue of damages in *antitrust* cases and whether in your respective legal systems there are particular difficulties and, if so, how they might be overcome.

3. THE ROLE OF ECONOMICS

Following our proposal to empower the national courts to apply Article 81 as a whole, we often hear the argument, particularly from industry, that judges are ill equipped to apply economic principles.

We disagree. Judges in the US can and do apply economics in competition cases. In our view European judges are no less capable than their American counterparts. The question is not whether judges can all do it today but whether they can learn to do it. Of course they can. After all, national courts have for a long time been applying Articles 82 and 86, which have direct effect and raise many complex economic issues.

However, new skills will no doubts have to be acquired. It is essential that training courses on competition law and economics be made available to judges. This is offered even in the US, which has had a long tradition of private enforcement through the courts.

Training courses for judges on Community law in general already exist in Europe. I understand that each year a number of national judges are invited to the Court of Justice to learn about recent developments in Community law. Member States also provide such training, in some cases funded by the Schumann Programme.

I believe that in this area the Member States should indeed take the lead in developing the necessary programmes. However, in the new spirit of close cooperation the Commission should be associated and I will certainly make my services available for participation in any such training programmes.

In the field of competition law economics is an unavoidable companion. Competition law is economic law. It regulates the conduct of economic operators in the markets. Economics do and should play an important role in the application of the rules. The use of economics greatly increases the likelihood of arriving at a result, which is consistent with the aims of the competition rules. Their aim is not just to prohibit certain categories of agreements and practices but to prohibit agreements and practices that produce or are likely to produce negative economic effects for society and consumers. The rules and their application must therefore be founded on sound economic principles.

The fact remains, however, that economic principles have to be applied in a legal framework. Economic law is still law.

The fact that there is a rich debate in economic theory does not mean that the law is inherently unpredictable and that it changes very frequently.

Competition law is like a watch. Most people are quite happy with their watch and only consider changing it if it ceases to tell the time accurately or a clearly superior watch is offered to them. The same is true of competition law. New economic theories are only taken on board when they have proven their case. Judges play a tempering role by ensuring that the experts do not get carried away. There is much common sense involved in the application of competition law, as in most other areas of the law, and judges generally possess quite a lot of common sense.

Moreover, one should not exaggerate the complexity of basic *antitrust* economics. As a former professor of economics I cannot resist the temptation of reminding us all in a few words the very basic framework that has existed and been applied ever since Adam Smith discovered that invisible hands were at work in the economy.

Competition law aims to protect competition. The underlying premise is that markets in which there is effective competition will produce better products at lower prices than markets in which there is no effective competition. Resources are allocated and used more efficiently and consumers get more value for their money.

The price in an unregulated market is determined by the level of supply and demand. If supply exceeds demand, the suppliers will reduce their price in order to attract more consumers. If demand exceeds supply the opposite will happen. Prices will rise thereby reducing the number of consumers willing to purchase the product and/or the quantities they are willing to buy. If the suppliers voluntarily reduce their output the market price increases.

Companies in competitive markets have no or little power to individually influence the market price by altering their output. They are price takers and produce until the costs of producing one more unit of output exceeds the price that they can get for it. Firms respond to the law of supply and demand in the following way: when output exceeds demand producers who do not cover their costs will reduce their output or exit the market until the market is again in balance and until suppliers cover their costs and obtain normal profits. When demand exceeds output, suppliers obtain higher than normal profits. These higher profits encourage suppliers to produce more. They also attract new suppliers into the market. This process will continue until the market is again in balance.

In the case of monopoly or dominant firms the situation is different. The monopolist or dominant firm is not a price taker. Since it is the dominant supplier in the market the level of output that it chooses has a direct impact on the price. The more it sells the lower the price for all the products sold. A rational monopolist will normally want to maximise its profits.

The quantity produced by the monopolist will be less than the output produced under effective competition and herein lies the foundation of competition law. Agreements and practices can enable firms to raise prices

above the competitive level by reducing output and supply. This ability is what normally is referred to as market power.

Once this basic framework is grasped, it is in my view possible for lawyers to understand and assess arguments on whether or not an agreement or practice is apt to produce undesirable effects and for economists to explain in a comprehensible way why that is so.

We should not forget the role of the judge in the context of private litigation. The judge decides on disputes between normally two parties, which each have to make their case before the judge. The party providing the best evidence and the best arguments wins. The standard of proof is one of probabilities and not one of beyond reasonable doubt. Moreover, we propose to maintain the current allocation of the burden of proof according to which the party invoking the prohibition rule must prove the conditions of Article 81(1) and the party invoking the benefit of the exception rule must prove that the conditions of Article 81(3) are fulfilled. Faced with these realities the parties have a clear incentive to put forward all evidence and arguments in their favour.

Normally, the judge will also have it in his power to require one or more experts to give an opinion. Economic experts can play a role in competition cases in the same way that engineers and other experts play a role in cases concerning sales of defective machinery or real estate.

The basic framework exists and is suitable for application in competition cases. Arguments according to which competition law is unique and unlike any other field of law are misleading and exaggerated. They are generally made by experts who, because they are experts on and devoted to competition law, are less proficient in other areas. The advantage of judges is that they do not only apply competition law but many other laws and therefore have a broader view of the world.

4. THE CONTENT OF ARTICLE 81(3)

Let me now turn briefly to the main topic of today's conference namely Article 81(3). In other words, the pieces of the chess game that so far have been reserved for the Commission.

It is argued by some that due to its very nature Article 81(3) is unsuitable for application by judges and should therefore be reserved if not for the Commission then for competition authorities. As you know the Commission does not share this view.

Being rules of economic law Articles 81(1), 81(3) and 82 inevitably accord a certain margin of appreciation, which is also found in other areas of Community law such as the free movement of goods. This margin, however, is not discretion and does certainly not imply that the rules are unsuitable for application by the courts. However, in stead of making a full legal argument in support of this position, I would like simply to

outline the basic framework of Article 81(3). I am confident that it will have a familiar ring to many of you, even if you have yet to apply it in practice.

Article 81(3) acknowledges that not all agreements restricting competition between the parties or from third parties are bad for society and consumers. Some agreements may produce benefits that fully compensate for their negative effects on competition. These benefits can consist of lower costs, new products or services or products or services of a better quality.

The basic idea is the same as in the field of free movement of goods. Some State measures that restrict trade between Member States can be justified if they produce benefits such as the protection of health or the environment.

It is clear that assessments of this nature are not an exact science. They imply a certain amount of value judgement. However, value judgements are a fact of life in many areas. Judge Spiritus-Dassesse, who is one of our panellists, stated very pertinently at a recent conference that the role and function of the judge has changed considerably over the years and that judges are ever more often faced with complex economic realities. The best response to complexity is in my view common sense and a sound methodology.

The important goal of promoting consumer welfare is reflected in the second condition of Article 81(3), according to which consumers must receive a fair share of the benefits that result from the agreement. If, for example, an agreement improves the quality of goods and services these gains must be such as to compensate for any increase in price caused by the agreement.

According to the third condition it must be assessed whether the restriction is indispensable to achieve the perceived benefits or whether there are less restrictive means to achieve the benefits. This is a proportionality test. National courts are required to perform similar tests in many other areas of Community law. When applying the free movement of goods rules, courts must also examine whether a restriction is excessive and whether there are less restrictive means to achieve the same benefits.

Under the fourth and last condition of the exception rule the agreement must not afford the undertakings the possibility of eliminating competition. This condition essentially implies a dominance test equivalent to that which national courts are currently required to apply under Article 82. I do not need to remind you that Article 82 is directly applicable and has been applied by the national courts for a long time. This fourth condition therefore adds nothing new to the existing responsibilities of national courts.

5. CONSISTENT APPLICATION IN THE NEW SYSTEM

I would like to end my intervention this morning by saying a few words about the issue of coherent application in the proposed new decentralised system.

The risk of inconsistent application emerged as one of the main concerns following the publication of the White Paper. Being the guardian of the Treaty the Commission quite naturally attaches great importance to the maintenance of coherence and has included a number of instruments in the proposal that aim to promote coherent application of Articles 81 and 82. They complement existing instruments such as the preliminary reference procedure contained in Article 234 of the Treaty and the Brussels Convention on Jurisdiction and the Enforcement of Judgements in Civil and Commercial Matters. The Brussels Convention designates a limited number of courts that are competent to hear a case thereby limiting the scope for forum shopping. Here I will only mention that the parties to an agreement can make an express choice of forum, which then has exclusive competence to hear disputes between the parties.

Some of the instruments included by the Commission in its proposal concern the national courts and their relationship with the Commission. I am here thinking in particular of Article 15 of the Commission's proposal. We intend to elaborate on these instruments in a new communication on the cooperation between the national courts and the Commission.

Article 15 first of all formalises the current practice of providing opinions to national courts if they so request. We believe that this instrument will be very useful in the new system and we want to strengthen it by setting out a deadline for reply in the future new communication.

Let me be clear, however, this instrument is not conceived as a substitute for the preliminary reference procedure of Article 234 of the Treaty. On questions of legal interpretation national courts will and should continue to turn to the Court of Justice or to the Court of First Instance if this Court is made competent for Article 234 questions in the field of competition. The preliminary reference procedure will play a crucial role in maintaining coherent application throughout the Community as it has done since the very beginning in all other areas of Community law.

As is currently the case, Commission assistance will take the form of information or opinions concerning individual cases. National courts may want, in particular, to ask questions on economic issues such as market definition or the application Article 81(1) or (3) to a particular set of facts.

In Article 15 the Commission has also proposed that it and the national competition authorities should have the power to make written and oral submissions as *amicus curiae* before national courts. In some Member

States (for instance in Germany), the national competition authorities already have the power to make such submissions before their courts.

In the case of the Commission this power would be limited to cases presenting a Community public interest. Such an interest would in particular exist in cases raising important issues of coherence as regards competition policy. The Commission would not intervene on behalf of anyone of the parties but would present its opinion in the interest of a coherent application of the law.

Moreover, it is clear that any submission made by the Commission would not be binding on national courts. We would hope, however, that in case of fundamental disagreement the national court would consider making a reference to the Court of Justice in order to obtain the view of the highest judicial authority in the Community.

Special considerations apply in cases where the Commission has adopted a formal decision in the same case. In such event the national courts cannot just disregard the Commission's decision. Under the proposal they are obliged to use every effort not to contradict it. The national courts can, of course, always comply with this obligation by making a preliminary reference to the Court of Justice.

I fully realise that these issues are sensitive ones due to the independence of the courts. I can assure you that we have no intention of or indeed interest in interfering with this fundamental principle. I firmly believe, however, that our proposal fully respects this principle. Indeed, as I have mentioned some national competition authorities already have the power to make submissions before their courts and the Commission itself makes submissions in all cases before the Community Courts.

Some of you might take the view that the Commission should stay in Brussels and not leave its institutional framework. However, in my view this would be an opportunity lost. The Commission's reform proposal is based on the idea that there should be more cooperation and interaction between all decision-makers applying Articles 81 and 82. This is important to develop a truly common competition culture in the Community.

Moreover, it is my personal conviction that it is essential for the general acceptance of Community competition law that it be brought closer to the citizen. The main instrument in this respect is obviously decentralised application of the competition rules. However, it is also important that the central authority, which is and remains competent to apply Articles 81 and 82 throughout the Community, is made more visible at national level. Putting a face on the bureaucracy may facilitate future contacts and encourage national judges to ask information from the Commission. Access to the Commission should not be reserved to a limited number of Brussels lawyers. We are here to make a new beginning and not just repeat the familiar patterns of the past.

6. CONCLUSION

Honourable judges, ladies and gentlemen,

Let me now conclude: The full application of the Community competition rules by the national courts constitutes an essential element of the Commission's proposal for reforming the current enforcement system. The time has come to eliminate the limitation of competence for judges introduced by Regulation 17. As judge Lenaerts rightly said at a recent conference, the system is ripe for change, what we need now is to discuss what are the best solutions.

I am confident that today's discussions will be very fruitful and bring us forward in devising the best possible system for the years to come. We have a common interest in ensuring a smooth transition and the maintenance of coherent application of Articles 81 and 82 throughout the Community.

The Commission will now continue the analysis of the questions that have been raised at the conference and figure it out how the per-
fected of the reforms and depth of all the contributions.

I would now like to review some of the more significant issues that the Commission faces in the field of merger control.

1. MAJOR ROLES OF THE MERGER REGULATION

Let me start by summarizing what you may have heard from Commissioner and Judge Dierckx and about the original role of the Merger Regulation. This is an instrument that was designed in order to ensure that the European economy obtains the most from mergers and acquisitions. European companies need to restructure to adapt to the challenges of the Single Market and Economic and Monetary Union. The European economy benefits from the efficiency that these restructuring processes will bring about. And the Merger Regulation must allow us to quickly make a distinction between the majority of these deals, which are harmless, and should be allowed to proceed quickly and smoothly and then, the few, which are harmful to the consumer. As Judge Lenaerts said, we got it at that time. So, we must look positively and constructively at mergers. Don't take all the things, rather than stop them.

The harmful mergers are those which give to consumers with wrong systems that allow them suffer an overall impact on their's interests.

THE MAIN CHALLENGES FOR A NEW DECADE OF EC MERGER CONTROL *

Mario MONTI

Comisario responsable de la política de competencia

Ladies and Gentlemen,

I would like to start by thanking you all for participating in this conference and for contributing to make it the success it has been. The contributions, not only by the speakers, but also by participants who have taken part in the discussions, have been extremely interesting and thoughtful.

The Commission will now continue the analysis of the questions that have been raised at the conference and figure it out how to get the most of the richness and depth of all the contributions.

I would now like to review some of the most significant issues that the Commission faces in the field of merger control.

1. MAJOR ROLES OF THE MERGER REGULATION

Let me start by supporting what yesterday Peter SUTHERLAND and Leon BRITAN said about the original role of the Merger Regulation. This is an instrument that was designed in order to ensure that the European economy obtains the most from mergers and acquisitions. European companies need to restructure to adapt to the challenges of the Single Market and Economic and Monetary Union. The European economy benefits from the efficiencies that these restructuring processes will bring about. And the Merger Regulation must allow us to quickly make a distinction between the majority of these deals, which are beneficial, and should be allowed to proceed quickly and smoothly and those, the few, which are harmful to the consumer. As Peter SUTHERLAND put it at this conference: «we must look positively and constructively at mergers; find ways to do things, rather than stop them».

The harmful mergers are those which give to companies such strong positions that allow them either to control conduct on today's markets

* EC Merger Control 10th Anniversary Conference, Bruselas, 14-15 de septiembre de 2000.

or to control the development of tomorrow's ones. They directly harm consumers, by raising prices, reducing innovation, or depriving them of product choices. The role of the Commission is to act decisively and effectively against those mergers.

I want to be clear, the need for industry restructuring does not justify any harm to the consumer. When business needs to restructure, then there are ways and means to achieve this without damages to competition. To see a perfect example of this, we just need to look at Volvo's recent and successful deal with Renault, and compare it to its deal with Scania, that we had to prohibit due to its anti-competitive implications. Companies looking to restructure need to recognise the importance that we place on protecting competition in the EU, whether it takes place on a local, national, European or even global basis.

The Merger Regulation was also designed to ensure that Member States do not use political power in a discriminatory manner in order to block mergers. This is a role that has not been much discussed during the conference, even if Peter SUTHERLAND referred yesterday to it, but I believe is of the utmost importance.

In fact, the Merger Regulation grants to the Commission the exclusive powers to assess operations of community dimension from a competition point of view. Member States can only adopt measures against such mergers when they are justified on grounds other than competition and when these grounds are compatible with the general principles of community law, in particular with the principles free movement of capitals and of free establishment.

I am determined to ensure that Member States respect these limits and do not intervene against merger processes for protectionism reasons or to foster national interests. Last year, the case BSCH/Champalimaud gave me a clear opportunity to show this determination. As you are aware, the Portuguese government attempted to block the bid over the Champalimaud financial group by the Spanish BSCH. The Portuguese authorities alleged that the intervention was based on prudential grounds, but they failed to prove it and the Commission declared their decision in breach of Article 21 of the Merger Regulation. Eventually, the Portuguese government eliminated its veto and allowed BSCH to acquire.

I already pursued the same objectives in my previous responsibilities as Internal Market Commissioner. Indeed, I spent considerable efforts to combat «golden shares» that give Member States the power to exert undue political interference in cross-border merger processes. Under my proposal, the Commission opened infringement proceedings against several Member States (the Court of Justice recently confirmed our position against Italy) and adopted a notice in 1997 clarifying in which cases golden shares are incompatible with community law.

I believe it is crucial that the Commission remains vigilant against these practices. But, in order to do so, companies that face such type

of obstacles should have the courage to come to us and explain their situation. It was this forthcoming attitude that allowed us to intervene in the Champalimaud case. I would like, therefore, to encourage you to complain against any attempt to unduly prevent a cross-border merger. I ensure you that, if your claims are justified, you will have the full support of the European Commission.

2. DOMINANCE

Let me come back now to strict competition analysis. A central element to determine whether competition is harmed, the pillar of the Merger Regulation, is the dominance test. This underpins almost everything that we do in our work and I would like to make some considerations about it.

As is clear from the analysis that has been developed in the growing body of case law, the dominance test is not some immovable and absolute measurement against which the future effects of a merger can be assessed. It is a highly sophisticated tool that requires us to understand the dynamics of competition and to identify the key competitive factors in the markets concerned.

As Gotz DRAUZ clearly explained yesterday, our assessment of dominance has developed significantly over the last ten years. Partly, due to internal analysis. But I believe that a significant share of these developments are also the result of the changing nature of business world.

The concept of dominance inherent in our merger control test has most frequently been applied to situations where a proposed merger would create a single market leader. These are situations where «unilateral effects» are the predominant competition concern. The Volvo/Scania case I just mentioned was based on the analysis of such unilateral effects and is a very good example of how we assess dominance in a traditional industrial sector.

Our basic analytical principles are, however, flexible and can be applied both in traditional «bricks and mortar» sectors or in newer «clicks and portals» ones.

The MCI WorldCom/Sprint case — which we prohibited in June this year is a good example of this second type. The product in question was the supply of internet connectivity, and the geographical scope of competition was worldwide. The combination of WorldCom's and Sprint's extensive Internet networks and large customer base would have led to the creation of a company of such absolute and relative size compared to its competitors that it would have been in a position to dictate terms and conditions for access to its Internet networks and customers. Not only could this have had significant and immediate anti-competitive effects for consumers in terms of higher prices, it could also have hindered innovation and caused longer-term damage.

The press has recently reported that one of the parties is considering to challenge our decision in this case before the Court of First Instance. It is their right. But I am fully confident that, in case the CFI comes eventually to rule about this matter, our decision will stand their scrutiny.

Single dominance issues can also arise in vertical mergers, between companies at different but related stages of a supply chain. The convergence of media, telecom and, more recently, internet companies produce a substantial number of deals with such effects. We have assessed them in a number of well known cases in the past, such as Bertelsmann/Kirch. More recently we have examined them in alliances such as Vodafone/Vivendi/Canal+ and those are one of the issues we are examining in the Time Warner deals.

As this list of cases shows, we often have to look at new issues and in relation to markets which are in their infancy. Decisions we take in such cases could potentially have a major impact on the way that such markets develop. Particularly in these telecoms and media markets, the Commission has to make sure that the deals do not jeopardise the gains that have so far been achieved as a result of the liberalisation and that they do not constrain the flow of innovation.

3. COLLECTIVE DOMINANCE

As well as single firm dominance, in 1998 it was confirmed by the European Court of Justice in its judgement in *Kali & Salz* that the concept of dominance in the Merger Regulation also covers collective or oligopolistic dominance. This was a vital clarification, since it ensured that the Merger Regulation could be effective to deal with a far greater range of anti-competitive situations.

In terms of our substantive analysis, the Commission examines the structure of markets to identify whether mergers would lead to a higher degree of tacit co-ordination between market players. As discussed by Mr DRAUZ, our analysis in these markets has focused on a number of market characteristics such as the degree of concentration, price transparency, product homogeneity, cost symmetry, slow market growth, barriers to entry or structural links. The presence of such factors increases the likelihood that major market players monitor each other behaviour, detect deviation from a tacitly agreed price and retaliate against the one who deviates. Recent cases in the oil sector, such as Exxon/Mobil, provide good examples of such situations.

Issues of collective dominance will undoubtedly take up more and more of the Commission's attention as the on-going consolidation process in many industries leads to increasingly concentrated markets. I am sure that analysis of collective dominance will be the analytical tool that will face most challenges over the next decade.

We do not have an analytical strait-jacket that will mechanistically determine the outcome of future cases where oligopoly issues arise. We will continue to refine our analysis in this area on a case-by-case basis and we will continue discussing these issues with other competition authorities in order to converge on our criteria for assessing these cases.

I have, however, taken note of the demands for more transparency and guidance in this difficult area that are formulated by companies and the legal profession. I can guarantee that we will try to meet them and we plan, in the medium term, to issue a notice on this matter.

4. REMEDIES

I would like now to turn to look at the next stage of our analysis, namely that of identifying suitable remedies.

Remedies must be designed so that they restore effective competition in a particular market that will or might be lost as a consequence of a merger. As Claude RACKOWSKY explained in detail yesterday, we are increasingly committed to ensure that remedies not only appear appropriate to restore competition but that they effectively do so.

In simple terms, it is not sufficient for us to ensure that the parties divest overlapping business. Even if suitable assets can be identified, the parties' commitment to simply divest those assets regardless of who buys them will not be adequate. It is critical that the merging parties divest an ongoing business and that the divestment recreates an effective competitor. Experience has shown that an effective competitor must not only be independent and viable, but must also have the necessary incentives to compete.

The recent study by the us Federal Trade Commission, which has reviewed their experience with divestitures in the past decade, cautions us to be careful in choosing a purchaser who just has the pocketbook to pay for the divested assets. The study identifies the very great importance of choosing a purchaser who demonstrates the necessary incentives and interests to compete in the relevant markets where the competition concerns arise.

You have probably seen in the press this morning that I have not hesitated to reject a package of buyers proposed by Totalfina Elf because we considered that they did not have the incentives to effectively bring competition to the market for sale of petrol in French motorways. The parties undertook to sell 70 service stations, and we should ensure that the implementation of this undertaking effectively eliminates the competition concerns that we had identified in our decision.

I want to take the opportunity to say that in relation to the energy sector, I am also worried about possible collusive behaviour at the level

of member states. We have convened a meeting of national competition authorities to coordinate our efforts in this area.

The buyer is not the only relevant element to look at. The package of assets to be divested is also crucial. If there is any doubt that the business offered for divestiture does not include all the assets that would be needed to compete in the markets concerned, then the parties may have to provide a broader package of assets, or risk having their proposed remedy rejected by the Commission. To continue with the example of the recent Totalfina/Elf case, the parties had proposed to sell several assets to eliminate competition concerns in the LPG industry. However, on account of negative feedback from the market test of the viability of the proposed remedies, they had to undertake to divest a full subsidiary, a remedy which went clearly beyond the elimination of the overlap.

While divestitures are the classic solution to many of the problems we identify, in certain (more exceptional) situations there may be other measures which could also remove competition concerns; for example, restoring competition in a particular market may be achievable by lowering the barriers to entry.

We have had a number of cases, particularly those affecting new media or telephony markets, where remedies other than divestitures have been identified. A good example of the alternative remedies we have accepted came in the merger between two incumbent European Union (EU) telecom operators — Telia in Sweden and Telenor in Norway. As one part of a whole package of remedies, Telia and Telenor agreed to implement a set of measures to introduce local loop unbundling in both countries. If the merger had not later been abandoned, this measure would have opened up access to final users of telecommunication services in both Sweden and Norway.

I should of course stress that in Europe, as in the us, it falls to the merging parties to propose an appropriate package of remedies. As Bob PITOFSKY has said «we are not merchant bankers», a sentiment with which I entirely agree: it is not our role, as a competition authority, to seek to prescribe what may constitute adequate remedies. We can give guidance, but we cannot impose any particular choice to the parties.

The degree of complexity of transactions increases the uncertainties attached to assessing the effectiveness of proposed remedies. The parties, therefore, would be wise to hesitate before making a package of remedies too complex. To do so can cast doubt on the viability of the whole exercise. The solution cannot be more complex than the problem it is trying to solve.

In connection to the issue of remedies, I would also like to mention the important changes to the Merger Regulation that were introduced in 1997. These made it easier for us to accept remedies to problems identified during our Phase 1 investigations.

Some criticisms have been raised that we have been too demanding during Phase I, knowing that parties will be keen to avoid a second phase investigation. I do not share this view. To be able to accept remedies at this stage, it is vital that both the competition problems and the appropriate solutions are readily identifiable or that any possible substantial doubt is eliminated.

Parties can help themselves by coming to the Commission as early as possible and explaining clearly and honestly the structure of markets and the likely effects of the proposed merger. In doing so they will facilitate the Commission's enquiry and thus give themselves the best chance of obtaining a satisfactory result in the shortest possible time.

I acknowledge that our practice in the remedies area is evolving very fast. Moreover, the sheer number of merger cases involving remedies is growing at such a fast pace that it is becoming increasingly difficult to keep abreast of developments in this area. In the last two years alone, there have been almost 50 cases (48) in which the Commission has accepted remedial commitments from merging parties in order to allow transactions to proceed. This is more than double the number of remedies accepted in the first five years of our merger practice!

In order to offer guidance, we are in the process of finalising a Notice on remedies to be issued later this year. The Notice will provide background on the types of remedies that typically have been accepted in Merger Regulation cases in the past. It will set out guidance as to the important substantial and procedural *antitrust* considerations that parties must deal with in order to resolve the competition concerns that their proposed transaction may raise. I hope it will become a very useful guide for all companies involved in complex transactions.

I take note with interest of the industry demands to have a standard trustee mandate and a standard set of divestment conditions.

Let me now turn to a few of other very interesting issues that we will be examining in the coming years.

5. REVISION OF THRESHOLDS

As mandated by the Merger Regulation itself, last June the Commission issued a report to the Council on how the Merger Regulation is currently functioning. The report dealt primarily with the turnover thresholds that are used for identifying operations which have a Community dimension. It also took note of other possible shortcomings of the Regulation, including certain aspects of the referral procedures.

In looking at the report's conclusions, it appears that a significant number of operations with cross-border effects continue to fall outside the scope of the Regulation.

From the Commission's viewpoint, this raises the question of whether such transactions involve a Community interest, and if so, whether this interest is adequately preserved. From an industry viewpoint, this raises concerns relating to having to deal with multiple notifications, which increases legal uncertainty as well as effort and cost.

Throughout this review exercise, we have received a rather clear message from industry that they support the notion of a further lowering of the Merger Regulation thresholds in order to bring all cases with a true Community dimension to a Community-level review.

I should say that I tend to see the merits of this position, although, I agree there with President BOGE, the issue of thresholds is to be seen in a wider context. I believe the overriding motivation which should guide us is to adequately preserve competition at the European level while providing one stop shop to companies. My position, of qualified favour to lower thresholds is certainly not driven by a desire to increase the Commission's powers for the sake of it. To convince you about this, I should only refer to the modernisation exercise that we are conducting in the *antitrust* area. As you are probably aware, this will lead us to share with Member States' authorities and Courts the exclusive power that the Commission still has to grant exemptions under Article 81(3) of the Treaty.

We also need to ensure that those cases that have an effect in just one Member State can be dealt with the national level. As you know, the 1997 amendments to the Merger Regulation also included changes to the referral procedures between the Commission and national competition authorities (Articles 9 and 22, respectively). These provisions were designed to enable us to fine-tune our work-sharing practices with the Member States.

We will use the Merger Review to look for ways to improve our liaison with member States. As with other issues examined under the Merger Review, we will thoroughly review this area indeed, we are open to looking at new ways to operate under Articles 9 and 22 or, indeed, under any other appropriate provisions in the Merger Regulation that would further facilitate our co-operation with the Member States.

In order to progress further in this review, we are now in the process of beginning an inquiry directed not only to Member States, but also, significantly, to accession candidates, as well as to industry and multinational companies to get more detailed information on their recent experiences. The input from these several points should give us a comprehensive and forward-looking view of the emerging needs in merger enforcement.

I cannot emphasise strongly enough the importance we attach to the thorough and active participation of your companies and enforcement authorities in providing us with the hard data that is required to make a proper assessment of the *status quo* and, thus, to provide an indication

as to the best way forward. We will rely on your active co-operation in this respect.

6. FAIRNESS AND RIGHTS OF DEFENCE

The scope of this Merger Review, however, should be far broader than thresholds and referral provisions. This process also provides an opportunity for more general reflection about how well the system works and whether it achieves its overall aims while at the same time respecting the interests of the different parties affected.

Personally, I think that to date the system has worked well. Personally, I believe that it contains sufficient safeguards to provide an effective balance between the speed with which decisions are finalised and the principles of fairness, transparency and the protection of the rights of the parties.

Indeed, before we reach a decision, we have to overcome several procedural steps that I believe have been overlooked by some participants at the conference. First, let me mention and praise the extremely important and incisive role of the Legal Service. As you will know, the Legal Service does not depend on the Competition Commissioner but on the President of the Commission, and has to ensure that every decision respects Community law, guided further by the fact that it would, after all, have to defend the decisions in the case of appeal. Second, the Hearing Officer's role is to monitor our procedures and to ensure that both the parties' rights to defence, as well as third parties' rights to be heard, are protected throughout the process. Finally, the decision is only proposed by the Competition Commissioner, but it has to be approved by the whole College of Commissioners, which needs to be convinced of its appropriateness.

As to transparency, I believe our system ensures it in a sufficient degree. Let me only mention that when we have serious doubts about a case, in order to open a second phase investigation, we are obliged to issue a motivated decision explaining these serious doubts in detail. This is not required in the US in order to launch a second request.

Let me also say that within the Merger area, notices have been part of our practice in order to provide the maximum transparency and legal certainty. Such published statements have proven to be an effective method for informing the companies and the public about our procedures and at the same time have offered us the opportunity to adapt our policies over time in order to reflect legal and economic developments as they come along. As I have already indicated, we will continue with such a practice.

I believe, however, that some improvements could and should be made to our system. I intend to consider all possible ways of improving the

overall accountability of the process and the respect of the right of the parties in consistence with the public interest in the effective competition enforcement. As Director General SCHAUB said yesterday, we recently started examining how to strengthen the role of the Hearing Officer including, as one of the inputs for that reflection, ideas that I have asked one of our hearing officers to put forward. The Merger Review process should allow us to modify other aspects of our procedures to make them more fair and transparent.

I would also make a reference to the emphasis put by Sir Christopher BELLAMY on the crucial role that the Court of First Instance plays in reviewing our decisions and on the need to ensure that it continues to do this effectively. I also believe that a proper functioning judicial review is essential to ensure that we maintain a high level of quality in our decisions. The Court will have all our support to debate any modifications of the current procedures that they think necessary to improve their role in this area.

