

ANUARIO
DE LA
COMPETENCIA

2001

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 1



Fundación



Fundación



Marcial
Pons

El Anuario de la Competencia 2001 forma parte de una colección iniciada en el año 1996 y que ya tuvo continuidad en los años 1997, 1998, 1999 y 2000.

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 2001, 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 2001, 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
2001

ANUARIO DE LA COMPETENCIA
2001

ANUARIO
DE LA COMPETENCIA
2001

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

ANUARIO DE LA COMPETENCIA 2001

Dirección

Lluís CASES

*Profesor Titular de Derecho Administrativo
Universidad Autónoma de Barcelona*

Socio Garrigues, Abogados y Asesores Tributarios

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 2001

José María BAÑO LEÓN

*Catedrático de Derecho Administrativo
Facultad de Derecho de Valencia*

Germà BEL

*Profesor de Política Económica
Universidad de Barcelona*

Diego CASTRO-VILLACAÑAS PÉREZ

*Subdirección General Conductas Restrictivas
Servicio de Defensa de la Competencia
Ministerio de Economía*

Carles ESTEVA MOSSO

*Miembro del Gabinete del Comisario Europeo
de la Política de la Competencia, Mario Monti*

Juan Manuel FERNÁNDEZ LÓPEZ

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

Miguel A. FERNÁNDEZ ORDÓÑEZ

*Ex Presidente del Tribunal de Defensa de la Competencia
y de la Comisión Nacional del Sistema Eléctrico*

Cani FERNÁNDEZ VICIÉN

*Abogado
Cuatre Casas*

Pedro FRAILE BALBÍN

*Catedrático de Economía
Universidad Carlos III de Madrid*

Luis DE GUINDOS JURADO

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

Inmaculada GUTIÉRREZ

NERA

Gregorio IZQUIERDO LLANES

*Director de Análisis del Instituto de Estudios Económicos
Profesor de Economía Aplicada de las Universidades
Rey Juan Carlos y UNED
Doctor en Economía*

José LÓPEZ-TAFALL BASCUÑANA

*Director de Relaciones Institucionales y Regulación
RETEVISIÓN*

Jorge MIQUEL RODRÍGUEZ

*Profesor titular de Derecho Mercantil
Universidad Autónoma de Barcelona*

Atilano Jorge PADILLA

NERA

Julio PASCUAL Y VICENTE

*Vocal del Tribunal de Defensa de la Competencia
Doctor en Ciencias Económicas y Empresariales*

Mercedes PEDRAZ CALVO

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

Miguel Ángel PEÑA

Consultor Senior, NERA

Amadeo PETITBÒ JUAN

Catedrático de Economía Aplicada

Carles PRAT

Abogado

Eduardo PRIETO KESSLER

*Subdirector General sobre conductas restrictivas
de la competencia
Servicio de Defensa de la Competencia
Ministerio de Economía*

Ana RAMOS

Consultor, NERA

Jesús RUBÍ NAVARRETE

Agencia de Protección de Datos

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

Joaquín TRIGO PORTELA

Director Ejecutivo de Fomento del Trabajo Nacional

Beatrice VANDEN ABEELE

D&T Estudio Jurídico y Fiscal

SUMARIO

PRESENTACIÓN (PONS) 11

ANUARIO DE LA COMPETENCIA

El control de competencias en el futuro (Lago de Guzmán) 15

Diferencias entre Estados Unidos y la Unión Europea en materia de control de competencias. Aplicación práctica (García Sánchez) 23

Los riesgos de deficiencia de la competencia ante la nueva economía y la descentralización de las competencias (Jordi) 43

DIRECCIÓN

LLUÍS CASES

Profesor Titular de Derecho Administrativo
Universidad Autónoma de Barcelona

Abogado Garrigues, Abogados y Asesores Tributarios

El control de competencias en el futuro (Lago de Guzmán) 15

Diferencias entre Estados Unidos y la Unión Europea en materia de control de competencias. Aplicación práctica (García Sánchez) 23

Los riesgos de deficiencia de la competencia ante la nueva economía y la descentralización de las competencias (Jordi) 43

El control de competencias en el futuro (Lago de Guzmán) 15

Diferencias entre Estados Unidos y la Unión Europea en materia de control de competencias. Aplicación práctica (García Sánchez) 23

Los riesgos de deficiencia de la competencia ante la nueva economía y la descentralización de las competencias (Jordi) 43

El control de competencias en el futuro (Lago de Guzmán) 15

Diferencias entre Estados Unidos y la Unión Europea en materia de control de competencias. Aplicación práctica (García Sánchez) 23

Los riesgos de deficiencia de la competencia ante la nueva economía y la descentralización de las competencias (Jordi) 43

El control de competencias en el futuro (Lago de Guzmán) 15

Fundación ICO

MARCIAL PONS, EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES, S. A.
MADRID 2002 BARCELONA

ANUARIO DE LA COMPETENCIA 2001

2001

2001

2001

2001

2001

2001

2001

2001

ANUARIO

2001

DE LA COMPETENCIA

2001

2001

2001

2001

2001

2001

2001

2001

2001

2001

2001

2001

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.

2001

2001

2001

2001

2001

2001

2001

2001

2001

2001

2001

2001

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

San Sotero, 6 - 28037 MADRID

☎ 91 304 33 03

ISBN: 84-7248-978-7

Depósito legal: 37.438-2002

Diseño de la cubierta: DE GARCÍA DISEÑO

Fotocomposición: INFORTECH, S. L.

Impresión: CLOSAS-ORCOYEN, S. L.

Polígono Igarza. Paracuellos de Jarama (Madrid)

MADRID, 2002

2001

2001

2001

2001

2001

2001

2001

2001

2001

2001

2001

2001

2001

2001

2001

2001

2001

2001

2001

2001

2001

2001

2001

2001

2001

2001

2001

2001

2001

2001

SUMARIO

	<u>Pág.</u>
PRESENTACIÓN (Presidente ICO).....	11
PRIMERA PARTE. ESTUDIOS	
El control de concentraciones en España: evolución reciente y perspectivas de futuro (Luis DE GUINDOS JURADO).....	15
Diferencias entre Estados Unidos y la Unión Europea en materia de control de concentraciones. Aplicación práctica (Gonzalo SOLANA).....	25
Los órganos de defensa de la competencia ante la nueva economía y la descentralización de sus funciones (Amadeo PETITBÒ JUAN).....	45
El Libro Verde sobre la reforma del Reglamento de control de concentraciones (Carles ESTEVA MOSSO).....	77
Consideraciones en torno a la propuesta de modernización del Derecho comunitario de competencia (Eduardo PRIETO KESSLER y Diego CASTRO-VILLACAÑAS PÉREZ).....	97
Delimitación de competencias entre los órganos horizontales de defensa de la competencia y los órganos reguladores sectoriales (Mercedes PEDRAZ CALVO y Jesús RUBÍ NAVARRETE).....	129
El mundo nuevo de la defensa de la competencia (Joaquín TRIGO PORTELA). ..	155
La liberalización en España en perspectiva comparada (Germà BEL).....	169
La judicialización del Derecho comunitario de la competencia (Cani FERNÁNDEZ VICIÉN).....	189
La sustituibilidad de la oferta en el análisis de las concentraciones empresariales (Inmaculada GUTIÉRREZ y Atilano Jorge PADILLA).....	207
Los ficheros comunes de las entidades financieras sobre solvencia patrimonial y crédito desde la perspectiva de la LDC (Juan Manuel FERNÁNDEZ LÓPEZ).....	231
Abuso de posición dominante en mercados conexos: doctrina reciente del Tribunal de Defensa de la Competencia (Julio PASCUAL Y VICENTE).....	259
La experiencia de la regulación de las telecomunicaciones fijas en España. Una reflexión para el futuro (José LÓPEZ-TAFALL BASCUÑANA).....	281

	<u>Pág.</u>
Guía de los problemas de competencia en el sector energético (Miguel A. FERNÁNDEZ ORDÓÑEZ).....	301
La ideología agro-filosófica de la PAC (Pedro FRAILE BALBÍN).....	315
Urbanismo y mercado del suelo: una perspectiva jurídica (José María BAÑO LEÓN).....	343
El urbanismo como principal responsable de la falta de competencia en el mercado del suelo en España (Gregorio IZQUIERDO LLANES).....	363
Marcas y derecho de la competencia: una perspectiva quizás práctica (Carles PRAT).....	387

SEGUNDA PARTE. COMENTARIOS DE RESOLUCIONES Y SENTENCIAS

La doctrina de los recursos esenciales en la Unión Europea y en España: el caso Movilpago (Miguel Ángel PEÑA y Ana RAMOS).....	427
Consideraciones sobre la jurisprudencia reciente del TS y del TJCE en materia de agotamiento internacional del Derecho de Marca (Jorge MIQUEL RODRÍGUEZ).....	445
La distribución de automóviles y la libre competencia en la Unión Europea (Beatrice VANDEN ABEELE).....	457
Inmunidad total para la empresa que dismanteló los cárteles de vitaminas por aplicación del principio de clemencia (<i>leniency</i>) (Inmaculada SANZ SANZ).....	479

TERCERA PARTE. RESOLUCIONES Y SENTENCIAS DICTADAS

Servicio de Defensa de la Competencia, Ministerio de Economía y Consejo de Ministros.....	505
Tribunal de Defensa de la Competencia.....	511
Audiencia Nacional.....	531
Tribunal Supremo.....	539
Comisión Europea.....	543
Tribunal de Primera Instancia.....	545
Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.....	551

CUARTA PARTE. NOVEDADES NORMATIVAS

Legislación española.....	561
Legislación comunitaria.....	567

QUINTA PARTE. DOCUMENTACIÓN

Proyecto de Ley de coordinación de las competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas en materia de defensa de la competencia..	575
Enmiendas al Proyecto de Ley de coordinación de las competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas en materia de defensa de la competencia. Congreso de los Diputados	589
Enmiendas al Proyecto de Ley de coordinación de las competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas en materia de defensa de la competencia. Senado	639
Declaración ministerial de la Organización Mundial de Comercio, adoptada en Doha el 20 de noviembre de 2001	669
Ley tipo: las relaciones entre los organismos de defensa de la competencia y los organismos reguladores incluidos los reguladores sectoriales. Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo	673
Market definition as a cornerstone of EU competition policy (MARIO MONTI)	685
Effective private enforcement of EC Antitrust Law (MARIO MONTI).....	699
Competition policy and the enlargement of the European Union (MARIO MONTI).....	707

SEXTA PARTE. BIBLIOGRAFÍA

España.....	719
Unión Europea.....	722
Derecho Comparado	767

SÉPTIMA PARTE. DIRECCIONES DE INTERNET

Unión Europea.....	777
Europa no comunitaria	778
América.....	779
Asia y Australia.....	780
África.....	780
Organizaciones internacionales.....	781
Otras direcciones de interés	781

PRESENTACIÓN

Un año más la Fundación ICO tiene la grata oportunidad de editar el Anuario de la Competencia, en esta ocasión el correspondiente al año 2001. Una vez más también asistimos a una recopilación de estudios, resoluciones, sentencias, novedades normativas del ejercicio y documentación sobre defensa de la competencia en España y en el entorno internacional de inestimable valor para la comprensión de un valor tan fundamental como éste para el desarrollo y el bienestar económico de las sociedades actuales.

En el entorno económico cada vez más globalizado, en el que la competitividad de los bienes y servicios en los mercados internacionales requiere las ganancias de eficiencia que proporcionan los procesos de liberalización, España no se ha quedado al margen del desarrollo de los mecanismos para asegurar el juego limpio de las reglas de mercado. Los poderes públicos, más que intervenir directamente en la actividad económica, deben garantizar el respeto de transparencia del mercado de libre competencia, y en esta tarea las autoridades competentes españolas han invertido un gran esfuerzo en los últimos años, como ha quedado patente en los Anuarios de 1999 y 2000. Como el lector podrá comprobar en esta ocasión, este impulso se ha consolidado y ha acometido nuevos retos a lo largo del año 2001 en nuestro país.

En concreto, y dentro del debate abierto en el ámbito europeo sobre la necesidad de adaptar la regulación de las concentraciones empresariales a las circunstancias actuales, quizás la principal novedad en nuestro país en 2001 ha sido la aprobación del nuevo Reglamento de Control de Concentraciones (Real Decreto 1443/2001) que aporta transparencia al procedimiento y lo adapta a las reformas de la Ley de Defensa de la Competencia de los últimos años. Con el sistema de notificación obligatoria y previa de fusiones que superan ciertos límites se busca, en última instancia, garantizar la seguridad jurídica de los agentes económicos y, en particular, garantizar los derechos de los consumidores.

En el ámbito europeo, probablemente uno de los principales avances en la política de la competencia también ha sido la presentación por la Comisión Europea del Libro Verde sobre la reforma del Reglamento de Concentraciones (el actual entró en vigor en 1990) del que se espera que culmine con una propuesta formal de reforma. No hay que olvidar, además, la reforma del Reglamento 17/1962, que ha sido la principal norma reguladora de la competencia en Europa en los últimos cuarenta años, propuesta recientemente por la Comisión.

Son, por lo tanto, numerosos y de gran calado los temas acometidos en el ámbito de la defensa de la competencia por las autoridades españolas y europeas a lo largo del año 2001. Todas ellas, y otras a las que no hacemos referencia en esta presentación pero que son fundamentales para la garantía y consolidación de la competencia, son analizadas en esta obra con el rigor y la profundidad a la que ya nos tiene acostumbrados. A los estudios específicos incluidos en la primera parte del Anuario, se suman también este año las secciones dedicadas a jurisprudencia y legislación española y europea, documentación, bibliografía y una relación de direcciones de Internet que, según nos demuestra la experiencia de otras ediciones, está sirviendo de gran ayuda al investigador en la materia.

Desde la Fundación ICO hacemos explícito nuestro agradecimiento a los autores que han colaborado en este Anuario por su contribución y les felicitamos por la alta calidad de los trabajos aportados y, en particular, felicitamos a los profesores Lluís CASES, Joaquim FORNER y Cristina PELLISÉ por la dirección y coordinación del Anuario de la Competencia 2001 que presentamos.

Ramón AGUIRRE

Presidente de la Fundación ICO

EL CONTROL DE CONCENTRACIONES EN ESPAÑA: EVOLUCIÓN RECIENTE Y PERSPECTIVAS DE FUTURO.

PRIMERA PARTE

ESTUDIOS

El control de las concentraciones empresariales es predominantemente el resultado de la política de defensa de la competencia que ha asumido esta última siendo el núcleo básico en los últimos años, tanto en el terreno nacional como en el ámbito internacional. Asimismo, como la legislación por parte de la Comisión Europea de la adquisición de la empresa de mayoría de control por parte de General Electric en el terreno internacional, la adquisición de la Banca de España y Iberbanc por las autoridades con competencias por parte del Consejo de Ministros en el terreno nacional son ejemplos de la relación a todos los niveles sobre el papel del control de concentraciones en relación con otras políticas y las cuestiones que surgen que deben primar en el análisis.

La evolución reciente de la ley de defensa económica por disposiciones que mejoran competitiva que en el caso de competencia, así como en los otros dos niveles y, en el capital, las diferencias que existen en el momento del estudio y de su aplicación por parte de algunas de las autoridades obligatorias y por lo tanto la importancia de aquellos mecanismos que permiten determinar los límites.

En los años 1985 y 1990 han sido los de mayor actividad de este tipo de estudios en España, el control de 2000 puede ser suficiente como el de la legislación con la aplicación del nuevo Reglamento que incluye también la entrada en vigor y que introduce importantes cambios en el procedimiento y se adapta a las normas de la Ley de Defensa de la Competencia de los últimos años.

El sistema de notificación obligatoria en este terreno ha sufrido un cambio en el momento de forma de adaptación de las reglas europeas, así como en el que han derivado importantes consecuencias para las posibilidades de cooperación. Junto al incremento espectacular en el número de operaciones notificadas, se ha ampliado el ámbito de actuación de la Comisión y competido en un mayor número de notificaciones de que

EL CONTROL DE CONCENTRACIONES EN ESPAÑA: EVOLUCIÓN RECIENTE Y PERSPECTIVAS DE FUTURO

LUIS DE GUINDOS JURADO

Secretario General de Política Económica
y Defensa de la Competencia

El control de las concentraciones empresariales es probablemente el aspecto de la política de defensa de la competencia que ha atraído una mayor atención pública en los últimos años, tanto en la escena nacional como en el ámbito internacional. Asuntos como la prohibición por parte de la Comisión Europea de la adquisición de la empresa de aviónica *Honeywell* por parte de *General Electric* en el terreno internacional o el abandono de la fusión de Endesa e Iberdrola tras una autorización con condiciones por parte del Consejo de Ministros en el ámbito nacional han propiciado el debate a todos los niveles sobre el papel del control de concentraciones, su relación con otras políticas y los criterios sustantivos que deben primar en el análisis.

Su evolución reciente ha venido además marcada por importantes proyectos normativos que, en el caso comunitario, aún están en sus estadios iniciales y, en el español, han llevado a una profunda transformación del modelo y de su aplicación práctica al adoptarse el sistema de notificación obligatoria y previa a la ejecución de aquellas operaciones que superen determinados umbrales.

Si los años 1999 y 2000 han sido los de introducción de este nuevo modelo en España, el ejercicio de 2001 puede ser calificado como el de su consolidación con la aprobación del nuevo Reglamento, que recientemente ha entrado en vigor y que introduce importantes mejoras en el procedimiento y lo adapta a las reformas de la Ley de Defensa de la Competencia de los últimos años.

El sistema de notificación obligatoria no sólo ha supuesto un cambio en el contexto de toma de decisiones de los agentes económicos, sino que de él se han derivado importantes consecuencias para las propias autoridades de competencia. Junto al incremento espectacular en el número de operaciones analizadas, se ha ampliado el ámbito de control, la dimensión y complejidad de las concentraciones notificadas, lo que

ha exigido un notable esfuerzo para mejorar las técnicas de análisis y reforzar la transparencia del procedimiento, con el fin de garantizar la seguridad jurídica de los agentes económicos.

Este proceso ha propiciado un proceso de reflexión sobre la instrumentación del control de concentraciones en nuestro país, que se enmarca en un debate de igual o superior calado en el entorno europeo. En el caso español, la revisión del sistema ha llevado al nuevo Reglamento y la elaboración de un proyecto de Comunicación que recoge los elementos principales del análisis de concentraciones económicas por el Servicio de Defensa de la Competencia. En el ámbito comunitario, el debate no ha hecho sino comenzar y probablemente resultará en un cambio importante del sistema normativo que, por otra parte, ya está apuntándose en la práctica de la Comisión Europea.

Por todo ello, resulta especialmente interesante hacer un balance de la evolución reciente del control de concentraciones en nuestro país y poner sobre la mesa las cuestiones que probablemente determinarán su evolución en el futuro inmediato.

1. ACTUACIÓN NORMATIVA EN ESPAÑA EN 2001

Después de las profundas reformas acometidas en 1999 y 2000, la acción normativa en 2001 ha supuesto la consolidación del nuevo modelo, al adaptarse el procedimiento a dichas reformas y desarrollarse algunos aspectos complementarios de las mismas.

Entre las actuaciones normativas, cabe señalar en primer lugar la Ley 9/2001, de 4 de junio, por la que se modifican, entre otras normas, determinados artículos de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia. Dicha Ley ha concretado algunos aspectos relativos al contenido y ejecución de los Acuerdos de Consejo de Ministros, al explicitar que en los mismos se podrá subordinar la aprobación de una operación de concentración a la observancia de condiciones que aporten al progreso económico y social una contribución suficiente para compensar los posibles efectos restrictivos sobre la competencia. En el supuesto de que la legislación sectorial correspondiente establezca algún tipo de limitación, el Acuerdo del Consejo de Ministros podrá autorizar su modificación en tanto se ejecuta y en los términos fijados en el mismo.

Por otra parte, dicha Ley ha establecido la aplicación de multas coercitivas en el caso de incumplimiento de lo previsto en los Acuerdos del Consejo de Ministros relativos al control de concentraciones.

En este mismo terreno, la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, ha modificado la Ley del Impuesto sobre Sociedades en lo relativo a la tributación de las transmisiones de elementos patrimoniales que se efectúen en cumplimiento de obligaciones establecidas por acuerdos de la Comisión Europea o del

Consejo de Ministros adoptados a partir del 1 de enero de 2002 en aplicación de las normas de defensa de la competencia en procesos de concentración empresarial.

Esta misma norma ha reformado la cuantía de la tasa por el estudio de las operaciones de concentración sujetas a control, aumentando su progresividad mediante el establecimiento de nuevos tramos para operaciones cuyo volumen de ventas supere los 3.000 millones de euros. Además, se ha dispuesto la asignación del 50 por ciento de la recaudación obtenida por el pago de dicha tasa a los recursos propios del Tribunal de Defensa de la Competencia, cuya naturaleza jurídica ha sido modificada para configurarlo como Organismo Autónomo y facilitar así un desarrollo óptimo de sus funciones.

Finalmente, el ejercicio 2001 se cerró con la aprobación del nuevo Reglamento de Control de Concentraciones (Real Decreto 1443/2001), principal iniciativa normativa en este terreno, que ha aumentado la claridad y transparencia del procedimiento además de adaptarlo a los cambios legislativos de los últimos años.

Entre las novedades más destacables de este nuevo Reglamento, cabe señalar tres. En primer lugar, se ha reforzado la seguridad jurídica al aclararse conceptos esenciales en el procedimiento como los de concentración y control, y facilitarse el cómputo del volumen de ventas de las partes a estos efectos al seguirse el criterio comunitario, más claro en lo relativo al tratamiento de los grupos empresariales.

En segundo lugar, se ha aclarado el régimen aplicable a las OPAS, modificándose también el Real Decreto sobre Régimen de Ofertas Públicas de Adquisición de Valores para incluir expresamente el procedimiento ante los órganos españoles de defensa de la competencia.

Finalmente, se ha reforzado la transparencia del procedimiento al disponerse la publicación por parte del Servicio de Defensa de la Competencia de sus informes sobre las operaciones notificadas una vez terminada la primera fase de la tramitación y resueltos los posibles aspectos confidenciales. Se trata de un asunto debatido en profundidad con los sectores más relacionados con la práctica del control de concentraciones que sin duda favorecerá el conocimiento de la actividad del Servicio de Defensa de la Competencia e irá consolidando los principios que guían la actuación administrativa en este terreno.

2. EL CONTROL DE CONCENTRACIONES EN ESPAÑA EN 2001

Después del notable incremento del número de operaciones notificadas en los dos ejercicios anteriores, cuya explicación radica en la introducción de la notificación obligatoria ya comentada, éste se redujo en 2001 (cuadro 1).

CUADRO 1

OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN EMPRESARIAL ANALIZADAS

	1990	1991	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001
Notificaciones	8	11	18	15	13	20	23	19	31	51	93	76
Archivo ¹	—	—	—	—	—	—	1	—	—	1	—	2
Remisión TDC	3	0	7	4	1	6	2	7	5	15	12	6
<i>Acuerdos del Consejo de Ministros</i>												
No oposición	2	—	4	3	—	4	—	2	3	6	4	3
Con condiciones	1	—	3	1	1	1	1	4	2	5	4	2
Prohibición	—	—	—	—	—	—	—	—	—	1	2	1

¹ Por desistimiento de las partes, ausencia de operación de concentración a los efectos de la Ley 16/1989 o reenvío a la Comisión Europea.

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

Como recoge el cuadro 1, del total de operaciones analizadas, seis fueron remitidas al Tribunal de Defensa de la Competencia para su estudio en profundidad, de las que sólo una, en el sector eléctrico, fue prohibida por Acuerdo de Consejo de Ministros.

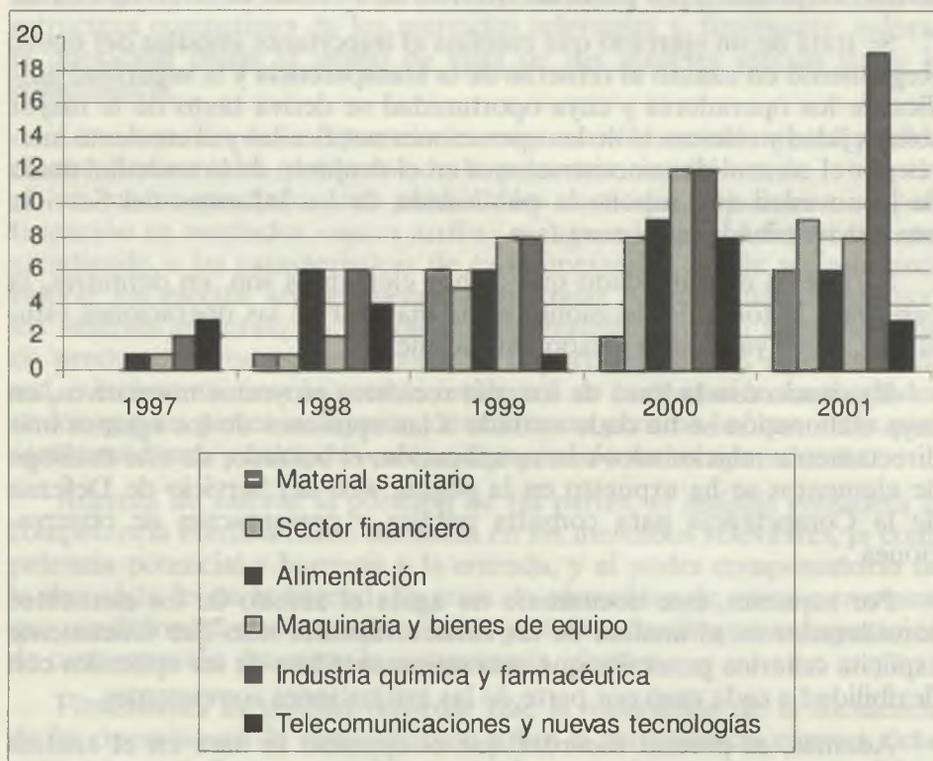
Estas cifras referidas al ejercicio 2001 son coherentes con la actuación de las autoridades españolas desde la puesta en marcha del sistema. Baste señalar que desde 1990, únicamente un 18 por ciento de las 378 operaciones estudiadas han sido remitidas al Tribunal de Defensa de la Competencia para su análisis. De aquellas remitidas al Tribunal, sólo cuatro (un 6 por ciento) han resultado prohibidas por el Consejo de Ministros, mientras que 33 (un 48 por ciento) han sido autorizadas y en 29 casos (43 por ciento) su autorización se ha sujetado a determinadas condiciones.