7. INTERNATIONAL CO-OPERATION

I would like to address now the international aspects of merger enforcement.

Yesterday, qualified customers of merger control, and in particular Mr. BOUGIE, expressed concern for the problems that arise from the growing contradiction that emerges between a global economy and national merger control systems. We recognise that costs associated with merger control compliance in trans-national mergers have grown dramatically over the last decade, and they continue to escalate as more jurisdictions enact merger control statutes. We are also aware of the risks of inconsistency between different decisions that these developments create.

In response to this challenge, the Commission has adopted a dual approach. First and foremost, we are developing formal bilateral relations with the competition authorities of major trading partners such as the US and Canada. In this regard, I should certainly commend the notable success of the co-operation efforts between the EU and the US, begun under the auspices of their co-operation agreement in the early 1990s. The legal basis for the agreement, as well as the way we have implemented it, are now firmly established as a model for other co-operation efforts and I thank my counterparts across the Atlantic for their contribution to this success.

Secondly, we have always believed that multilateral efforts are necessary to ensure convergence and co-ordination between the vast number of merger enforcement systems around the world. It should be noted that the Commission has been very active in ongoing efforts in OECD working parties and other bilateral and multilateral working groups to achieve co-operation among *antitrust* enforcement authorities. Indeed, it was an

initiative from my predecessor as Competition Commissioner, which led the WTO has set up its own working group to examine what role it could play in competition policy in the global arena.

Therefore, I warmly welcome the announcement made yesterday by Assistant Attorney General Joel Klein. An opening to multilateralism in competition matters beyond the OCDE by such an authoritative opinion is a very important development that we appreciate as a constructive step. It goes in the same direction as the EU's view to complement our bilateral relations, which will remain fundamental, with a multilateral framework. It also meets the demands, expressed many times in this conference, from the business and legal community.

I also welcome the important list of issues that Joel Klein mentioned as a possible object of these multilateral efforts. I took note that these cover both substantive standards as well as procedures, including time-tables or notification requirements. Now, more than ever, competition authorities across the globe must work together. I can ensure that we will be contributing actively to the process of finding common ground on all these aspects.

These international co-operation efforts will benefit both the merging parties and the enforcement authorities, but ultimately they will benefit the consumers. We should be particularly vigilant that our efforts are perceived as such and that it becomes clear to everybody that the ultimate goal of protection of competition in the global marketplace translates into the benefit of our citizens.

8. CONCLUSION

To conclude, let me recall that five years ago it was written that the EC merger regime had «come of age». I think the breadth and depth of the debate that we have seen here over the last two days is proof that the system has now moved well beyond this.

I believe that the EC merger regime is now widely respected and I am determined to ensure, with your help, that it remains respected.

Ladies and Gentlemen, thank you very much for your time.

EU AND US APPROACHES TO INTERNATIONAL MERGERS. VIEWS FROM THE US FEDERAL TRADE COMMISSION *

Robert PITOFSKY

Presidente,
Federal Trade Commission (USA)

It is a delight for me to participate in this panel on Merger Control in an International Context, and to join my enforcement colleagues and friends, Alex Schaub and Joel Klein, in this discussion with Peter Sutherland, Jacques Bougie, Mario Siragusa, and our moderator Sir Christopher Bellamy.

By any measure, it has been a remarkable 10 years since the EC Merger Regulation first went into effect¹. In those days there was a good deal of emphasis on apparent differences in approach between the EU and the US—for example, would the EU Merger Regulation cover «oligopoly behaviour», would «industrial policy» be a serious factor in merger enforcement, how would the EU treat efficiencies as a claimed mitigating factor, and what sort of remedies would it impose?². Concern was expressed about whether US and EC enforcement authorities might take decisively different views of competition policy as it affected mergers³.

Today, virtually all knowledgeable observers agree that there has been substantial convergence in the method and content of merger enforcement in the EC and US, and a remarkable improvement in coordination

* September, 14-15, 2000. EC Merger Control 10th anniversary Conference. The European Commission Directorate General for Competition International Bar Association. Metropole Hotel, Brussels.

¹ Council Regulation (EEC) No 4064/89 of 21 December 1989, OJ L 395 (30 Dec. 1989); corrected version OJ L 257 (21 Sept. 1990); as last amended by Council Regulation (EC) No 1310/97 of 30 June 1997, OJ L 180 (9 July 1997); corrected version OJ L 40/17 (13 Feb. 1998) [EC Merger Regulation].

² See, e.g., Bernd LANGEHEINE, «Substantive Review under the EEC Merger Regulation», in B. HAWK (ed.), *Forham Corp. L. Inst.* 481, 1991, and James S. VENIT, *The Evaluation of Concentrations Under Regulations 4064/89: The Nature of the Beast*, in B. HAWK (ed.), *Fordham Corp. L. Inst.* 519, 1991.

³ For example, see, The Right Honourable Sir Leon BRITTON QC, «Jurisdictional Issues in E.E.C. Competition Law», *Hersch Lauterpacht Memorial Lectures*, Cambridge, 8 Feb. 1990, at 28 («The U.S. and the [European] Community may well one day soon take different views of a competition case.»).

and cooperation between the two enforcement authorities⁴. These changes were the result of thoughtful and intensive efforts in Europe, led by Sir Leon Brittan, Karel Van Miert and now Mario Monti, and in the United States, by Jim Rill, my predecessor Janet Steiger and Anne Bingaman. Joel Klein and I are committed to continuing this constructive process.

I would like today to examine the various successful accomplishments of the last 10 years (without neglecting the occasional serious problems), and in that review suggest promising areas of future development.

1. COOPERATIVE «PROCESSES»

I will be brief in discussing this subject because it has been touched upon so often in past programs and speeches⁵.

In my view, it is hard to imagine how day-to-day cooperation and coordination between enforcement officials in Europe and the United States could be much improved. Within the bounds of confidentiality rules, we share, on a regular and continuing basis, views and information about particular transactions, coordinate the timing of our review process to the extent feasible, and almost always achieve consistent remedies.

This cooperation did not just happen. EC and US officials took affirmative steps shortly after the EC Merger Regulation was adopted to clarify policies and promote complementarity. A formal cooperation agreement «to promote cooperation and coordination and lessen the possibility or impact of differences between the parties and their application of competition laws» was signed in 1991⁶. Before the ink was dry on the Agreement, staff liaison contacts were intensified and, in mid-1992, the Merger Task Force hosted a workshop in which EC and US staff shared their experiences in the investigation and analysis of mergers. Those initial efforts led the way to the extraordinary coordination that we see today.

2. PROCEDURAL REFORM

Many observers (myself included) believed 10 years ago that procedural convergence would be easier to achieve than substantive coordi-

⁴ See, e.g., Robert D. STONER, «Convergence of US and EU Merger Enforcement», *Economists Ink, Economists Incorporated*, Spring/Summer 2000, at 1; and William J. KOLASKY, Jr. and Leon B. GREENFIELD, «Merger review in the EU and US: substantive convergence and procedural dissonance», *Global Competition Rev.*, Oct./Nov. 1998, at 22.

⁵ See, e.g., Karel VAN MIERT, «International Cooperation in the Field of Competition - A View from the EC», 1997 *Fordham Corp. L. Inst.* 13 (B. HAWK, ed 1998); and Robert PITOFSKY, «Competition Policy in a Global Economy-Today And Tomorrow», remarks before the *European Institute's Eighth Annual Transatlantic Seminar on Trade and Investment*, Washington, D.C., Nov. 4, 1998, available at <http://www.ftc.gov/speeches/pitofsky/global.htm>.

⁶ Agreement between the European Communities and the Government of the United States of America regarding the application of their competition laws, Sept. 23, 1991, 4 Trade Reg. Rpt. (CCH) ¶ 13,504; OJ L 95/45 (27 Apr. 1995), corrected at OJ L 131/38 (15 June 1995).

nation. It has not turned out that way. Procedures in merger cases reflect the nature of judicial and administrative structures in each jurisdiction. As these structures differ, therefore, so do the procedures. As these enforcement structures often apply to enforcement beyond the realm of merger control, they are difficult to change. For example, in the United States, the antitrust enforcers need the assistance of the courts to stop a merger and must be prepared as soon as the mandatory waiting period expires to submit their objections and evidence in court. In the EC, the Commission does not need judicial assistance in the first instance. As a result, the information demands made on parties and third parties during an investigation differ, reflecting our different enforcement structures.

Certainly in the last 10 years, considerable effort has been devoted toward devising a single merger filing form, adopting uniform filing times, and developing roughly co-extensive review periods⁷. But, coordination is not simple. For example, there are too many merger filings to be reviewed at the Federal level in the United States—almost 4,700 in 1999—for US enforcement authorities to adopt the EC's approach of asking in the first instance for extensive information. On the other hand, there is no reason why the EC, which reviews approximately 300 mergers with a Community dimension each year, and is subject to tight, absolute decision deadlines, should abandon its request for extensive information in the initial filing.

Let me restate something I have said elsewhere about coordination of investigations⁸: the parties to the transaction, themselves, have much to contribute to coordination. The procedural differences between EC and US law actually provide much scope for coordination of our respective processes. Granted, the absolute deadlines in the EC Merger Regulation can present a challenge to coordination in some cases. But our experience has been that coordination is possible when parties and enforcers alike make good faith efforts to cooperate.

3. SUBSTANTIVE CONVERGENCE

There has been remarkable substantive convergence between the EC and the US in merger review over the last 10 years. The most important reason for that—and here I will probably betray my academic background—is that increasingly both jurisdictions have come to share economic premises about the benefits and competitive threats of mergers. Once premises are shared, common approaches may not be inevitable but they are far more likely.

⁷ For example, Organization for Economic Cooperation and Development. Report on Notification of Transnational Mergers, DAF/CLP/(99)2 FINAL, 5 Feb. 1999, available at: http://www.oecd.fr/daf/clp/CLP_reports/notifmergers.pdf.

⁸ See, e.g., Robert PITOFKY, «International Antitrust: an FTC Perspective», in B. HAWK (ed.), *Fordham Corp. L. Inst.* 1, 8, 1996.

Let me elaborate by discussing five important aspects of merger review in the US and EC: measuring market power; unilateral effects; collective or coordinated effects; efficiencies; and remedies.

A. MEASURING MARKET POWER (I.E., DEFINING RELEVANT MARKETS)

The EC market definition guidelines⁹, issued in 1997, are remarkably similar to the Department of Justice-FTC merger guidelines first adopted in 1982 and revised in 1992 and 1997¹⁰. Numerous commentators have noted their similarity¹¹. Application of rules to specific facts leaves room for differences, but the rules themselves can hardly be distinguished.

In one controversial area, involving the issue of whether there can be anti-competitive effects as a result of lessening of competition in an «innovation» market, the two jurisdictions have reached common approaches. For example, in *Ciba-Geigy/Sandoz*¹² both jurisdictions agreed on the existence of an innovation market for the development of gene therapies. Although the two enforcement authorities disagreed on the need for intervention and remedy, our work on that case showed convergence in our respective approaches to innovation markets, as described by the EC's John Temple Lang in his outstanding presentation to the Fordham Institute in 1996¹³.

B. MERGERS THAT LEAD TO DOMINANT OR MONOPOLY POSITION

The EC Merger Regulation and the US Clayton Act, as interpreted and applied, clearly recognize that mergers that place a firm in a position where it can raise price without a sufficient threat from an existing challenger, assuming there are significant barriers to entry, can be anti-competitive. Indeed, the US has been slightly more inclined in recent years to challenge mergers because they «tend to create a monopoly» and therefore produce anti-consumer and anti-competitive unilateral effects than was the case previously. For example, in 1994, both the EC and the FTC found that Shell and Montedison's joint venture would have led to the creation of a monopoly over the two main technologies for the manufacture of polypropylene¹⁴. In 1997, the FTC and two EU member state

⁹ Commission Notice on the definition of the relevant market for the purposes of Community competition law, OJ C 372 (9 Dec. 1997), available at http://europa.eu.int/comm/competition/antitrust/relevma_en.html.

¹⁰ US Department of Justice and Federal Trade Commission, Horizontal Merger Guidelines, 4 Trade Reg. Rep. (CCH) ¶ 13,104 (1992) (with April 8, 1997 revision to § 4).

¹¹ See, e.g., Simon BAKER and Lawrence WU, «Applying the Market Definition Guidelines of the European Commission», [1998] *ECLR* 273.

¹² *Ciba-Geigy/Sandoz*, OJ L 201 (29 July 1997), [1997] CEC 2,260; *Ciba-Geigy, Ltd.*, 123 FTC 842 (1997), 5 Trade Reg. Rpt. (CCH) ¶ 24,182.

¹³ John TEMPLE LANG, «European Community Antitrust Law-Innovation Markets and High Technology Industries», 1996 Fordham Corp. L. Inst. 519 (B. Hawk, ed. 1997).

¹⁴ *Montedison S.p.A., et al.*, 119 FTC 676 (1995); *Shell/Montecatini*, OJ L 332/48 (22 Nov. 1994), [1995] 1 CEC 2,346; revised 24 June 1996, OJ L 294/10 (19 Nov. 1996), [1997] CEC 2,008.

competition authorities (Germany and the United Kingdom) found that Federal-Mogul's proposed acquisition of T&N would have led to the creation of a near monopoly position in the market for automotive and light truck engine bearings and successfully negotiated a settlement that resulted in the divestiture of T&N's bearings business¹⁵. The FTC also successfully challenged the proposed merger of Office Depot and Staples which would have led to the creation of a dominant nationwide chain of office supply superstores¹⁶. Occasionally, in some countries, proponents of a merger, even one that leaves the combined firm dominant in its market, have responded to charges of anti-competitive effects by citing «industrial policy» —the defense that increased size is essential for a firm to compete effectively and that the merger would lead to improvements in the home country's balance of trade and employment. In the United States, there never has been significant academic or case law support for a modification of antitrust policy to take broad «industrial policy» considerations into account¹⁷. In the fall of 1991, in an immensely important EC decision, the Commission blocked ATR's proposed acquisition of de Havilland, signaling DG-IV's and the Commission's faithfulness to competition policy over industrial policy¹⁸. My own view is that the industrial policy defense, is almost always a bankrupt concept— first, because size (as opposed to efficiency) is no assurance of success in any market, global or local, and second, because antitrust enforcement is a blunt and ineffective device to provide solutions to issues like balance of trade or employment. Other government policies are much more likely to be effective.

C. COLLECTIVE OR OLIGOPOLISTIC EFFECTS

In the United States the principal avenue of challenge to mergers is based on the charge that they significantly increase concentration and thereby enhance or facilitate the joint exercise of market power. On the other hand, I recall that when the EC Merger Regulation was adopted, there was a lively debate as to whether an increase in concentration, and the threat of coordinated action, could ever provide a basis for an antitrust challenge. In the summer of 1992, DG-IV and the European Commission indicated in the *Nestlé/Perrier* case they would not shy away from challenging a merger that increased concentration in oligopolistic markets¹⁹.

¹⁵ *Federal Mogul Corporation and T&N PLC*, FTC Dkt. No. C-3836, Decision and Order (Dec. 8, 1998), reported in 5 Trade Reg. Rpt. (CCH) ¶ 24,400.

¹⁶ *FTC v. Staples, Inc.*, 977 F. Supp. 1066 (DDC 1997).

¹⁷ See Robert PITOFSKY, «The Renaissance of Antitrust», 1990 Handler Lecture, The Record of the Association of the Bar of the City of New York, Vol. 45, No. 7, Nov. 1990, p. 851.

¹⁸ *Aerospatiale-Alenia/de Havilland*, O.J.L 334/42 (5 Dec. 1991), [1992] 2 CEC 2,034.

¹⁹ *Nestlé/Perrier*, O.J.L 356/1 (5 Dec. 1992), [1993] 1 CEC 2,018.

The Commission's interpretation of the regulation was subsequently upheld by the courts in the *Kali und Salz*²⁰ and *Gencor*²¹ cases.

Here the point about shared economic premises and the way they lead informally to «soft convergence» can be underscored. At one time, United States enforcement officials were comfortable challenging mergers that may have reduced concentration in a properly defined relevant market from as many as 10 to 9 firms²². Today the market shares reflected in the DOJ-FTC guidelines suggest that the threshold for undue concentration is much higher. Unless there are exceptional circumstances, US enforcement initiatives these days usually involve concentration among leading firms reducing the number of competitors from no more than 6 to 5 firms. The EC has brought cases based on an oligopoly theory where concentration involves reduction of a 3 firm market to 2²³ and a 4 firm market to 3²⁴.

My impression is that two jurisdictions have moved closer, if not to absolute convergence, because of a shared appreciation that mergers that contribute substantially to concentration can produce cartel-like effects (hence the EC has moved to expand its zone of challenge), but those effects will occur only if there is relatively high concentration, significant barriers to entry and conditions that facilitate collusion or non-collusive coordination (hence the US has narrowed its range of targets). Ten years from now I wonder if observers will be able to detect significant differences in the way the two jurisdictions address the combined market share of mergers that are likely to have oligopolistic effects.

D. EFFICIENCIES AS A MITIGATING FACTOR

In the past decade, both the EC and the US have struggled with the question of the extent to which efficiency claims ought to be allowed in defense of mergers in moderately concentrated markets.

Article 81(3) of the EC Treaty authorizes the Commission to grant exemptions to agreements that «improv[e] the production or distribution of goods or (...) promot[e] technical or economic progress while allowing consumers a fair share of the resulting benefit»²⁵. The EC Merger Regulation, at least in my view, left ample room to take technical and economic progress into account «provided that it is to consumers' advantage

²⁰ *France v. Commission*, [1998] ECR I-1375.

²¹ *Gencor v. Commission*, Case T-102/96, Judgment of the Court of First Instance (Fifth Chamber, Extended Composition), 25 Mar. 1999.

²² *Brown Shoe Co. v. United States*, 370 US 294 (1962); *United States v. Pabst Brewing Co.*, 384 US 546 (1966).

²³ *Gencor/Lonrho*, OJ L 011/30 (14 Jan. 1997), [1997] CEC 2,055.

²⁴ *Air Tours/First Choice*, [2000] CEC 2,203.

²⁵ Treaty establishing the European Community, as last amended by the Amsterdam Treaty, Article 81(3) [EC Treaty].

and does not form an obstacle to competition»²⁶. Nevertheless in the *de Havilland* case, where the Commission rejected an efficiency claim on grounds that it was insubstantial, it threw the question of the legitimacy of the efficiency defenses into a question by commenting that it was reserving the question «without prejudice to whether such considerations are relevant for assessment under Article 2»²⁷. In a 1995 submission to the OECD, the Commission stated.

There is no real legal possibility of justifying an efficiency defense under the Merger Regulation. Efficiencies are assumed for all mergers up to the limit of dominance —the «concentration privilege». Any efficiency issues are considered in the overall assessment to determine whether dominance has been created or strengthened and not to justify or mitigate that dominance in order to clear a concentration which would otherwise be prohibited²⁸.

So, while the Commission does take efficiencies into account, the scope for doing so appears to be limited.

Until recently, the role of efficiencies as a possible defense of mergers under US law was even more confusing. Claims of efficiency were generally examined as a relevant factor in the enforcement agencies' exercise of prosecutorial discretion, but according to older Supreme Court cases they were not relevant when a merger transaction was examined in court²⁹. In 1997, however, the US Department of Justice and FTC modified their joint horizontal merger guidelines to clarify that efficiencies ought to be taken into account, and to define the nature of efficiencies that would be of most significance. In several subsequent merger challenges brought by the FTC in the US courts —in particular, the *Office Depot/Staples*³⁰ and drug wholesaler³¹ cases— the parties argued that efficiencies justified the merger but those claims, while carefully considered by the courts, were not sufficient to avoid a finding of violation.

My view is that the acceptance and clarification of the role of efficiencies in defense of mergers has been, on balance, a useful development in the United States. If there are no significant efficiencies, enforcement agencies and judges can be much more comfortable finding that particular mergers are anti-competitive —a point first emphasized by my colleague, Joel Klein. If there are efficiencies, they should be taken into account

²⁶ EC Merger Regulation, *supra* note 2, Art. 2.1.(b).

²⁷ *de Havilland*, *supra* note 19, at ¶ 65. Frédéric Jenny commented on this and other instances of European Commission consideration of efficiency claims in two articles presented to the Fordham Corporate Law Institutes, in B. HAWK (ed.), *Fordham Corp. L. Inst.* 591, 1993, and in B. HAWK (ed.), *Fordham Corp. L. Inst.* 185, 1994.

²⁸ «Efficiency Claims in Mergers and Other Horizontal Cooperative Agreements», Note by the European Commission Delegation, DAFPE/CLP/WD(95)9, available at <http://www.oecd.fr/daf/clp/Roundtables/EFFC00.HTM>.

²⁹ *US v. Philadelphia National Bank*, 374 US 321 (1963); *FTC v. Procter & Gamble*, 386 US 568 (1967).

³⁰ *FTC v. Staples, Inc.*, *supra* note 17.

³¹ *FTC v. Cardinal Health, Inc.*, 1998-2 Trade Cas. (CCH) ¶ 72,226 (DDC 1998).

in close cases (and not when the merger leads to monopoly or near-monopoly), at least where proof of those efficiencies is relatively clear, the benefits are likely to be passed on to consumers, and the efficiencies cannot be achieved in a substantially less anti-competitive way. While no United States court has yet accepted an efficiency defense to justify an otherwise illegal deal, I believe it is just a matter of time until such a defense succeeds. Meanwhile, I can attest first-hand that there have been cases in which the exercise of prosecutorial discretion not to challenge was influenced by the presence of significant efficiencies³².

E. QUESTIONS OF REMEDY

One of the more interesting examples of possible convergence between US and EC approaches, comparable to that we have seen in other areas of merger enforcement, is in the area of remedies. In the US as in Europe, most merger challenges are settled by agreements that involve restructuring; relatively few are litigated in court. Merger restructuring to address competitive problems and preserve otherwise legitimate proposals is an accepted part of antitrust but some of the restructuring proposals that we have seen in the United States are more extensive and complicated in recent years than any seen before.

Since the effectiveness of restructuring is such a critical part of merger policy, the FTC conducted and published a study of the efficacy of divestitures it ordered between 1990 and 1994³³. Most restructuring proposals accepted by the FTC were successful and the acquiring company became a viable competitor; in the relatively few that were not entirely satisfactory there were recurring patterns such as buyers that had informational disadvantages and lack of experience in particular markets, or sellers who sought out marginally effective buyers. To address those problems the US has adjusted its procedures modestly—for example, by insisting more frequently on up-front identification of a buyer or by reviewing the buyer's business plans with respect to the assets being acquired.

Last year, about the time the FTC issued its Divestiture Study, the EC issued a Draft Notice on Commitments in merger cases³⁴. We have found much common ground in these two documents and the approaches they suggest to remedies. It was logical, therefore, when we established

³² For more detailed remarks on this topic, see Robert PITOFKY, «Efficiencies in Defense of Mergers: 18 Months After», *George Mason Law Review Antitrust Symposium: The Changing Face of Efficiency*, Washington, D.C., Oct. 16, 1998, available at: <http://www.ftc.gov/speeches/pitofsky/pitofeff.htm>.

³³ Federal Trade Comm., «A Study of the Commission's Divestiture Process» (1999), available at www.ftc.gov/os/1999/9908/index.htm#6.

³⁴ Draft Commission Notice on commitments submitted to the Commission under Council Regulation (EEC) No 4064/89 and under Commission Regulation (EC) No 447/98, available at http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/legislation/draft_notices/draft_notice_on_commitments_en.pdf

the joint EC-US Mergers Working Group at our October 1999 bilateral consultations, that we would concentrate its initial efforts on remedies.

F. SOME BUMPS IN THE ROAD

It would not be appropriate on this important occasion to celebrate only the constructive trends of the last 10 years and neglect the occasional problems. Actually there haven't been many problems that justify discussion, but one that deserves mention is the *Boeing/McDonnell Douglas* merger³⁵.

With respect to Boeing, it is important to remember that in the end both the US and the EC concluded that the merger itself did not deserve to be blocked. Concern focused upon the exclusive dealing contracts that Boeing had entered into with several air frame purchasers. The significant point there is that the law in the US is relatively lenient with respect to long term exclusive dealing contracts while the law in the EC is more likely to produce a challenge³⁶. Even if the law were exactly the same, people could differ in their evaluation of evidence and its particular application. One need only recall the divisions within the European Commission in certain cases, or the many 3-2 or 4-1 votes that occur in antitrust enforcement at the FTC (Joel Klein has a much easier task in this regard; he has only to agree with himself and he seems to have achieved that goal with admirable consistency). We must accept the fact that we will not agree in every case. And though Boeing will be cited as evidence of conflict and pitfalls, I suggest that it be placed in the context of the many other cases that were resolved without any conflict whatsoever.

For example, even as the Boeing case was reaching its climax, FTC and EC staff were discussing common concerns arising out of the proposed merger of Guinness and GrandMetropolitan. Those discussions sharpened the focus of our respective investigations, developed convincing market definitions, and led to identification of a product the divestiture of which would remedy anticompetitive effects on both sides of the Atlantic³⁷.

³⁵ *The Boeing Co., et al.*, Joint Statement closing investigation of the proposed merger and separate statement of Commission Mary L. Azcuenaga, FTC File No. 971-0051, July 1, 1997, reported in 5 Trade Reg. Rpt. (CCH) ¶ 24,295; *Boeing/McDonnell Douglas*, OJ L 336/16 (8 Dec. 1997), [1998] CEC 2,069.

³⁶ As I noted in my remarks to the 1997 Fordham Corporate Law Institute, us case law suggests a safe harbor for exclusive dealing contracts that foreclose less than 20 percent of the market, and probably even 30 percent. By contrast, the European Commission within the past decade has challenged exclusive agreements foreclosing 10 to 15 percent of the relevant market. Robert PROFSKY, «Vertical Restraints and Vertical Aspects of Mergers», in B. HAWK (ed.), *Fordham Corp. L. Inst.* 111, 117, 119, 1998.

³⁷ *Guinness/GrandMetropolitan*, [1998] CEC 2,502; *Guinness PLC, et al.*, FTC Dkt. No. C-3801, Decision and Order, Apr. 17, 1998, reported in 5 Trade Reg. Rpt. (CCH) ¶ 24,359.

Since then, the routine contacts have broadened and deepened, reflecting the merger wave that continues. Cases like *ABB/Elsag Bailey*³⁸ and *Astra/Zeneca*³⁹ demonstrated that where parties facilitate cooperation and in good faith identify and offer to remedy competitive problems arising out of their proposed mergers, EC and US authorities can and will act expeditiously to clear them with appropriate undertakings. Cases like *Exxon/Mobil* and *Air Liquide/BOC* show that we can cooperate effectively in cases involving companies of enormous size and geographic scope as well as complex issues involving technology and contract rights. They also demonstrate that sometimes it is possible for the parties to develop acceptable remedies—as was the case in *Exxon/Mobil*, but sometimes, as in *Air Liquide/BOC* it is not.

In *Air Liquide/BOC*, the second and third largest companies in several fairly concentrated product markets in the US chose to acquire the fourth (BOC) and divide it up among the two acquirers or, where that was not feasible, to sell off to a new entrant. The principal remedial arrangements necessary in Europe were focused on restoring competition in the British Isles. In the United States, the problems arose in dozens of regional markets across the continent. The EC, after considerable analysis and effort, was able to clear the transaction subject to substantial conditions; in the United States, however, the restructuring proposed by the parties was unlikely to restore competition to the *status quo ante* and therefore the deal was likely to be challenged. The parties thereupon decided not to pursue their bid for BOC.

In some respects, the most interesting aspect of the *Air Liquide/BOC* matter was the statement issued by the EU when it completed its review⁴⁰. After acknowledging the Commission's close cooperation with the FTC in the analysis of the case, it noted that each of the companies involved in the deal «have substantial gas businesses in the United States. The assessment conducted by the Commission relates, however, mainly to the assets and businesses on BOC located in the EEA, which are to be obtained by Air Liquide. The Commission's decision in this case therefore does not prejudice the outcome of the assessment in the United States».

In other words, the Commission sent the message that the effects on competition in Europe might not be the same as effects on competition in the United States, and cautioned that its own conclusions should not be taken as an indication of how the US would treat the transaction. That

³⁸ *ABB/Elsag Bailey*, Case No IV/M.1339, Commission Decision of 16 Dec. 1998; *In the Matter of ABB AB and ABB AG*, FTC Dkt. No. C-3867, Decision and Order, Apr. 22, 1999, reported in 5 Trade Reg. Rpt. (CCH) ¶ 24,552.

³⁹ *Astra/Zeneca*, Case No IV/M.1403, Commission Decision of 26 Feb. 1999; *Zeneca Group plc*, FTC Dkt. No. C-3880, Decision and Order, June 10, 1999, reported in 5 Trade Reg. Rpt. (CCH) ¶ 24,581.

⁴⁰ Commission press release IP/00/46, 18 Jan. 2000, Commission approves the acquisition of parts of BOC (UK) by Air Liquide (France) subject to conditions. The Commission's decision in *Air Liquide/BOC*, Case No COMP/M.1630, of 18 Jan. 2000, has not yet been published.

is a constructive and sophisticated message that enforcement officials on both sides of the Atlantic should consider delivering in appropriate cases.

CONCLUSION

In conclusion, I think that as we look forward to next year's 10th anniversary of the EC/US cooperation agreement, it is fair to say that EC and US antitrust enforcers have met their commitment to «lessen the possibility or impact of differences» between our competition laws. If there is another gathering like this in 10 or 15 years, I hope the participants then will be able to say that they are at least as close together as they were when Schaub, Klein, and Pitofsky addressed them in the year 2000.

Thomas H. Cole,
Federal Trade Commission

INTRODUCTION

I've been asked to talk about merger review. But I would like to talk more broadly than that on merger review. I'd like to address the quality of business law — merger review by multiple jurisdictions. I start with the premise that good business analysis knows no national boundaries. It isn't suggesting that there is only one way to conduct merger review. Nor want all countries give the same weight to the same risk elements in the same market. But we do live in an era when many mergers cross — significant mergers have transnational implications. In a globalized economy, inconsistent approaches to transactions, an avoidance of conflicting remedies by diverse enforcement authorities, will impose substantial costs on businesses and on the markets that they serve.

We live in a world that fairly happens to be not perfect. First, the competition policies of nations differ within an acceptable range — one that should remain so but not create differences in legal systems. Second, competition law in a fair, well-administered merger review has not always resulted in consistent outcomes and comparable remedies. Why can't we do better. The concepts behind the well-administered of merger review can be markedly reduced by inconsistent, unresponsive, and efficient merger review procedures.

We now stand atop a century of learning about market structure, the importance of innovation and efficiency, and the value to society of reducing market barriers. In evaluating merger analysis, competition

Presented at the American Legal Challenge to EU Antitrust Law, New York University School of Law, New York, NY, March 1, 2000.

The views expressed here are those of the author and not necessarily of the Federal Trade Commission or any Commission.

MERGER ENFORCEMENT: MULTIJURISDICTIONAL REVIEW AND RESTRUCTURING REMEDIES *

Debra A. VALENTINE **

General Counsel,
Federal Trade Commission (USA)

INTRODUCTION

I'm here today to talk about merger review. But I would like to look more broadly than at US merger review; I'd like to address the reality that businesses face —merger review by multiple jurisdictions. I start from the premise that good antitrust analysis knows no national boundaries. I'm not suggesting that there is only one way to conduct merger evaluations. Nor must all countries give the same weight to the same considerations in the same manner. But we do live in an age when many —perhaps most— significant mergers have transnational implications. In such a globalized economy, inconsistent assessments of transactions, or application of conflicting remedies by diverse enforcement authorities, could impose substantial costs on businesses and on the markets that they serve.

In fact, I think that rarely happens, for two reasons. First, the competition policies of nations differ within an acceptable range —one that reflects reasonable but not drastic differences in legal systems. Second, our experience thus far is that multijurisdictional merger review has virtually always resulted in consistent outcomes and compatible remedies. But we can do better. The concerns raised by multijurisdictional merger review can be markedly reduced by transparent, cooperative, and efficient merger review procedures.

We now stand atop a century of learning about market dynamics, the importance of innovation and efficiency, and the value of lowering trade and market barriers. In conducting merger analysis, competition

* International Bar Association: Legal Challenges for Latin Americans in the New Millenium. Third Regional Conference. Santiago, Chile. March 24, 2000.

** The views expressed here are those of the author, and not necessarily of the Federal Trade Commission or any Commissioner.

authorities widely recognize that big is not necessarily bad. Market concentration alone is not the issue any more than is raw size. Equally important is whether or not there are barriers to market entry, expansion, or mobility. A realistic assessment of a merger's impact should also consider whether, by merging, a firm will realize new levels or kinds of efficiency that will enhance that firm's ability and incentives to compete.

It may be premature to say that all merger laws reflect identical goals. But today most merger control laws focus on preventing transactions that create or enhance market power or facilitate its exploitation in anticompetitive ways. By market power, I mean the ability to raise prices above competitive levels or reduce output—including product quality, variety, or innovation—below competitive levels. Firms may possess and exploit market power either unilaterally or jointly, through coordinated interaction, and commonly use that power to cripple or exclude rivals that might otherwise act competitively. Thus, as a substantive matter, merger law is converging around a norm that rests on solid economic thinking and hard-earned experience.

1. MERGER REVIEW PROCESS FROM AN INTERNATIONAL PERSPECTIVE: ICPAC

Today I want to focus on the merger review *process* from an international perspective, because the end of the 20th century is marked by three striking proliferations:

First, a proliferation of merger and acquisition activity which, in 1999 alone, reached \$3.4 trillion worldwide. In the US, the dollar value of mergers reported annually increased a stunning eleven-fold over the past decade—from \$169 billion in 1991 to \$1.9 trillion in 1999. This merger wave is part of a broader, second, proliferation in cross-border trade. This development will only accelerate as tariff and non-tariff barriers are reduced, deregulation opens markets, technical standards are harmonized, international transportation and communication networks improve, information technology matures, and electronic commerce continues its exponential growth.

Third, we face a proliferation of merger control laws, a development reflected in the fact that in just the last decade the number of countries with premerger review authority grew from about 10 to over 60.

A key challenge to any nation's merger control law is that the law is national, but markets—given this proliferation in cross-border trade—are often transnational¹. Sometimes markets remain national due to

¹ See, e.g. Rohm & Haas Co., Dkt. No. C-3883 (Aug. 2, 1999)(in merger affecting North American market for water-based floor care polymers, FTC consent order required Rohm & Haas to divest some of the assets it would be acquiring in merger with Morton International, Inc.); Exxon Corp., Dkt. No. C-3833 (Nov. 4, 1998)(in joint venture involving Exxon and Royal Dutch Shell affec-

environmental, drug or other regulatory laws, but merging firms nevertheless may have assets or sales in various jurisdictions and compete in a substantial number of national markets². And even when merging parties assets are located in only a single domestic market, their business activities—directly or indirectly—may affect markets in many countries, since the parties' customers, suppliers, and potential competitors may be located around the globe³. Therefore, many different national competition enforcement authorities reasonably may end up scrutinizing the same transaction.

In 1997, the United States Attorney General established the International Competition Policy Advisory Committee («ICPAC») to examine, among other things, the issues and problems associated with reviews of mergers by multiple jurisdictions. This month the Advisory Committee issued its report, which offers many thoughtful recommendations for eliminating unnecessary transaction costs on businesses that potentially may arise when one transaction undergoes multiple reviews.

A. ICPAC SUGGESTIONS TO MINIMIZE POTENTIAL CONFLICTS

The Committee has three main suggestions for minimizing the potential costs and conflicts associated with multi-jurisdictional merger evaluations.

The first is increasing the *transparency* of the review processes. Transparency logically would promote discussion, understanding, and (possibly) harmonization of legal policies among competition authorities. It also would give businesses contemplating a merger greater predictability regarding the success or failure of their plans. Among the many ways that competition enforcement authorities can enhance transparency are publishing guidelines and statements that explain the jurisdiction's merger control laws and prosecutorial policies, and publishing significant merger review decisions⁴.

ting North American market for viscosity index improver, or oil additive, FTC consent order required Exxon to sell its viscosity improver business to Chevron Chemical Corp. or other FTC approved purchaser); *Degussa Aktiengesellschaft*, Dkt. No. C-3813 (June 19, 1998) (in purchase by Degussa Corp. and its parent, Degussa Aktiengesellschaft, of DuPont's worldwide hydrogen peroxide, consent order preserved competition in concentrated North American market by permitting Degussa to acquire only DuPont's Gibbons, Ontario, plant but not DuPont's plants in Memphis, Tennessee or Maitland, Ontario).

² In re *Ciba-Geigy Ltd.*, Dkt. No. C-3725 (FTC March 24, 1997).

³ In the *Matter of Boeing Company/McDonnell Douglas Corporation*, File No. 971-0051 (July 1, 1997).

⁴ In some high profile cases, an agency's underlying reasons for challenging or not challenging a merger may get lost in the media and political buzz surrounding a transaction. In the Boeing/McDonnell Douglas merger, EC officials found the merger anticompetitive. Although some observers believed that the demand for significant concessions was made solely to protect Airbus, a careful reading of what DGIV did revealed that it was consistent with EC law on abuse of dominance and with the Commission's prior rejection of the use of competition policy to create «European

Second, ICPAC proposed that national competition authorities minimize potential conflicts by adhering to certain basic *disciplines* in the application of their merger review laws. For example, competition policy enforcement officials should apply their merger law in a non-discriminatory manner. Governmental enforcement authorities should not give domestic companies favored treatment over non-nationals, either to protect domestic industries from competition or to foster a «national champion.» In addition, antitrust evaluation of mergers should not consider non-competition elements. At a minimum, reviewing authorities should apply non-competition factors (such as job preservation, the promotion of exports, or the creation of national champions) only after the completion of the antitrust analysis and make completely clear how those factors are weighed. Similarly, antitrust agencies should be independent of political pressures. Finally, national competition authorities should, to the greatest extent possible, tailor remedies to cure domestic problems. Inevitably, some mergers that have a significant anticompetitive effect on a local jurisdiction will require a remedy with an extraterritorial impact. The exercise of self-restraint by national authorities in fashioning remedies respects the possibility that competition officials in other jurisdictions might evaluate the need for a remedy somewhat differently.

Third, the Advisory Committee highlights the need for, and importance of, *cross-border cooperation* and information sharing among competition authorities when reviewing mergers. The Committee proposes that each competition agency publish a Protocol that explains how it coordinates and cooperates with other agencies so that firms are informed about what this entails. It further suggests that competition authorities publish model confidentiality waivers that parties can use to authorize the agencies to exchange documents and conduct discussions that confidentiality laws would otherwise prohibit. I firmly believe that once parties become comfortable with these limited waivers of confidentiality, and appreciate the confidentiality protections that continue to exist, merger reviews will proceed far more efficiently and expeditiously.

Finally, in its most forward-looking proposals, the Committee suggests that enforcement authorities begin thinking about work sharing arrangements. Depending on the particular case, these efforts could focus on jointly developing remedies that are acceptable to all affected jurisdictions, or coordinating investigatory efforts⁵. Looking further into the

champions». *Aerospatiale-Alenia/DeHavilland*, 1991 OJ (L 334) 42 In the United States, the FTC determined not to challenge the merger, but made clear in a separate statement that its decision was not influenced by any desire to create a «national champion». Statement of Chairman Robert Pitofsky and Commissioners Janet D. Steiger, Roscoe B. Starek III and Christine A. Varney in the *Matter of Boeing Company/McDonnell Douglas Corporation*, File No. 971-0051 (July 1, 1997).

⁵ It is noteworthy that many of the cases that have gone to second request at the FTC over the past few years have also been subject to review by antitrust agencies in other jurisdictions. Quite a few of those cases have led to coordinated settlements of antitrust concerns arising in one or more of the territories in which the merging companies do business. For example, in fiscal year 1998, out of the 28 merger enforcement actions the FTC brought, 13 involved notification to foreign

future, the Committee raises the possibility of limiting the number of investigating jurisdictions by relying on the efforts of those whose markets are most heavily affected by the transaction. But the Committee recognizes that this degree of work-sharing is a distant vision, and that national authorities today must first protect their markets and their consumers.

B. RATIONALIZING THE MERGER REVIEW PROCESS: TWO-STAGE MERGER SCREENING

The International Competition Policy Advisory Committee also considered specific ways to rationalize the merger review process. Two themes run through this set of proposals. First is the need to ensure that each national system reviews only mergers that have a nexus to it and a potential to create anticompetitive effects in its territory. Second is the need to ensure that no jurisdiction unduly burdens the merger review process.

As an initial matter, the Committee endorsed the use of a premerger screening program—in my view, one of the most positive competition enforcement developments in the last quarter century. It simply is too difficult, after a merger occurs, for antitrust authorities to separate and reallocate the commingled physical assets, employees, and intellectual property to each of the merging parties. In essence, once the eggs have been scrambled, it's impossible to return them to their original shells. It also is far easier and more efficient to prevent a merger that is likely to reduce competition than it is to catch and subsequently correct the misuse of market power made possible by the merger.

Under the «reasonable nexus» theme, the Committee made several recommendations with respect to the notification thresholds used in merger review systems. First, the thresholds should be made only as encompassing as necessary to ensure the reporting of potentially problematic transactions. Those deals that are unlikely to generate appreciable anticompetitive effects within the reviewing jurisdiction need not be notified. Establishing sensible thresholds works to the benefit of both businesses and enforcement authorities, by not encumbering nonproblematic transactions with regulatory review and by enabling the authorities to focus their resources on the problematic ones.

Interestingly, and I think correctly, the Committee also recommended that agencies should retain authority to pursue transactions that do not meet the notification threshold but that have special features which merit further evaluation. For example, a competition agency certainly should

governments and, of those, 6 involved substantial discussions with foreign authorities also reviewing the matters. From January through July 31, 1999, the FTC issued 38 second requests in merger cases. Of those cases, 21 involved notifications to foreign governments and 12 involved substantial discussions with our foreign counterparts. In addition there have been about a dozen other mergers in which discussions took place between FTC staff and other enforcement authorities where we concluded that no enforcement action was necessary.

be permitted to examine the merger of two parties that, notwithstanding their modest sales and assets, own valuable intellectual property assets that, if combined, might give the entity the power to restrain innovation in a rapidly-developing market.

Second, notification thresholds should reflect a reasonable nexus between the transaction and the reviewing jurisdiction. That is, there ought to be some threshold of transaction-related sales or assets within the jurisdiction. Absent a jurisdictional nexus, notification and review are a waste of business and enforcement resources; at worst, these unwarranted reviews may create conflicts with the evaluations of much more heavily affected jurisdictions.

Third, notification regulations, like substantive merger-review standards, should be clear, transparent, and objectively-based. Basing the threshold on the amount of the merging parties' (individual or aggregate) sales or assets in the jurisdiction will usually be preferable to using a market-share standard, which typically is difficult to assess accurately, particularly at the early stages of the reviewing process.

Lastly, the Committee recommended that agencies harmonize the time of notification so as to permit filings anytime after executing a letter of intent or agreement in principle. By permitting simultaneous filing in the various jurisdictions potentially affected by the merger, agencies can better coordinate their investigations and the parties can navigate the review process more expeditiously.

There are, of course, many ways to design a merger review program. The Advisory Committee concluded, however, that from a burden-reduction perspective a two-step process is likely to be the most efficient. The initial stage is best devoted to separating benign transactions from mergers that clearly raise competitive problems or whose complexity warrants further inquiry. The Committee believed that this initial stage should last only a short period, no more than a month. In addition, merging parties should be permitted to request early termination of the reviewing period for innocuous transactions or those where the parties are willing to resolve competitive concerns through consent agreements. In the US, more than 70% of mergers reported to the FTC in 1998 received early termination within an average of 16 days of filing, and approximately 97% of the reported mergers were cleared in the initial 30-day stage. In short, the use of an initial screening stage permits the vast majority of transactions to proceed from agreement through the reviewing process to consummation with a minimum of inconvenience, delay, and expense.

The Committee further recommended that a longer second review stage be reserved for mergers that appear to raise serious competitive issues. To give greater certainty to businesses, the Advisory Committee recommends that this stage not be open-ended. I frankly prefer the more flexible US system, which has no formal second-stage deadlines, to the rigid timetables that apply in jurisdictions such as the European Union.

In my experience, reviewing officials and merging parties alike have often found that extra time is needed to analyze a complex transaction correctly and to negotiate a sensible remedy. Recognizing that some transactions are far more complicated than others, the Advisory Committee offered the suggestion that, where strict deadlines do not apply, enforcement authorities should set notional deadlines for each merger review in accordance with that transaction's complexity.

The Committee also suggested that reviewing authorities should require information submissions that parallel and complement the two-stage process. At the first stage, authorities should seek only the information necessary to determine whether the merger warrants further review. These information requirements should not be regimented by statute. For example, if reviewing officials have nearly enough information at the first stage to determine that the merger will be innocuous, those officials and the parties should have the latitude to negotiate a voluntary submission of additional information to resolve quickly any lingering issues and avoid the need for a second stage review. Similarly, at the second stage, officials should articulate the competitive concerns that are driving the investigation and focus their information requests on those issues.

Finally, the Advisory Committee recommended that parties work multilaterally, possibly through the OECD, to further develop a common framework for merger notification. Such a framework can include understandings regarding the timing of notification and the minimum information that is needed at the first stage to conduct a screening review that is expeditious and effective without being unduly burdensome. This sort of a framework can be particularly useful for countries that are just implementing a merger review system, since it provides a template that reflects the experience gained thus far and encourages convergence around «best practice» standards.

C. SUCCESSFUL EFFORTS TO AVOID INCOMPATIBLE RESOLUTIONS

Although the Advisory Committee report expresses legitimate concerns about differing substantive merger evaluation systems and the possibility of inconsistent or incompatible remedies, in fact the process is working remarkably well. I can't think of an instance where we, the EC, or Canada imposed inconsistent or incompatible remedies on a party. For example, US and EC officials had different concerns regarding the merger of the Swiss pharmaceutical firms, Ciba-Geigy and Sandoz. Discussions between the agencies, however, resulted in complementary remedies that alleviated EC concerns regarding Sandoz' monopoly for methoprene while assuring that the divestee of Sandoz' US and Canadian flea control business would have a reliable supply of this critical ingre-

dient⁶. And in the *Zeneca/Astra*⁷, *ABB/Elsag Bailey*⁸, and Federal Mogul-T&N mergers⁹, the FTC and EC (or in the case of T&N, EC member states) officials engaged in extensive discussions to develop compatible remedies that placed no inconsistent burdens on the transacting parties. I should note that a critical element in the effective and speedy disposition of these merger reviews—approximately two months from notification to agreement in both the *Zeneca* and *ABB* mergers—was the willingness of the parties to waive confidentiality protections, thereby permitting the various competition authorities to share their information, market assessments, and remedy proposals. Even in the *Boeing/McDonald-Douglas* merger, the EC and we were each able to develop a package of remedy provisions that both sides could live with and that did not impose inconsistent obligations on the merging parties.

2. REMEDIES AND RESTRUCTURING

Just as a correct prescription is as important as an accurate diagnosis in medicine, we have found in antitrust that imposing the right remedy is just as important as correctly analyzing the transaction. This is particularly true because most merger challenges do not go to litigation these days but are settled by agreement with the reviewing authorities. Frequently the remedy will involve some sort of restructuring of the merging parties' businesses or assets. For example, 38 of the 83 investigations (more than 45%) in which the FTC issued a second request (thus moving them to the second, more intensive stage of our merger review process) resulted in a consent order that involved some restructuring¹⁰.

But while we have learned a lot about the substantive evaluation of mergers over the past 100 years, we are only now beginning to define the nature and limits of appropriate restructuring. Of course, from the beginning, merger restructuring has been an accepted way of addressing competitive problems and preserving otherwise legitimate transactions. But recently parties have proposed more and more ambitious and complicated restructuring proposals to address anticompetitive problems and overlaps that competition enforcers have identified. How do we decide whether and to what extent merger restructuring can save an otherwise anticompetitive transaction?

To examine the success of restructuring remedies, the FTC's Bureau of Competition reviewed divestiture orders in 35 cases between 1990 and 1994. In its report issued late last year, the Bureau concluded that most divestitures have produced viable competitors in the relevant market but

⁶ In re *Ciba-Geigy Ltd.*, Dkt. No. C-3725 (FTC March 24, 1997).

⁷ In re *Zeneca Group, PLC*, File No. 991-0089 (FTC March 25, 1999).

⁸ In re *ABB/Elsag Bailey*, FTC Dkt. 3867 (consent order April 14, 1999).

⁹ In re *Federal-Mogul Corp.*, FTC Dkt. 3836 (consent order March 6, 1998).

¹⁰ Of the 45 remaining transactions, 23 were cleared for consummation, 19 were abandoned, and 3 were litigated in court.

that there are ways to improve merger remedies so as to avoid potential problems¹¹.

In light of both the potential promise and problems associated with divestiture solutions, we generally consider several factors in evaluating a proposed restructuring remedy.

The first is whether the remedy is likely to protect, promote, or restore competition in the affected market. To this end we must consider whether the buyer is obtaining sufficient assets, and the right kind of assets, to be able to create and operate a successful, competitive business, and whether that buyer has sufficient acumen, experience, incentives, and resources to accomplish its goal. Because these factors are so important to the ultimate success of a restructuring remedy, the Commission generally prefers to know in advance who will be the purchaser of the divested assets and the details of that buyer's business plan. In about 60% of the FTC restructuring remedies in the past three years, the Commission has known in advance who the purchaser will be. Further, the Commission considers whether the seller will be able to influence the purchaser's ability to effectively use the divested assets, for example, by not providing sufficient technical support. The Divestiture Study revealed that in about one third of the cases where the seller had an on-going relationship with the purchaser of the divested assets, the seller was able to prevent the effective use of those assets. In another third of the cases, the seller was able to inflict some competitive injury on its new rival¹².

A second factor to consider is whether efficiencies justify restructuring, rather than condemning, a merger transaction. Particularly since the Horizontal Merger Guidelines were revised in 1997, enforcement agencies in the US do consider efficiencies, but only if the efficiencies are produced by the merger under review. Unfortunately, the creation of efficiencies is much easier to claim than confirm and efficiencies can often be achieved by means other than a merger. But if efficiencies from a merger are claimed in the market where restructuring is proposed, analysis is at least manageable. The agency will already have studied the claimed efficiencies in reviewing the transaction. What remains to be determined is whether the efficiencies are likely to be passed on to consumers and whether they are substantial enough to outweigh the risk that restructuring will not fully restore competition. Questions of proof multiply where the efficiencies arise from less-troublesome, and therefore less-scrutinized, aspects of the merger. Then we are forced to balance the risk that a restructuring will not effectively restore competition against the more difficult to prove possibility that the merger will achieve efficiencies in some entirely different market, the benefits of which may not even be passed on to consumers.

¹¹ Federal Trade Commission Bureau of Competition Staff, *A Study of the Commission's Divestiture Process (1999)* («FTC Divestiture Study»).

¹² FTC Divestiture Study at 12.

Third, the Commission must consider the complexity of the proposed remedy. The Divestiture Study confirms that a restructuring remedy is much more likely to be successful if the divestiture is of an entire, on-going business, replete with its staff, supplies, customer relations, supplier contacts and other tangible and intangible resources¹³. Prospects for a successful restructuring are less promising, however, where only a package of selected assets is to be divested, or where the buyer will depend to some extent on the seller's continuing support, supplies, or other efforts. In such instances, the enforcement agency may be required to monitor the seller's conduct closely to ensure that the seller does not undermine the purchaser's ability to compete. Such measures, however, tend to be expensive, intrusive, and imperfect.

Fourth, the Commission must consider whether its acceptance of a restructuring remedy might have implications for future matters. For example, when the Commission accepts a restructuring remedy, parties to subsequent proposed mergers tend to insist on a similar resolution to the competitive problems raised by their transaction, although the Commission may view the matters as distinguishable on factual or economic grounds. This is because even where transactions appear to be comparable, prior mergers affect subsequent market structure, and different markets have different dynamics. Past experience also can provide valuable learning regarding the types of restructuring provisions to avoid, or the industries that have proven most resistant to efforts to restore competition. We should not be expected to make, and indeed would not be justified in making, the same mistake again.

3. CONCLUSION

Evaluating mergers with cross-border effects is a high risk/high reward enterprise. If we do it wrong, we risk losing the benefits of competition in not just one market, but many. If we do it right, we can preserve, or even expand those benefits. And the impact, either way, can be nationwide, or even global. It is also a difficult enterprise. There is a full spectrum of ways in which businesses can combine their efforts and resources, and each variation has different implications for a country's economy and consumers. With cross-border mergers, the task is compounded by different laws, languages, cultures, and practices.

But it is an effort that I believe we have been doing reasonably well. For this, I give the credit to consistent, good faith efforts by competition authorities in many jurisdictions to cooperate in and coordinate their enforcement efforts. With continued mutual assistance, I believe we can further rationalize the merger review process.

¹³ FTC Divestiture Study at 11-12, 16-17, 27-28, 38, 42.

ELEMENTOS PARA UNA PROPUESTA DE INCLUIR «DERECHO DE COMPETENCIA» COMO TEMA A SER ESTUDIADO POR EL COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO *

João GRANDINO RODAS

Con la globalización de la economía, los procesos de privatización y la reducción de las barreras arancelarias, el papel del Derecho de competencia está adquiriendo una importancia creciente. Esto resulta porque, ahora, el aumento y el propio mantenimiento del comercio internacional así como el íntegro funcionamiento de los mercados nacionales dependen en gran parte de la prevención y la represión de actos que limiten la competencia. Prácticas como la división de los mercados o fijación de precios a través de carteles internacionales, así como las restricciones verticales que impiden la entrada de proveedores nacionales o internacionales en los nuevos mercados, tienen el efecto pernicioso de que, si no llegan a anular, por lo menos sí llegan a restringir los sorprendentes beneficios que resultan del libre comercio, y a disminuir el bienestar económico en el ámbito nacional.

Es por estas y otras razones que la importante obra conjunta realizada por el Banco Mundial y la OCED, intitulada *A framework for the design and implementation of competition law and policy*, subraya que «Indeed, the case can be made that competition policy should be viewed as the fourth cornerstone of government economic framework policies along with monetary, fiscal and trade policies»¹.

Reconociendo este hecho, el *Informe de Inversiones* de 1997 de la UNCTAD/CNUMAD, precisamente hace hincapié sobre el hecho de que hoy existen más de 70 países con leyes de competencia, en contraste con los menos de 40 que existían hasta los años ochenta².

Consecuentemente, dicha situación exige un profundo análisis del contenido de las leyes vigentes que defienden la competencia, así como de

* Organización de los Estados Americanos. Comité Jurídico Interamericano. 57.º Período Ordinario de Sesiones, Río de Janeiro, Brasil, 31 de julio a 25 de agosto de 2000.

¹ Cita de un capítulo escrito por R. Shyam KHEMANI (*Project Director*), p. 8.

² Conforme subrayado por Gesner Oliveira en «Defesa da concorrência em países em desenvolvimento: aspectos da experiência do Brasil e do Mercosul», texto publicado en la serie *Idéias e Debates* (núm. 7) del Instituto Teotônio Vilela (Brasília, 1998), p. 6.

las consecuencias que ejercen respecto a la regulación jurídica de la economía. Se torna necesario, entonces, realizar un cotejo entre estas leyes de competencia y sus finalidades e instrumentos, ya que pueden poseer importantes diferencias causadas, ya sea por el sistema jurídico en que se insertan (Derecho civil o *common law*), o por las relaciones que tengan con otros ramos del poder jurídico. De hecho, mientras que la Ley Brasileña de Defensa de la Competencia —Ley número 8.884, del 11 de junio de 1994— adopta un enfoque de Derecho económico, también prevé un órgano igualmente regido por las normas del Derecho Administrativo e impone, en los casos omisos, la aplicación subsidiaria del Código de Proceso Civil, la legislación norteamericana —de la cual la *Ley Sherman* de 1980 es un buen ejemplo— y tiene, nítidamente, una relación con el Derecho penal. Obviamente, esta diferencia no es irrelevante y puede ejercer enormes consecuencias prácticas, en su carácter de patrón de prueba utilizado y aceptado al juzgar un probable cartel, donde el eslabón de unión de las empresas que en él participasen, sería apenas un paralelismo de conductas imposibles de explicar apenas por medio de la lógica económica.

También se hace necesario realizar un análisis perspicaz de estas leyes para determinar, justamente, cuál es el bien jurídico principal que pretenden proteger. Dicha tarea, que aparentemente parece simple, debe tomar en consideración las diferencias de los intereses jurídicos. Por consiguiente, el Poder Judicial, que desempeña un papel fundamental en la defensa de la competencia al buscar una solución justa y equitativa, ya sea como instancia recursal de las decisiones de los órganos administrativos adjudicatorios, o como única instancia, debe dirimir el conflicto señalado por Luis TINEO, asesor legal de la Unidad de Comercio de la OEA, mencionado a continuación:

Para los individuos el valor a proteger es el derecho a la libertad económica, mientras que para la sociedad el valor a proteger es que las decisiones de los individuos en torno al qué, cuánto, cómo y a qué precio se producen los bienes en la economía se determine en forma eficiente, independiente y en condiciones de competencia efectiva.

Otra diferencia importante que puede existir en esas leyes de defensa de la competencia, y que merece ser analizada, es la adopción de un criterio *per se* en la punición de potenciales *antitrusts* ilícitos, o el uso de la «regla de la razón». El criterio *per se* está fundamentado en el entendimiento de que cualquier acción concertada entre la competencia resultaría en una reducción de la producción y, consecuentemente, en el aumento de los precios al consumidor. Por ende, en el modelo *per se* —aplicado originalmente en los Estados Unidos— se considera suficiente constatar la ocurrencia de la práctica concertada para que se declare ilegal y sea punida. En contrapartida, el modelo de la regla de la razón trata de considerar las eventuales eficiencias que algunas prácticas podrían traer potencialmente a la economía. En este sentido, prác-

ticas como la concentración económica, los acuerdos verticales y hasta los abusos de posición dominante, podrían llegar a ser autorizados por el órgano de defensa de la competencia siempre y cuando, sin implicar en la eliminación de la competencia en parte sustancial del mercado importante tengan por efecto, por ejemplo, aumentar la productividad de las empresas, mejorar la calidad de sus bienes o servicios, propiciar la eficiencia y el desarrollo tecnológico o económico.

Además de estas importantes y ya clásicas cuestiones, que aún no han sido solucionadas, en el Derecho de Competencia existen nuevos problemas que deben ser dirimidos³. Consecuentemente, la relativa incapacidad de las jurisdicciones nacionales en controlar y punir efectivamente a los carteles internacionales y fusiones de ámbito mundial, así como los nuevos mecanismos de defensa de la competencia previstos por procesos de integración económica como la Unión Europea, la Comunidad Andina de Naciones (el «Pacto Andino») y el Mercosur merecen ser profundamente analizados. El primer punto tiene un vínculo directo con el intrincado tema de la aplicación extraterritorial de las legislaciones *anti-trust*, y con la suscripción de protocolos de cooperación técnica con entidades congéneres por parte de las agencias de defensa de la competencia. Por otra parte, la segunda cuestión, abre camino para el análisis de las especificidades y objetivos de las normas de defensa de la competencia, previstas en los Tratados que constituyen aquellas organizaciones internacionales.

En lo que atañe a este punto, es importante recalcar que la constitución de zonas de libre comercio, uniones aduaneras y mercados comunes —debido a la mayor libertad de circulación de servicios, personas y capitales que implican— presentan importantes retos para el Derecho de la Competencia. De hecho, son dignos de mención los siguientes cuestionamientos identificados por el Profesor Phedon NICOLAIDES, del Instituto Europeo de Administración Pública, durante el transcurso del seminario *Política de Competencia e Integración: opciones y necesidades*:

Por ejemplo, el levantamiento de las barreras comerciales puede permitir a un producto extranjero ganar una posición dominante en el mercado, mientras que el levantamiento de las barreras de las inversiones puede permitir que empresas extranjeras adquieran empresas nacionales lo cual hace más concentrado el mercado interno. También es posible que las empresas extranjeras bajo un sistema de carteles extiendan sus prácticas

³ Sobre la importancia del Derecho en general para la consecución de los objetivos de integración regional, es interesante recordar la lección de Pierre PESCATORE, eminente Juez del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en el sentido de que «... el desarrollo de la construcción se ha beneficiado ampliamente de dos características complementarias del Derecho comunitario, a saber: la estabilidad de sus bases constitutivas, que han creado un punto de partida y un fundamento sólido, y el dinamismo de su sistema legislativo, puesto en valor, a su vez, por los procedimientos de interpretación de la Corte de Justicia. *No dudo en afirmar que el papel del derecho es capital, y aún más, indispensable para las necesidades de un proceso de integración*» (la cursiva es nuestra). Véase el artículo «La importancia del derecho en un proceso de integración económica», *Derecho de la Integración*, INTAL, núm. 15, 1974, p. 21.

colusivas al mercado interno. De modo que, aun si el mercado interno es competitivo, el comercio interno y las inversiones pueden generar distorsiones de la competencia.