Así, una rápida revisión de la actividad de las autoridades españolas en cuanto al control de concentraciones permite extraer una clara conclusión: La prohibición es la excepción y la gran mayoría de operaciones son autorizadas en primera fase, tras su análisis por el Servicio de Defensa de la Competencia.

Desde el punto de vista cualitativo, las operaciones analizadas en 2001 han afectado a un amplio abanico de sectores desde las bebidas refrescantes a la maquinaria o a los diamantes para uso industrial, pasando por los seguros o el sector eléctrico. Como se observa en el gráfico 1, resulta destacable la tendencia creciente del número de operaciones notificadas en el sector financiero y sobre todo en la industria química y farmacéutica, que han representado un 25 por ciento del total en 2001 a gran distancia del resto de sectores.

GRÁFICO 1

OPERACIONES NOTIFICADAS POR SECTORES, 1997-2001



Finalmente, en relación con el control de concentraciones en 2001, resulta reseñable la aplicación, por primera vez, del art. 22 del Reglamento 4064/89, relativo al reenvío de casos desde las autoridades nacionales a la Comisión Europea. En particular, el Servicio solicitó, junto con las autoridades de otros Estados miembros, la aplicación de dicho artículo al asunto Promatech-Sulzer.

Dicha solicitud, finalmente aceptada por la Comisión Europea, se basó en que se trataba de una operación notificada en un número elevado de Estados, que podría plantear problemas de competencia en varios de ellos, y en la cual la dimensión geográfica de los mercados relevantes era superior a la nacional. Se trata sin duda de un precedente importante que pone de relieve la creciente coordinación entre las autoridades europeas en materia de control de concentraciones.

3. PROYECTOS EN MARCHA: CATÁLOGO DE ELEMENTOS ESENCIALES DEL ANÁLISIS

En el contexto del citado Real Decreto 1443/2001, que ha entrado en vigor el 8 de febrero pasado, el Ministerio de Economía ha iniciado

la elaboración de un documento de carácter informal que recoja de forma clara los elementos principales del análisis de operaciones de concentración empresarial por parte del Servicio de Defensa de la Competencia.

Se trata de un ejercicio que culmina el importante impulso del nuevo Reglamento en cuanto al refuerzo de la transparencia y la seguridad jurídica de los operadores y cuya oportunidad se deriva tanto de la mayor complejidad y relevancia de las operaciones notificadas y el creciente interés por el control de concentraciones en el conjunto de la sociedad como de la novedad que supone la publicación de los informes del Servicio una vez terminada la primera fase.

Su interés es claro dado que dichos elementos son, en definitiva, la base para la toma de decisiones en la mayoría de las operaciones estudiadas, como ya se ha señalado anteriormente.

Siguiendo con la línea de los más recientes proyectos normativos, en cuya elaboración se ha dado entrada a las opiniones de los agentes más directamente relacionados con su aplicación, el borrador de este catálogo de elementos se ha expuesto en la página web del Servicio de Defensa de la Competencia para consulta pública y presentación de observaciones¹.

Por supuesto, este documento no agota el ámbito de los elementos considerados en el análisis de las concentraciones sino que únicamente explicita criterios generales que necesariamente han de ser aplicados con flexibilidad a cada caso por parte de las instituciones competentes.

Además, es preciso recordar que el ejercicio se basa en el análisis del Servicio de Defensa de la Competencia y, por tanto, no se refiere a los informes del Tribunal de Defensa de la Competencia ni tampoco a los criterios que inspiran en última instancia los Acuerdos adoptados por el Consejo de Ministros en este terreno.

En cuanto al contenido, estas «directrices» giran en torno al criterio sustantivo del análisis de las operaciones de concentración: la posible obstaculización de la competencia efectiva. En definitiva, la valoración de cada operación de concentración por parte del Servicio de Defensa de la Competencia no se deriva directamente de un determinado grado de concentración o una cuota concreta de los operadores en un mercado relevante, sino que exige el análisis detallado de un conjunto de aspectos para valorar si una operación puede obstaculizar el mantenimiento de la competencia efectiva y debe, por tanto, ser remitida para un análisis más detallado al Tribunal de Defensa de la Competencia.

Sobre esta base, las «directrices» exponen someramente el conjunto de elementos generalmente considerados por el Servicio de Defensa de la Competencia para determinar si la operación notificada es una concentración a los efectos de la Ley 16/1989 y cuál debe ser el tratamiento

¹ <http://www.mineco.es/dgpedc/new/new.htm>.

de sus posibles elementos cooperativos o restricciones accesorias, identificar cuáles serán los mercados potencialmente afectados por la operación, o «mercados relevantes» de producto y geográfico, analizar la estructura competitiva de los mercados relevantes y, finalmente, valorar la operación desde el punto de vista de sus posibles efectos sobre la competencia.

La valoración de las operaciones exige no sólo considerar sus posibles efectos horizontales, derivados de la presencia simultánea de las partes en un mismo mercado, sino también los verticales, relativos a su participación en mercados «aguas arriba» o «aguas abajo». Adicionalmente, atendiendo a las características de cada operación, puede ser relevante valorar los efectos «conglomerado», sinergias o economías de alcance, los «efectos cartera», en mercados caracterizados por la diferenciación de producto, otros aspectos como la importancia de las economías de red, e incluso analizar la posible incidencia de la operación en mercados en los que las partes no operan directamente pero en los que están presentes mediante participaciones en el capital de varios operadores.

Además de valorar la posición de las partes, el análisis considera la competencia efectivamente instalada en los mercados relevantes, la competencia potencial y barreras a la entrada, y el poder compensatorio de la demanda (o de la oferta). Se trata de elementos de corte estructural que condicionarán sustancialmente las posibilidades de que una operación de concentración deteriore la competencia efectiva.

Finalmente, es preciso recordar que la valoración de la incidencia de las operaciones de concentración sobre la competencia efectiva debe necesariamente hacerse en el contexto de mercados concretos, que deben ser analizados desde una perspectiva dinámica, atendiendo tanto a su situación cíclica como a sus perspectivas de medio y largo plazo. En este sentido, puede ser relevante considerar la madurez del mercado o la importancia de la innovación en su evolución, e incluso el carácter de las operaciones en función de la fase del ciclo económico en que se produzcan.

4. PERSPECTIVAS DE FUTURO

El control de las concentraciones empresariales es un elemento fundamental de los sistemas de defensa de la competencia que, como el español, combinan la prohibición y persecución de prácticas anticompetitivas con una actuación preventiva ante cambios en la estructura del mercado que puedan favorecer la aparición de dichas prácticas.

El objetivo último del control de concentraciones no consiste en impedir las decisiones empresariales que llevan al aumento del tamaño de los operadores o a la modificación de su estructura de control en respuesta a los cambios en los mercados, sino adoptar las medidas oportunas para que de ellas no se deriven efectos negativos para la competencia efectiva,

para la competitividad empresarial y, en definitiva, para el bienestar de los consumidores.

Este objetivo está claro en la práctica de las autoridades nacionales: la prohibición es la excepción en el sistema español de control de concentraciones y la gran mayoría de asuntos no pasan a la segunda fase y son autorizados en el plazo de un mes, tras su análisis por el Servicio de Defensa de la Competencia.

En el mundo real, la estrategia de los operadores económicos se orienta principalmente al aumento de su peso relativo y, en definitiva, de su poder de mercado. Esta estrategia está en la base de la innovación empresarial y el aumento de la eficiencia.

En este contexto, la política económica ha de garantizar que dichos comportamientos se produzcan en un entorno que no dificulte o impida la entrada de competidores. Con ello, el control de concentraciones no debe tener como fin la eliminación del poder de mercado sino prevenir el surgimiento o refuerzo de barreras a la entrada que, por limitar la competencia potencial, eliminen sus efectos disciplinantes sobre los operadores ya instalados.

Así, el principal reto de las autoridades de competencia debe ser disponer de normas que no resulten en límites a la evolución de los mercados sino que puedan adaptarse a sus cambios al basarse en principios claros, transparentes y coherentes con las propias reformas regulatorias.

Por ello, las autoridades españolas han dado pasos importantes en los últimos años en el marco de una constante reflexión sobre el objeto y la instrumentación ideal del control de concentraciones. Así, al mismo tiempo en que se ha consolidado un modelo que aumenta el ámbito de control, al basarse en la notificación obligatoria y previa de las concentraciones, se ha realizado un notable esfuerzo en cuanto a transparencia, flexibilidad y seguridad jurídica. Todo ello sin perder de vista que la valoración debe centrarse en evitar el deterioro de la competencia efectiva y enmarcarse en un análisis dinámico de los mercados, tanto en corto como en medio y largo plazo.

Este proceso no es ajeno a los debates que se desarrollan en el contexto internacional, y más particularmente en el europeo, y que se han plasmado en el Libro Verde sobre la reforma del Reglamento de Concentraciones recientemente presentado por la Comisión Europea.

Dicha iniciativa pone de relieve la necesidad de adaptar los mecanismos para el control de concentraciones a los retos derivados de las estrategias empresariales en el contexto de la globalización. Asuntos tan importantes como cuál debe ser el criterio sustantivo para el análisis de las operaciones, cuál debe ser el tratamiento de operaciones que afectan a varios Estados miembros, o el encaje de la presentación de compromisos por las partes han sido puestos sobre la mesa y centrarán el debate en los próximos meses.

Dada la importancia del control de concentraciones para los operadores económicos, se trata de un debate necesario que debe resultar en procedimientos adecuados a la evolución de los mercados, que no resulten en una limitación de las legítimas estrategias empresariales en una economía de mercado sino en la prevención de aquellos cambios estructurales que puedan limitar la competencia efectiva en los mercados y, en última instancia, resultar en un deterioro del bienestar general.

Y LA UNIÓN EUROPEA EN MATERIA DE CONTROL DE CONCENTRACIONES, APLICACIÓN PRACTICA

GIORGIO SOLARI

Profesor de Derecho de Empresa
de la Universidad

— La decisión de la Comisión Europea de declarar incompatible con el mercado común la operación de concentración mediante la cual General Electric adquiere el control de Honeywell genera una importante polémica internacional. Incluso, las más altas esferas políticas de varios países del Atlántico...

La polémica no surgió por el hecho de declarar incompatible con el mercado común una operación de concentración, puesto que ya era la primera vez que la Comisión Europea declara una operación de este tipo incompatible. Pero, siempre en este caso se trata de un doble aspecto de los procedimientos: los dos empresas eran estadounidenses y, por consiguiente a la decisión de la Comisión Europea, la operación había recibido el consentimiento del Departamento de Justicia de Estados Unidos.

Esta cuestión ha originado un gran número de discusiones y la aparición de numerosas críticas al artículo 1º, párrafo 1º de la Decisión de la Comisión Europea, que derivaron y simplificaron un debate de gran trascendencia doctrinal y jurídica concerniente a la seguridad jurídica de la actividad empresarial transnacional.

La polémica se pone entonces, obviamente, de un punto de vista sobre los aspectos doctrinales de la aplicación práctica del control de...

— De la Comisión Europea, 1974, párrafo 1º.

— La Comisión Europea declaró incompatible con el mercado común una operación de concentración mediante la cual General Electric adquiere el control de Honeywell. En el artículo 1º de la Decisión de la Comisión Europea se declara incompatible con el mercado común la operación de concentración...