Si los países tienen como punto de partida mercados protegidos que son oligopólicos, o donde las redes de distribución están controladas por unas pocas empresas, la reducción de las barreras comerciales o las inversiones pueden realmente llegar a inducir a las empresas a coludir de modo a dejar del lado de afuera, a los productos y empresas extranjeras. Además, la liberalización recíproca sobre una base preferencial, también puede inducir a la colusión transfronteriza. En casos donde la colusión no se trató de alcanzar porque los mercados estaban protegidos, podría convertirse en una opción tentadora para las empresas que quieren mantener la segmentación del mercado. Su colusión preservaría, de hecho, las barreras comerciales pero en una forma diferente y menos visible. De modo que para los países con estructuras de mercado que se apartan desde el comienzo del ideal competitivo, existe por cierto la necesidad de normas de competencia y esa necesidad puede ser más fuerte a medida que se levantan las barreras comerciales y de las inversiones»⁴.

De la misma manera, al tratarse específicamente del Derecho de Competencia en el ámbito del Mercosur, Mauro GRINBERG indaga:

a) como enfrentar o problema de uma empresa paraguaia que vende um produto a uma empresa uruguaia e depois recusa-se a vender peças de reposição para o produto vendido? b) o que fazer quando uma empresa brasileira vende um produto a uma empresa argentina e posteriormente só autoriza uma determinada oficina a prestar assistência técnica a esse produto, eliminando assim a concorrência entre os prestadores de serviços argentinos? c) e quanto ao *dumping*, que é, basicamente, a venda de produtos por preços bem abaixo dos praticados no país da empresa vendedora, como proceder?»⁵.

Fue justamente con el objetivo de solucionar estas cuestiones, que la experiencia de la integración comunitaria europea brindó importantes contribuciones al estudio del Derecho de Competencia, dignas de mención. La primera, es el expreso reconocimiento otorgado por el Tratado de Roma⁶, que constituyó la Comunidad Económica Europea, sobre la posibilidad de que los subsidios estatales a agentes económicos ejerzan

⁴ Véase, del mismo autor, el artículo «Políticas de competencia en el proceso de integración económica: análisis de las formas y límites de la cooperación», publicado en el libro del *Seminario Política de Competencia e Integración: opciones y necesidades*, realizado del 8 al 10 de septiembre de 1997 en Montevideo, Uruguay, en la sede del Centro de Formación para la Integración Regional-CEFIR. Debemos resaltar que la expresión «levantar barreras comerciales» debe leerse como «retirar barreras comerciales».

⁵ Véase «A concorrência entre empresas perante o Mercosul: enfoque específico sobre Brasil e Argentina face à legislação anti-truste», *Revista de Direito Mercantil*, núm. 89, p. 82.

⁶ De acuerdo a ese Tratado, y las enmiendas recibidas en 1992 en Maastricht, uno de los instrumentos para la consecución del ideal del mercado común será precisamente «a system ensuring that competition in the internal market is not distorted» [art. 3.º, g)]. Dicho sistema que se encuentra en el texto del propio Tratado (arts. 85 a 94) y en Reglamentos posteriores (como el Reg. 17/62, referente a procesos administrativos) consecuentemente tendrá la función de garantizar, dentro de

el poder de distorsionar las condiciones de competencia en los mercados. La segunda, es la importante discusión sobre los objetivos del Derecho de Competencia en experiencias de integración regional, cuyos mercados únicamente se integrarán de hecho, si sus agentes económicos tuvieran libre acceso a ellos. Así la legislación de defensa de la competencia, sumada a los tradicionales objetivos de la legislación *antitrust*, también tiene el deber, en los procesos de integración regional, de garantizar el «libre acceso» a los mercados de los Estados Partes. Por ese motivo, conforme destaca Richard Whish, tanto la jurisprudencia administrativa de la Comisión Europea como la judicial del TJCE ha sido enfática al vedar la «protección territorial absoluta»:

In EEC law generally, one of the prime aims of the Commission and Court is to ensure that goods and services can be sold throughout the Community, unimpeded by obstacles to trade imposed by Member States or erected by private undertakings. In particular, the Community authority will endeavour to ensure national markets do not become impregnable to «parallel imports» from other Member States: a producer of widgets can agree to sell his products only to distributor X in France, but he cannot go further and agree to ensure that no-one else will ever import his widgets into France. This would be to confer absolute territorial protection on X, meaning that he would face no intra-brand competition from parallel goods at all. Only in the rarest of circumstances would this be permitted⁷.

Finalmente, una cuestión importante que nos trajo la experiencia europea cuanto a la integración regional, se refiere a la relación que existe entre las autoridades comunitarias y las agencias nacionales de defensa de la competencia. Hubo extensas discusiones en el seno de la Unión Europea —y probablemente esto también llegue a ocurrir en el Mercosur⁸ y en el Pacto Andino— sobre la división de competencias entre dichos órganos, primordialmente si se toman en cuenta los criterios

los términos del artículo 7.º A del Tratado CE, la existencia de un espacio «sin fronteras internas en el cual está asegurada la libre circulación de las mercancías, personas, servicios y capitales».

⁷ Vid. *Competition Law*, 3.ª ed., London, Butterworths, 1993, p. 46.

⁸ Cabe hacer notar que ambas organizaciones tienen legislaciones comunes sobre la defensa de la competencia. En lo que concierne al Protocolo de Defensa de la Competencia del Mercosur, el «Protocolo de Fortaleza», nos cumple recalcar que el mismo ya fue internalizado en el Paraguay y, para entrar en vigor, el Presidente de la República Federativa de Brasil debe primero publicar un decreto ratificando los términos del Decreto Legislativo núm. 06/2000, del 15 de febrero de 2000. En lo que respecta a la publicación del referido Decreto, João Grandino Rodas, Presidente del Comité Jurídico Interamericano y árbitro brasileño junto al Tribunal previsto por el Protocolo de Brasilia, señala que «O Brasil, após a Independência, continuou a seguir a tradição lusitana de promulgar os tratados já ratificados por meio de um decreto do Executivo». Según el autor, «Consoante a praxe atual, a Divisão de Atos Internacionais do Ministério das Relações Exteriores redige o instrumento do decreto, que será acompanhado do texto do tratado e, eventualmente, de tradução oficial. Tal decreto é publicado no Diário Oficial da União, após assinatura do Presidente da República, referendada pelo Ministro das Relações Exteriores» (*Tratados Internacionais*, Editora Revista dos Tribunais, San Pablo, 1991, pp. 54–55).

ratione loci o *ratione materiae* ⁹. La conclusión a que arribó la Unión Europea a este respecto, con la salvedad de algunos casos de protección territorial absoluta y otros excepcionales, es que la competencia de la autoridad comunitaria sólo estará configurada cuando la práctica antimonopólica provoque un «efecto sensible» sobre la competencia y afecte las relaciones comerciales entre dos o más Estados miembros. De esta forma, la tendencia de la jurisprudencia comunitaria europea ha sido —principalmente después de la inclusión del «Principio de Subsidiariedad» previsto por el Tratado de Maastricht en aquel reglamento—, la de reconocer la competencia de la Comisión Europea en casos de prácticas anticompetitivas sobre importantes mercados geográficos transfronterizos.

De lo antedicho podemos observar que los importantes retos al Derecho de Competencia emanan de los procesos de integración regional. No obstante, debemos señalar que otra de las consecuencias de la globalización, es el aumento de las prácticas de carteles internacionales y de fusiones de ámbito mundial, de tal manera que importantes conceptos jurídicos como el de «positive comity» comienzan a formar parte de los acuerdos de asistencia y cooperación técnica mantenidos por agencias nacionales y —en el caso de la Unión Europea que posee un respetable acuerdo de cooperación con los Estados Unidos— comunitarias de defensa de la competencia. En el punto relativo al «positive comity», este acuerdo dispone justamente que «The competition authorities of a Requesting Party may request the competition authorities of a Requested Party to investigate and, if warranted, to remedy anticompetitive activities in accordance with the Requested Party's competition laws. Such a request may be made regardless of whether the activities also violate the Requesting Party's competition laws, and regardless of whether the competition authorities of the Requesting Party have commenced or contemplate taking enforcement activities under their own competition laws» ¹⁰.

Conforme recalcado por el Director General de Competencia de la Comisión Europea, el valor de este acuerdo reside en el hecho de que «it represents a commitment on the part of the US and the EU to cooperate with respect to antitrust enforcement rather than seeking to apply their antitrust laws extraterritorially» ¹¹. Además, como ha destacado el ya mencionado Profesor Phedon NICOLAIDES, «La aplicación de una cortesía positiva mejora la efectividad de la intervención del gobierno para corregir distorsiones del mercado en, por lo menos, un aspecto importante. Para los países grandes como los de la UE o Estados Unidos, el cumplimiento extraterritorial de sus propias normas es posible porque tienen influencia económica y política. Para los otros países no es fácil usar los instrumentos

⁹ Sobre un resumen de esta discusión, véase la obra Paulo Caliendo VELLOSO DA SILVEIRA, *Defesa da concorrência no Mercosur: acordos entre empresas, abusos de posição dominante e concentrações*, San Pablo, LTr, 1998.

¹⁰ Vid. la página de la Internet <http://europa.eu.int/comm/dg04/interna/en/dftusa.htm>.

¹¹ Véase el artículo de Alexander SCHAUB, publicado en *Competition Policy Newsletter*, Luxemburgo, núm. 1, febrero 1998, p. 5.

de la competencia para contrarrestar las prácticas anticompetitivas que se originan en otros países»¹².

Por consiguiente, se puede deducir que una cooperación más extensa y compleja entre las agencias de defensa de la competencia, es un mecanismo importante para buscar la protección del consumidor y de las estructuras de libre mercado en este mundo globalizado. Sin embargo, la definición de cuál debe ser la extensión y el contenido de estos acuerdos todavía se encuentra en abierto, y es un tema que podría aprovechar ampliamente la elaboración de un cuidadoso análisis del Derecho Comparado.

En conclusión, se puede afirmar que el Derecho de Competencia cumple un papel sumamente importante en la regulación jurídica de las actividades económicas. La clasificación realizada por el Banco Mundial y la OCDE del tema denominado «fourth cornerstone of government economic framework policies», basta para demostrar ese hecho. A pesar de esa importancia, aquí se demostró que varias cuestiones enmarañadas e importantes, relativas al Derecho de Competencia, permanecen sin solución.

Las cuestiones relativas a la inserción del Derecho de competencia en distintos sistemas jurídicos, al aumento de la cantidad y nocividad de los carteles internacionales y de fusiones de alcance mundial, a la relación existente entre las autoridades comunes y nacionales de defensa de la competencia en el ámbito de los procesos de integración regional, entre otras, son imprescindibles en los días de hoy para subsidiar las discusiones relativas a la creación del Área de Libre Comercio de las Américas o ALCA.

Llegamos a la conclusión, por ende, que el Comité Jurídico Interamericano cumpliría una inestimable función si aceptase el reto de elaborar un profundo estudio sobre el Derecho de la competencia de tal modo que, al concluirlo, pudiese sugerir a los Estados miembros de la OEA diferentes alternativas para garantizar la protección de las estructuras de libre mercado en un mundo globalizado. Cabe entonces señalar que la realización de estudios de esta magnitud, además de constituir un interesante reto es, de conformidad con lo estipulado por el artículo 99 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, una de las principales funciones del Comité Jurídico Interamericano.

¹² *Op. cit.*, p. 14.

Se recoge en esta parte del *Anuario* una selección de obras, monografías y artículos de revista, tanto españoles como extranjeros, de interés en materia de competencia. La selección se ciñe, salvo puntuales excepciones justificadas por el hecho de que se refieren globalmente al período 2000 o son monografías publicadas a principios de 2001, a las publicaciones aparecidas en el año 2000 y a las publicadas en 1999 que no pudieron ser incluidas en el volumen anterior de este Anuario.

Se presenta, en primer lugar, una selección de las obras referidas al Derecho español. A continuación, se presenta la selección correspondiente a la Unión Europea: Aquí se han incluido trabajos sobre Derecho europeo de la competencia y también algunos relativos al Derecho de Estados miembros (salvo España) o Estados candidatos. Ha de advertirse que las fuentes principales para la elaboración de dicha segunda parte han sido la *Bibliografie courante* recopilada por los servicios del TJCE —que se puede consultar en la dirección electrónica <http://curia.eu.int/fr/biblio/acqbiblio.htm>— así como el catálogo informático de la Editorial Marcial Pons —que puede consultarse en la dirección electrónica <http://www.marcialpons.es/libreria/libreria.htm>—.

Como en el Anuario de la Competencia de 1999, 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.

1. ESPAÑA

ALLENDESALAZAR CORCHO, Rafael, «Caducidad de los procedimientos sancionadores en materia de defensa de la competencia», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 202, 1999, pp. 41-63.

ÁLVAREZ GARCÍA, Vicente, «La aplicación de las reglas del Derecho de la competencia en el mundo de la técnica», *Revista de Administración Pública*, núm. 152, 2000, pp. 141-165.

- ALZELAY, I., «La calificación de las empresas en participación y su relevancia en el ámbito del Derecho de la competencia», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 234, 1999, pp. 1547-1588.
- AMMANNATI, Laura, «La tutela della concorrenza in Spagna: un sistema tra predominanza dell'amministrazione e adeguamento al diritto comunitario», *La concorrenza in Europa*, 1998, pp. 215-241.
- ARMENGOL I GASULL, Oriol, «La prejudicialidad penal en la Ley de Defensa de la Competencia», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 206, 2000, pp. 101-109.
- ARRUÑADA, Benito, «Gestión de la competencia en el sector público», *Anuario de la competencia 1999*, Madrid, Fundación ICO/Marcial Pons, 2000, pp. 267-311.
- BADENAS CARPIO, Juan Manuel, *La venta multinivel*, Granada, Comares, 2000, xiv, 200 pp.
- BELANDO GARÍN, Beatriz, «Defensa de la competencia y comercio interior (comentario a la Sentencia del TC 208/1999, de 11 de noviembre)», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 106, 2000, pp. 271-287.
- BENEYTO, José María, «El control de concentraciones en España: un nuevo marco legislativo para las empresas», *Anuario de la competencia 1999*, Madrid, Fundación ICO/Marcial Pons, 2000, pp. 205-235.
- BERENGUER FUSTER, L., y GINER PARREÑO, C. A., «Comentarios críticos sobre la reforma de la Ley de Defensa de la Competencia», *Derecho de los Negocios*, núm. 114, 2000, pp. 22-34.
- BERMÚDEZ ODRIÓZOLA, Luis, «La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones y la salvaguardia de la libre competencia», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 206, 2000, pp. 53-68.
- BOET SERRA, Elena, *La libre competencia en el transporte marítimo*, J. M. Bosch editor, 2000, 630 pp.
- CANTOS BAQUEDANO, FRANCISCO, y TRUJILLO RODRÍGUEZ, Natalia, «Los compromisos y condiciones en procedimientos de control de concentraciones: una perspectiva europea y española», *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, núm. 207, 2000, pp. 19-49.
- CASES PALLARÉS, Lluís (dir.), *Anuario de la competencia 1999*, Madrid, Fundación ICO/Marcial Pons, 2000, 661 pp.
- «La competencia en España. 1999», *Anuario de la competencia 1999*, Madrid, Fundación ICO/Marcial Pons, 2000, pp. 13-23.
- COSTAS COMESANA, Julio, «Acuerdos de reducción de capacidad de producción de menor importancia (comentario a la Resolución del TDC en el caso Cajas Rurales Jalón y Zaragoza desde la Ley 52/1999 de reforma de la Ley de Defensa de la Competencia)», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 207, 2000, pp. 78-89.
- DÍEZ ESTELLA, F., «Los precios discriminatorios como defensa frente a las importaciones paralelas de productos farmacéuticos en la Unión Europea (comentario a la Resolución del Pleno del TDC, de 16 de octubre de 1998, Expte. MC 29/98, Glaxo)», *Noticias de la Unión Europea*, núm. 180, 2000, pp. 63-74.
- «Precios discriminatorios en el sector de las telecomunicaciones (comentario a la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia, de 21 de enero

- de 1999, en el asunto BT/Telefónica)», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 206, 2000, pp. 77-93.
- EMPARANZA SOBEJANO, Alberto, *El boicot como acto de competencia desleal contrario a la libre competencia*, Madrid, Civitas, 2000, 237 pp.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, Juan Manuel, «Algunas consideraciones sobre la determinación del abuso de posición de dominio, con especial referencia a la doctrina del Tribunal de Defensa de la Competencia», *Anuario de la competencia 1999*, Madrid, Fundación ICO/Marcial Pons, 2000, pp. 121-153.
- FERNÁNDEZ VICIEN, Concepción, y ORTEGA PECINA, David, «La campaña publicitaria como abuso de posición dominante», *La Ley*, núm. 5101, 2000, pp. 1-2.
- FRANCH MENEU, José Juan, «Sobre cajas de ahorro y competencia», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 208, 2000, pp. 39-42.
- GARCÍA RUBIO, Fernando, «Las agrupaciones de interés económico como sujeto de la contratación administrativa», *La armonización legislativa de la Unión Europea*, 1999, pp. 95-104.
- GÓMEZ DÍAZ, Ana Belén, «Las directivas comunitarias sobre “televisión sin fronteras” y su incorporación al ordenamiento jurídico español», *Revista vasca de Administración Pública*, núm. 57, 2000, pp. 231-293.
- GUTIÉRREZ, Alfonso, «La reforma de la Ley de Defensa de la Competencia: Principales novedades», *Revista General de Derecho*, 2000, pp. 9575-9588.
- MARTÍN MATEO, Ramón, *El marco público de la economía de mercado*, Madrid, 1999, 336 pp.
- MARTÍNEZ LAGE, Santiago, «La sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de noviembre de 1999», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 205, 2000, pp. 3-10.
- MEDRANO IRAZOLA, Sabiniano, «El problema de la jurisdicción civil y la defensa de la competencia: reconsideración del debate y contribución a la búsqueda de soluciones», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 210, 2000, pp. 11-23.
- MONTERO, Juan J., y BROKELMANN, Helmut, *Telecomunicaciones y televisión: la nueva regulación en España*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, 687 pp.
- ODRIOZOLA, M., «Spain Reforms Merger Control», *European Competition Law Review*, núm. 10, 2000, pp. 448-451.
- ORTIZ BLANCO, L., y SOPENA BLANCO, V. (coord.), *Derecho de la competencia europea y español* (curso de iniciación, vol. II), Madrid, 2001, 570 pp.
- PASCUAL SEQUEROS, Adriana, «Doctrina reciente del Tribunal de Defensa de la Competencia en materia de abuso de posición dominante», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 209, 2000, pp. 93-106.
- PASCUAL Y VICENTE, Julio, «La defensa de la competencia: un objetivo político de hoy», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 207, 2000, pp. 9-19.
- «Las conductas prohibidas en la reformada Ley de Defensa de la Competencia», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 205, 2000, pp. 10-22.

- PEDRAZ CALVO, Mercedes, «El control de las ayudas públicas por los jueces nacionales», *Anuario de la competencia 1999*, Madrid, Fundación ICO/Marcial Pons, 2000, pp. 155-169.
- «Sentencias dictadas por la Audiencia Nacional en recursos contra acuerdos del Tribunal de Defensa de la Competencia», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 212, 2001, pp. 22-33.
- PÉREZ-BUSTAMANTE KOSTER, Jaime, «La explotación abusiva de la situación de dependencia económica en la Ley de Defensa de la Competencia: examen crítico del nuevo precepto», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 205, 2000, pp. 33-41.
- PETITBÒ JUAN, Amadeo, y HERGUERA, Íñigo, «Infraestructura y libre competencia en España», *Anuario de la competencia 1999*, Madrid, Fundación ICO/Marcial Pons, 2000, pp. 27-55.
- PRIETO KESSLER, Eduardo, «Principales problemas de la regulación del abuso de posición de dominio», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 205, 2000, pp. 22-33.
- ROMERO REY, Carlos, «Consideración sobre la venta a pérdida en el ordenamiento jurídico español», *Actualidad jurídica Aranzadi*, núm. 416, 1999, pp. 1-6.
- SANZ SANZ, Inmaculada, «Acuerdos de interlínea suscritos por las principales compañías aéreas españolas. Funcionamiento y efectos», *Anuario de la competencia 1999*, Madrid, Fundación ICO/Marcial Pons, 2000, pp. 351-377.
- TORNOS MÁS, Joaquín, «Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 208/1999 sobre la Ley de Defensa de la Competencia 16/1989», *Anuario de la competencia 1999*, Madrid, Fundación ICO/Marcial Pons, 2000, pp. 97-120.
- URÍA FERNÁNDEZ, Francisco, «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», *Anuario de la competencia 1999*, Madrid, Fundación ICO/Marcial Pons, 2000, pp. 171-204.
- 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, pp. 20-30.

2. UNIÓN EUROPEA

A. POLÍTICA DE LA COMPETENCIA. ORIENTACIONES GENERALES

- AICHER, Josef, «Wettbewerbsregulierungen im Lichte der Konvergenz», *Journal für Rechtspolitik*, núm. 3, 2000, pp. 177-183.
- ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Santiago, «Espacio arbitral comunitario y Derecho de la competencia (comentario a la STJCE de 1 de junio de 1999: Asunto C-126/97, Eco Swiss China Time Ltd/ Benetton International NV)», *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, vol. XIV, 1999, pp. 137-148.
- ALZELAY, I., «La calificación de las empresas en participación y su relevancia en el ámbito del Derecho de la competencia», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 234, 1999, pp. 1547-1588.

- AMMANN, J. M., «Intellectual Property Rights and Parallel Imports», *Legal Issues of Europea Integration*, núms. 1 y 2, 1999, pp. 91-122.
- AMMANNATI, Laura, «Il sistema tedesco di tutela della concorrenza: un modello consolidato alla prova dei tempi», *La concorrenza in Europa*, 1998, pp. 13-60.
- «La tutela della concorrenza tra influenza del sistema comunitario e principio di sussidiarietà», *La concorrenza in Europa*, 1998, pp. 1-12.
- ANDERMAN, S. D., *EC competition law and intellectual property rights. The regulation of innovation*, Oxford, 2000, 320 pp.
- ARHEL, Pierre, «Lutte contre les pratiques de prix imposés en Europe», *La semaine juridique. Entreprise et affaires*, núm. 46, 2000, pp. 1799-1803.
- BALTO, D., «The Problem of Interchangeable Fees: Cost Without Benefits?», *European Competition Law Review*, núm. 4, 2000, pp. 215-223.
- BARTOSCH, Andreas, «Neue Transparenzpflichten: eine kritische Analyse des Kommissionsentwurfs einer neuen Transparenzrichtlinie», *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, núm. 11, 2000, pp. 333-337.
- BAUDENBACHER, Carl, y ST. GALLER INTERNATIONALES KARTELLRECHTSFORUM, 1999, *Neueste Entwicklungen im europäischen und internationalen Kartellrecht: Sechstes St. Galler Internationales Kartellrechtsforum 1999*, Basel, Helbing & Lichtenhahn, 2000, 381 pp.
- BAUDENBACHER, Carl, «Modernisierung der europäischen Wettbewerbspolitik: zweiter Akt: Vorschlag der Kommission für eine neue Ratsverordnung zur Durchführung der in den artt. 81 und 82 EG niedergelegten Wettbewerbsregeln», *European law reporter*, núm. 10, 2000, pp. 326-329.
- BECHTOLD, Rainer, «Modernisierung des EG-Wettbewerbsrechts: der Verordnungs-Entwurf der Kommission zur Umsetzung des Weißbuchs», *Betriebs-Berater*, 56. Jahrg., 2000, núm. 48, pp. 2425-2431.
- BEESTON, Sarah, y HOEHN, Tom, «Boundaries of the firm in EC competition law», *European economics and law*, 1999, pp. 27-51.
- BEHRENS, Peter, y NAVARRO VARONA, Eudurne, EEC competition rules in national courts = Die EG-Wettbewerbsregeln vor nationalen Gerichten. Part five, Spain, Portugal and Greece, Baden-Baden, Nomos, 2000, 326 pp.
- BELLIS, Jean-François, «La politique de la concurrence et l'organisation mondiale du commerce», *Mélanges en hommage à Michel Waelbroeck*, 1999, pp. 737-764.
- BERENGUER-FUSTER, Luis, y BERENGUER GIMÉNEZ, Luis, «La reforma del derecho comunitario de la competencia y el Parlamento», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 208, 2000, pp. 18-38.
- BERGÉ, Jean-Sylvestre, «Droit communautaire de la concurrence et concurrence déloyale», *La semaine juridique. Entreprise et affaires*, suppl. núm. 3, 2000, pp. 5-10.
- BERGMAN, M. A., «The Bronner Case. A Turning Point for the Essential Facilities Doctrine?», *European Competition Law Review*, núm. 2, 2000, pp. 59-63.
- BERRUTI, Giuseppe Maria, «Le intese anticoncorrenziali vietate», *Giustizia civile*, vol. 50, núm. 9, pt. II, 2000, pp. 397-406.
- BONER, Hannes, «Das Weißbuch der Europäischen Kommission über die Modernisierung der Anwendung und Durchsetzung des Wettbewerbsrechts der Europäischen Union», *Aktuelle juristische Praxis*, núm. 3, 2000, pp. 261-271.

- BOUSCANT, Rémy, «La faute dans les infractions aux règles de concurrence en droit européen», *Revue trimestrielle de droit européen*, núm. 1, 2000, pp. 67-97.
- BRITZ, Gabriele, «Staatliche Förderung gemeinwirtschaftlicher Dienstleistungen in liberalisierten Märkten und europäisches Wettbewerbsrecht: zur Neufassung der Transparenzrichtlinie», *Deutsches Verwaltungsblatt*, 115. Jahrg., núm. 22, 2000, pp. 1641-1650.
- CABRAL, Pedro, «Réglementations étatiques anticoncurrentielles: l'activité normative des États membres de la Communauté européenne face aux articles 3g), 5 et 85 du Traité» [S.l.: s.n.], 1998, pp. 9-54.
- CALVO CARAVACA, Alfonso L., *Derecho Europeo de la Competencia*, Madrid, Civitas, 2000, 464 pp.
- CAMMELLI, Filippo, «La prima applicazione decentrata del diritto comunitario della concorrenza da parte dell'Autorità garante: il provvedimento Unapace Enel», *Il diritto dell'Unione europea*, núm. 2, 2000, pp. 379-382.
- «Le clausole ABI tra politica comunitaria antitrust e promozione della "consumer confidence": la sentenza Bagnasco», *Il diritto dell'Unione europea*, núm. 2, 2000, pp. 331-347.
- CAPELLI, Fausto, «La riforma della disciplina comunitaria della concorrenza e i nuovi compiti affidati ai giudici nazionali: (con particolare riferimento alla situazione italiana)», *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, núm. 2, 2000, pp. 395-407.
- CASES PALLARÉS, Lluís (dir.), *Anuario de la competencia 1999*, Madrid, Fundación ICO/Marcial Pons, 2000, 661 pp.
- CASSESE, S., *Trattato di diritto amministrativo. Diritto Amministrativo Speciale, Tomo III: Finanza pubblica e privata. La disciplina dell'economia*, Milano, 2000, 1190 pp.
- CASTRO BERNIERI, Jorge, «La regulación de la competencia en la Comunidad Andina», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 207, 2000, pp. 49-68.
- CASSESE, S., y ELIA, L., *Regolazione e concorrenza*, Bologna, 2001.
- COENEN, Achim, *Rechtsfragen zur Anwendung von Gruppenfreistellungsverordnungen gem. Art. 85 Abs. 3 EGV: Rechtsfolgen «überschießender Wettbewerbsbeschränkungen» sowie das Verhältnis der Gruppenfreistellungsverordnungen zueinander: ein Beitrag zur Systematik von Gruppenfreistellungsverordnungen*, Münster, Lit, 1999, xiv, 181 pp.
- CREUS, Antonio, y AGUSTINOY, Albert, «Apague y reinicie: soluciones para el caso Microsoft», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 206, 2000, pp. 68-77.
- DABBAH, M., «Measuring the Success of a System of Competition Law: A Preliminary View», *European Competition Law Review*, 2000, núm. 8, pp. 369-376.
- D'ALESSANDRO, Elena, «Processo arbitrale e diritto comunitario», *Giustizia civile*, vol. L, núms. 7-8, pt. I, 2000, pp. 1903-1914.
- DECKERT, Martina Renate, «Some preliminary remarks on the limitations of European competition law», *European review of private law = Revue européenne de droit privé = Europäische Zeitschrift für Privatrecht*, núm. 1, 2000, pp. 173-185.

- DERINGER, Arved, «Stellungnahme zum Weißbuch der Europäischen Kommission über die Modernisierung der Vorschriften zur Anwendung der Art. 85 und 86 EG-Vertrag (Art. 81 und 82 EG)», *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, núm. 1, 2000, pp. 5-11.
- DESELAERS, Wolfgang, y OBST, Silke, «Weißbuch zum europäischen Kartellrecht: Rechtssicherheit ade?», *Europäisches Wirtschafts- & Steuerrecht*, núm. 2, 2000, pp. 41-46.
- 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 pp.
- DI PIETRO, Alberto, «La tutela dei consumatori-utenti dei servizi pubblici», *JUS: rivista di scienze giuridiche*, núm. 3, 1999, pp. 929-935.
- DREHER, Meinrad, «Gemeineuropäisches Kartellrecht», *Europas universale recht-sordnungspolitische Aufgabe im Recht des dritten Jahrtausends: Festschrift für Alfred Söllner zum 70. Geburtstag*, 2000, pp. 217-237.
- EHLERMANN, C. D., «La modernisation de la politique antitrust de la CE: une révolution juridique et culturelle», *Revue du Droit de l'Union Européenne*, núm. 1, 2000, pp. 13-74.
- «The modernization of EC antitrust policy: A legal and cultural revolution», *Common Market Law Review*, núm. 3, 2000, pp. 537-590.
- EHLERMANN, C. D., ATANASIU, I., *European Competition Law Annual 2000: The modernisation of EC Antitrust Policy*, Portland, 2001, 963 pp.
- EMMERICH, Volker, «Anmerkungen zu der "neuen" Wettbewerbspolitik der Europäischen Kommission», *Wettbewerb in Recht und Praxis*, núm. 9, 2000, pp. 858-862.
- ESLAVA RODRÍGUEZ, Manuela, «Algunas manifestaciones de los procesos de liberalización y privatización en el comercio internacional», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 205, 2000, pp. 120-137.
- FÉDÉRATION INTERNATIONALE POUR LE DROIT EUROPÉEN, Congrès (19e: 2000: Helsinki), FIDE: XIX congress: [Helsinki 1-3 June 2000] [Helsinki]: [Suomen Eurooppa-oikeuden yhdistys], 2000. -3 vol. (445; 586; 363 p.) vol. 1: The duties of co-operation of national authorities and courts and the Community institutions under article 10 EC = Les devoirs de coopération des autorités nationales et des tribunaux et les institutions communautaires en vertu de l'article 10 CE = Die Kooperationspflichtender nationalen Behörden und Gerichte der Gemeinschaftsinstitutionen nach Art. 10 EG -vol. 2: Community law (including competition rules) affecting "networks" (telecom...) and its consequences for the Member States = Droit communautaire (y compris les règles de concurrence) concernant les "networks" (télécom...) et ses conséquences pour les États membres = Gemeinschaftsrecht (einschliesslich Wettbewerbsrecht) im Hinblick auf "Networks" (Telekommunikation...) und seine Auswirkung auf die Mitgliedstaaten -vol. 3: Legal consequences of the single currency = Conséquences juridiques de la monnaie unique = Rechtsfolgen der einheitlichen Währung.
- FREEMAN, Peter, «Competition law at the crossroads», *Mélanges en hommage à Michel Waelbroeck*, 1999, pp. 839-964.