— La Comisión Europea declaró incompatible con el mercado común una operación de concentración mediante la cual General Electric adquiere el control de Honeywell. En el artículo 1º de la Decisión de la Comisión Europea se declara incompatible con el mercado común la operación de concentración...

DIFERENCIAS ENTRE ESTADOS UNIDOS Y LA UNIÓN EUROPEA EN MATERIA DE CONTROL DE CONCENTRACIONES. APLICACIÓN PRÁCTICA

Gonzalo SOLANA

Presidente del Tribunal de Defensa
de la Competencia

La decisión de la Comisión Europea de declarar incompatible con el mercado común la operación de concentración mediante la cual *General Electric* adquiriría el control de *Honeywell*¹ generó una importante polémica que alcanzó, incluso, las más altas esferas políticas de ambos lados del Atlántico.

La polémica no surgió por el hecho de declarar incompatible con el mercado común una operación de concentración, puesto que no era la primera vez que la Comisión Europea tomaba una decisión de este tipo, sino, más bien, porque en este caso se daba una doble circunstancia sin precedentes: las dos empresas eran estadounidenses y, previamente a la decisión de la Comisión Europea, la operación había recibido el beneplácito del Departamento de Justicia de Estados Unidos².

Esta circunstancia originó un cruce de declaraciones y la aparición de numerosos artículos de opinión³, antes y después de la decisión de la Comisión Europea, que desvirtuaron y simplificaron un debate de gran trascendencia doctrinal y enorme relevancia para la seguridad jurídica de la actividad empresarial transatlántica.

La pretensión de este artículo, obviamente, no es poner fin al debate sobre los supuestas diferencias en la aplicación práctica del control de

¹ Case No. COMP/M.2220, *General Electric/Honeywell*.

² La Comisión Europea sólo había declarado incompatible con el mercado común otra operación en la que estaban implicadas dos empresas estadounidenses: *WorldCommc/Sprint*. Sin embargo, en esta ocasión, la operación tampoco había sido aprobada por el Departamento de Justicia de Estados Unidos.

³ Las acusaciones se hicieron desde perspectivas muy diversas, pero una de las más habituales fue la de denunciar la discriminación que la Comisión Europea llevaba a cabo cuando analizaba operaciones en las que estuvieran presentes compañías estadounidenses. Esta denuncia carece de fundamento si tenemos en cuenta que la Comisión Europea ha analizado alrededor de 400 operaciones en las que, al menos, una de las empresas era de nacionalidad estadounidense, habiendo prohibido sólo dos de ellas (las ya comentadas de *General Electric/Honeywell* y *WorldCommc/Sprint*).

concentraciones por parte de las autoridades de defensa de la competencia de la Unión Europea y Estados Unidos sino, simplemente, realizar un análisis objetivo de algunos casos en los que las decisiones de la Comisión Europea y el Departamento de Justicia de Estados Unidos o la *Federal Trade Commission* han diferido, y comprobar si, de este análisis, se pueden extraer conclusiones útiles respecto a cuáles han sido los elementos determinantes de esta disparidad.

Para ello, he seleccionado tres expedientes de gran eco mediático y, al mismo tiempo, gran interés doctrinal como son los relativos a las operaciones de concentración entre *Boeing* y *McDonnell Douglas*⁴, *America Online (AOL)* y *Time Warner*⁵ y la ya mencionada *General Electric* y *Honeywell*. Todas ellas tienen en común las dos circunstancias que comentaba anteriormente: ambas empresas eran estadounidenses y la posición de la Comisión Europea fue más estricta⁶ que la de las autoridades de Estados Unidos.

1. PRINCIPIOS GENERALES

Antes de entrar a analizar su aplicación práctica, considero necesario detenerme en los principios generales que rigen la normativa de control de concentraciones a ambos lados del Atlántico.

A. UNIÓN EUROPEA

El Reglamento (CEE) núm. 4064/89 del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas, señala en su art. 2.3 que: «*Se declararán incompatibles con el mercado común las operaciones de concentración que supongan un obstáculo significativo para una competencia efectiva, al crear o reforzar una posición dominante en el mercado común o en una parte sustancial del mismo*».

De esta forma, la creación o reforzamiento de una posición de dominio se establece como el criterio clave de prohibición a nivel europeo. Para encontrar una definición legal del concepto de posición de dominio debemos acudir a otras fuentes, mayoritariamente jurisprudenciales.

La Comisión Europea y el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas han ido dotando de contenido concreto a este concepto a través de sus decisiones y sentencias, en aplicación del art. 82 del Tratado, entre las que destacan las correspondientes a los asuntos *Continental Can*, *United Brands*, *Hoffman-La Roche* o *Michelin*, entre otras.

⁴ Case No. IV/M.877, *Boeing/McDonnell Douglas*.

⁵ Case No. COMP/M.1845, *AOL/Time Warner*.

⁶ Llegando en el caso *General Electric/Honeywell* a la declaración de incompatibilidad con el mercado común.

En todas ellas se detalla la *independencia de comportamiento* como la característica determinante para considerar que una empresa ostenta una posición de dominio.

Así, la Comisión Europea, haciéndose eco de la definición del Tribunal de Justicia en la Sentencia de 13 de febrero de 1979 en el asunto 85/76, Hoffmann-La Roche, señala en el punto 10 de su Comunicación de 9 de diciembre de 1997 que: «*En el marco de la política de competencia comunitaria, posición dominante es la que permite a una empresa o grupo de empresas comportarse con relativa independencia respecto de sus competidores, clientes y, en último término, de sus consumidores*».

Llegados a este punto es necesario determinar los elementos claves para la consideración de que una empresa disfruta de independencia de comportamiento respecto de sus competidores, proveedores o clientes y, por lo tanto, ostenta una posición de dominio.

La Comisión señala brevemente en el mismo punto 10 de la Comunicación citada de 9 de diciembre de 1997 que: «*Tal situación ⁷ se produce, por lo general, cuando una empresa o grupos de empresas controlan una parte importante de la oferta en un mercado determinado, siempre que los demás factores analizados en la valoración (barreras de entrada, capacidad de reacción de los clientes, etc.) apunten en la misma dirección*».

La única referencia al respecto, si bien indirecta, que encontramos en el Reglamento (CEE) núm. 4064/89 es el párrafo 15 de la Exposición de Motivos que señala que «*las operaciones de concentración entre empresas con cuotas de mercado limitadas no suponen un obstáculo para una competencia efectiva y pueden, por tanto, considerarse compatibles con el mercado común; que ello puede presumirse sin perjuicio de los arts. 81 y 82 del Tratado, en particular cuando la cuota de mercado de las empresas afectadas no supere el 25 por ciento ni en el mercado común ni en una parte sustancial del mismo*».

Esta cita hace suponer que la Comisión considera que una empresa o grupo de empresas con una cuota de mercado inferior al 25 por ciento, en principio, no pueden disfrutar de independencia de comportamiento ni, por lo tanto, ostentar una posición de dominio.

En todo caso ha sido la jurisprudencia la encargada de detallar esta cuestión. Entre todos los factores que, tradicionalmente, se han tomado en consideración, destacan los de carácter estructural tales como el número y poder económico de los competidores, proveedores y consumidores, las cuotas de mercado, el grado de integración vertical, el grado de dependencia, la elasticidad de la demanda o las barreras de entrada a nuevos competidores.

De esta forma, queda definido como criterio de prohibición a nivel europeo el de creación o reforzamiento de una posición de dominio,

⁷ Se refiere a la situación de independencia de comportamiento.

entendida ésta como la independencia con la que una empresa o grupo de empresas se comportan respecto de sus competidores, proveedores o usuarios para cuya determinación resulta necesario el análisis de las características estructurales del mercado correspondiente.

B. ESTADOS UNIDOS

Por su parte, la normativa de control de concentraciones en Estados Unidos tiene su origen en la Sección 7.^a de la *Clayton Act* de 1914 que consagra el principio de reducción sustancial de la competencia⁸ como el criterio de prohibición determinante.

En una primera etapa la aplicación práctica de la *Clayton Act* fue muy reducida dadas sus deficiencias tanto en lo referido a la definición del concepto de concentración empresarial⁹ como a las lagunas relacionadas con las operaciones de carácter vertical. Esta situación se corregía en la práctica con la aplicación de la Sección 1.^a de la *Sherman Act* de 1890 que prohibía todos aquellos contratos o actos de conspiración que restringieran el comercio¹⁰.

No obstante, no será hasta la promulgación de la *Celler Kefauver Act* en 1950, que dota de su redacción actual a la *Clayton Act*, cuando podamos hablar de una normativa estadounidense de control de concentraciones en un sentido moderno. Esta nueva redacción¹¹ en nada varía el criterio de prohibición que se mantiene en el de reducción sustancial de la competencia.

La jurisprudencia ha ido dotando de contenido concreto a este concepto; si bien, con escasa claridad, hasta la publicación por parte del Departamento de Justicia de las primeras *Merger Guidelines* en 1968 destinadas a precisar los criterios de evaluación de las operaciones de concentración de carácter vertical. En este tipo de operaciones el criterio marcado por estas primeras *Guidelines* era muy estricto; como, por otra parte, venía siendo habitual en la aplicación práctica llevada a cabo en esos años, reconociendo objeciones a operaciones verticales en las que la suma de cuotas de mercado de las empresas no superaba el 10 por ciento.

No será hasta 1982 cuando se publiquen unas nuevas *Merger Guidelines* destinadas, en esta ocasión, a precisar los criterios de evaluación en el

⁸ «Substantial lessening of competition».

⁹ A modo de ejemplo, la redacción original de la *Clayton Act* sólo contemplaba las operaciones en las que se adquirían participaciones accionariales y no otro tipo de activos como bienes inmuebles.

¹⁰ «Every contract, combination or conspiracy in restraint of trade».

¹¹ «No corporation engaged in commerce shall acquire, directly or indirectly, the whole or any part of the stock or other share capital and no corporation subject to the jurisdiction of the Federal Trade Commission shall acquire the whole or any part of the assets of another corporation engaged also in commerce, where in any line of commerce in any section of the country, the effect of such acquisition may be substantially to lessen competition, or to tend to create a monopoly».

caso de las operaciones de carácter horizontal. En estas *Guidelines* no se determinaban cuotas de mercado específicas, pero sí se hacía especial referencia a los aspectos estructurales del mercado correspondiente a la hora de analizar si de la operación notificada se derivaba un daño sustancial a la competencia. En este sentido, las *Guidelines* reconocían el gran valor de un instrumento como el *Indice Hirschmann-Herfindahl (IHH)* para la realización de análisis de carácter estructural basados en niveles de concentración de mercado ¹².

Ambas *Guidelines* fueron revisadas en diversas ocasiones buscando una mejor adaptación a la realidad económica y empresarial de cada momento, quedando fijada su versión actual en 1984 para el caso de las operaciones de carácter vertical y en 1997 para las de carácter horizontal.

En ambas se define como criterio determinante para considerar que una operación puede producir un daño sustancial a la competencia, *la creación o fortalecimiento de una situación de poder de mercado* por parte de la empresa resultante o *la mayor facilidad para usar dicho poder*.

Las propias *Guidelines* se encargan de definir el concepto de poder de mercado. Así, desde el punto de vista de la demanda, se considera que una empresa que adquiere un determinado producto o servicio tiene poder de mercado si es capaz de situar el precio de dicho producto o servicio en niveles inferiores a lo considerado como precio competitivo. De la misma forma, desde el punto de vista de la oferta, se considera que una empresa suministradora de determinado producto o servicio ostenta poder de mercado si es capaz de ofrecer dicho producto o servicio por encima del precio competitivo durante un período considerable de tiempo.

Si bien con una redacción distinta, parece claro que el criterio utilizado por las autoridades estadounidenses es el mismo que el de la Comisión Europea ¹³: la independencia de comportamiento respecto de competidores, proveedores y consumidores. El concepto de capacidad de mantener el precio de un producto o servicio por encima o debajo, bien se trate de una empresa oferente o demandante, del que se considere competitivo durante un período de tiempo considerable es equivalente al de independencia de comportamiento.

¹² Las *Guidelines* establecían una división de los mercados en tres tipos: aquellos con un IHH inferior a 1.000 eran considerados no concentrados; los que tenían un IHH entre 1.000 y 1.800, moderadamente concentrados, y, por último, aquellos con un IHH superior a 1.800, altamente concentrados. Estas cifras se han mantenido inalteradas en las sucesivas revisiones de las *Merger Guidelines* (1984, 1992 y 1997); si bien es cierto que, en cada una de ellas, se ha buscado matizar la trascendencia de estos índices.

¹³ De hecho, así lo reconoce D. PLATT MAJORAS, *Deputy Assistant Attorney General* de la *Antitrust Division* del Departamento de Justicia de Estados Unidos: «We understand the EU's concept of dominance to be more or less synonymous with our concept of market power», en *GE-Honeywell: The us Decision*, Conferencia ante la *Antitrust Law Section* de la *State Bar of Georgia*, 29 de noviembre de 2001.

Esto significa que, en lo referido a los principios generales que inspiran la normativa de control de concentraciones e, incluso, a los criterios de prohibición derivados de la aplicación de dichos principios generales, no podemos considerar que existan diferencias notables entre ambas jurisdicciones.

2. APLICACIÓN PRÁCTICA

Reconocido que las diferencias no se producen en el nivel de los principios generales o los criterios de prohibición, es necesario acudir a la aplicación práctica de los mismos.

En este sentido, observamos ligeras distinciones en cuanto al valor otorgado a determinados instrumentos de análisis pero, sobre todo, mayores divergencias en lo relativo a la manera de entender y ponderar los efectos derivados de la aplicación práctica de conceptos teóricos de reciente aparición en materia de control de concentraciones.

Respecto de los instrumentos de análisis, a modo de ejemplo, cabe citar que las autoridades estadounidenses, como señalaba anteriormente, han incluido en sus *Guidelines* referencias explícitas a variaciones del IHH que determinan cambios en el grado de concentración de un mercado que generarían una situación de poder. Por su parte, la Comisión no ha recogido baremos expresos en términos de cuotas de mercado o cualesquiera otros índices respecto de los cuales se considera que una empresa ostenta una posición de dominio. En este sentido, podríamos entender que la actuación de la Comisión Europea está sometida a menos rigideces en esta materia.

Por otro lado, las *Guidelines* reconocen expresamente que las autoridades habrán de tener en cuenta los beneficios derivados de la mayor eficiencia de la empresa resultante de la operación, y la posibilidad de trasladar los mismos a los consumidores, a la hora de tomar sus decisiones.

En el caso europeo, es cierto que el Reglamento (CEE) núm. 4064/89 también recoge un supuesto similar en su art. 2.1.b) al señalar que la Comisión habrá de tener también en cuenta «*la evolución del progreso técnico o económico, siempre que ésta sea en beneficio de los consumidores y no constituya un obstáculo para la competencia*».

No obstante, la relevancia de este precepto es muy reducida dada su escasa aplicación práctica; mientras que, en el caso de Estados Unidos, sus autoridades sí vienen valorando de forma expresa y detallada en cada una de sus decisiones los posibles beneficios derivados de la mayor eficiencia de la empresa resultante.

Esta circunstancia se relaciona con algunos conceptos teóricos de reciente aparición, al menos, en cuanto a la trascendencia que están adquiriendo en su aplicación en el control de operaciones de concentración, especialmente, en aquellas de carácter no horizontal. Me refiero

a términos tales como *conglomerate effects*, *range effects* o *portfolio power*. La doctrina señala que las diferencias de acercamiento a estas teorías y en la manera de entender y ponderar sus efectos resultan claves para explicar las divergencias que se han producido recientemente.

En síntesis, mientras las autoridades estadounidenses destacan que la eficiencia derivada de ofrecer un paquete integrado y más amplio de productos o servicios puede traducirse en beneficios para los consumidores (fundamentalmente, en forma de precios más bajos), la Comisión Europea advierte de los riesgos de exclusión de competidores que se podrían producir debido, precisamente, a la mayor eficiencia de la empresa resultante de la operación y, por lo tanto, sobre los efectos que pudiera tener en la estructura competitiva del mercado correspondiente en medio y largo plazo.

Estas teorías¹⁴ también hacen hincapié en la posibilidad de que la empresa resultante de la operación pueda utilizar su posición de dominio o de poder en un determinado mercado para fortalecer su presencia o excluir competidores de otros mercados conexos o relacionados con el primero.

No pretendo hacer un desarrollo teórico de estos conceptos sino, más bien, analizar en qué medida han estado presentes en los casos analizados y si, efectivamente, han dado pie a diferencias de planteamiento entre ambas jurisdicciones.

3. CASO BOEING/MCDONNELL DOUGLAS

En 1997, *The Boeing Company*, fabricante estadounidense de aviones comerciales y militares de gran capacidad con presencia en otras industrias como la aeroespacial, notificó a las autoridades de defensa de la competencia de Estados Unidos y la Unión Europea su intención de adquirir su competidora¹⁵, también estadounidense, *McDonnell Douglas Corporation*.

La respuesta de ambas autoridades fue distinta. Mientras la *Federal Trade Commission* aprobó la operación sin grandes objeciones, la Comisión Europea sólo la declaró compatible con el mercado común cuando,

¹⁴ Los principios que inspiran estas teorías fueron originalmente acogidos por las autoridades norteamericanas en casos tan relevantes como *FTC v. Procter & Gamble Co.*, 386 us 586 (1967); *United States v. Von's Grocery Co.*, 384 us 270 (1966); *United States v. Arnold Schwinn & Co.*, 388 us 365 (1967); *Albrecht v. Herald Co.*, 390 us 145 (1968), o *United States v. Topco Assocs.*, 405 us 596 (1972), para ser, posteriormente, abandonados coincidiendo con la revisión de las *Merger Guidelines* en 1982 y, en particular, por la Sentencia del Tribunal Supremo en el caso *Continental tv Inc. V. GTE Silvana, Inc.*, 433 us 36 (1977), en el que se reconocía expresamente que el principal objetivo de la política *antitrust* debía ser, por encima de cualquier otra preocupación, el bienestar económico de los consumidores. En ambos casos la influencia del pensamiento de la Escuela de Chicago fue notable, en particular, a través del movimiento conocido como *Law and Economics*.

¹⁵ Mediante acuerdo de ambas empresas de 14 de diciembre de 1996.

en el último momento¹⁶, las empresas presentaron un plan de compromisos que ofrecía soluciones a las cuestiones problemáticas planteadas durante el procedimiento.

Estas diferencias suscitaron una agria polémica en la que se llegó a poner en duda que ambas autoridades hubieran basado sus decisiones en criterios objetivos; considerando, más bien, que respondían a motivaciones de defensa de una determinada política industrial¹⁷. No es mi intención entrar a valorar en detalle estas polémicas puesto que, de esa forma, me desviaría del objetivo principal de estas líneas que no es otro que el de realizar un análisis neutral de las circunstancias técnicas que llevaron a ambas autoridades a tomar decisiones distintas.

La estructura de mercado era sencilla de definir. El mercado relevante era el de aviones comerciales de gran capacidad a nivel mundial¹⁸ en el que antes de la operación sólo competían tres empresas: *Boeing*, *Airbus* y *McDonnell Douglas* con cuotas de mercado del 60 por ciento, 30 por ciento y 10 por ciento, respectivamente; de lo que se deducía que la operación generaría un duopolio en el que la empresa resultante tendría una cuota de mercado del 70 por ciento frente a un único competidor con una cuota del 30 por ciento en un sector con muy elevadas barreras de entrada.

Ambas autoridades estuvieron también de acuerdo en un aspecto clave: *McDonnell Douglas* no se encontraba en condiciones de competir con las otras dos empresas y ganar cuota de mercado; más bien, las perspectivas de medio y largo plazo anticipaban una paralización, o paulatina pérdida, de su propia cuota¹⁹.

¹⁶ La operación fue notificada a la Comisión Europea el 18 de febrero de 1997 y ésta la declaró compatible con el mercado común el 30 de julio de ese mismo año.

¹⁷ En el caso de la Comisión Europea estas acusaciones carecen de consistencia si tomamos en consideración dos decisiones: la 91/619/EEC, mediante la cual la Comisión se opuso a la operación de concentración *Aerospatiale-Alenia/deHavilland* que hubiera generado un competidor europeo dominante a nivel mundial en el mercado de aviones comerciales de pequeña capacidad, y el caso núm. IV/M.1879, *Boeing/Hughes*, en el que se declaró compatible con el mercado común esta operación de concentración de dos empresas estadounidenses del sector aeronáutico. Si la Comisión Europea basara sus decisiones en criterios de política industrial europea, la solución dada a estos dos casos hubiera sido completamente opuesta.

En el caso de Estados Unidos, la declaración de la *Federal Trade Commission* fue tajante al señalar: «*The national champion argument does not explain today's decision. Our task as enforcers, conferred in clear terms by Congress in enacting the antitrust statutes, is to ensure the vitality of the free market by preventing private actions that may substantially lessen competition or tend to create a monopoly. In the Boeing-McDonnell Douglas matter, the Commission's task was to review a merger between two direct competitors. (...) We do not have the discretion to authorize anticompetitive but "good" mergers because they may be thought to advance the United States' trade interest*» (File núm. 971-0051).

¹⁸ La definición del mercado relevante dejó fuera el sector de aviación militar al considerar ambas jurisdicciones que no se fortalecía ni creaba posición de dominio alguna.

¹⁹ La *Federal Trade Commission* lo reconocía de la siguiente forma: «*the company (McDonnell Douglas) is no longer in a position to influence significantly the competitive dynamics of the commercial aircraft market*». Curiosamente, la Comisionada *Mary L. Azcuenaga* no estuvo de acuerdo con esta aseveración en su declaración particular ni, por lo tanto, con la decisión mayoritaria de sus colegas:

Esta circunstancia, determinante para la decisión de la *Federal Trade Commission*, no fue óbice para que la Comisión Europea considerase que la operación fortalecía la posición de dominio de *Boeing* en el mercado relevante desde una doble vía:

— trasladando los derechos de propiedad intelectual²⁰, los recursos financieros y los fondos públicos destinados a I+D²¹ que poseía *McDonnell Douglas* en el sector militar y aeroespacial al área de aviación comercial de *Boeing*, y

— mediante la extensión del número de clientes de *Boeing* fruto del traspaso de los acuerdos de *Douglas Aircraft* en materia de suministro y mantenimiento. Esta circunstancia se agravaba con la existencia de acuerdos exclusivos de suministro por veinte años de *Boeing* con tres de las principales aerolíneas²² a nivel mundial.

Estos dos puntos marcaron las principales diferencias de evaluación entre ambas autoridades. La Comisión Europea los tomó en consideración de forma determinante²³; la *Federal Trade Commission*, no.

Por lo que se refiere al primer punto, la Comisión Europea consideró que la operación contribuiría a fortalecer la posición de dominio de *Boeing* en términos financieros, permitiéndole llevar a cabo estrategias de subsidios cruzados entre unas actividades y otras, dependiendo de los niveles de competencia en cada una de ellas²⁴.

Al mismo tiempo, el incremento en los fondos públicos destinados a I+D facilitaría generar un proceso de transferencia de tecnología y *know-how* del sector militar al comercial, lo que generaría ventajas competitivas en este área inalcanzables para el único competidor restante²⁵.

Respecto al segundo punto es importante resaltar una diferencia entre la jurisprudencia estadounidense y la europea. Como ha señalado Robert PITOFSKY²⁶, en Estados Unidos es habitual autorizar acuerdos exclusivos

«The evidence shows that Douglas has added an element of competition at the stage at which commercial aircraft producers bid for the business of airlines, and it has continued to win some business». Por su parte, la Comisión Europea reconocía que «today McDonnell Douglas is no longer a real force in the market for the sale of new aircraft on a stand-alone basis».

²⁰ Se estimaba que entre ambas compañías concentraban, aproximadamente, 650 patentes, de las cuales la Comisión Europea consideró que 112 podrían utilizarse para restringir el acceso a tecnología futura clave.

²¹ Procecentes del *us Department of Defence*, la *National Aeronautics and Space Administration (NASA)* y otras instituciones públicas.

²² *American Airlines*, *Delta Airlines* y *Continental Airlines*.

²³ La Comisión Europea señalaba sus objeciones de la siguiente forma: «Boeing's broader product range after the merger, its financial resources and its higher capacity which enables it to respond to airlines' needs for deliveries on a short lead time would, in combination, significantly increase Boeing's ability to induce airlines to enter into exclusive deals».

²⁴ El informe de la Comisión Europea señalaba que: «Boeing would have opportunities, where it thought appropriate, to set prices at zero-profit or below-cost levels within the mid-size segment, financed by the higher margins achieved in the smallest and largest segments».

²⁵ El informe de la Comisión Europea señalaba que: «Through the proposed merger Boeing will greatly increase the benefits obtained from the transfer of military technology to commercial aircraft».

²⁶ «Vertical Restraints and Vertical Aspects of Mergers», en B. HAWK (ed.), *Fordham Corp. L. Inst.*, 111, 117, 119, 1998.

de largo plazo que afectan a cuotas hasta del 30 por ciento del mercado correspondiente, mientras que la Comisión Europea ha perseguido acuerdos de este tipo que afectaban a cuotas inferiores al 15 por ciento.