- FRIGNANI, Aldo; GENTILE, Enrico, y ROSSI, Giuseppe, «La devolution dell'antitrust: prime riflessioni intorno al "libro bianco" sulla modernizzazione», *Merito concorrenza regole*, núm. 1, 2000, pp. 171-198.
- FURSE, M., *Competition Law of the UK & EC*, London, 2000, 322 pp.
- GAGLIA, A. F., «United States and the European Union antitrust versus State regulation of the economy: is there a better test?», *European Law Review*, núm. 4, 2000, pp. 353-373.
- GAVALDA, Christian, y PARLEANI, Gilbert, *Droit des affaires de l'Union européenne*, 3e éd., Paris, Litec, 1999, xxiii, 442 pp.
- GEERS, Ulrich, *Die Gruppenfreistellung im EG-Kartellrecht: zur Fortentwicklung des europäischen Kartellrechts durch den Erlass einer Allgemeinen Gruppenfreistellungsverordnung*, Münster, Lit, 2000, lii, 293 pp.
- GEIGER, Andreas, «Das Weißbuch der EG-Kommission zu Art. 81, 82 EG: eine Reform, besser als ihr Ruf», *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, núm. 6, 2000, pp. 165-169.
- GIANNELLI, G., *Impresa pubblica e privata nella legge "Antitrust"*, Milano, 2000, 321 pp.
- GRIFFIN, Joseph P., «Adjudicatory jurisdiction over multilateral enterprises: "lifting the veil" in the EU and the USA», *The reality of international law: essays in honour of Ian Brownlie*, 1999, pp. 225-241.
- GRISAY, Dominique, «Concurrence: le droit européen dans le contexte international», *Journal des tribunaux. Droit européen*, núm. 65, 2000, pp. 1-11.
- GRYNFOGEL, Catherine, *Droit communautaire de la concurrence*, 2e éd., Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2000, 141 pp.
- GUAL, Jordi, «Perspectivas de la política de la competencia en la Unión Europea», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 206, 2000, pp. 93-100.
- GUEDJ, Alain, *Pratique du droit de la concurrence nationale et communautaire*, préface de Marie Picard, Paris, Litec, 2000, xi, 270 pp.
- GUINDOS JURADO, Luis de, «Concentración empresarial, globalización y competencia», *Anuario de la competencia 1999*, Madrid, Fundación ICO/Marcial Pons, 2000, pp. 57-78.
- HAEGEMAN, Kurt, «L'influence de la loi antitrust américaine sur le droit de la concurrence européen: "l'exception de la société en difficulté"», *Gazette du Palais*, núm. 196-200, 2000, pp. 28-31.
- HAWK, Barry E., DENAEIJER STANTON, Nathalie, «Can U.S. antitrust laws and practice provide lessons or suggestions to assist in the EC reform of competition law rules applicable to vertical restraints?», *Contratto e impresa. Europa*, núm. 2, 1999, pp. 561-583.
- HIRSBRUNNER, Simon, «Neue Wettbewerbspolitik der Europäischen Union gegenüber Vertriebsvereinbarungen: wie reagiert die Wettbewerbskommission?», *Aktuelle juristische Praxis*, núm. 3, 2000, pp. 272-276.
- HOEHN, Thomas, y SCHMIDHEINY, Kurt, «Die Anwendung von quantitativ abgestützten Marktuntersuchungen in wettbewerbsrechtlichen Verfahren», *Neueste Entwicklungen im europäischen und internationalen Kartellrecht: Sechstes St. Galler Internationales Kartellrechtsforum 1999*, 2000, pp. 271-295.

- IDOT, Laurence, «La liberté de concurrence en France», *Les petites affiches*, núm. 59, 2000, pp. 4-13
- «Le droit communautaire de la concurrence», *L'Union européenne*, 1999, pp. 60-64.
- INNS OF COURT SCHOOL OF LAW, *EC Competition Law in practice*, London, 2000, 240 pp.
- KERBER, Wolfgang, «Interjurisdictional competition within the European Union», *Fordham international law journal*, vol. 23, núm. 1, 2000, pp. S217-S249.
- KOENIG, Christian; MÜLLER, Eva-Maria, y TRAFKOWSKI, Armin, «Internet-Handel mit Arzneimitteln und Wettbewerb im EG-Binnenmarkt», *Europäisches Wirtschafts- & Steuerrecht*, núm. 3, 2000, pp. 97-105.
- KORAH, V., *An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice*, reim-
presión de la 6.^a edición de 1997, Oxford, 2000, 404 pp.
- *Cases and materials on EC competition law*, Illinois, 2000, 628 pp.
- LANDI, Giovanna, «La disciplina della concorrenza in Austria: una complessa legge nazionale cerca di riequilibrare il mercato interno seguendo i principi comunitari», *La concorrenza in Europa*, 1998, pp. 161-187.
- LANGE, Knut Werner, «Unternehmenskooperation im Internet und EG-Kartellrecht», *Europäisches Wirtschafts- & Steuerrecht*, núm. 7, 2000, pp. 291-297.
- LELOUP, Jean-Marie, «Caractères généraux du droit de la concurrence», *Revue de jurisprudence commerciale*, núm. 4, 2000, pp. 75-88.
- LIEBSCHER, Christoph, y PETSCHKE, Alexander, «EG-Kartellrecht: die neue Gruppenfreistellungsverordnung ist beschlossen», *Ecolex*, núm. 4, 2000, pp. 293-297.
- LINSMEIER, Petra, *Lizenzverträge im Technologietransfer nach tschechischem Recht: eine rechtsvergleichende Analyse zu europäischem Gemeinschaftsrecht und deutschem Recht*, München, Beck, 2000, xxvii, 311 pp. [Schriftenreihe zum Lizenzwesen (LES)] Aussi, Dissertation-Universität München, 1999/2000.
- LIPARI, N., y MUSU, I. (eds.), *La concorrenza tra economia e diritto*, Bari, 2000, 264 pp.
- LÓPEZ ESCUDERO, M., y MARTÍN Y PERES DE NANCLARES, J. (coords.), *Derecho comunitario material*, Madrid, McGraw-Hill, 2000.
- MAHER, Imelda, «Re-imagining the story of European competition law», *Oxford journal of legal studies*, núm. 1, 2000, pp. 155-166.
- MARCHETTI, Piergaetano, y UBERTAZZI, Luigi Carlo, *Commentario breve al diritto della concorrenza. Appendice di aggiornamento*, con la collaborazione di Alessandra Amendola [et al.], Padova, CEDAM, 2000, xxii, 494 pp.
- MARTÍNEZ LAGE, Santiago, «¿Próximo Big Bang en el Derecho Comunitario de la Competencia?», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 210, 2000, pp. 3-10.
- «La aplicación descentralizada del Derecho de la Competencia: Comunidad Europea, Estados Miembros y Comunidades Autónomas», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 207, 2000, pp. 3-9.
- MAVROIDIS, Petros C., NEVEN, Damien J., «Some reflections on extraterritoriality in international economic law: a law and economics analysis», *Mélanges en hommage à Michel Waelbroeck*, 1999, pp. 1297-1325.

- MCGOWAN, Lee, y WILKS, Stephen, «La política de la competencia: la primera política supranacional de la Comunidad Europea», *Políticas públicas en la Unión Europea*, 2000, pp. 215-241.
- MESTMÄCKER, Ernst-Joachim, «Grenzen staatlicher Monopole im EG-Vertrag», *Erfahrungen mit der Privatisierung von Monopolunternehmen*, 1999, pp. 71-82.
- MIDDLETON, K., *UK and EC competition documents*, London, 2000, 404 pp.
- MOLINA DEL POZO, Carlos Francisco; MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, Enrique, y PESCADOR DÍAZ, Javier, «International cooperation in antitrust enforcement: the European perspective», *Trade regulations between the EU and ASEAN*, 2000, pp. 45-52.
- MÜLLER-TAUTPHAEUS, Ken, «Das Weißbuch der Kommission zur Modernisierung der Anwendungsregeln zu Art. 81, 82 EGV: der gegenwärtige Diskussionsstand», *Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht = Revue suisse de droit des affaires = Swiss review of business law*, núm. 4, 2000, pp. 149-158.
- «Reformvorschläge zur Wettbewerbspolitik gegenüber horizontalen Vereinbarungen: (Mitteilung der Kommission nach Art. 5 der vo 2821/71, ABl. 2000, núm. C 118/3) *European law reporter*, núm. 6, 2000, pp. 214-218.
- NICOLAIDES, Phedon, «An essay on economics and the competition law of the European Community», *Legal issues of European integration*, vol. 27, núm. 1, 2000, pp. 7-24.
- OPPERMANN, Bernd H., «Bringt Europa eine Deregulierung des Wettbewerbsrechts?: Chancen und Grenzen der europäischen Privatrechtsangleichung», *Integration im europäischen Zivil- und Wirtschaftsrecht*, 1999, pp. 7-32.
- ORLANDI, Maurizio, «Diritto della concorrenza e sussidiarietà: i termini di un equivoco», *Quaderni della scuola europea*, vol. 2/99, pp. 25-51.
- «La risarcibilità del danno causato da una violazione delle norme comunitarie antitrust», *Giurisprudenza di merito*, vol. 32, núm. 4-5, 2000, pp. 971-1002.
- ORTIZ BLANCO, L., y SOPEÑA BLANCO, V. (coords.), *Derecho de la competencia europeo y español* (curso de iniciación, vol. II), Madrid, 2001, 570 pp.
- PALLINI, Massimo, «Il rapporto problematico tra diritto della concorrenza e autonomia collettiva nell'ordinamento comunitario e nazionale», *Rivista italiana di diritto del lavoro*, núm. 2, 2000, pt. II, pp. 225-244.
- PAPPALARDO, Aurelio, «Les principales orientations actuelles de la politique communautaire en matière de concurrence», *Journal des tribunaux*, núm. 5973, 2000, pp. 488-495.
- PASCUAL Y VICENTE, Julio, «La defensa de la competencia: un objetivo político de hoy», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 207, 2000, pp. 9-19.
- PERA, Alberto, y CASSINIS, Paolo, «La politica della concorrenza in Italia nel 1999: intese anticoncorrenziali et abusi di posizione dominante», *Anuario de la competencia 1999*, Madrid, Fundación ICO/Marcial Pons, 2000, pp. 313-331.
- PÓLTORAK, Nina, «Polish regulation of agreements subject to block exemptions in EC law», *Introduction to competition and State aid law of the European Union*, 1998, pp. 175-191.
- POWER, Vincent J. G., «EC competition law in the UK: learning from the Irish experience», *European competition law review*, núm. 2, 2000, pp. 64-75.

- RAMOS, Dante Marcelo, *Das Wettbewerbsschutz-Protokoll des Mercosur: eine Darstellung anhand der Wettbewerbsordnungen Argentiniens und Brasiliens und im Vergleich mit der Europäischen Gemeinschaft*, Frankfurt am Main, Lang, 2000, 199 pp.
- RATLIFF, John, «Major Events and Policy Issues in EC Competition Law, 2000 —Part 1—», *ICCLR*, núm. 1, 2001, pp. 5-25.
- «Major Events and Policy Issues in EC Competition Law, 2000 —Part 2—», *ICCLR*, núm. 2, 2001, pp. 62-77.
- RITTER, Lennart; BRAUN, W. David, y RAWLINSON, Francis, *European competition law: a practitioner's guide*, 2nd ed., The Hague, Kluwer, 2000, xcix, 1377 pp.
- RITTNER, Fritz, *Wettbewerbs- und Kartellrecht: eine systematische Darstellung des deutschen und europäischen Rechts für Studium und Praxis*, Heidelberg, Müller, 1999, xli, 436 pp.
- FRIVAS, J., y HORSPOOL, M., *Modernisation and Decentralization of EC Competition Law*, La Haya, 2000, 134 pp.
- ROTH, P., *Bellamy & Child: European Community Law of Competition*, Hampshire, 2001.
- SALORD, A. O., «Concurrent application, the April 1999 White Paper and the future of national laws», *European competition law review*, núm. 2, 2000, pp. 128-141.
- SCHAPIRA, Jean, *Droit européen des affaires*, 5e éd., Paris, Presses Universitaires de France, 1999, 2 vols., xxvi, 901 pp.
- SCHAUB, Alexander, *Die Zukunft des europäischen Kartellrechts: erweiterte und auf den neuesten Stand gebrachte Fassung des Referats im Rahmen der Vortragsreihe «Fragen der europäischen Integration»: Bonn 1999-2000*, Bonn, Rheinische Friedrich-Wilhelms Universität, Zentrum für Europäisches Wirtschaftsrecht, 2000, 35 pp.
- SCHMID, Christoph, «Diagonal competence conflicts between European competition law and national regulation: a conflict of laws reconstruction of the dispute on book price fixing», *European review of private law = Revue européenne de droit privé = Europäische Zeitschrift für Privatrecht*, núm. 1, 2000, pp. 155-170.
- SCHWARZE, Jürgen, «Der Staat als Adressat des europäischen Wettbewerbsrechts», *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, núm. 20, 2000, pp. 613-627.
- SCHWENN, Dirk M., «Die Dezentralisierung der Wettbewerbskontrolle nach dem "Weißbuch"», *Recht der internationalen Wirtschaft*, núm. 3, 2000, pp. 179-182.
- STUYCK, Jules H. V., «Libre circulation et concurrence: les deux piliers du marché commun», *Mélanges en hommage à Michel Waelbroeck*, 1999, pp. 1477-1498.
- TEMPLE LANG, John, «Competition law and regulation law from an EC perspective», *Fordham International Law Journal*, vol. 23, núm. a, 2000, pp. S116-S121.
- TERCINET, Anne, *Droit européen de la concurrence: opportunités et menaces*, préface de Jacques Azéma, Paris, Gualino, 2000, 397 pp.
- TICHADOU, Evelyne, «Internationalrechtliche Aspekte des Wettbewerbsrechts am Beispiel des Boeing-Falles», *Zeitschrift für europarechtliche Studien*, núm. 1, 2000, pp. 61-77.

- TIZZANO, A., «Quelques observations sur la coopération internationale en matière de concurrence», *Revue du Droit de l'Union Européenne*, núm. 1, 2000, pp. 75-100.
- «Appunti sulla cooperazione internazionale in tema di concorrenza», *Il diritto dell'Unione europea*, núm. 4, 1999, pp. 695-724.
- URLESBERGER, Franz, «E-Commerce und Kartellrecht», *Ecolex*, núm. 7, 2000, pp. 473-475.
- VAN MIERT, Karel, «Wettbewerbspolitik, Liberalisierung und Privatisierung», *Erfahrungen mit der Privatisierung von Monopolunternehmen*, 1999, pp. 5-16.
- VICIANO PASTOR, Javier, «Les responsabilités assumées par les Etats membres par rapport au système de concurrence non faussée», *Mélanges en hommage à Michel Waelbroeck*, 1999, pp. 1675-1701.
- VOB, Dirk-Peter, *Ansätze zur Behandlung internationaler kartellrechtlich relevanter Sachverhalte: insbesondere der Draft International Antitrust Code*, Frankfurt am Main, Lang, 2000, xvii, 289 pp.
- VOSSESTEIN, A. J., «Corporate efforts to influence public authorities and the EC rules on competition», *Common Market Law Review*, núm. 6, 2000, pp. 1383-1402.
- VRANES, Erich, *Buchpreisbindung und Rule of Reason: zur Frage der Vereinbarkeit des deutsch-österreichischen Buchpreisbindungssystems mit dem EG-Kartellrecht*, Wien, Manz, 1999, vi, 52 pp.
- VRIES, Sybe de, «Culture and competition: an ambivalent relationship?», *Konkurrens på reglerade marknader*, 1999, pp. 245-291.
- WAELEBROECK, Michael, y FRIGNANI, Aldo, *European competition law: (vol. IV of the J. Mégret Commentary)*, translated by, Françoise Gamet-Pol, Ardsley-on-Hudson, núm. Y., Transnational, 1999, lxii, 1040 pp.
- «Cultura y proteccionismo en la Unión Europea», *Revista de Derecho comunitario europeo*, año 4, núm. 7, 2000, pp. 7-14.
- WESSELING, R., *The modernisation of EC antitrust law*, Oxford, 2000, 252 pp.
- WIEDNER, Klaus, «Die Rolle des EG-Wettbewerbsrechts bei der Liberalisierung von Dienstleistungen», *Ecolex*, núm. 8, 2000, pp. 557-561.
- WOUDE, Marc H. van der; JONES, Christopher, y SOLIS, Elena, *EC competition law handbook 1999-2000*; preface to the first edition by Gianfranco Rocca, preface to the second edition by [PJG] Kapteyn, 1999/2000 ed. London, Sweet & Maxwell, 1999, lxxviii, 956 pp.
- ZAMORA CABOT, Francisco Javier, *Las vías de solución de los conflictos de extraterritorialidad: un estudio a partir del Derecho Antitrust de los Estados Unidos*, Madrid, Eurolex, 2001.

B. ARTÍCULOS 81 Y 82 TCE

- AL-DABBAH, Maher M., «Conduct, dominance and abuse in “market relationship”: analysis of some conceptual issues under article 82 EC», *European competition law review*, núm. 1, 2000, pp. 45-50.

- AMMANN, J. M., «Intellectual Property Rights and Parallel Imports», *Legal Issues of Europea Integration*, 1999, núms. 1 y 2, pp. 91-122.
- AMMASSARI, Francesca, «Cartelli di crisi e disciplina comunitaria della concorrenza», *Il diritto dell'Unione europea*, núm. 1, 2000, pp. 111-125.
- ANDERSSON, Monica, *Collective dominance under the EC merger regulation: an analysis of Commission decisions*, Stockholm University, Institute for European Law, 2000, 74 pp.
- ANTONIOLI, Marco, «Brevi riflessioni sullo spettro del sindacato devoluto al giudice amministrativo in tema di abuso di posizione dominante e di individuazione geografica del mercato rilevante», *Giustizia civile*, vol. L, núm. 7-8, pt. I, 2000, pp. 2177-2183.
- ARGENTATI, Anna, «L'associazione temporanea tra imprese negli appalti pubblici e nella disciplina antitrust», *Rivista del diritto commerciale*, Anno XCVIII, núms. 3-4/5-6, pt. I, 2000, pp. 283-313.
- ARHEL, Pierre, «Modernisation des règles relatives aux ententes et abus de position dominante», *Les petites affiches*, núm. 241, 2000, pp. 7-13.
- BADINI CONFALONIERI, Alfonso, *Il GEIE: disciplina comunitaria e profili operativi nell'ordinamento italiano*, Torino, UTET, 1999, xx, 394 pp.
- BAKER, Simon, y LOFARO, Andrea, «Buyer power and the Enso/Stora Decision», *European competition law review*, núm. 3, 2000, pp. 187-190.
- BARATTA, Roberto, «Sui problemi di uniformità d'applicazione della normativa sulla concorrenza posti dalla "modernizzazione" dell'art. 81, par. 3, del Trattato CE», *Rivista di diritto internazionale*, núm. 2, 2000, pp. 502-507.
- BARTHE, Denis, *La situation de l'entreprise victime d'une pratique anticoncurrentielle devant les autorités de concurrence: étude comparative des procédures communautaire et française*, préface Laurence Idot, Aix-en-Provence: Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2000, 495 pp.
- BASTIANON, Stefano, «I nuovi lati oscuri dell'antitrust: posizione dominante collettiva verticale e sconti selettivi», *Il foro italiano*, núm. 2, 2000, pt. IV, pp. 54-66.
- BELLIS, Jean-François, «Le "Livre blanc" sur la modernisation des règles d'application des articles 81 et 82 du Traité CE: un pas décisif vers le démantèlement d'un particularisme européen», *Journal des tribunaux. Droit européen*, núm. 70, 2000, pp. 129-134.
- BERTOLOTI, Angelo, «Ancora su norme antitrust e contratti "a valle"», *Giurisprudenza italiana*, núm. 10, 2000, pp. 1876-1877.
- «Handling e antitrust», *Giurisprudenza italiana*, núm. 2, 2000, pp. 347-350.
- BIEN, Florian, «Systemwechsel im europäischen Kartellrecht: zum Entwurf der EU-Kommission für eine Verordnung zur Durchführung der Art. 81 und 82 EG-Vertrag», *Der Betrieb*, 53, Jahrg., núm. 46, 2000, pp. 2309-2312.
- BIRK, Axel, «Belieferungsansprüche bei Verstoß gegen Art. 81 EG?», *Europäisches Wirtschafts- & Steuerrecht*, 11, Jahrg., núm. 11, 2000, pp. 485-491.
- BISSOCOLI, Eugenio, «Trade associations and information exchange under US antitrust and EC competition law», *World competition*, vol. 23, núm. 1, 2000, pp. 79-105.
- BREIT, Ingrid, y RUNGG, Ivo, «Die jüngste Praxis der Kommission bei der Festsetzung von Geldbußen in Kartellsachen», *Ecolex*, núm. 2, 2000, pp. 171-175.

- CANDELA SORIANO, María Mercedes, «Le traité CE et la fixation des prix dans le secteur du livre», *Revue du droit de l'Union européenne*, núm. 2, 2000, pp. 361-393.
- CAPELLI, Fausto, «Servizi postali: le spese terminali violano le norme sulla concorrenza?», *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, núm. 1, 2000, pp. 86-89.
- COCCIA, Massimo, y NIZZO, Carlo, «Il dopo-Bosman e il modello sportivo europeo», *Rivista di diritto sportivo*, núms. 3-4, 1998, pp. 335-350.
- «Il trasferimento dei calciatori e il diritto della concorrenza: quale mercato rilevante?», *Rivista di diritto sportivo*, núms. 3-4, 1998, pp. 687-692.
- COLANGELO, Giuseppe, «La concorrenza difficile: i servizi di "handling" nel settore aeroportuale», *Il foro italiano*, núm. 10, pt. I, 2000, pp. 2803-2808.
- DANNECKER, Gerhard, «Beweisgewinnungsmethoden und Beweisverwertungsverbote im europäischen Kartellordnungswidrigkeitenrecht», *Beweisverbote in Ländern der EU und vergleichbaren Rechtsordnungen = Exclusion of evidence within the EU and beyond*, 1999, pp. 285-318.
- DE GENNARO, Francesco, «I profili concorrenziali del franchise tying: gli orientamenti emersi nell'ordinamento statunitense e nell'ordinamento comunitario», *Giurisprudenza commerciale*, núm. 2, 2000, pt. I, pp. 235-273.
- DE PASOUALE, Patrizia, «Non vanno in pensione i fondi pensione olandesi», *Diritto pubblico comparato ed europeo*, núm. 1, 2000, pp. 308-312.
- DEMEUR, Martine, «Objet des droits de propriété intellectuelle et licences obligatoires dans le droit de la concurrence», *Mélanges en hommage à Michel Waelbroeck*, 1999, pp. 843-880.
- DRABBE, Humbert J., «Pension funds and competition», *Pension systems in the European Union*, 1999, pp. 5-14.
- ERNST, Ulrich, «Lobbying and competition law», *European journal of law reform*, núm. 1, 2000, pp. 27-60.
- FERNÁNDEZ VICIÉN, Concepción, y ORTEGA PECIÑA, David, «La campaña publicitaria como abuso de posición dominante», *La Ley*, núm. 5101, 2000, pp. 1-2.
- FLEISCHER, Holger, «Marktmachtmißbrauch auf sekundären Produktmärkten: vergleichende Betrachtungen zum deutschen, europäischen und amerikanischen Kartellrecht», *Recht der internationalen Wirtschaft*, núm. 1, 2000, pp. 22-30.
- GASSE, Dirk, *Die Bedeutung der Querschnittsklauseln für die Anwendung des Gemeinschaftskartellrechts*, Frankfurt am Main, Lang, 2000, xxi, 215 pp.
- GEIGER, Andreas, «Die neuen Leitlinien der EG-Kommission zur Anwendbarkeit von Art. 81 EG auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit», *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, núm. 11, 2000, pp. 325-328.
- GIOIA, Gina, «Vecchie intese e nuove nullità», *Giustizia civile*, núm. 1, 2000, pt. II, pp. 3-25.
- GIPPINI FOURNIER, Eric, «"Essential facilities" y aplicación del artículo 82 CE a la negativa unilateral a contratar. Algunas consideraciones tras la sentencia Bronner», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 205, 2000, pp. 77-96.

- GIUDICI, Paolo, *I prezzi predatori*, Milano, Giuffrè, 2000, xii, 374 pp.
- GNES, Matteo, «Tariffe professionali e diritto comunitario: il commento», *Giornale di diritto amministrativo*, Anno VI, núm. 9, 2000, pp. 909-917.
- GONZÁLEZ, Enrique, «Aspectos jurídicos de la modernización de las normas de aplicación del artículo 81 del Tratado CE», *Anuario de la competencia 1999*, Madrid, Fundación ICO/Marcial Pons, 2000, pp. 79-96.
- GONZÁLEZ BEILFUSS, Cristina, «Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 1 de junio de 1999», *Anuario de la competencia 1999*, Madrid, Fundación ICO/Marcial Pons, 2000, pp. 395-405.
- GONZÁLEZ-DÍAZ, Francisco Enrique, «Joint ventures under EG competition law: the new boundaries», *Mélanges en hommage à Michel Waelbroeck*, 1999, pp. 1019-1069.
- GRIFFITHS, M., y NUESCH, S., «Modernising the Treatment of Horizontal Agreements. An Analysis of the Commission's Proposals», *European Competition Law Review*, núm. 10, 2000, pp. 452-462.
- HARBORD, D., y VON GRAEVENITZ, G., «Market Definition in Oligopolistic and Vertically Related Markets: Some Anomalies», *European Competition Law Review*, núm. 3, 2000, pp. 151-158.
- HOIDA, Jason A., «Abuse of the dominant position in the telecom sector», *Nätets Juridik*, 2000, pp. 126-137.
- HUGHES, Mark, «Article 86 of the EC treaty: state monopolies and competition», *Irish journal of European law*, núms. 1-2, 1999, pp. 18-36.
- IMMENGA, Ulrich, «Relevante Märkte und Marktbeherrschung in der Regulierungspraxis», *Multimedia und Recht*, núm. 4, 2000, pp. 196-201.
- KORAH, C. Valentine, «Compagnie maritime belge: collective dominant position and exclusionary Pricing», *Mélanges en hommage à Michel Waelbroeck*, 1999, pp. 1101-1137.
- LAMANDINI, Marco, «Fideiussione omnibus e ius variandi al vaglio dell'antitrust comunitario», *Banca, borsa e titoli di credito*, núm. 3, 2000, pt. II, pp. 248-253.
- LECOURT, Benoît, *L'influence du droit communautaire sur la constitution de groupements*, préface de Yves Guyon, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2000, viii, 575 pp.
- LESQUILLONS, Henry M., «Comment vont s'organiser les décisions de retrait d'exemption?», *Contratto e impresa. Europa*, núm. 2, 1999, pp. 592-606.
- LIANOS, I., «'La confusion des infractions' de l'article 81-1: quelques interrogations sur l'utilité de la notion d'infraction unique», *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, núm. 2, 2000, pp. 239-272.
- MARENCO, Giuliano, «La notion de restriction de concurrence dans le cadre de l'interdiction des ententes», *Mélanges en hommage à Michel Waelbroeck*, 1999, pp. 1217-1245.
- MARI, Angelo, «Professioni intellettuali e disciplina della concorrenza: il commento», *Giornale di diritto amministrativo*, núm. 2, 2000, pp. 151-155.
- MARTÍNEZ LAGE, Santiago, y BROKELMANN, Helmut, «The application of articles 85 and 86 EG to the conduct of undertakings that are complying with national legislation», *Mélanges en hommage à Michel Waelbroeck*, 1999, pp. 1247-1295.