Este diferente criterio de permisividad respecto de estos acuerdos es determinante para que ambas jurisdicciones, de manera congruente con su tradición, valoren de distinta forma el impacto que la suma de los acuerdos de exclusividad de *Boeing* y los contratos vigentes de suministro y mantenimiento de *McDonnell Douglas* habría de tener en la posición de mercado de la primera tras la operación. La Comisión Europea consideró que estas dos circunstancias suponían, en realidad, el cierre de más del 40 por ciento del mercado durante los próximos diez o quince años, lo que fortalecería la posición de dominio de *Boeing*.

Por último, la Comisión Europea concluyó que de las anteriores circunstancias no sólo se derivaba un fortalecimiento de la posición de dominio de *Boeing* frente a sus clientes sino también frente a sus proveedores, lo que le permitiría actuar desde esta doble perspectiva para intentar debilitar la posición de *Airbus*²⁷.

De todo lo anterior se extrae que la diferencia en la decisión de cada una de las autoridades no se basó en la preeminencia de unas teorías frente a otras sino, simplemente, en una apreciación distinta de los mismos hechos: lo que para la Comisión Europea suponía un fortalecimiento de la posición de dominio de *Boeing* desde diversos puntos de vista, para la *Federal Trade Commission* no pasaban de meras hipótesis difíciles de predecir con exactitud.

Esto hace que no sea un caso del que podamos extraer conclusiones de aplicabilidad genérica sino que, simplemente, se trata de diferentes criterios de apreciación. Diferencias de apreciación que, por cierto, también se produjeron en el seno de la *Federal Trade Commission* como pone de manifiesto la declaración particular realizada por una de sus Comisionadas, *Mary L. Azcuenaga*.

La decisión final de la Comisión Europea declaró la operación compatible con el mercado común, una vez las empresas presentaron un amplio abanico de compromisos tanto de carácter estructural como de comportamiento que eliminaban los riesgos sobre la competencia planteados durante el procedimiento.

4. CASO AMERICA ONLINE (AOL)/TIME WARNER

En el primer trimestre del año 2000, la empresa proveedora de servicios de Internet, *America Online Inc. (AOL)*, y el grupo de medios de comunicación y entretenimiento, *Time Warner Inc.*, ambos de Estados

²⁷ El informe de la Comisión Europea señalaba que: «*Boeing's increase in buying power could significantly weaken the competitive position of Airbus*».

Unidos, notificaron a las autoridades estadounidense y europea su intención de fusionarse creando la compañía *AOL Time Warner Inc* ²⁸.

En este caso se trataba de una operación de carácter no horizontal en la que las empresas no competían entre sí en casi ninguno de los mercados relevantes ²⁹. Aunque la decisión final tanto por parte de la *Federal Trade Commission* como de la Comisión Europea fue aprobar la operación, ambas autoridades mostraron importantes objeciones, si bien de características muy distintas.

Las principales preocupaciones de la *Federal Trade Commission* se enmarcaban en el desarrollo de infraestructuras tecnológicas de acceso a Internet. *AOL* era el proveedor líder de estos servicios con soporte digital (DSL) ³⁰, mientras que *Time Warner* competía, a través de su filial, *Road Runner*, como proveedor de acceso a Internet vía cable ³¹. En el momento de notificarse la operación, un mayor número de usuarios de Internet por banda ancha utilizaban la tecnología del cable frente a las redes DSL ³², aunque esta última registraba tasas de crecimiento más elevadas.

La autoridad estadounidense consideró que tras la fusión el interés de *AOL* por desarrollar infraestructuras con tecnología DSL sería muy reducido en aquellas áreas cubiertas por la red de cable de *Time Warner* ³³. Esta situación se hacía más patente teniendo en cuenta la apuesta de *Time Warner* por el diseño de contenidos susceptibles de ser transmitidos por este tipo de tecnología, en especial, los relacionados con la incipiente televisión interactiva (ITV) ³⁴.

Con esta información, la *Federal Trade Commission* consideró diversos mercados relevantes (servicios de acceso a Internet por banda ancha, servicios de transporte de la señal de Internet por banda ancha y servicios de televisión interactiva) caracterizados por un muy elevado grado de concentración y unas altas barreras de entrada tanto de carácter tecnológico como financiero. En los tres casos, la autoridad estadounidense estimó que la operación eliminaba la competencia existente y potencial

²⁸ Mediante acuerdo de 10 de enero de 2000.

²⁹ De hecho, sólo coincidían, como se señala más adelante, en el mercado estadounidense de servicios de acceso a Internet de banda ancha, si bien, ambas compañías utilizaban tecnologías distintas: *Time Warner*, el cable, y *AOL*, la red DSL.

³⁰ Con casi 30 millones de clientes.

³¹ Los servicios de *Road Runner* no abarcaban todo el país sino aquellas localidades accesibles a los sistemas de televisión por cable de *Time Warner*, que contaba con 12,6 millones de suscriptores, de los cuales 1,1 millones también estaban suscritos a los servicios de *Road Runner*.

³² En el caso del acceso por banda estrecha el líder indiscutible era *AOL*, con más del 50 por ciento de los usuarios.

³³ «*AOL will have less incentive to promote DSL as a transport medium in Time Warner cable areas after the merger*», FTC Complaint In the Matter of America Online Inc. and Time Warner Inc.-Docket No. C-3989.

³⁴ La televisión interactiva combina la programación tradicional de televisión con las funciones propias de Internet y requiere un *hardware* y un *software* específicos para hacer compatibles estos contenidos con las pantallas de televisión. Si bien la televisión interactiva también podría transmitirse utilizando la tecnología DSL, la experiencia viene demostrando que la red de cable ofrece una calidad muy superior.

entre las dos empresas, lo que provocaría un fortalecimiento del cable como tecnología clave para el suministro de esos servicios con un dominio de mercado determinante por parte de la nueva *AOL Time Warner Inc.*

La solución propuesta por la *Federal Trade Commission* para aprobar la operación se basó en el compromiso de la nueva compañía de abrir el acceso a su red de cable a otros proveedores de servicios de Internet ³⁵, no discriminar a los usuarios finales en función de que fueran suscriptores o no de su programación de televisión y seguir promocionando los servicios DSL de *AOL* en aquellas áreas cubiertas por la red de cable de *Time Warner* ³⁶.

En Europa, la preocupación no se centraba en el control de las redes de cable, puesto que no sólo *Time Warner* no poseía infraestructuras de este tipo en nuestro continente, sino que la presencia de esta tecnología tanto desde el punto de vista de servicios de Internet como de contenidos de televisión se limitaba a algunos países nórdicos. Esta circunstancia propició que la Comisión Europea centrara sus análisis en el acceso a los contenidos en lugar de las infraestructuras.

AOL Europe, S. A., participaba en diversas *joint-venture* europeas ³⁷ asociada con el grupo mediático alemán *Bertelsmann AG*, con el que, unos meses antes de la notificación de la operación, había firmado un acuerdo de cooperación por un período de cuatro años, según el cual *AOL* tendría acceso preferencial a los contenidos de *Bertelsmann*, entre los que destacaban los de *CLT-UFA*, en televisión y cine; *Pearson*, en televisión y prensa escrita, y *BMG*, en música.

Teniendo en cuenta estos acuerdos, la operación notificada proporcionaría a *AOL Europe* un acceso preferencial y previsiblemente exclusivo a dos de las productoras de contenidos de entretenimiento más importantes del mundo: *Bertelsmann AG* y *Time Warner* ³⁸. Por ello, la perspectiva del análisis de la operación se orientó a la integración vertical que se produciría al controlar la empresa resultante la producción y distribución de determinados contenidos.

En particular, la Comisión consideró los siguientes mercados relevantes como afectados por la operación de concentración:

³⁵ Antes incluso que a *AOL*, y, en particular, al segundo proveedor más importante del país, *Earthlink*.

³⁶ En particular, *New York City, Tampa Bay, Central Florida, Houston, Raleigh/Fayetteville, Western Ohio, Northern Ohio, Charlotte, Los Angeles, Milwaukee, Greensboro, Hawaii, Cincinnati, San Antonio, Syracuse, Kansas City, South Carolina, Columbia, Rochester* y *Albany*.

³⁷ En Francia, por ejemplo, *AOL Europe* operaba mediante una *joint venture* con *Bertelsmann* y el grupo francés *Vivendi*, a través de sus filiales de telecomunicaciones y televisión de pago, *Cegetel* y *Canal Plus*.

³⁸ Entre los contenidos más conocidos de *Time Warner* destacan: en televisión, los canales *TNT*, *Cartoon Network* y *CNN*; en prensa, las revistas *Time*, *People* y *Sports Illustrated*; en música, los sellos *Warner Bros.*, *Atlantic*, *Elektra* y *Rhino*, y en producción cinematográfica, los estudios *Warner Bros.* y *New Line Cinema*.

— El mercado emergente de la transmisión de música por Internet que incluye dos actividades: *downloading* y *streaming*. *Downloading* es una forma de transmisión basada en una tecnología que permite al usuario transferir y depositar ficheros de música en su ordenador. *Streaming* es también una forma de transmisión de música por Internet pero en la cual el fichero se transfiere al ordenador del usuario de una manera temporal. En todo caso, la Comisión Europea consideró que no suponen mercados relevantes distintos³⁹.

— El mercado de la transmisión de otros contenidos de pago por Internet tales como películas de cine, acontecimientos deportivos o conciertos de música.

— El mercado del *software* para escuchar música por Internet en el que participa *AOL* a través de su sistema *Winamp*⁴⁰.

— El mercado de servicios de acceso a Internet por banda estrecha en aquellos países en los que *AOL* ofrece sus servicios⁴¹.

— El mercado de servicios de acceso a Internet por banda ancha sin distinción entre tecnología digital o de cable.

Una vez definidos los mercados relevantes, la Comisión procedió a analizar el impacto de la operación en la estructura de cada uno de ellos, llegando a la conclusión de que en el mercado de música por Internet, la empresa resultante controlaría los derechos de reproducción correspondientes a los sellos de *Time Warner* y tendría acceso preferencial a los de *Bertelsmann*, lo que suponía un 30 o 40 por ciento del mercado a nivel mundial; cifra equivalente a la suma de los derechos en poder de las otras tres grandes empresas competidoras en este mercado, *EMI*, *Sony* y *Universal*.

Esta situación otorgaría independencia de comportamiento a la empresa resultante en el mercado de la música por Internet, que podría utilizarse para fortalecer la posición de *AOL* como proveedor de servicios de acceso a Internet mediante la firma de acuerdos de exclusividad para acceder a estos contenidos. Esta circunstancia facilitaría, incluso, que la nueva empresa determinase los estándares técnicos para la transmisión de música por Internet favoreciendo el *software* ya existente de *AOL*, *Winamp*⁴², frente al de otros competidores.

Todo ello podría generar efectos de exclusión de competidores en los tres mercados: transmisión de música por Internet, servicios de acceso

³⁹ Por el contrario, la Comisión sí estableció diferencias entre el mercado de música por Internet y el de música en soporte físico basándose en las características específicas (inmediatez, personalización, formas de distribución y de *marketing*...) del primero que no lo hacen sustituible por el segundo desde la perspectiva del consumidor.

⁴⁰ Desarrollado por la compañía *Nullsoft* que *AOL* adquirió en 1999. Otros competidores en este sector son *Realplayer* de *Real Networks*, *Microsoft Media Player*, *QuickTime* de *Apple* o *MusicMatch Jukebox*.

⁴¹ Bélgica, Alemania, España, Francia, Italia, Holanda, Austria, Suecia y Reino Unido.

⁴² De hecho, dentro del acuerdo firmado por *AOL Europe* y *Bertelsmann AG* se contemplaba el compromiso de ésta de adaptar su música a los estándares técnicos de *Winamp*. Concretamente, el tenor literal del acuerdo señalaba: «*Finally, AOL and Bertelsmann agree to work to ensure that Bertelsmann's music is formatted to be playable by AOL's Winamp player software*».

a Internet y *software* para escuchar música por Internet y, por consiguiente, la creación o fortalecimiento de la posición de dominio de la empresa resultante de la operación.

Dadas estas circunstancias, las empresas hubieron de adoptar una serie de compromisos para obtener una decisión favorable de la Comisión Europea. Estos compromisos se centraron, fundamentalmente, en la ruptura de los acuerdos entre *AOL Europe* y *Bertelsmann AG*, así como de la *joint-venture* que ambas empresas habían formalizado en Francia, y garantizar la compatibilidad de la música de *Warner* a otros sistemas de *software* distintos del *Winamp*.