- MARTÍNEZ LAGE, Santiago, «Del control preventivo al control represivo: el nuevo enfoque de la Comisión en la aplicación del artículo 81 CE», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 208, 2000, pp. 3-8.
- MARTÍNEZ, Catalina, «El caso Airtours: ¿Una nueva definición de dominio colectivo?», *Anuario de la competencia 1999*, Madrid, Fundación ICO/Marcial Pons, 2000, pp. 335-350.
- MILLIGAN, John, «Revision of block exemption regulation 870/95 on consortia agreements», *European competition law review*, vol. 21, núm. 4, 2000, pp. 232-235.
- MIRANDA SERRANO, L. M., «La entrada definitiva de las posiciones dominantes colectivas en el sistema comunitario europeo de control de concentraciones», *Derecho de los Negocios*, núm. 113, 2000, pp. 19-46.
- «Restricciones accesorias y prácticas colusorias (Las ancillary restraints y el art. 81 del TCE. A propósito de algunas experiencias jurisprudenciales relativas a cesiones de empresas, franquicias y cooperativas)», *Derecho de los Negocios*, núm. 122, 2000, pp. 1-50.
- MONTAG, Frank, y LEIBENATH, Christoph, «Aktuelle Entwicklungen im Bereich des Art. 82 EGV», *Neueste Entwicklungen im europäischen und internationalen Kartellrecht: Sechstes St. Galler Internationales Kartellrechtsforum 1999*, 2000, pp. 107-122.
- MONTANGIE, Y., «The New Approach to Price Ceilings: a Matter of Sound Economic Reasoning», *European Competition Law Review*, núm. 6, 2000, pp. 269-274.
- MÜLLER-TAUTPHAEUS, Ken, «Das Weißbuch der Kommission zur Modernisierung der Anwendungsregeln zu Art. 81, 82 EGV: der gegenwärtige Diskussionsstand», *Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht = Revue suisse de droit des affaires = Swiss review of business law*, núm. 4, 2000, pp. 149-158.
- MÚÑIZ FERNÁNDEZ, P., «Increasing powers and increasing uncertainty: collective dominance and pricing abuses», *European Law Review*, núm. 6, 2000, pp. 645-653.
- NAZERALI, Julie, y COWAN, David, «Unlocking EU distribution rules: has the European Commission found the right keys?», *European competition law review*, núm. 1, 2000, pp. 50-56.
- NIHOUL, P., «Are workers undertaking for the purpose of competition rules?», *European Law Review*, núm. 4, 2000, pp. 408-414.
- «L'encryptage au regard du droit de la concurrence», *Telecommunications and broadcasting networks under EC law*, 2000, pp. 39-73.
- NORDBERG, Christian, «Geldbußen im EG-Kartellverfahren», *Wirtschaftsrechtliche Blätter*, núm. 10, 1999, pp. 433-443.
- ODALE, A., «Contestability. The Competition Commission Decision on the North Sea Helicopter Services», *European Competition Law Review*, núm. 8, 2000, pp. 345-347.
- OHRLANDER, Peter, «EC competition law and payments: a search for inter-system competition», *Euredia*, núm. 1, 2000, pp. 11-43.
- PAISLEY, Kathleen, «Intellectual property and the U.S. antitrust laws/EU technology transfer block exemptions: current law and enforcement guidelines»,

- Neueste Entwicklungen im europäischen und internationalen Kartellrecht*, 2000, pp. 297-327.
- PALMA MARTOS, Luis, «Claves de aplicación de la política de defensa de la competencia en materia de acuerdos para la fijación de precios y reparto del mercado: análisis de un caso», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 202, 1999, pp. 93-104.
- PICCIANO, Irene, «Comportements abusifs et système de remises», *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, núm. 2, 2000, pp. 277-283.
- PREECE, S., «Glaxo and others v. Dowelhurst and Swingward: litigation and the scope of article 81», *European Competition Law Review*, núm. 7, 2000, pp. 330-333.
- PRIETO KESSLER, Eduardo, «Principales problemas de la regulación del abuso de posición de dominio», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 205, 2000, pp. 22-33.
- REYNOLDS, Michael J., «Article 81[ex 85] and the merger regulation: breaking the network access bottleneck», *European competition law annual 1998: regulating telecommunications*, 2000, pp. 387-418.
- RIEMER, Boris, «Aussetzung der Vollziehung und Stellung einer Garantie im Bußgeldverfahren nach Art. 81 EG», *Europäisches Wirtschafts- & Steuerrecht*, núm. 2, 2000, pp. 57-59.
- «Das Verfahren der Kommission in Bußgeldangelegenheiten», *Ecolex*, núm. 4, 2000, pp. 265-267.
- RUBINI, Luca, «Le stranezze della giurisprudenza della Corte di giustizia tra importazioni parallele da paesi terzi, esaurimento del marchio e norme sulla concorrenza: (i casi Silhouette, Sebago e Javico)», *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, núm. 1, 2000, pp. 67-84.
- RUMPF, Stephanie, *Das Ende der öffentlichen Dienstleistungen in der Europäischen Union?: Art. 86 Abs. 2 (ex-Art. 90 Abs. 2) EGV im System des EGV*, Frankfurt am Main: Lang, 2000, 287 pp.
- SCHERMERS, Henry G., y SWAAK, Christo R. A., «Public access to Commission documents: what about Commission letters to national courts?», *Mélanges en hommage à Michel Waelbroeck*, 1999, pp. 553-575.
- SCHMID, Christoph, «Diagonal competence conflicts between European competition law and national regulation: a conflict of laws reconstruction of the dispute on book price fixing», *European review of private law = Revue européenne de droit privé = Europäische Zeitschrift für Privatrecht*, núm. 1, 2000, pp. 155-170.
- SCHMIDT, Wulff-Axel, *Art. 30 EG-Vertrag als Grenze der Anwendbarkeit des nationalen Wettbewerbsrechts: eine Untersuchung unter Berücksichtigung der neueren Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs*, Frankfurt am Main, Lang, 1999, 241 pp.
- SCHMITT, Burkhard, *Die Bündeltheorie des Europäischen Gerichtshofes und ihre Folgewirkungen am Beispiel des britischen Biermarkts*, Münster, Lit, 1999, xiii, 302 pp.
- SCHRÖTER, Helmuth R. B., «Der Stand des Europa-Kartellrechts im Jahre 1999», *Neueste Entwicklungen im europäischen und internationalen Kartellrecht: Sechstes St. Galler Internationales Kartellrechtsforum 1999*, 2000, pp. 1-87.

- SCHWALBA, Michael, *Die wettbewerbsbezogene Abgrenzung des relevanten Marktes*, Frankfurt am Main, Lang, 2000, 218 pp.
- SOLTÉSZ, Ulrich, «Bußgeldreduzierung bei Zusammenarbeit mit der Kommission in Kartellsachen: Kronzeugenmitteilung: eine Zwischenbilanz der Praxis der Kommission», *Europäisches Wirtschafts- & Steuerrecht*, núm. 6, 2000, pp. 240-246.
- SORIANO, M. C., «Le traité CE et la fixation des prix dans le secteur du livre», *Revue du Droit de l'Union Européenne*, núm. 2, 2000, pp. 361-393.
- STROUX, Sigrid, «Is EC oligopoly control outgrowing its infancy?», *World competition*, vol. 23, núm. 1, 2000, pp. 3-49.
- TARRANT, A., «Significant market power and dominance in the regulation of telecommunications markets», *European Competition Law Review*, núm. 7, 2000, pp. 320-325.
- TEMPLE LANG, John, «Ahmed Saeed: national authorities must not approve practices or prices contrary to EC competition law», *Mélanges en hommage à Michel Waelbroeck*, 1999, pp. 1539-1560.
- TICHADOU, Evelyne, «Internationalrechtliche Aspekte des Wettbewerbsrechts am Beispiel des Boeing-Falles», *Zeitschrift für europarechtliche Studien*, núm. 1, 2000, pp. 61-77.
- VAN DE WALLE DE GHELCKE, Bernard, y VAN HEES, Bruno, «Les règles de concurrence applicables aux entreprises: 1er janvier 1999-31 décembre 1999», *Journal des tribunaux. Droit européen*, núm. 68, 2000, pp. 78-90.
- «Réflexion sur l'application "horizontale" des règles sur les aides d'Etat», *Mélanges en hommage à Michel Waelbroeck*, 1999, pp. 1589-1627.
- VAN DEN BERGH, R., y CAMESASCA, P., «Irreconcilable principles? The Court of Justice exempts collective labour agreements from the wrath of antitrust», *European Law Review*, núm. 5, 2000, pp. 492-508.
- VANDENCASTEELE, Alexandre, «La part de marché est-elle la clé de voûte du droit européen de la concurrence?», *Mélanges en hommage à Michel Waelbroeck*, 1999, pp. 1561-1587.
- 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, pp. 20-30.
- VENIT, James S., «Kali & Salz: implications of the Court's judgement for oligopolistic dominance», *Mélanges en hommage à Michel Waelbroeck*, 1999, pp. 1645-1673.
- «The "Essential Facilities" Doctrine: its role in EC competition law», *European competition law annual 1998: regulating telecommunications*, 2000, pp. 237-272.
- VESTERDORF, Bo, «Recent developments in European competition case-law, the CFI», *Neueste Entwicklungen im europäischen und internationalen Kartellrecht: Sechstes St. Galler Internationales Kartellrechtsforum 1999*, 2000, pp. 131-151.
- VIDAL MARTÍNEZ, Patricia, y NAVARRO VARONA, Edurne, «La sentencia "Cemento" del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas de 15 de marzo de 2000», *Revista General de Derecho*, 2000, pp. 9615-9625.
- VILLA, Sonia, «Il caso "Cartoncino": un nuovo esempio di cartello tra imprese in ambito Comunitario», *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, núm. 1, 2000, pp. 35-49.

- VOLLEBREGT, E., «E-Hubs, Syndication and Competition Concerns», *European Competition Law Review*, núm. 10, 2000, pp. 437-443.
- WAELEBROECK, Michael, «Le régime applicable aux entreprises communes en droit communautaire de la concurrence depuis l'entrée en vigueur du règlement (CE) núm. 1310/97 du Conseil», *Mélanges offerts à Pierre Van Ommeslaghe*, 2000, pp. 813-829.
- WEATHERILL, S., «Fining the Organisers of the 1998 Football World Cup», *European Competition Law Review*, núm. 6, 2000, pp. 275-282.
- WEITBRECHT, Andreas, «Die Entwicklung des europäischen Kartellrechts in den Jahren 1998 und 1999», *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, núm. 16, 2000, pp. 496-503.
- WEYER, Hartmut, «Belieferungsansprüche bei Verstoß gegen Art. 81 EGV?», *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*, núm. 10, 2000, pp. 848-858.
- WILS, Wouter, «The undertaking as subject of EC competition law and the imputation of infringements to natural or legal persons», *European law review*, núm. 2, 2000, pp. 99-116.
- WINTERFELD, Achim von, «Zum Schutzzweck des Art. 81 EG-Vertrag und zu den Rechtsfolgen eines Verstoßes nach nationalem deutschen Recht», *Festschrift für Karlmann Geiß*, 2000, pp. 667-674.
- WÓDZ, Boris, «Comfort letters and other informal letters in EC competition proceedings: why is the story not over?», *European competition law review*, núm. 3, 2000, pp. 159-169.

C. RESTRICCIONES VERTICALES DE LA COMPETENCIA

- ACKERMANN, Thomas, «Die neuen EG-Wettbewerbsregeln für vertikale Beschränkungen», *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, núm. 24, 1999, pp. 741-746.
- «Die Reform des EG-Kartellrechts im Bereich vertikaler Beschränkungen: administrative Entlastung der Kommission auf Kosten des Binnenmarkts?», *Europa als Union des Rechts*, 1999, pp. 82-89.
- AMMANN, J. M., «Intellectual Property Rights and Parallel Imports», *Legal Issues of Europea Integration*, núm. 1 y 2, 1999, pp. 91-122.
- BAYREUTHER, Frank, «Die Reform der EG-Wettbewerbspolitik gegenüber vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen», *Europäisches Wirtschafts- & Steuerrecht*, núm. 3, 2000, pp. 106-115.
- BORTOLOTTI, Fabio, «Il problema delle soglie di mercato nel nuovo regolamento di esenzione sulle restrizioni verticali: osservazioni critiche e proposte», *Contratto e impresa. Europa*, núm. 2, 1999, pp. 535-560.
- BRUZZONE, Ginevra, «Riforma della politica comunitaria in materia di intese verticali: verso un maggiore utilizzo dell'analisi economica», *Mercato concorrenza regole*, núm. 1, 2000, pp. 11-37.
- CHARBONNIER, Volker, «Vertikale Absprachen im europäischen und internationalen Kartellrecht», *Deutsche Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, núm. 7, 1996, pp. 265-273.

- DARBY, John, «New EU regime for vertical agreements», *The Law Society's gazette*, November, 2000, pp. 57-61.
- ENSTHALER, Jürgen, y FUNK, Michael, «Zukunft des selektiven Kfz-Vertriebs: Vertikal-GVO und Leitlinien der Kommission», *Betriebs-Berater*, núm. 34, 2000, pp. 1685-1693.
- FERRIER, Didier, «Les effets cumulatifs des réseaux au regard des restrictions verticales de concurrence», *Contratto e impresa. Europa*, núm. 2, 1999, pp. 584-591.
- FRITZMEYER, Wolfgang, «Die Konkurrenzschutzpflicht des Franchisegebers: eine Zwischenbilanz», *Betriebs-Berater*, núm. 10, 2000, pp. 472-475.
- GENTILE, Enrico, «Il problema degli "accordi verticali" per la distribuzione o per la fornitura congiunta di famiglie complete di prodotti», *Contratto e impresa. Europa*, núm. 2, 1999, pp. 607-662.
- GLASOW, Bernhard, *Vertikale Preisbindung, Wettbewerbstheorie und Wettbewerbsrecht in den USA, Deutschland und Europa: Bestandsaufnahmen, Kritik und Zukunftsperspektiven*, Frankfurt am Main, Lang, 2000, xxxii, 266 pp.
- GLODEN, Léon, «La réforme des restrictions verticales en droit CE de la concurrence», *Codex*, núm. 8, 2000, pp. 124-127.
- GOYDER, J., *EC Distribution Law*, Bembridge, 2000, 464 pp.
- GRIFFITHS, M., «A Glorification of *de minimis*. The Regulation of Vertical Agreements», *European Competition Law Review*, núm. 5, 2000, pp. 241-247.
- HALIMI-DECHELETTE, Claire, «La réforme du droit communautaire des restrictions verticales à la concurrence», *Contrats, concurrence, consommation*, núm. 4, 2000, pp. 4-8.
- HÄNLEIN, Andreas, «Franchise: Existenzgründungen zwischen Kartell-, Arbeit- und Sozialversicherungsrecht: eine neue Erwerbsform im Aufwind?», *Der Betrieb*, núm. 7, 2000, pp. 374-379.
- HARBORD, D., y VON GRAEVENITZ, G., «Market Definition in Oligopolistic and Vertically Related Markets: Some Anomalies», *European Competition Law Review*, núm. 3, 2000, pp. 151-158.
- HAWK, Barry E., y DENAEIJER STANTON, Nathalie, «Can U.S. antitrust laws and practice provide lessons or suggestions to assist in the EC reform of competition law rules applicable to vertical restraints?», *Contratto e impresa. Europa*, núm. 2, 1999, pp. 561-583.
- HENIN, Christophe, y DELESALLE, Dimitri, «La modernisation des règles communautaires de la concurrence: les accords verticaux», *Les petites affiches*, núm. 58, 2000, pp. 6-13.
- KOVAR, Robert, «La politique communautaire de concurrence en matière de restrictions verticales: le règlement d'exemption 2790/1999», *Journal des tribunaux. Droit européen*, núm. 71, 2000, pp. 153-163.
- KREUTZMANN, Alix, *Lizenzkartellrecht im Multimedia-Bereich: Darstellung nach europäischem und deutschem Recht*, Berlin, Duncker & Humblot, 2000, 234 pp.
- LEVER, J., y NEUBAUER, S., «Vertical Restraints: Their Motivation and justification», *European Competition Law Review*, núm. 1, 2000, pp. 7-23.

- LIEBSCHER, Christoph, y PETSCHKE, Alexander, «Franchising nach der neuen Gruppenfreistellungsverordnung (EG) núm. 2790/99 für Vertikalvereinbarungen», *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, núm. 13, 2000, pp. 400-404.
- MARTINEK, Michael, «Deregulation in EC competition law of vertical restraints of trade: the new policy proposal of the EC Commission», *Keio Tage* 1998, 2000, pp. 55-67.
- METZLAFF, Karsten, «Franchisesysteme und EG-Kartellrecht: neueste Entwicklungen», *Betriebs-Berater*, núm. 24, 2000, pp. 1201-1209.
- MUTZ, Martin, «Vertikale Vertriebssysteme: ein neuer Anlauf», *Recht der Wirtschaft*, núm. 5, 2000, pp. 258-261.
- NAZERALI, Julie, y COWAN, David, «Unlocking E.U. distribution rules: has the European Commission found the right keys?», *European competition law review*, núm. 1, 2000, pp. 50-56.
- PAPPALARDO, A., «Les nouvelles règles de concurrence applicables aux accords "verticaux"», *Revue du Droit de l'Union Européenne*, núm. 1, 2000, pp. 151-168.
- PEEPERKORN, Lucas, «Commission's policy: review on vertical restraints», *European economics and law*, 1999, pp. 1-18.
- POLLEY, Romina, y SEELIGER, Daniela, «Die neue Gruppenfreistellungsverordnung für Vertikalverträge Nr. 2790/1999: ihre praktische Anwendung», *Wettbewerb in Recht und Praxis*, núm. 11, 2000, pp. 1203-1217.
- RILEY, Alan J., «A revolution?: the draft vertical restraints block exemption», *European current law*, núm. 1, 2000, pp. xi-xv.
- RINALDI, Raimondo, «Il nuovo regolamento della Commissione europea sugli accordi verticali», *Diritto del commercio internazionale*, núm. 2, 2000, pp. 479-506.
- RITTNER, Fritz, «Die Handelsvertreterpraxis nach dem neuen EG-Kartellrecht für Vertikalvereinbarungen», *Der Betrieb*, núm. 24, 2000, pp. 1211-1216.
- SCHAMING, Bernard, «La distribution sélective: une voie de plus en plus étroite», *Recueil Dalloz*, núm. 11, 2000, pp. 173-179.
- SCHULTE, Günther, y GEIGER, Andreas, «Das Schicksal der Verbundgruppen unter der neuen Gruppenfreistellungsverordnung (EG) núm. 2790/99 für Vertikalvereinbarungen», *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, núm. 13, 2000, pp. 396-400.
- SCHWINTOWSKI, Hans-Peter, «Vertikale Beschränkungen im europäischen Wettbewerbsrecht: eine juristisch-ökonomische Kritik des neuen Konzepts der Kommission», *Festschrift für Otto Sandrock zum 70. Geburtstag*, 2000, pp. 901-922.
- SEMLER, Franz-Jörg, y BAUER, Michael, «Die neue EU-Gruppenfreistellungsverordnung für vertikale Wettbewerbsbeschränkungen: Folgen für die Rechtspraxis», *Der Betrieb*, núm. 4, 2000, pp. 193-200.
- SIM, Jae-Han, *Das selektive Vertriebssystem und der Vertragshändlervertrag im Bereich des Kfz-Vertriebs in der EG: unter dem Schwerpunkt mit der EG-Gruppenfreistellungsverordnung für Vertriebs- und Kundendienstvereinbarungen über Kraftfahrzeuge*, Frankfurt am Main, Lang, 2000, xvii, 233 pp.

- VANHAELLEN, Frédérique, y VERBIEST, Thibault, «Internet, concurrence et distribution sélective: une coexistence parfois difficile», *Journal des tribunaux. Droit européen*, núm. 71, 2000, pp. 163-169.
- WHISH, R., «Regulation 2790/99: The Commission's "new style" block exemption for vertical agreements», *Common Market Law Review*, núm. 4, 2000, pp. 887-924.
- WOLF, Dieter, «Aktuelle Entwicklungen im Recht der Vertikalbeschränkungen», *Neueste Entwicklungen im europäischen und internationalen Kartellrecht. Sechstes St. Galler Internationales Kartellrechtsforum 1999*, 2000, pp. 123-130.

D. ÓRGANOS DE APLICACIÓN DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA

- «Otto voci sulla proposta di un'autorità indipendente per l'antitrust europeo», *Contratto e impresa. Europa*, núm. 2, 1997, pp. 509-607.
- ANTONIOLI, Marco, «Appunti per uno studio sul diritto pubblico della concorrenza», *Il diritto dell'economia*, núm. 2, 2000, pp. 321-383.
- BARTHE, Denis, *La situation de l'entreprise victime d'une pratique anticoncurrentielle devant les autorités de concurrence: étude comparative des procédures communautaire et française*, préface Laurence Idot, Aix-en-Provence: Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2000, 495 pp.
- BELORGEY, Jean-Marc, «La sécurité juridique des décisions d'octroi d'aides publiques au regard du droit communautaire», *L'actualité juridique: droit administratif*, núm. 5, 2000, pp. 371-381.
- BOUSCANT, Rémy, «La faute dans les infractions aux règles de concurrence en droit européen», *Revue trimestrielle de droit européen*, núm. 1, 2000, pp. 67-97.
- BUTTAZZI, Barbara, «Il procedimento davanti all'Autorità garante per la concorrenza e il mercato», *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, núm. 2, 2000, pp. 579-600.
- CAILLOSSE, Jacques, «Le droit administratif français saisi par la concurrence?», *L'actualité juridique: droit administratif*, núm. 2, 2000, pp. 99-103.
- CAMMELLI, Filippo, «La prima applicazione decentrata del diritto comunitario della concorrenza da parte dell'Autorità garante: il provvedimento Unapace Enel», *Il diritto dell'Unione europea*, núm. 2, 2000, pp. 379-382.
- CONTE, Giuseppe, «Aiuti di Stato e procedure concorsuali nazionali nella recente giurisprudenza comunitaria: il caso della "Legge Prodi"», *Il diritto dell'Unione europea*, núm. 3, 1999, pp. 539-555.
- DAVID, Eric, «La détermination du montant des amendes sanctionnant les infractions complexes: régime commun ou régime particulier?», *Revue trimestrielle de droit européen*, núm. 3, 2000, pp. 511-545.
- DRAETTA, Ugo, «The international jurisdiction of the EU Commission in the merger control area = La compétence internationale de la Commission européenne en matière de contrôle des concentrations», *Revue de droit des affaires internationales = International business law journal*, núm. 2, 2000, pp. 201-213.
- FÉDÉRATION INTERNATIONALE POUR LE DROIT EUROPÉEN, Congrès (19e: 2000: Helsinki), FIDE: XIX congress: [Helsinki 1-3 June 2000] [Helsinki]: [Suomen

- Eurooppa-oikeuden yhdistys], 2000, 3 vol. (445; 586; 363 p.), vol. 1: The duties of co-operation of national authorities and courts and the Community institutions under article 10 EC = Les devoirs de coopération des autorités nationales et des tribunaux et les institutions communautaires en vertu de l'article 10 CE = Die Kooperationspflichtender nationalen Behörden und Gerichte der Gemeinschaftsinstitutionen nach Art. 10 EG, vol. 2: Community law (including competition rules) affecting «networks» (telecom...) and its consequences for the Member States = Droit communautaire (y compris les règles de concurrence) concernant les «networks» (télécom...) et ses conséquences pour les États membres = Gemeinschaftsrecht (einschliesslich Wettbewerbsrecht) im Hinblick auf «Networks» (Telekommunikation...) und seine Auswirkung auf die Mitgliedstaaten, vol. 3: Legal consequences of the single currency = Conséquences juridiques de la monnaie unique = Rechtsfolgen der einheitlichen Währung
- FORBES PIRIE, Mia, «The complainant in EC competition law», *World competition*, vol. 23, núm. 1, 2000, pp. 107-140.
- FOURGOUX, Jean-Claude, «Europe: de la politique de concurrence à la police de la concurrence ou la nécessité de créer une autorité européenne indépendante de la concurrence», *Gazette du Palais*, núms. 72-74, 2000, pp. 51-55.
- GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago J., «Los problemas del derecho sancionador en el derecho comunitario», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 206, 2000, pp. 39-46.
- GRÖNING, Jochem, «Zur Gefahr divergierender Entscheidungen bei dezentraler Anwendung des EG- Kartellrechts», *Wettbewerb in Recht und Praxis*, núm. 9, 2000, pp. 882-886.
- KERBER, Wolfgang, «Interjurisdictional competition within the European Union», *Fordham international law journal*, vol. 23, núm. 1, 2000, pp. S217-S249.
- LENAERTS, Koenraad, y MASELIS, Ignace, «Le justiciable face à la Commission européenne dans les procédures de constatation d'infraction aux articles 81 et 82 CE», *Journal des tribunaux*, núm. 5973, 2000, pp. 496-504.
- LESGUILLONS, Henry M., «Comment vont s'organiser les décisions de retrait d'exemption?», *Contratto e impresa. Europa*, núm. 2, 1999, pp. 592-606.
- MARTÍNEZ LAGE, Santiago, «La aplicación descentralizada del Derecho de la Competencia: Comunidad Europea, Estados Miembros y Comunidades Autónomas», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 207, 2000, pp. 3-9.
- MORGAN, Eleanor J., «Subsidiarity and the division of jurisdiction in EU merger control», *The antitrust bulletin*, núm. 1, 2000, pp. 153-193.
- MORGAN DE RIVERY, Éric, y ARNOULD, Joël, «La grande misère du plaignant en droit communautaire de la concurrence», *Mélanges en hommage à Michel Waelbroeck*, 1999, pp. 1357-1376.
- OPPERMANN, Bernd H., «Bringt Europa eine Deregulierung des Wettbewerbsrechts?: Chancen und Grenzen der europäischen Privatrechtsangleichung», *Integration im europäischen Zivil- und Wirtschaftsrecht*, 1999, pp. 7-32.
- PALLER, Markus, «Wettbewerbsschutz im Zeitalter der Globalisierung: zur Kooperation der amerikanischen und europäischen Wettbewerbsbehörden», *Archiv des Völkerrechts*, núm. 2, 2000, pp. 169-216.

- SALORD, A. O., «Concurrent application, the April 1999 White Paper and the future of national laws», *European competition law review*, núm. 2, 2000, pp. 128-141.
- SCHERMERS, Henry G., y SWAAK, Christo R. A., «Public access to Commission documents: what about Commission letters to national courts?», *Mélanges en hommage à Michel Waelbroeck*, 1999, pp. 553-575.
- SCHWENN, Dirk M., «Die Dezentralisierung der Wettbewerbskontrolle nach dem "Weißbuch"», *Recht der internationalen Wirtschaft*, núm. 3, 2000, pp. 179-182.
- TESAURO, Giuseppe, Italia. Autorità garante della concorrenza e del mercato. Testo letto dal presidente Giuseppe Tesauro per la presentazione della relazione annuale, Roma 30 maggio 2000 / Autorità garante della concorrenza e del mercato, Roma: [Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento per l'informazione e l'editoria], 2000, 28 pp.
- «The relationship between the European Commission and the competition authorities of the EC Member States», *Neueste Entwicklungen im europäischen und internationalen Kartellrecht: Sechstes St. Galler Internationales Kartellrechtsforum 1999*, 2000, pp. 153-165.
- TODINO, M., «Modernization from the Perspective of National Competition Authorities: Impact of the Reform on Decentralized Application of EC Competition Law», *European Competition Law Review*, 2000, núm. 8, pp. 348-358.
- TONELLI, Monica, «Il diritto di accesso al file della Commissione nei procedimenti antitrust e i recenti sviluppi della prassi comunitaria: molto rumore per nulla?», *Contratto e impresa. Europa*, núm. 2, 1999, pp. 920-940.
- TOPEL, Julia, «Vortrag anlässlich der Jahrestagung der Deutschen Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht am 23.6.2000 in Bonn zur dezentralen Anwendung des europäischen Kartellrechts», *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*, 102. Jahrg., 2000, 11-12, pp. 985-989.
- VASQUES, Luciano, «Autorità garante della concorrenza e del mercato e servizi pubblici locali», *Il foro italiano*, núm. 1, 2000, pt. III, pp. 49-56.
- WEYER, Hartmut, «Gemeinschaftsrechtliche Vorgaben für das nationale Zivilverfahren: Verpflichtung der nationalen Zivilgerichte zur Anwendung der Art. 81, 82 EGV», *Europarecht*, núm. 2, 2000, pp. 145-166.
- WÓDZ, Boris, «Comfort letters and other informal letters in EC competition proceedings: why is the story not over?», *European competition law review*, núm. 3, 2000, pp. 159-169.

E. CONTROL DE CONCENTRACIONES

- ANDERSSON, Monica, *Collective dominance under the EC merger regulation: an analysis of Commission decisions*, Stockholm University, Institute for European Law, 2000, 74 pp.
- ARGENTATI, Anna, «L'associazione temporanea tra imprese negli appalti pubblici e nella disciplina antitrust», *Rivista del diritto commerciale*, Anno XCVIII, 2000, n. 3-4/5-6, pt. I.
- BADINI CONFALONIERI, Alfonso, *Il GEIE: disciplina comunitaria e profili operativi nell'ordinamento italiano*, Torino, UTET, 1999, xx, 394 pp.

- BARTOSCH, Andreas, «Die Entscheidung der Kommission im Fall Telia/Telenor: die Fusion ehemaliger Monopolisten», *Computerreport der Neuen juristischen Wochenschrift*, núm. 3, 2000, pp. 162-166.
- «Happy Birthday: 10 Jahre Europäische Fusionskontrolle», *Betriebs-Berater*, núm. 38, 2000, pp. 1897-1901.
- «Unmittelbare und individuelle Betroffenheit in der europäischen Fusionskontrolle: Coca-Cola», *Europäisches Wirtschafts- & Steuerrecht*, núm. 8, 2000, pp. 350-353.
- BOEDER, Thomas L., y DORMAN, Gary J., «The Boeing/McDonnell Douglas merger: the economics, antitrust law and politics of the aerospace industry», *The antitrust bulletin*, núm. 1, 2000, pp. 119-152.
- CANTOS BAQUEDANO, FRANCISCO, y TRUJILLO RODRÍGUEZ, Natalia, «Los compromisos y condiciones en procedimientos de control de concentraciones, una perspectiva europea y española», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 207, 2000, pp. 19-49.
- COOK, C. John, y KERSE, Christopher, *EC merger control*, 3.^a ed., London, Sweet & Maxwell, 2000.
- DALLE VEDOVE, Giampaolo, *Concentrazioni e gruppi nel diritto antitrust*, Padova, CEDAM, 2000, xiii, 401 pp.
- DRAETTA, Ugo, «The international jurisdiction of the EU Commission in the merger control area = La compétence internationale de la Commission européenne en matière de contrôle des concentrations», *Revue de droit des affaires internationales = International business law journal*, núm. 2, 2000, pp. 201-213.
- DRAUZ, Götz, «Aktuelle Entwicklungen in der europäischen Fusionskontrolle», *Neueste Entwicklungen im europäischen und internationalen Kartellrecht. Sechstes St. Galler Internationales Kartellrechtsforum 1999*, 2000, pp. 89-105.
- DUDZIK, Slawomir, «The concept of “concentration of undertakings” in Regulation 4064/89 of the Council of the European Communities and Polish anti-monopoly law», *Introduction to competition and State aid law of the European Union*, 1998, pp. 81-96.
- GARCÍA COSO, E., *La regulación comunitaria de la concentración industrial europea*, Madrid, 2000, 350 pp.
- GONZÁLEZ-DÍAZ, FRANCISCO ENRIQUE, «Joint ventures under EG competition law: the new boundaries», *Mélanges en hommage à Michel Waelbroeck*, 1999, pp. 1019-1069.
- GRABBE, Hartwig, *Nebenabreden in der europäischen Fusionskontrolle*, Baden-Baden, Nomos, 2000, 255 pp.
- HUGGENBERGER, Thomas, *Die marktbeherrschende Stellung in der Fusionskontrolle der EG*, Bern, Lang, 2000, 240 pp.
- KERBER, Wolfgang, «Europäische Fusionskontrolle: Entwicklungslinien und Perspektiven», *Die Europäische Fusionskontrolle*, 2000, pp. 69-97.
- LECOURT, Benoît, *L'influence du droit communautaire sur la constitution de groupements*, préface de Yves Guyon, París: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2000, viii, 575 pp.
- LEIBENATH, Christoph, *Die Rechtsprobleme der Zusagenpraxis in der europäischen Fusionskontrolle*, Baden-Baden, Nomos, 2000, 431 pp.

- MAILÄNDER, Peter, *Konzentrationskontrolle zur Sicherung von Meinungsvielfalt im privaten Rundfunk: eine vergleichende Untersuchung der Rechtslage in Deutschland, Frankreich, Italien, Großbritannien, Spanien, Österreich sowie den Niederlanden und im europäischen Recht*, Baden-Baden, Nomos, 2000, 403 pp.
- MARTÍN URBANO, P., «Normas de competencia versus concentración de las telecomunicaciones en la Unión Europea», *Noticias de la Unión Europea*, núm. 185, 2000, pp. 41-51.
- MIRANDA SERRANO, L. M., «La doctrina de la *failing company* y el Derecho europeo de las concentraciones (Las concentraciones de recuperación o de saneamiento económico)», *Noticias de la Unión Europea*, núm. 185, 2000, pp. 53-90.
- «La entrada definitiva de las posiciones dominantes colectivas en el sistema comunitario europeo de control de concentraciones», *Derecho de los Negocios*, núm. 113, 2000, pp. 19-46.
- MOHAMED, S., «National Interest Limiting EU Cross-Border Bank Mergers», *European Competition Law Review*, núm. 5, 2000, pp. 248-257.
- MONTAG, Frank, y LEIBENATH, Christoph, «Die Rechtsschutzmöglichkeiten Dritter in der europäischen Fusionskontrolle», *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht*, núm. 2, 2000, pp. 176-196.
- MORGAN, Eleanor J., «Subsidiarity and the division of jurisdiction in EU merger control», *The antitrust bulletin*, núm. 1, 2000, pp. 153-193.
- MOTTA, M., «EC Merger Policy and the Airtours Case», *European Competition Law Review*, núm. 4, 2000, pp. 199-207.
- «Fusioni orizzontali: analisi economica e disciplina comunitaria», *Mercato concorrenza regole*, núm. 2, 2000, pp. 211-243.
- OBERENDER, Peter, y CAHILL, Brian F., *Die europäische Fusionskontrolle*, Berlin, Duncker & Humblot, 2000, 97 pp.
- REYNOLDS, Michael J., «Article 81[ex 85] and the merger regulation: breaking the network access bottleneck», *European competition law annual 1998: regulating telecommunications*, 2000, pp. 387-418.
- RIVAS, José, *The EU merger regulation and the anatomy of the merger task force*, The Hague: Kluwer, 1999, ix, 212 pp.
- SANTOS LORENZO, Salomé, «El “efecto carterá”: un nuevo criterio de análisis de las operaciones de concentración», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 207, 2000, pp. 68-77.
- SCHMIDT, Ingo, «Die europäische Fusionskontrolle: eine Synopsis», *Die Europäische Fusionskontrolle*, 2000, pp. 9-26.
- SCHÜTZ, Jörg, «Die EG-Fusionskontrolle aus der Sicht der Industrie», *Die Europäische Fusionskontrolle*, 2000, pp. 59-67.
- SCHWAN, Rudolf, «Aspekte der nationalen und europäischen Fusionskontrolle: Anmerkungen aus Sicht eines Großunternehmens», *Die Europäische Fusionskontrolle*, 2000, pp. 39-51.
- SOLTYS, Agnieszka, «The notion of anticompetitive concentration in the law of the European Community and the Republic of Poland», *Introduction to competition and State aid law of the European Union*, 1998, pp. 193-210.
- STROUX, Sigrid, «Is EC oligopoly control outgrowing its infancy?», *World competition*, v. 23, núm. 1, 2000, pp. 3-49.

- TARRANT, A., «Significant market power and dominance in the regulation of telecommunications markets», *European Competition Law Review*, núm. 7, 2000, pp. 320-325.
- TODINO, Mario, «Le riforme del regolamento CEE 4064/89, sul controllo delle concentrazioni fra imprese: una prima verifica», *Diritto del commercio internazionale*, núm. 2, 2000, pp. 515-532.
- VELJANOVSKI, Cento, «Banking mergers: transaction costs and market definition», *European competition law review*, vol. 21, núm. 4, 2000, pp. 195-198.
- WAELEBROECK, Michael, «Le régime applicable aux entreprises communes en droit communautaire de la concurrence depuis l'entrée en vigueur du règlement (CE) núm. 1310/97 du Conseil», *Mélanges offerts à Pierre Van Ommeslaghe*, 2000, pp. 813-829.
- ZEKOS, G., «The New EU Approach to Mergers and the Market Integration», *European Competition Law Review*, núm. 1, 2000, pp. 37-44.

F. AYUDAS PÚBLICAS

- ADAMANTOPOULOS, K., y PEREYRA-FRIEDRICHSEN, M. J., *EU Anti-subsidy Law & Practice*, Bembridge, 2001, 506 pp.
- ARPIO SANTACRUZ, J. L., *Las ayudas públicas ante el Derecho europeo de la competencia*, Aranzadi, Elcano, 2000, 333 pp.
- BAECQUE, Arnaud de, «Le droit communautaire des aides d'Etat», *Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz*, núm. 562, 2000, pp. 39-72.
- BARTOSCH, Andreas, «Beihilfenrechtliches Verfahren und gerichtlicher Rechtsschutz», *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, núm. 14, 2000, pp. 601-609.
- «Verschärft sich die Spruchpraxis zum europäischen Beihilfenrecht?», *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*. 21. Jahrg., 45, 2000, pp. 2010-2016.
- BELORGEY, Jean-Marc, «La sécurité juridique des décisions d'octroi d'aides publiques au regard du droit communautaire», *L'actualité juridique: droit administratif*, núm. 5, 2000, pp. 371-381.
- BLUMENBERG, Jens, y LAUSTERER, Martin, «Staatliche Beihilfen im Bereich der direkten Unternehmensbesteuerung», *Steuerrecht und europäische Integration: Festschrift für Albert J. Rädler zum 65. Geburtstag*, 1999, pp. 1-32.
- BOURGOIS, Jacques H. J., «State aids, taxation measures and specificity: some thoughts», *Mélanges en hommage à Michel Waelbroeck*, 1999, pp. 765-776.
- CARREÑO GUALDE, V., «Ayudas públicas concedidas por los entes territoriales: la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 8, 2000, pp. 619-642.
- CASTILLO DE LA TORRE, Fernando, y KEPPELNE, Jean-Paul, «Ayudas estatales: jurisprudencia comunitaria en 1999», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 205, 2000, pp. 52-77.
- HEROT, Jean-Yves, «Financement des obligations de service public et aides d'Etat», *Europe*, núm. 5, 2000, pp. 4-8.
- COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, *Septième rapport sur les aides d'état dans le secteur des produits manufacturés et certains autres secteurs de l'Union européenne* [S.l.: s.n.], 1999, 114 pp.

- *Seventh survey on state aid in the European Union in the manufacturing and certain other sectors* [S.l.: s.n.], 1999, 114 pp.
- COMMISSION EUROPÉENNE, *Community rules on state aid: vade-mecum*, Luxembourg: Office for Official Publications of the European Communities, 2000, 26 pp.
- CONTE, Giuseppe, «Aiuti di Stato e procedure concorsuali nazionali nella recente giurisprudenza comunitaria: il caso della “Legge Prodi”», *Il diritto dell’Unione europea*, núm. 3, 1999, pp. 539-555.
- COSMAS, Georges, «Les conditions d’application de l’article 93, paragraphe 2, troisième alinéa, du traité CE», *Mélanges en hommage à Fernand Schockweiler*, 1999, pp. 39-60.
- DANWITZ, Thomas von, *Rechtsfragen der europäischen Beihilfeaufsicht: Dokumentation einer Fachtagung des Instituts für Berg- und Energierecht am 16. November 1999*, Stuttgart, Boorberg, 2000, 99 pp.
- «Grundfragen der europäischen Beihilfeaufsicht», *Rechtsfragen der europäischen Beihilfeaufsicht*, 2000, pp. 13-29.
- DE LA MARE, Thomas, «EC state aid rules: why should public lawyers care?», *Judicial review*, vol. 5, 2000, issue 2, pp. 100-105.
- DE VERGOTTINI, Giuseppe, «Aiuti di Stato in materia di cessione di immobili da parte di enti pubblici: aspetti di diritto comunitario e legislazione nazionale», *Contratto e impresa. Europa*, núm. 2, 1999, pp. 816-868.
- DI PLINIO, Giampiero, «Il caso Irish Sugar: solo una ammenda “salata”, o un altro passo verso la fine dei protezionismi?», *Diritto pubblico comparato ed europeo*, núm. 1, 2000, pp. 332-340.
- DONY-BARTHOLMÉ, Marianne, «Aides d’Etat et sauvegarde du service public», *Mélanges en hommage à Michel Waelbroeck*, 1999, pp. 843-880.
- D’SA, R. M., «When is aid not State aid? The implications of the English Partnerships decision for European competition law and policy», *European Law Review*, núm. 2, 2000, pp. 139-156.
- EHRICKE, Ulrich, «Die Rückforderung gemeinschaftsrechtswidriger Beihilfen in der Insolvenz des Beihilfenempfängers», *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, núm. 38, 2000, pp. 1656-1667.
- FERRARO, Fabio, «Contratti di formazione e lavoro e aiuti di Stato all’occupazione», *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, núm. 2, 2000, pp. 367-390.
- GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago J., «La coherencia entre los fondos estructurales y las ayudas regionales», *Noticias de la Unión Europea*, núm. 181, 2000, pp. 37-49.
- GRECO, Guido, «Sovvenzioni e tutela dell’affidamento», *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, núm. 2, 2000, pp. 375-387.
- GÜNDISCH, Jürgen, «Rückforderung von nationalen Beihilfen: kein Konflikt zwischen europäischem Gemeinschaftsrecht und deutschem Verfassungsrecht», *Gündisch Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, núm. 10, 2000, pp. 1125-1126.
- HERNÁNDEZ MARTÍN, Valeriano, y VILLALVILLA MUÑOZ, José María, *El control de las ayudas de Estado en el derecho europeo*, Madrid, Colex, 1999, 119 pp.

- HUBER, Peter M., «“Aiuti” ex artt. 87 e 88 del Trattato CE 1999 e tutela dell'affidamento nel diritto comunitario e nel diritto amministrativo nazionale», *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, núm. 2, 2000, pp. 321-341.
- JUNG, Lothar, y HASSOLD, Helge, «Die Neuordnung der deutschen und europäischen Regional-/Strukturförderung vor dem Hintergrund der Beihilfenkontrolle und der Agenda 2000», *Die öffentliche Verwaltung*, núm. 5, 2000, pp. 190-198.
- KEPPENNE, Jean-Paul, «Politiques fiscales nationales et contrôle communautaire des aides d'Etat», *Journal des tribunaux. Droit européen*, núm. 66, 2000, pp. 25-34.
- KOENIG, C., y BARTOSCH, A., «EC State Aid Law Reviewing Equity Capital Injections and Loan Grants by the Public Sector: A Comparative Analysis», *European Competition Law Review*, núm. 8, 2000, pp. 377-387.
- KOENIG, Christian, y KÜHLING, Jürgen, «Grundfragen des EG-Beihilfenrechts», *Neue juristische Wochenschrift*, núm. 15, 2000, pp. 1065-1074.
- «Mitgliedstaatliche Kulturförderung und gemeinschaftliche Beihilfekontrolle durch die EG-Kommission», *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, núm. 7, 2000, pp. 197-205.
- KOENIG, Christian, y SANDER, Claude, «Die verbrauchervermittelte Unternehmensbegünstigung auf dem Prüfstand des EG-Beihilfenrechts», *Europarecht*, 35. Jahrg., núm. 5, 2000, pp. 743-767.
- KRUSE, Eberhard, «Gemeinschaftsrechtliche Kontrolle staatlicher Beihilfen und kommunalwirtschaftliche Betätigung: Anmerkungen zu Art. 92 Abs. 1 EGV, insbesondere zum Begriff der Beihilfe», *Kommunen und Europa*, 1999, pp. 77-85.
- MARTIN-SERF, Arlette, «Aides publiques nationales et droit de la concurrence», *Revue de jurisprudence commerciale*, núm. 3, 2000, pp. 97-101.
- NEMITZ, Paul F., «10 Jahre Gericht erster Instanz der Europäischen Gemeinschaften: zur verfassungsgerichtsähnlichen Verantwortung des Gerichts im Beihilfenrecht», *Die öffentliche Verwaltung*, núm. 11, 2000, pp. 437-449.
- NORDBERG, Christian, «Unternehmenssanierung durch die öffentliche Hand und EU-Beihilfenrecht», *Ecolex*, núm. 4, 2000, pp. 260-264.
- NOWAK, Carsten, «Grundrechtlicher Drittschutz im EG-Beihilfenkontrollverfahren», *Verwaltungsblatt*, núm. 1, 2000, pp. 20-27.
- PEDRAZ CALVO, Mercedes, «El control de las ayudas públicas por los jueces nacionales», *Anuario de la competencia 1999*, Madrid, Fundación ICO-Marcial Pons, 2000, pp. 155-169.
- PINOTTI, Cinthia, *Gli aiuti di Stato alle imprese nel diritto comunitario della concorrenza*, Padova, CEDAM, 2000, xx, 442 pp.
- RAFFAELLI, Enrico Adriano, «Transport aérien et aides publiques», *L'Europe des transports = European transport*, 1999, pp. 233-260.
- REMMERT, Barbara, «Nichtigkeit von Verwaltungsverträgen wegen Verstoßes gegen das EG-Beihilfenrecht», *Europarecht*, núm. 3, 2000, pp. 469-480.
- RIVAS ANDRÉS, José, y GUTIÉRREZ GISBERT, Juan, «Un comentario crítico al Reglamento procedimental en materia de ayudas de estado, Reglamento (CE) núm. 659/1999 del Consejo, de 22 de marzo de 1999 por el que se establecen

- disposiciones de aplicación del artículo 93 del Tratado CE», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 209, 2000, pp. 40-58.
- RODRÍGUEZ CUIEL, José-Wenceslao, «Principios generales del derecho y recuperación de ayudas de Estado ilegales. En especial la confianza legítima», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 209, 2000, pp. 32-39.
- ROSS, M., «State aids and national courts: Definitions and other problems. A case of premature emancipation?», *Common Market Law Review*, núm. 2, 2000, pp. 401-423.
- ROTONDO, Gennaro, y VATTERMOLI, Daniele, «Gli aiuti di Stato alle imprese bancarie in difficoltà», *Banca, borsa e titoli di credito*, núm. 2, 2000, pt. I, pp. 239-295.
- SCARAMOZZINO, Yannick, «Aperçu des derniers principaux développements législatifs dans le domaine du contrôle des aides d'Etat», *Gazette du Palais*, núms. 72-74, 2000, pp. 56-62.
- SCHLEGEL, Rainer, «Subventionen im Beschäftigungsverhältnis und europarechtliches Beihilfeverbot», *Europas universale rechtsordnungspolitische Aufgabe im Recht des dritten Jahrtausends: Festschrift für Alfred Söllner zum 70. Geburtstag*, 2000, pp. 1017-1046.
- SCHNEIDER, Jens-Peter, «Neuere Entwicklungen im europäischen Beihilfeaufsichtsrecht», *Subventionsrecht und Subventionspolitik*, 1999, pp. 41-69.
- SCHWEDA, Marc, *Administrative Normsetzung und Verwaltungsverfahren in der europäischen Beihilfenaufsicht*, Osnabrück, Rasch, 2000, 419 pp.
- SCOTTI CAMUZZI, Sergio, «Sotto processo gli aiuti di Stato alle aziende municipalizzate trasformate in s.p.a.», *Diritto pubblico comparato ed europeo*, núm. 1, 2000, pp. 265-275.
- SEDEMUND, Jochim, «Neuere Entwicklungen im Beihilfetatbestand», *Rechtsfragen der europäischen Beihilfenaufsicht*, 2000, pp. 31-42.
- SINNAEVE, Adinda, «Die neue Verfahrensordnung der gemeinschaftlichen Beihilfenaufsicht», *Rechtsfragen der europäischen Beihilfenaufsicht*, 2000, pp. 61-72.
- SIRAGUSA, Mario, «Il settore delle telecomunicazioni e il diritto comunitario della concorrenza», *Regole giuridiche ed evoluzione tecnologica*, 1999, pp. 19-50.
- SLOT, Pieter Jan, y SKUDDER, Andrew, «The position of the complainant in EC State aid cases», *Mélanges en hommage à Michel Waelbroeck*, 1999, pp. 1457-1476.
- SOUSSE, Marcel, «La situation du concurrent du bénéficiaire d'une aide d'Etat devant les juridictions nationales», *Les petites affiches*, núm. 152, 2000, pp. 11-19.
- SUERBAUM, Joachim, «Die Europäisierung des nationalen Verwaltungsverfahrensrechts am Beispiel der Rückabwicklung gemeinschaftsrechtswidriger staatlicher Beihilfen», *Verwaltungsarchiv*, núm. 2, 2000, pp. 169-208.
- TOIFL, Gerald, «Abgabenverfahren und Beihilfenrecht», *Das EuGH-Verfahren in Steuersachen*, 2000, pp. 283-300.
- TOLLMANN, Claus, «Das Nichtigkeitsrisiko von Staatsbürgschaften vor dem Hintergrund des EG- Beihilfeverbots», *WM - Wertpapiermitteilungen*, núm. 41, 2000, pp. 2030-2040.

- VAN CALSTER, Geert, «Greening the EC's state aid and tax regimes», *European competition law review*, vol. 21, núm. 6, 2000, pp. 294-314.
- VAN DE WALLE DE GHELCKE, Bernard, «Réflexion sur l'application "horizontale" des règles sur les aides d'Etat», *Mélanges en hommage à Michel Waelbroeck*, 1999, pp. 1589-1627.
- VOGT, Katharina, *Rechtsprobleme der europäischen Beihilfeaufsicht: Anwendbarkeit des Art. 92 Abs. 2 lit. c EGV auf Beihilfen zugunsten von Unternehmen in den neuen Bundesländern und die Entscheidungen der Kommission im Beihilfeaufsichtsverfahren*, Frankfurt am Main, Lang, 2000, 142 pp.
- VUILLERMOZ, Riccardo, «Gli interventi per l'occupazione nella disciplina comunitaria in materia di aiuti di Stato», *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, núm. 2, 2000, pp. 343-365.

G. COMPETENCIA Y REGULACIÓN SECTORIAL

- ABEYRATNE, Ruwantissa I. R., «Emergent trends in aviation competition laws in Europe and North America», *World competition*, vol. 23, núm. 1, 2000, pp. 141-176.
- ADOTTI, Alessandro, «Appunti sul controllo del settore assicurativo e la tutela della libertà 6.950 di concorrenza nell'ordinamento italiano», *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, núm. 1, 2000, pp. 193-204.
- AMORY, Bernard E., y VERHEYDEN, Alexandre, «Article 82[ex 86]: fair and efficient terms of access to «bottleneck» network facilities?», *European competition law annual 1998: regulating telecommunications*, 2000, pp. 67-83.
- ARNBAK, Jens, «The dynamics of access, entry and costs in electronic communications markets», *European competition law annual 1998: regulating telecommunications*, 2000, pp. 85-104.
- BARTOSCH, Andreas, «Dienstleistungsfreiheit versus Monopolrechte: die Fragwürdigkeit des Remailing-Urteils des EuGH vom 10.2.2000», *Neue juristische Wochenschrift*, núm. 31, 2000, pp. 2251-2253.
- «Europäische Regulierung transeuropäischer Kommunikationssysteme: Innovationsansätze und -hindernisse», *Computer und Recht*, núm. 4, 2000, pp. 214-220.
- BATTAGLIA, Alessandra, «Verso la liberalizzazione del trasporto ferroviario?: il commento», *Giornale di diritto amministrativo*, Anno VI, núm. 10, 2000, pp. 961-968.
- BECK, Heiko, «Die Börsen im Lichte des deutschen und europäischen Kartellrechts», *WM - Wertpapiermitteilungen*, núm. 12, 2000, pp. 597-611.
- BERG, Werner, «Neue Entscheidungen des EuGH zur Anwendung des EG-Kartellrechts im Bereich der sozialen Sicherheit», *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, núm. 6, 2000, pp. 170-173.
- BERTOLOTTI, Angelo, «Handling e antitrust», *Giurisprudenza italiana*, núm. 2, 2000, pp. 347-350.
- BOET SERRA, Elena, *La libre competencia en el transporte marítimo*, J. M. Bosch (ed.), 2000, 630 pp.

- BRITZ, Gabriele, «Regulation and application of competition rules in the energy market», *EEA-EU relations*, 1999, pp. 259-274.
- BRODEY, Martin, «Telecommunications: towards a new EU regulatory framework for electronic communications», *Computer and telecommunications law review*, núm. 7, 2000, pp. 180-186.
- BUIGUES, Pierre-André, «Les enjeux pour la concurrence des marchés liés à Internet et au commerce électronique», *Gazette du Palais*, núms. 175-176, 2000, pp. 6-17.
- BUZELAY, Alain, «De la dérégulation des télécommunications dans l'Union: de l'usager contraint par le monopole au service public contraint par la concurrence», *Revue du marché commun et de l'Union européenne*, núm. 434, 2000, pp. 24-34.
- CAMESASCA, P. D., «Mayday or Heyday?: Dynamic Competition Meets Media Ownership Rules after Premiere», *European Competition Law Review*, núm. 2, 2000, pp. 76-93.
- CARBONE, Sergio Maria, «La c.d. privatizzazione dei porti e delle attività portuali in Italia tra disciplina nazionale e diritto comunitario», *Il diritto dell'Unione europea*, núm. 1, 2000, pp. 1-22.
- CASCALES MORENO, Fernando José, «La política común de transportes por carretera: proceso histórico y situación actual», *Noticias de la Unión Europea*, núm. 185, 2000, pp. 103-115.
- CASSINIS, Paolo, y FATTORI, Piero, «Competition law and collective negotiation of the broadcasting rights to sport events: the recent case of the Italian Football League», *Anuario de la competencia 1999*, Madrid, Fundación ICO-Marcial Pons, 2000, pp. 379-393.
- CHARBIT, Nicolas, «Le financement des missions de service public au regard du Traité d'Amsterdam: l'exemple du secteur audiovisuel», *Gazette du Palais*, núms. 159-160, 2000, pp. 18-28.
- COLANGELO, Giuseppe, «La concorrenza difficile: i servizi di "handling" nel settore aeroportuale», *Il foro italiano*, núm. 10, pt. I, 2000, pp. 2803-2808.
- COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, *Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social et au Comité des Régions: cinquième rapport sur la mise en oeuvre de la réglementation en matière de télécommunications* [S.l.: s.n.], 1999, 39 pp.
- *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the Economic and Social Committee and the Committee of the Regions: fifth report on the implementation of the telecommunications regulatory, Package* [S.l.: s.n.], 1999, 39 pp.
- CONTÍN PILART, Ignacio, y HUERTA ARRIBAS, Emilio, «La integración vertical en los sectores energéticos: Eficiencia versus poder de mercado», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 209, 2000, pp. 73-85.
- CREUTZIG, Jürgen, «Rechtsprobleme des Automobil-Vertragshändlervertrages im Lichte der Kfz-GVO Nr. 1475/95», *Wettbewerb in Recht und Praxis*, núm. 11, 2000, pp. 1218-1227.
- CROCIONI, Pietro, «Defining airline markets: a comparison of the US and EU experiences», *The antitrust bulletin*, núm. 1, 2000, pp. 1-54.

- DEL DUCA, Patrick, y MORTILLARO, Duccio, «The maturation of Italy's response to European Community law: electric and telecommunication sector institutional innovations», *Fordham international law journal*, vol. 23, núm. 3, 2000, pp. 536-605.
- DI NELLA, Luca, «Antitrust e diritti tv, ovvero come cambia lo sport», *Rivista di diritto sportivo*, núm. 3-4, 1998, pp. 705-719.
- EHLERMANN, Claus-Dieter, y GOSLING, Louisa, *European competition law annual 1998: regulating telecommunications*, Oxford, Hart, 2000, xlix, 802 pp.
- ESTRYN, Claire, y GUERRIER, Claudine, «La boucle locale de télécommunications: un enjeu pour le droit de la concurrence», *Les petites affiches*, núm. 326, 2000, pp. 4-9.
- FOLLIN, Maryse, «La réponse des marchés à la dérégulation de l'assurance transport en Europe», *L'Europe des transports = European transport*, 1999, pp. 265-284.
- FRIGNANI, Aldo, y ROSSI, Giuseppe, «Regole statiche, regole dinamiche e questioni aperte in tema di applicazione della disciplina antitrust al settore assicurativo», *Anuario de la competencia 1999*, Madrid, Fundación ICO-Marcial Pons, 2000, pp. 237-266.
- GARZANITI, Laurent, *Telecommunications, broadcasting and the internet: EU competition law and regulation*, London, Sweet & Maxwell, 2000, xxxiv, 365pp.
- GASPARINI CASARI, Vittorio, «Il servizio universale», *Il diritto dell'economia*, núm. 2, 2000, pp. 263-289.
- GASSNER, Ulrich M., «Nationaler Gesundheitsmarkt und europäisches Kartellrecht», *Vierteljahresschrift für Sozialrecht*, núm. 2, 2000, pp. 121-148.
- GATTI, Serafinum, «Aspetti giuridici delle privatizzazioni delle società di gestione aeroportuale», *Rivista del diritto commerciale*, Anno XCVIII, núm. 1-2, pt. I, 2000, pp. 1-12.
- GENT, Kai, *Mindestpreise und Abnahmewang als Beitrag zum europäischen Umweltschutz?: deutsches Stromeinspeisungsgesetz und EG-Vertrag*, Frankfurt am Main, Lang, 1999, 232 pp.
- GIBBONS, Thomas, «Concentrations of ownership and control in a converging media industry», *Convergence in European digital tv regulation*, 1999, pp. 155-173.
- GOLDSCHMITT, Regina, *Grenzüberschreitende Buchpreisbindung und internationaler Buchmarkt*; mit einem Geleitwort von D. Wallenfels, Wiesbaden, Harrasowitz, 2000, xii, 153 pp.
- GÓMEZ BARROSO, José Luis, «Quince años de política europea de telecomunicaciones», *Noticias de la Unión Europea*, núm. 183, 2000, pp. 67-74.
- GÓMEZ DÍAZ, Ana Belén, «Las directivas comunitarias sobre "televisión sin fronteras" y su incorporación al ordenamiento jurídico español», *Revista vasca de Administración Pública*, núm. 57, 2000, pp. 231-293.
- GRAMLICH, Ludwig, «Regulation and application of competition rules in the telecommunication market in Germany», *EEA-EU relations*, 1999, pp. 291-324.
- HAMMER, Ulf, «Competition and public service obligations: two regulatory models in the electricity sector», *EEA-EU relations*, 1999, pp. 241-257.

- HÄNLEIN, Andreas, y KRUSE, Jürgen, «Einflüsse des europäischen Wettbewerbsrechts auf die Leistungserbringung in der gesetzlichen Krankenversicherung», *Neue Zeitschrift für Sozialrecht*, núm. 4, 2000, pp. 165-176.
- HAWK, Barry E., «Co-operation in the review of telecommunications mergers and joint ventures», *European competition law annual 1998: regulating telecommunications*, 2000, pp. 363-378.
- HELLENTHAL, Christian, *Zulässigkeit einer supranationalen Fußball-Europaliga nach den Bestimmungen des europäischen Wettbewerbsrechts*, Frankfurt am Main, Lang, 2000, 209 pp.
- HERGUERA, Íñigo, «Regulación comparada de industrias de redes: el caso de las telecomunicaciones», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 205, 2000, pp. 96-108.
- HOFMANN, Thomas, «Buchpreisbindungen auf dem Prüfstand des Europarechts: bleibt in Deutschland alles beim Alten?», *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*, núm. 7, 2000, pp. 555-569.
- HOIDA, Jason A., «Abuse of the dominant position in the telecom sector», *Nätets Juridik*, 2000, pp. 126-137.
- HÖLZER, Frank, *Der Energiesektor zwischen Marktwirtschaft und öffentlicher Aufgabe: Möglichkeiten und Grenzen staatlicher Steuerung unter besonderer Berücksichtigung des Gesetzes zur Neuregelung des Energiewirtschaftsrechts und des Europarechts*, Köln, Heymann, 2000, xv, 382 pp.
- HONKA, Hannu, «EC competition law on multimodal transport: recent development», *Scandinavian studies in law: international aspects*, vol. 39, 2000, pp. 89-109.
- HUBER, Rolf, «Automobilsektor und europäisches Wettbewerbsrecht: die wettbewerbsrechtliche Regelung des Vertriebs von Kraftfahrzeugen in der EU und der Schweiz», *Aktuelle Probleme des europäischen und internationalen Wirtschaftsrechts*, Bd. 2, 1999, pp. 287-332.
- IMMENGA, Frank A., y LANGE, Knut Werner, «Elektronische Marktplätze: wettbewerbsbeschränkende Verhaltensweisen im Internet?», *Recht der internationalen Wirtschaft*, núm. 10, 2000, pp. 733-739.
- «Elektronische Marktplätze: wettbewerbsbeschränkende Verhaltensweisen im Internet?», *Recht der internationalen Wirtschaft*, núm. 10, 2000, pp. 733-739.
- JANN, Peter, «Kreditinstitute im Wettbewerbsrecht der EG», *Österreichische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, núm. 2, 2000, pp. 53-61.
- JANSSEN, J. E.; HANCHER, Leigh, y ROGGENKAMP, M. M., «Community law and competition rules affecting “networks” and its consequences for the Member States: the Netherlands: report for FIDE 2000, XIX Congress, Helsinki 1-3 June 2000», *SEW Sociaal economische wetgeving*, núm. 4, 2000, pp. 154-169.
- JONES, C., «Television Without Frontiers», *Yearbook of European Law*, 1999-2000, pp. 299-346.
- JORDANA, Jacint, «La política de telecomunicaciones, ¿una integración negativa?», *Políticas públicas en la Unión Europea*, 2000, pp. 283-299.
- JUNGERMANN, Sebastian, «Auch reimportierte Bücher sind der Preisbindung zugänglich», *Neue juristische Wochenschrift*, núm. 43, 2000, pp. 3189-3191.