De nuevo, nos encontramos ante un caso del que podemos extraer pocas conclusiones de aplicabilidad genérica a los efectos de este artículo. Las diferentes soluciones ofrecidas por la *Federal Trade Commission* y la Comisión Europea a esta operación no responden a la aplicación de teorías distintas sino, simplemente, a situaciones de mercado diferentes a ambos lados del Atlántico.

La existencia de verdadera competencia entre la tecnología digital y de cable para la prestación de servicios de acceso a Internet de banda ancha en Estados Unidos propició que la autoridad de este país plantease sus objeciones a la operación buscando evitar el deterioro de dicha competencia.

Esta circunstancia no se producía en Europa al carecer las empresas notificantes de infraestructuras de cable en nuestro continente, pero, en nuestro caso, se añadía un hecho determinante para la decisión de la Comisión Europea como era el acuerdo entre *AOL Europe* y *Bertelsmann AG*, que, unido a la operación notificada, podía producir efectos como el cierre de mercado y exclusión de competidores en diversas áreas de actividad.

El resultado final era de prever: a situaciones de mercado distintas, soluciones también distintas.

5. CASO GENERAL ELECTRIC/HONEYWELL

En octubre de 2000, *General Electric*, empresa estadounidense presente en numerosos sectores industriales, entre los que destaca, a los efectos de esta operación, el de fabricación de motores para grandes aviones, anunció su intención de adquirir la compañía también estadounidense *Honeywell*, dedicada al diseño y fabricación de sistemas electrónicos y otros componentes para la industria aeronáutica. Esta misma operación se notificó a la Comisión Europea en febrero de 2001.

El principal mercado afectado por la transacción era el aeroespacial civil, en el que *General Electric*, tanto directamente como a través de *CFMI*⁴³, es uno de los principales proveedores de motores para aviones

⁴³ *Joint-venture* constituida al 50 por ciento por *General Electric* y *Snecma*, que, entre otros, fabrica los motores *CFM56* que utilizan los aviones tipo *Boeing 737*.

de gran capacidad⁴⁴ y *Honeywell* fabrica sistemas electrónicos de aviación⁴⁵ y otros componentes como motores para pequeños aviones.

Además de los anteriores, la División *Antitrust* del Departamento de Justicia de Estados Unidos incluyó entre los mercados afectados por la operación algunas áreas de aviación militar, así como los servicios de reparación y mantenimiento de motores para aviones, en los que se producía un solapamiento de actividades entre ambas compañías, al menos, en el mercado estadounidense.

En todo caso, esta autoridad decidió no llevar la operación a los Tribunales una vez acordó con las partes la desinversión del negocio de *Honeywell* de motores para helicópteros militares y el compromiso de autorización por parte de la empresa resultante de un tercer proveedor de servicios de mantenimiento y reparación para los motores fabricados por *Honeywell*.

Respecto al resto de mercados, el Departamento de Justicia consideró que *General Electric* no disfrutaba de posición de dominio en el de motores para aviones de gran capacidad puesto que, si bien su cuota de mercado era muy elevada, se debía, en gran medida, al contrato de suministro firmado con *Boeing* para el avión tipo 737⁴⁶. Asimismo, estimó que la actividad de la empresa resultante se desenvolvería en un entorno de fuerte competencia entre rivales de gran poder económico y financiero en el que la eficiencia derivada de la operación habría de generar beneficios para los consumidores, mayores que los riesgos de exclusión de competidores⁴⁷.

El proceso en Europa fue notablemente más complejo y sujeto a negociaciones hasta el último momento que, no obstante, no fueron suficientes para evitar que la Comisión declarara la operación incompatible con el mercado común aduciendo tres factores de riesgo sobre la competencia al amparo de la teoría conocida como *range* o *conglomerate effects*.

En primer lugar, la empresa resultante de la operación tendría la posibilidad de ofrecer paquetes agrupados de productos (por ejemplo, motores de *General Electric* y los sistemas electrónicos de *Honeywell*) a precios que, sin ser predatorios, no estarían al alcance de otros competidores.

⁴⁴ Los otros dos principales competidores son *Pratt & Whitney*, filial de *United Technologies*, y *Rolls-Royce*.

⁴⁵ En el que los tres principales competidores (*Honeywell*, *Rockwell Collins* y *Thales*) concentran una cuota de mercado del 90 por ciento a nivel mundial.

⁴⁶ El Departamento de Justicia señalaba en su informe que eliminando ese contrato la distribución de cuotas de mercado era la siguiente: *General Electric*, 44 por ciento; *Pratt & Whitney*, 23 por ciento, y *Rolls Royce*, 27 por ciento.

⁴⁷ La posición del Gobierno de Estados Unidos no deja lugar a dudas en la siguiente declaración del Secretario del Tesoro, Lawrence H. Summers: «*The goal is efficiency, not competition. The ultimate goal is that there be efficiency*», *Competition Policy in the New Economy*, 69 *Antitrust Law Journal*, 353, 358 (2001).

Este punto se convirtió en la principal controversia entre ambas jurisdicciones. Mientras el Departamento de Justicia de Estados Unidos consideró que esta estrategia, derivada de las eficiencias generadas por la operación, repercutiría en beneficios para los consumidores, la Comisión Europea estimó que la misma dotaría a la empresa resultante de una ventaja inalcanzable para el resto de competidores que derivaría en una pérdida de cuota de mercado por parte de éstos y en un fortalecimiento de la posición de dominio de aquélla.

En segundo lugar, la operación permitiría a *General Electric* extender su posición de dominio en el mercado de motores para aviones de gran capacidad⁴⁸ al de sistemas electrónicos y otros componentes aplicados a la industria aeronáutica con presencia de *Honeywell*.

De nuevo, se produjo una divergencia entre ambas jurisdicciones puesto que la Comisión Europea consideró que *General Electric* disfrutaba de independencia de comportamiento respecto de sus competidores, proveedores y consumidores y, por lo tanto, ostentaba una posición de dominio en el mercado de motores para aviones de gran capacidad.

En tercer lugar, la Comisión observó como otro factor de riesgo para la competencia el hecho de que la filial de *leasing* de *General Electric* (*GE Capital Aviation Services*, *GECAS*)⁴⁹ podría favorecer aquellas operaciones vinculadas a productos de *Honeywell*, lo cual fortalecería aún más la posición de la empresa resultante en los mercados con presencia de ambas compañías. De hecho, ésta era la práctica habitual de *GECAS* que, como reconoció ante la Comisión Europea, sólo compraba aviones con motores de *General Electric*⁵⁰.

Estas objeciones no pudieron solventarse, a juicio de la Comisión Europea, con los compromisos presentados por las empresas durante las negociaciones, lo que dio lugar a la declaración de incompatibilidad con el mercado común.

El argumento utilizado por buena parte de la doctrina estadounidense en contra de la decisión de la Comisión Europea se basa en la incertidumbre que rodea las conclusiones a las que ésta llega en cuanto a la capacidad de los competidores de responder de manera eficaz y activa a una política comercial más agresiva por parte de la empresa resultante⁵¹.

⁴⁸ «GE was found to hold by far both the largest installed base of engines on large commercial aircraft still in production as well as the largest order backlog», en *General Electric/Honeywell-An insight into the Commission's investigation and decision*, D. GIOTAKOS, L. PETIT, G. GARNIER y P. DE LUYCK, *Competition Policy Newsletter*, No. 3, October 2001.

⁴⁹ *GECAS* es una de las compañías de financiación de compras de aviones para aerolíneas más importante del mundo. *GECAS* actúa en el mercado tanto financiando operaciones como comprando directamente los aviones. En este sentido, cabe señalar que *GECAS* es el primer comprador de aviones del mundo, por delante, incluso, de las principales aerolíneas.

⁵⁰ Esta circunstancia ha llevado, por ejemplo, a *General Electric* a ser el proveedor exclusivo del nuevo avión tipo Boeing 777X.

⁵¹ «Our strong belief in markets and our humility in our own predictive abilities lead us to be

Sin entrar a detallar el grado de fiabilidad de los análisis económicos realizados por la Comisión Europea, es necesario reconocer que, dado que sus previsiones son de medio y largo plazo, necesariamente conllevan un grado de incertidumbre elevado; no obstante, no deberíamos olvidar que en este punto existe una gran diferencia entre Estados Unidos y la Unión Europea.

Mientras en Estados Unidos la legislación permite a las autoridades de defensa de la competencia deshacer operaciones de concentración u ordenar la desagregación de una empresa en posición de dominio, esta opción no es factible en el caso europeo⁵². Por ello, la Comisión Europea debe examinar con mayor sutileza cualquier cambio estructural que se pueda producir en los mercados mediante este tipo de operaciones porque no tiene capacidad de corrección *ex post*.

Si la operación hubiera sido aprobada por ambas autoridades y, al cabo de unos años, el escenario hipotético de expulsión de competidores señalado por la Comisión Europea se hubiera producido, las autoridades estadounidenses tendrían la posibilidad de tomar medidas estructurales, mientras que la Comisión Europea sólo podría actuar si la empresa resultante incurriese en una conducta abusiva de su posición de dominio e, incluso, en este caso, no podría tomar una decisión de carácter retroactivo de disolución de la operación.

Esta cuestión es fundamental para entender las diferencias entre las decisiones de las autoridades estadounidenses y la Comisión Europea. En este caso particular también encontramos otra explicación en el comportamiento de los conglomerados industriales a ambos lados del Atlántico.

Mientras en Estados Unidos es habitual que cada división actúe de manera independiente, en Europa la tradición muestra una mayor cohesión en busca de sinergias y, por lo tanto, mayor predisponibilidad a llevar a cabo prácticas de *bundling*. Por ello, la Comisión Europea es más sensible a los efectos estructurales que pueda provocar una estrategia de este tipo por parte de la empresa resultante, lo que, como señalaba anteriormente, era altamante predecible en esta operación.

En fin, en este caso las diferencias en las decisiones de la Comisión Europea y el Departamento de Justicia encuentran diversas explicaciones. En primer lugar, ambas jurisdicciones han basado sus decisiones en teorías distintas (la doctrina de las eficiencias frente a la de los efectos del conglomerado) que, en todo caso, encuentran su razón de ser en una visión más amplia de la normativa de defensa de la competencia en cada una de las áreas e, incluso, en una práctica empresarial también distinta a ambos lados del Atlántico.

sceptical of claims by rivals that a merger will lead to their ultimate demise and to demand strong empirical proof before we will accept such claims», en D. PLATT MAJORAS, ídem.

⁵² Un buen ejemplo de esta circunstancia es el diferente tratamiento a ambos lados del Atlántico del caso Microsoft.

No obstante, las diferencias no se reducen a cuestiones teóricas sino que, al igual que ocurría en el caso *Boeing/McDonnell Douglas*, también se explican por apreciaciones distintas de los mismos hechos en lo que se refiere, sobre todo, a la posición de dominio o no de *General Electric* en el mercado de motores para aviones de gran capacidad.

6. CONCLUSIONES

Los esfuerzos de las autoridades estadounidenses y europea por reducir al mínimo las diferencias en la aplicación de la normativa de defensa de la competencia han sido notables. De hecho, éste es, junto a la promoción de la cooperación y coordinación entre autoridades, el principal objetivo que perseguía el *Agreement between the European Communities and the Government of the United States of America Regarding the Application of Their Competition Laws* de 1991⁵³. Todo ello entendido como garantía básica de seguridad jurídica para la actividad empresarial transatlántica.

Esta circunstancia no ha sido óbice, sin embargo, para que en casos puntuales las decisiones tomadas por las autoridades de ambas jurisdicciones o los enfoques en los análisis hayan diferido. Estas diferencias, como hemos comprobado, no se deben a la aplicación de distintos principios generales o criterios de prohibición sino que es necesario acudir a la aplicación práctica para encontrar explicaciones más plausibles.

En este sentido, del estudio de los tres casos comentados en este artículo se extraen algunas conclusiones que se separan de lo que viene siendo objeto habitual de debate.

En el caso *Boeing/McDonnell Douglas* las diferencias en las objeciones planteadas por cada una de las autoridades se explican por una apreciación dispar de lo que supone o no un fortalecimiento de una posición de dominio que, si bien en ambas jurisdicciones se utilizan principios generales prácticamente idénticos, en su aplicación práctica se originan diferencias difícilmente evitables como pone de manifiesto el hecho de que se produjeran, incluso, en el seno de la *Federal Trade Commission*.

La disparidad en el segundo caso analizado, *AOL/Time Warner*, tiene su origen en las especificidades de la presencia de las empresas notificantes y sus estrategias comerciales en los mercados estadounidense y europeo. El deterioro de la competencia en las infraestructuras de acceso a Internet por banda ancha era el motivo de preocupación de la *Federal Trade Commission*, mientras que las objeciones principales de la Comisión Europea, ante la ausencia de ese tipo de competencia en nuestro mercado, se centraban en el acuerdo preferencial firmado por *AOL* y *Bertelsmann*

⁵³ Así se señala en el art. I.1 de este Acuerdo que: «*The purpose of this Agreement is to promote cooperation and coordination and lessen the possibility or impact of differences between the Parties in the application of their competition laws*».