- «Neues zur Buchpreisbindung», *Neue juristische Wochenschrift*, núm. 30, 2000, pp. 2172-2173.
- KARIYAWASAM, Rohan, «The legislative environment for interconnection in Europe: will the Commission's new proposals work?», *Computer and telecommunications law review*, vol. 6, issue 6, 2000, pp. 163-170.
- KLAUE, Siegfried, «Energiefieferverträge und die neue europäische GruppenfreistellungsVO im Vertikalbereich», *Betriebs-Berater*, núm. 20, 2000, Beilage 6, pp. 20-23.
- KOENIG, Christian, y LOETZ, Sascha, «Bedeutung der Essential facilities-Doktrin für den Zugang zu Netzinfrastrukturen im europäischen Telekommunikationsrecht», *Europäisches Wirtschafts- & Steuerrecht*, núm. 9, 2000, pp. 377-384.
- KORAH, C. Valentine, «Compagnie maritime belge: collective dominant position and exclusionary Pricing», *Mélanges en hommage à Michel Waelbroeck*, 1999, pp. 1101-1137.
- KREUTZMANN, Alix, *Lizenzkartellrecht im Multimedia-Bereich: Darstellung nach europäischem und deutschem Recht*, Berlin, Duncker & Humblot, 2000, 234 pp.
- KRUSE, Eberhard, «Kommunale Sparkassen im Blickfeld des europäischen Beihilferechts: Beihilferechtliche Erwägungen im Anschluss an die gegenwärtig geführte Diskussion zu den Landesbanken», *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, núm. 7, 2000, pp. 721-727.
- LAINÉ, Laëtitia, «Aperçu sur la libéralisation du marché des télécommunications», *Codex*, núm. 8, 2000, pp. 136-138.
- LAROUCHE, Pierre, *The bases of EC telecommunications law after liberalization* [S.l.: s.n.], 1999, xi, 457 pp.
- LEGAL, Hubert, «L'Europe des transports: le point sur la libéralisation du transport aérien à la suite du "troisième paquet" et de la jurisprudence du Tribunal de première instance des Communautés européennes», *L'Europe des transports = European transport*, 1999, pp. 199-214.
- LINDEN, Olivier, «The EC competition rules in a liberalized electricity sector», *Konkurrens på reglerade marknader*, 1999, pp. 171-224.
- L'integration des differens secteurs de la communication: demain la convergence? Reflexion a partir du Livre Vert communautaire* (Actes du Juriscope 98), Paris, 2000, 220 pp.
- LONG, Colin D., «Competition policy in communications network markets: bottlenecks, alliances, regulation and convergence», *European competition law annual 1998: regulating telecommunications*, 2000, pp. 379-386.
- LOUPIEN, Jean-Charles, «Le système ferroviaire français face au droit communautaire», *L'Europe des transports = European transport*, 1999, pp. 97-112, y en *Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz*, núm. 565, 2000, pp. 181-190.
- LUKES, Rudolf, «Stromlieferverträge in der Bundesrepublik und EG-Wettbewerbsrecht», *Europäisches Wirtschafts- & Steuerrecht*, núm. 12, 1999, pp. 441-447.
- MARKERT, Kurt E., «Langfristige Bezugsbindungen für Strom und Gas nach deutschem und europäischem Kartellrecht», *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, núm. 14, 2000, pp. 427-435.

- MARTÍN URBANO, Pablo, «Normas de competencia versus concentración de las telecomunicaciones en la Unión Europea», *Noticias de la Unión Europea*, núm. 185, 2000, pp. 41-51.
- MARTÍNEZ LAGE, Santiago, y BROKELMANN, Helmut, «The respective roles of sector-specific regulation and competition law and the institutional implications», *European competition law annual 1998: regulating telecommunications*, 2000, pp. 637-665.
- MARTOR, Boris, «Le nouveau droit français de l'électricité», *Les petites affiches*, núm. 63, 2000, pp. 4-11.
- MAZZA, Rita, *Diffusione televisiva e disciplina comunitaria della concorrenza*, Torino, Giappichelli, 1999, viii, 168 pp.
- MEIER-SCHATZ, Christian J., «Kartellrecht und Bankaufsichtsrecht», *Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht = Revue suisse de droit des affaires = Swiss review of business law*, núm. 6, 1999, pp. 261-274.
- MÖLLER, Johannes, «Sozialversicherung zwischen europäischem Wettbewerbsrecht und Solidarausgleich», *Europa als Union des Rechts*, 1999, pp. 139-146.
- MÖSCHEL, Wernhard, «Systemwechsel im europäischen Wettbewerbsrecht?: zum Weißbuch der EG-Kommission zu den Art. 81 ff. EG-Vertrag», *Juristenzeitung*, núm. 2, 2000, pp. 61-67.
- MÜLLER-GRAFF, Peter-Christian, «Liberalisierung und Wettbewerb in der Telekommunikation in der EG», *Globalisierung und informationelle Rechtskultur in Europa*, 1998, pp. 156-175.
- MURPHY, Frances, «Airport management and EC law», *L'Europe des transports = European transport*, 1999, pp. 215-231.
- NIEBLING, Jürgen, «Der Schutz selektiver Vertriebssysteme gegen Außenseiter am Beispiel des Graumarktes von Automobilen», *Deutsches Autoreacht*, núm. 3, 2000, pp. 97-106.
- NIHOUL, Paul, «L'encryptage au regard du droit de la concurrence», *Telecommunications and broadcasting networks under EC law*, 2000, pp. 39-73.
- «Télécommunications», *La participation de la Belgique à l'élaboration et à la mise en oeuvre du droit européen*, 1999, pp. 763-782.
- NIKOLINAKOS, N., «Strategic alliances in the pay-TV market: The TPS case», *European Competition Law Review*, núm. 7, 2000, pp. 334-339.
- «The new legal framework for digital gateways: the complementary nature of competition law and sector-specific regulation», *European competition law review*, núm. 9, 2000, pp. 408-414.
- NITSCHÉ, I., «Collective Marketing of Broadcasting by Sports Associations in Europe», *European Competition Law Review*, 2000, núm. 4, pp. 208-214.
- ODIER, Françoise, «Une régulation privée en danger», *L'Europe des transports = European transport*, 1999, pp. 189-196.
- PALASTHY, Andras, y SIEBOLD, A., «Fédération internationale du droit européen: topic 2 community law (including competition rules) affecting networks (telecom and information technology) and its consequences for the member states», *FIDE: XIX congress*, vol. II, 2000, pp. 543-564.
- PAULWEBER, Michael, «Europäische Telekommunikationspolitik an der Schwelle zum 21. Jahrhundert: Liberalisierung und Wettbewerb versus Harmonisie-

- «... rung und Reregulierung», *Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht*, núm. 1, 2000, pp. 11-36.
- QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Tomás de la, «Droit communautaire, y compris les règles relatives à la concurrence qui affectent les activités en réseau (télécommunications, énergie et technologie de l'information) et ses conséquences pour les Etats membres», *FIDE: XIX congress*, vol. II, 2000, pp. 351-401.
- RABL, Thomas, «Liberalisierung des Strommarkts: Neues und Altes zum Vertragsrecht», *Ecolex*, núm. 8, 2000, pp. 544-547.
- RADICATI DI BROZOLO, Luca G., *Il diritto comunitario delle telecomunicazioni. Un modello di liberalizzazione di un servizio pubblico*, Giappichelli editore, Turín, 1999.
- RAFFAELLI, Enrico Adriano, «Transport aérien et aides publiques», *L'Europe des transports = European transport*, 1999, pp. 233-260.
- REYNOLDS, Michael J., «Article 81[ex 85] and the merger regulation: breaking the network access bottleneck», *European competition law annual 1998: regulating telecommunications*, 2000, pp. 387-418.
- ROTH, W. H., «European Competition Policy for the Insurance Market», *European Competition Law Review*, núm. 2, 2000, pp. 107-116.
- SCHAUB, Alexander, «Bottleneck access in networked sectors: recent practice under Article 81 [ex 85] and the Merger Regulation», *European competition law annual 1998: regulating telecommunications*, 2000, pp. 419-441.
- «Europäische Wettbewerbsaufsicht über die Telekommunikation», *Multimedia und Recht*, núm. 4, 2000, pp. 211-214.
- SCHERER, Joachim, «Access to bottleneck facilities, local loop and submarine cables: the German experience», *European competition law annual 1998: regulating telecommunications*, 2000, pp. 183-209.
- SCHMELZ, Christian, y TREMMEL, Ernst, «Willkommen im freien Markt?: der neue Ordnungsrahmen für Strom und Gas», *Ecolex*, núm. 8, 2000, pp. 551-556.
- SCHULZ-WEIDNER, Wolfgang, «Sozialversicherungsmonopole: ihre Einordnung und ihre Zulässigkeit nach europäischem Wirtschaftsrecht am Beispiel der gesetzlichen Rentenversicherung», *Europarechtliche Gestaltungsvorgaben für das deutsche Sozialrecht*, 2000, pp. 57-66.
- SCHWINTOWSKI, Hans-Peter, y KLAUE, Siegfried, «Anwendbarkeit des Kartellrechts auf Energielieferverträge: die deutsche und die europäische Sicht», *Betriebs-Berater*, núm. 38, 2000, pp. 1901-1905.
- SPITZER, Jean-Pierre, «Transports et notion de service public en droit communautaire», *L'Europe des transports = European transport*, 1999, pp. 35-48.
- STEFFEK, Alfred, y PHILIPPI, Theresa, «Die Liberalisierung des Energiebinnenmarktes», *FIDE: XIX congress*, vol. II, 2000, pp. 19-58.
- SUNDBERG, Jacob W. F., «Airline deregulation: legal and administrative problems», *Scandinavian studies in law: international aspects*, vol. 39, 2000, pp. 439-479.
- TASSY, Hervé, «La dérégulation dans les transports maritimes de passagers et par transbordeurs», *L'Europe des transports = European transport*, 1999, pp. 179-187.

- UNGERER, Herbert, «The case of telecommunication in the EU», *European competition law annual 1998: regulating telecommunications*, 2000, pp. 211-236.
- VAJDA, C., y GAHNSTRÖM, A., «EC Competition Law and the Internet», *European Competition Law Review*, núm. 2, 2000, pp. 94-106.
- VALASTRO, Alessandra, «Il servizio universale, fra libertà di comunicazione e diritto all'informazione», *Il diritto delle radiodiffusioni e delle telecomunicazioni*, núm. 1, 1999, pp. 56-76.
- VAN DEN BRINK, J., «EC Competition Law and the Regulation of Football: Part I», *European Competition Law Review*, núm. 8, 2000, pp. 359-368.
- VANHAELLEN, Frédérique, y VERBIEST, Thibault, «Internet, concurrence et distribution sélective: une coexistence parfois difficile», *Journal des tribunaux. Droit européen*, núm. 71, 2000, pp. 163-169.
- VASQUES, Luciano, «Autorità garante della concorrenza e del mercato e servizi pubblici locali», *Il foro italiano*, núm. 1, 2000, pt. III, pp. 49-56.
- VELJANOVSKI, Cento, «Banking mergers: transaction costs and market definition», *European competition law review*, vol. 21, núm. 4, 2000, pp. 195-198.
- «Competitive regulation of digital pay TV», *European economics and law*, 1999, pp. 53-85.
- «Market definitions in telecommunications: the confusing proliferation of competitive standards», *Computer and telecommunications law review*, núm. 2, 1999, pp. 25-34.
- VENIT, James S., «The "Essential Facilities" Doctrine: its role in EC competition law», *European competition law annual 1998: regulating telecommunications*, 2000, pp. 237-272.
- VERRUE, Robert, «Challenges facing the European telecommunications regulatory framework», *European competition law annual 1998: regulating telecommunications*, 2000, pp. 703-719.
- VRANES, Erich, *Buchpreisbindung und Rule of Reason: zur Frage der Vereinbarkeit des deutsch-österreichischen Buchpreisbindungssystems mit dem EG-Kartellrecht*, Wien, Manz, 1999, vi, 52 pp.
- WASSENBERGH, Henri A., «Common Market, open skies and politics: a bald eagle's-eye view of today's air transport regulation», *Air and space law*, vol. XXV, núms. 4-5, 2000, pp. 174-183.
- WIEDNER, Klaus, «Die Rolle des EG-Wettbewerbsrechts bei der Liberalisierung von Dienstleistungen», *Ecolex*, núm. 8, 2000, pp. 557-561.
- WINTER, Gerd, «Finanzielle Instrumente zur Herstellung von Wettbewerbsgleichheit auf hohem Umweltschutzniveau im Luftverkehr», *Zeitschrift für Luft und Weltraumrecht*, núm. 3, 2000, pp. 308-330.
- WORMSER, Stéphanie, «Structure du marché gazier et transposition de la directive gaz en France», *La semaine juridique. Entreprise et affaires*, núm. 7, 2000, pp. 258-262.
- WÜNSCHMANN, Christoph, «Clearingstellen für Multimedia-Produkte und europäisches Wettbewerbsrecht», *Zeitschrift für Urheber und Medienrecht*, núm. 7, 2000, pp. 572-580.

ZGAJEWSKI, Tania, «Les incertitudes judiciaires dans les télécommunications: un révélateur du malaise juridictionnel belge face à la libéralisation européenne?», *Journal des tribunaux*, núm. 5974, 2000, pp. 505-516.

H. COMPETENCIA Y SERVICIO PÚBLICO

AMMANNATI, Laura, «Società pubbliche per i servizi e concorrenza», *IUS: rivista di scienze giuridiche*, núm. 3, 1999, pp. 885-904.

ANTONIOLI, Marco, «Appunti per uno studio sul diritto pubblico della concorrenza», *Il diritto dell'economia*, núm. 2, 2000, pp. 321-383.

— «La privatizzazione della s.p.a. Aeroporti di Roma al vaglio del Consiglio di Stato», *Giustizia civile*, vol. 50, núm. 9, pt. I, 2000, pp. 2457-2462.

ARATO, Marco, «La riforma del lavoro portuale tra concorrenza e monopolio», *Diritto del commercio internazionale*, núm. 2, 2000, pp. 423-431.

ARRUÑADA, Benito, «Gestión de la competencia en el sector público», *Anuario de la competencia 1999*, Madrid, Fundación ICO-Marcial Pons, 2000, pp. 267-311.

BOURN, Colin, «Introduction: the scope of the public sector», *The transfer of undertakings in the public sector*, 1999, pp. 1-8.

CABIDDU, Maria Agostina, «Pubblicità come attributo del servizio e non del soggetto gestore: i servizi essenziali ex art. 43 Costituzione e i servizi corrispondenti ai diritti sociali», *IUS: rivista di scienze giuridiche*, núm. 3, 1999, pp. 919-924.

CAPELLI, Fausto, «Servizi postali: le spese terminali violano le norme sulla concorrenza?», *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, núm. 1, 2000, pp. 86-89.

CHARBIT, Nicolas, «Le financement des missions de service public au regard du Traité d'Amsterdam: l'exemple du secteur audiovisuel», *Gazette du Palais*, núms. 159-160, 2000, pp. 18-28.

CHEROT, Jean-Yves, «Financement des obligations de service public et aides d'Etat», *Europe*, núm. 5, 2000, pp. 4-8.

DE PASQUALE, Patrizia, «Non vanno in pensione i fondi pensione olandesi», *Diritto pubblico comparato ed europeo*, núm. 1, 2000, pp. 308-312.

DI PIETRO, Alberto, «La tutela dei consumatori-utenti dei servizi pubblici», *IUS: rivista di scienze giuridiche*, núm. 3, 1999, pp. 929-935.

DONY-BARTHOLMÉ, Marianne, «Aides d'Etat et sauvegarde du service public», *Mélanges en hommage à Michel Waelbroeck*, 1999, pp. 843-880.

DRABBE, Humbert J., «Pension funds and competition», *Pension systems in the European Union*, 1999, pp. 5-14.

FÉDÉRATION INTERNATIONALE POUR LE DROIT EUROPÉEN, Congrès (19e: 2000: Helsinki), FIDE: XIX congress: [Helsinki 1-3 June 2000] [Helsinki]: [Suomen Eurooppa-oikeuden yhdistys], 2000, 3 vol. (445; 586; 363 p.), vol. 1: The duties of co-operation of national authorities and courts and the Community institutions under article 10 EC = Les devoirs de coopération des autorités nationales et des tribunaux et les institutions communautaires en vertu de

- l'article 10 CE = Die Kooperationspflichtender nationalen Behörden und Gerichte der Gemeinschaftsinstitutionen nach Art. 10 EG, vol. 2: Community law (including competition rules) affecting «networks» (telecom...) and its consequences for the Member States = Droit communautaire (y compris les règles de concurrence) concernant les «networks» (télécom...) et ses conséquences pour les États membres = Gemeinschaftsrecht (einschliesslich Wettbewerbsrecht) im Hinblick auf «Networks» (Telekommunikation...) und seine Auswirkung auf die Mitgliedstaaten, vol. 3: Legal consequences of the single currency = Conséquences juridiques de la monnaie unique = Rechtsfolgen der einheitlichen Währung.
- FIENGO, Gaspare, «Riserva di legge per operazioni portuali affidate in regime di esclusiva e diritto comunitario della concorrenza», *Diritto pubblico comparato ed europeo*, núm. 1, 2000, pp. 282-285.
- FLYNN, Leo, «Competition policy and public services in EC law after the Maastricht and Amsterdam Treaties», *Legal issues of the Amsterdam Treaty*, 1999, pp. 185-199.
- FREEDLAND, Mark, y SCIARRA, Silvana, *Public services and citizenship in European law: public and labour law perspectives*, Oxford, Clarendon, 1998, viii, 210 pp.
- FREEDLAND, Mark, «Law, public services, and citizenship: new domains, new regimes?», *Public services and citizenship in European law*, 1998, pp. 1-34.
- FUCHS, Gérard, *La défense et la promotion du service public dans l'Union européenne: une impérieuse nécessité*, Paris, Assemblée nationale, 2000, 25 pp.
- GASPARINI CASARI, Vittorio, «Il servizio universale», *Il diritto dell'economia*, núm. 2, 2000, pp. 263-289.
- GATTI, Serafinum, «Aspetti giuridici delle privatizzazioni delle società di gestione aeroportuale», *Rivista del diritto commerciale*, Anno XCVIII, núm. 1-2, pt. I, 2000, pp. 112.
- GERADIN, Damien, *The liberalization of state monopolies in the European Union and beyond*, The Hague, Kluwer, 2000, xii, 369 pp.
- GIORDANO, Massimo, «Aeroporti e antitrust al vaglio della cassazione: un decollo mancato», *Il foro italiano*, núm. 10, pt. I, 2000, pp. 2809-2818.
- GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago J., «Derecho comunitario y actividad económica de los poderes públicos (en especial los servicios públicos)», *Noticias de la Unión Europea*, núm. 183, 2000, pp. 25-41.
- GRIFFITHS, Mark, «Failing to install effective competition in postal services: the limited impact of EC law», *European competition law review*, núm. 9, 2000, pp. 399-407.
- GYSELEN, Luc, «L'applicabilité des règles de concurrence communautaires à des régimes de protection sociale», *Mélanges en hommage à Michel Waelbroeck*, 1999, pp. 1071-1099.
- HAAS, Joachim, «Essential facilities doctrine» und offene Netze: eine vergleichende institutionenökonomische Analyse von Regulierungsalternativen für den Zugang zu Netzen im Bereich der Telekommunikation, Baden-Baden, Nomos, 2000, 226 pp.
- HAMMER, Ulf, «Competition and public service obligations: two regulatory models in the electricity sector», *EEA-EU relations*, 1999, pp. 241-257.

- HUGHES, Mark, «Article 86 of the EC treaty: state monopolies and competition», *Irish journal of European law*, núm. 1-2, 1999, pp. 18-36.
- KELLER, Jan, *Service public und Art. 86 Abs. 2 EGV*, Frankfurt am Main: Lang, 1999, 235 pp.
- KOENIG, Christian, y LOETZ, Sascha, «Bedeutung der Essential facilities-Doktrin für den Zugang zu Netzinfrastrukturen im europäischen Telekommunikationsrecht», *Europäisches Wirtschafts& Steuerrecht*, núm. 9, 2000, pp. 377-384.
- KRONENBERGER, Vincent, «Service universel postal, contournement des monopoles postaux et droit communautaire de la concurrence: quelques réflexions à la suite de l'arrêt de la CJCE du 10 février 2000, Deutsche Post = Universal postal service, circumvention of postal monopolies and community competition law: some remarks following the case of the ECJ of 10 February 2000, Deutsche Post», *Revue de droit des affaires internationales = International business law Journal*, núm. 7, 2000, pp. 893-913.
- LINDEN, Olivier, «The EC competition rules in a liberalized postal market», *Konkurrens på reglerade marknader*, 1999, pp. 225-243.
- MALARET I GARCÍA, Elisenda, «Public services, public functions, and guarantees of the rights of citizens: unchanging needs in a changed context», *Public services and citizenship in European law*, 1998, pp. 57-82.
- MARCOU, Gérard, «I servizi pubblici tra regolazione e liberalizzazione: l'esperienza francese, inglese e tedesca», *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, núm. 1, 2000, pp. 125-147.
- MARTÍN URBANO, P., «Normas de competencia versus concentración de las telecomunicaciones en la Unión Europea», *Noticias de la Unión Europea*, núm. 185, 2000, pp. 41-52.
- MATTERA, A., «La communication interprétative de la Commission sur les concessions de services d'utilité publique: un instrument de transparence et de libéralisation», *Revue du Droit de l'Union Européenne*, núm. 2, 2000, pp. 253-311.
- MAUGÜÉ, Christine, «La distinction entre marchés publics et délégations de service public en droit français et en droit communautaire», *Les petites affiches*, núm. 23, 2000, pp. 26-30.
- MOAVERO MILANESI, E., «Les "services d'intérêt économique general", les entreprises publiques et les privatisations», *Revue du Droit de l'Union Européenne*, núm. 1, 2000, pp. 117-150.
- MOHAMED, S., «National Interest Limiting EU Cross-Border Bank Mergers», *European Competition Law Review*, núm. 5, 2000, pp. 248-257.
- MOLINA DEL POZO, Carlos Francisco, «Los servicios de interés general en el derecho comunitario: especial referencia a su regulación en el Tratado de Amsterdam», *Cuadernos europeos de Deusto*, núm. 21, 1999, pp. 125-160.
- MONTI, Mario, «Libéralisation des services publics et croissance économique dans l'Union Européenne», *Revue du droit de l'Union européenne*, núm. 2, 2000, pp. 245-252.
- MURPHY, Frances, «Airport management and EC law», *L'Europe des transports = European transport*, 1999, pp. 215-231.
- NIHOUL, Paul, «Les services d'intérêt général dans le traité d'Amsterdam», *Le traité d'Amsterdam*, 1998, pp. 341-355.

- RANGONE, Nicoletta, *I servizi pubblici*, Bologna, Il Mulino, 1999, 324 pp.
- REEVES, T., «Terminal Problems in the Postal Sector?», *European Competition Law Review*, núm. 6, 2000, pp. 283-286.
- ROBBE, François, «L'ouverture du marché de l'électricité et l'adaptation du service public: la transposition par la loi du 10 février 2000 de la directive du 19 décembre 1996», *Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz*, núm. 566, 2000, pp. 211-234.
- ROSS, M., «Article 16 EC and services of general interest: from derogation to obligation?», *European Law Review*, núm. 1, 2000, pp. 22-38.
- SAUTER, Wolf, «Universal service obligations and the emergence of citizens' rights in European telecommunications liberalization», *Public services and citizenship in European law*, 1998, pp. 117-143.
- SCOTT, P., «Opening up the market for postal services», *European economics and law*, 1999, pp. 95-112.
- TELESE, Giuseppe, «Servizio di interesse economico generale e servizio universale nella giurisprudenza e nella normativa comunitaria», *JUS: rivista di scienze giuridiche*, núm. 3, 1999, pp. 947-966.
- VALASTRO, Alessandra, «Il servizio universale, fra libertà di comunicazione e diritto all'informazione», *Il diritto delle radiodiffusioni e delle telecomunicazioni*, núm. 1, 1999, pp. 56-76.

SÉPTIMA PARTE

DIRECCIONES DE INTERNET

El listado, con indicación de la referencia y de la dirección de Internet, se ha estructurado en los siguientes apartados: Unión Europea, Francia, Alemania, América, Asia-Australia, Organizaciones internacionales y otros datos de interés.

En los cuadros presentados a continuación se detallan los sitios web de interés que se encuentran en materia de competencia. En el quinto apartado de referencias, entre otros, las direcciones de la OCE, de la UE y de la Dirección General de Competencia de la Comisión Europea. Finalmente, en el apartado sexto se incluyen diversas direcciones donde puede hacer búsquedas relacionadas de interés.

1. UNIÓN EUROPEA

Alemán: Bundeskartellamt
<http://www.bundeskartellamt.de>

Austria: Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit
<http://www.bmwiw.at/>

Belgium: Minister of Economic Affairs, Organisation of Markets
<http://www.wettbewerksinspectie.be/wettbewerksinspectie.nsf/>

Dinamarca: Konkurrenceautoritet
<http://www.konkurrenceautoritet.dk/>

España: Secretaría General de Política Económica y Defensa de la Competencia
<http://www.sgsi.com/>

Francia: Autorité de la Concurrence
<http://www.audencour.com/>

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

Alemania: Bundeskartellamt
<http://www.bundeskartellamt.de/>

Austria: Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit
<http://www.bmwa.gv.at/>

Bélgica: Ministère des Affaires Economiques: Organisation du Marché
http://www.mineco.fgov.be/organization_market/index_fr.htm

Dinamarca: Konkurrenceraadet
<http://www.ks.dk/konkuromr/index.htm>

España: Secretaría General de Política Económica y Defensa de la Competencia
<http://www.minhac.es/comun/dgpedc.htm>

España: Servicio de Defensa de la Competencia
<http://www.mineco.es/dgpedc/new/new.htm>

España: Tribunal de Defensa de la Competencia
<http://www.mineco.es/tdc/>

Finlandia: Ministry of Trade and Industry, Competition, Consumer and Food Policy Division
http://www.vn.fi/ktm/eng/7ktm_etu.htm

Francia: Ministère de l'Economie, des Finances et de l'Industrie. Conseil de la Concurrence
<http://www.finances.gouv.fr/conseilconcurrence/>

Francia: La Direction Generale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes
<http://www.finances.gouv.fr/DGCCRF/index-d.htm>

Holanda: Nederlandse Mededingings Autoriteit
<http://www.nma-org.nl/>

Irlanda: Competition Authority
<http://www.irlgov.ie/compauth/home.htm>

Italia: Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato
<http://www.agcm.it/>

Portugal: Direcção-Geral do Comércio e da Concorrência
<http://www.dgcc.pt/>

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/>

Israel: Israel Antitrust Authority
<http://www.antitrust.gov.il/>

Lituania: Competition Council
<http://www.konkuren.lt/english/index.htm>

Malta: Ministry for Economic Services
<http://www.magnet.mt/ministries/econs/index.html>

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/1250reader/>

Suiza: Commission de la Concurrence
<http://www.wettbewerbskommission.ch/>

Turquía: Rekabet Kurumu
<http://www.rekabet.gov.tr/indexeng.html>

3. AMÉRICA

Argentina: Secretaría de Defensa de la Competencia y del Consumidor
<http://www.mecon.gov.ar/secdef/>

Brasil: Conselho Administrativo de Defesa Econômica
<http://www.mj.gov.br/cade/inicial.htm>

Canadá: Competition Bureau
<http://competition.ic.gc.ca/>

Canadá: Competition Tribunal
<http://www.ct-tc.gc.ca/>

Colombia: Superintendencia de Industria y Comercio
<http://www.sic.gov.co/>

Costa Rica: Comisión para la Promoción de la Competencia
<http://www.meic.go.cr/coprocom.htm>

Chile: Fiscalía Nacional Económica
<http://200.28.221.159/minecon/fiscalia.html>

Ecuador: Ministerio de Economía y Finanzas
<http://minfinanzas.ec-gov.net/>

Estados Unidos de América: Antitrust Division, us Department of Justice
<http://www.usdoj.gov/atr/>

Estados Unidos de América: Attorney General Of Washington
<http://www.wa.gov/ago/trust/>

Estados Unidos de América: Federal trade Commission
<http://www.ftc.gov/ftc/antitrust.htm>

México: Comisión Federal de Competencia

<http://cfc.gob.mx/>

Nicaragua: Ministerio de Fomento, Industria y Comercio

<http://www.mific.gob.ni>

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://www.ftc.go.kr/ftc000e.htm>

Filipinas: Bureau of Trade Regulation and Consumer Protection

<http://www.dti.gov.ph/btrcp/>

Japón: Fair Trade Commission

http://www.jftc.admix.go.jp/e-page/f_home.htm

Nueva Zelanda: Competition and Enterprise Branch, Ministry of Commerce

http://www.med.govt.nz/about/comp_ent.html

Taiwan: Fair Trade Commission

<http://www.ftc.gov.tw/>

5. ORGANIZACIONES INTERNACIONALES

ALCA (Área de Libre Comercio de las Américas)

<http://www.ftaa-alca.org/>

Comunidad andina: Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú, Venezuela.

<http://www.comunidadandina.org/>

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/>

Unión Europea: Dirección General de Competencia de la Comisión Europea

<http://europa.eu.int/comm/competition/>

Asia Pacific Cooperation: APEC Competition Policy and Law Database

<http://www.apeccp.org.tw/>

Organización Mundial del Comercio. World Trade Organization

<http://www.wto.org/index.htm>

Organización de Estados Americanos: OAS Trade Unit

<http://www.sice.oas.org/>

6. OTRAS DIRECCIONES DE INTERÉS

Antitrust Law and Economic Review (de. by C.E. Mueller)

<http://www.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://lawecon.lp.findlaw.com/>

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)

ANUARIO DE LA COMPETENCIA 1999

Lluís Cases (dirección)

EL DERECHO ADMINISTRATIVO DE DEFENSA
DE LA COMPETENCIA

Lluís Cases

LA SOCIEDAD ANÓNIMA: LAS CUENTAS Y LA
DOCUMENTACIÓN CONTABLE EN LA SOCIEDAD
ANÓNIMA (Tratado de Derecho Mercantil,
T. IX, Vol. 5.º)

José Carlos Vázquez Cueto

LAS AGRUPACIONES DE INTERÉS ECONÓMICO.
LAS UNIONES TEMPORALES DE EMPRESAS
(Tratado de Derecho Mercantil,
T. XVIII)

Juan Gómez Calero

LAS DENOMINACIONES DE ORIGEN
(Tratado de Derecho Mercantil,
T. XX, Vol. 2.º)

Manuel Botana Agra

EL PAGARÉ (Tratado de Derecho Mercantil,
T. XXVI)

Eduardo Gálvez Domínguez

LA CONTRATACIÓN EN EL MERCADO DE VALORES
(Tratado de Derecho Mercantil, T. XXXIV)

Javier W. Ibáñez

TRATADO SOBRE DERECHO DE MARCAS

Carlos Fernández-Nóvoa

TRATADO SOBRE DERECHO DE MARCAS
Legislación. Jurisprudencia comunitaria

Carlos Fernández-Nóvoa

TECNOLOGÍA Y DERECHO

Estudios Jurídicos en homenaje al Prof.
Gómez Segade.

José A. Gómez Segade

LA IMPLANTACIÓN DE GRANDES
ESTABLECIMIENTOS COMERCIALES

Lluís Cases

Ferran Pons Cánovas

DERECHO PÚBLICO DE LA COMPETENCIA

José Eugenio Soriano García

Fundación



9 788472 483934