AG. En este caso, la disparidad de soluciones encuentra una explicación obvia; de hecho, hubiera resultado extraño que ante situaciones de mercado distintas ambas autoridades hubieran coincidido en sus objeciones.

En el último caso analizado sí encontramos vestigios de aplicación de distintas teorías para analizar los mismos hechos. Sin embargo, como ya comentaba, esta circunstancia encuentra su explicación en una visión más profunda de la normativa de defensa de la competencia a ambos lados del Atlántico.

En fin, este análisis pone de manifiesto que las diferencias de planteamiento y, en ocasiones, de decisión entre las autoridades estadounidenses y europea no son caprichosas sino que se deben a circunstancias que van más allá de la mera utilización de unas u otras teorías.

El riesgo de decisiones distintas en la evaluación de una misma operación de concentración siempre estará presente y es inherente a la propia actuación de interpretación normativa. Más aún si tenemos en cuenta que los análisis que se realizan en estas operaciones se centran en proyecciones de futuro y, por lo tanto, necesariamente conllevan una elevada carga de incertidumbre.

De hecho, estas diferencias no se producen únicamente a nivel internacional sino que dentro de Estados Unidos la aplicación práctica que el Departamento de Justicia y la *Federal Trade Commission* hacen de la *Clayton Act* también conduce, en ocasiones, a interpretaciones discordantes. Estas diferencias no se ponen de manifiesto en casos específicos dado el acuerdo de división sectorial por el que se rigen, pero es revelador que no fuera hasta 1992 cuando ambas autoridades se pusieron de acuerdo para publicar de forma conjunta sus *Merger Guidelines*.

Otro reconocimiento más de esta situación es la Sentencia del Tribunal Supremo⁵⁴ de Estados Unidos en la que se facultaba a los Estados afectados por una operación de concentración a obligar a la empresa resultante a llevar a cabo desinversiones mayores que las propuestas por las autoridades federales.

Estas circunstancias ponen de manifiesto que la aplicación práctica de la normativa de concentraciones por parte de varias autoridades puede llevar a decisiones distintas dadas las diferencias estructurales de los mercados y de la propia presencia y estrategias de las empresas en cada uno de ellos. En todo caso, no debemos olvidar que estas diferencias han sido tradicionalmente excepciones a una regla general de homogeneidad.

Por todo ello, considero que los mayores esfuerzos deben encaminarse a fortalecer aún más los vínculos de coordinación y cooperación entre autoridades y reducir al mínimo razonable el riesgo de existencia de estas diferencias, siendo conscientes de la imposibilidad de eliminarlas completamente.

⁵⁴ *California v. American Stores*, 495 us 271.

LOS ÓRGANOS DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA ANTE LA NUEVA ECONOMÍA Y LA DESCENTRALIZACIÓN DE SUS FUNCIONES

Amadeo PETITBÒ JUAN

Universidad de Alcalá de Henares

Alexander SCHAUB, Director General de la Dirección General de la Competencia de la Comisión Europea (DGCE), ha afirmado ¹ que el año 2001 se ha caracterizado por la actividad de la Comisión contra los cárteles. Los elementos que permiten destacar dicho año en relación con los precedentes han sido el número de decisiones adoptadas, la importancia de las conductas sancionadas y la suma de las sanciones impuestas. Sin embargo, sobre todas estas cuestiones, dicho año destaca «porque marca los primeros resultados positivos de los esfuerzos realizados por la DGCE, después de algunos años, para intensificar su lucha contra los cárteles».

En la actual situación económica, caracterizada por la globalización y por el hecho de que la competencia alcanza una nueva dimensión, debe subrayarse que para la DGCE la persecución de los acuerdos secretos de los cárteles constituye uno de los elementos centrales de la política de defensa de la competencia, dado que dichos acuerdos constituyen, como se ha dicho reiteradamente, uno de los ataques más contundentes a los principios de la libre y leal competencia que deben guiar el funcionamiento económico de las modernas economías de mercado y una de las restricciones más graves a la competencia.

No cabe duda de que las restricciones a la competencia y la defensa de la competencia cobran una nueva dimensión en mercados globalizados. En efecto, el alcance de los acuerdos entre empresas puede extenderse en mercados globales alcanzando dimensiones sin precedentes ² y la estructura de los mercados y las estrategias empresariales

¹ A. SCHAUB, «La lutte contre les Cartels atteint sa vitesse de croisière en 2001», *Competition Policy Newsletter*, núm. 1, febrero 2002.

² Ver, por ejemplo, J. M. GRIFFIN, «An Inside View of an International Cartel at Work», *The 3rd Nordic Competition Policy Conference*, 11-12 de septiembre de 2000. J. M. GRIFFIN es *Deputy Assistant Attorney General, us Department of Justice, USA*.

adquieren nuevos contornos que han exigido una adaptación del análisis económico tradicional. Al mismo tiempo, como señala la citada DGDCCE³, la modernización de las normas de la competencia exige una simplificación de los procedimientos y un planteamiento más económico del análisis de los casos. Y, concretamente, al referirse a los acuerdos verticales y horizontales sostiene que el conjunto de normas aprobadas «también responde a la intención de adecuar mejor los análisis de competencia a los razonamientos económicos, de facilitar a los operadores económicos la comprensión en los problemas y conceptos de competencia y de descargar a las empresas de una serie de obligaciones administrativas engañosas».

Con estos elementos de referencia, el presente trabajo analizará tres cuestiones, a saber: la primera se referirá a la nueva economía y el Derecho de la competencia; la segunda, a la necesaria modernización del Derecho de la competencia y su aplicación; y, por último, la tercera se referirá a la descentralización de la aplicación de las normas de defensa de la competencia en España y las funciones del Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC). El trabajo terminará con unas conclusiones.

1. NUEVA ECONOMÍA Y DERECHO DE LA COMPETENCIA⁴

En aquellas actividades en las que la inversión en propiedad intelectual y el efecto red son particularmente relevantes, la competencia entre empresas muestra unas características absolutamente distintas a las correspondientes a la economía tradicional. Ahora, el proceso schumpeteriano de «destrucción creadora»⁵ fomentado por la aplicación del cambio tecnológico a los procesos de producción y distribución y la correspondiente competencia dinámica que le acompaña alcanzan una relevancia especial que exige nuevas interpretaciones e imaginación en la aplicación del Derecho de la competencia⁶. En consecuencia, conceptos

³ COMISIÓN EUROPEA, Dirección General de la Competencia, *La política de la competencia de la Comunidad europea. XXX Informe sobre la política de la competencia*, Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, 2001.

⁴ Este apartado se basa en A. PETITBÒ, «La larga marcha hacia la competencia», en *Círculo de Empresarios*, 2001; «El papel de España en una Unión Europea ampliada», *Círculo de Empresarios*, 2001.

⁵ J. A. SCHUMPETER, *Capitalismo, socialismo y democracia*, Aguilar (1942), 1968. Sostuvo SCHUMPETER que la apertura de nuevos mercados (extranjeros o internos) y el desarrollo de la organización empresarial muestran un proceso de «mutación industrial» que revoluciona incesantemente las viejas estructuras creando continuamente unas estructuras distintas. Este proceso de «destrucción creadora» es la realidad esencial del capitalismo. Por ello, de acuerdo con SCHUMPETER, las empresas deben adaptarse a este proceso si desean sobrevivir.

⁶ Ver, por ejemplo, L. DE GUINDOS, «La política española de competencia en el nuevo entorno económico internacional», en Ll. CASES (dr.), *Anuario de la Competencia 2000*, Fundación ICO, Marcial Pons, 2001.

como mercado relevante ⁷, predación, posición de dominio, contratos anudados, contestabilidad o el significado real de la cuota de mercado deben ser interpretados de forma distinta. O lo que es lo mismo, las referencias del pasado deben ser reinterpretadas a la luz de los fenómenos característicos del presente. Ahora, con la nueva economía como referencia, el objetivo empresarial más relevante es el liderazgo. La cuota de mercado ya no es función exclusiva de los precios relativos sino, fundamentalmente, de la capacidad de innovación. La competencia entre las empresas de la nueva economía es dinámica y el precio sólo es una de sus referencias. El punto fuerte de las empresas de la nueva economía se apoya en la capacidad de creación de nuevos bienes y servicios que sean más baratos, de mejor calidad y que permitan resolver los nuevos problemas que se planteen con mayor rapidez. Un hecho relevante distingue las empresas de la economía tradicional y de la nueva economía: en la nueva economía el ganador puede obtener beneficios particularmente elevados a corto plazo pero puede ser expulsado del mercado rápidamente por un competidor sagaz que acierte a la hora de ofrecer el bien o servicio que responda mejor a la demanda de los clientes.

Los elementos dinámicos de la competencia ocupan un lugar destacado en las empresas de la nueva economía cuyas características distintivas imponen un cambio en los análisis tradicionales. Ahora, la literatura económica empieza a producir trabajos destacados. Como casi siempre ha sucedido, detrás de dichos trabajos hay un problema importante. El caso Microsoft ha servido, entre otras cuestiones, para desvelar la capacidad interpretativa de la nueva economía industrial. Como han señalado D. S. EVANS y R. SCHMALENSSEE en uno de estos trabajos ⁸, las actividades en la competencia dinámica en los mercados pertinentes tienen alguna de las características siguientes: *a)* combinan costes marginales reducidos con elevados costes fijos; *b)* son más intensivas que las actividades de la vieja economía; *c)* muchas empresas de alta tecnología tienen efecto red dado que sus resultados son función del número de consumidores de la red. En este caso se trata de una competencia «por el mercado» más que de una competencia «en el mercado»; *d)* la competencia en algunas empresas de alta tecnología responde a un conjunto de competiciones cuyo objetivo es desarrollar un nuevo bien o servicio

⁷ Ver, por ejemplo, I. HERGUERA y A. PETITBÒ, «La determinación del mercado relevante y de las barreras de entrada, piezas clave del Derecho de la competencia», en LI. CASES (dir.), 2001, cit. También puede consultarse F. DíEZ, «Algunas consideraciones en torno a la Comunicación sobre definición del mercado relevante de la Comisión Europea y las *Merger Guidelines* del Departamento de Justicia de EEUU», en LI. CASES (dir.), 2001, cit., o C. ALCAIDE, «Comentarios a la Comunicación de la Comisión relativa a la delimitación del mercado», en LI. CASES (dir.), *Anuario de la Competencia 1997*, Fundación ICO, Marcial Pons, 1998.

⁸ D. S. EVANS y R. SCHMALENSSEE, *Some Economic Aspects of Antitrust Analysis in Dynamically Competitive Industries*, Working Paper, 8268 (<http://www.nber.org/papers/w8268>), National Bureau Economic Research, mayo 2001. Véase también, por la similitud del análisis y las coincidencias en algunas cuestiones, E. CAÑIZARES, D. FERNÁNDEZ, A. J. PADILLA y A. RAMOS, *Competència i innovació en la nova economia*, Papers d'Economia Industrial, Generalitat de Catalunya, Departament d'Indústria, Comerç i Turisme, 2001.

que desplace a otro bien o servicio preexistente mediante la incorporación de una innovación drástica (*Winner-Take-All Races*), y e) debido a la competencia y a razones tecnológicas las inversiones conllevan un riesgo elevado pero las empresas líderes son muy rentables, al menos a corto plazo.

De todo ello surge una pregunta clave: en un contexto caracterizado porque los conceptos de dimensión mínima óptima y otros empleados habitualmente en el análisis microeconómico alcanzan un nuevo significado, y la innovación acelera la obsolescencia de algunos bienes y servicios y fomenta la competencia en precios al tiempo que se desarrollan las economías de red, ¿cuál debe ser la actitud y la conducta de las autoridades responsables de la defensa de la competencia para evitar los comportamientos empresariales con aptitud para impedir la competencia y reducir el bienestar del conjunto de la sociedad sin introducir obstáculos a las actividades competitivas y a la competencia?

Cuando la nueva economía otorga al riesgo empresarial una importancia excepcional y la política de defensa de la competencia está situada en un lugar destacado en las agendas de los gobiernos, las cuestiones citadas son particularmente importantes por lo que, dada su relevancia, orientarán el trabajo de los economistas, los juristas y los políticos durante los próximos años. El ejemplo de la adaptación de las normas de defensa de la competencia es elocuente. Por ello resulta perfectamente comprensible que autores como R. E. LITAN y W. NISKANEN⁹, tras analizar el impacto económico de las nuevas tecnologías, sostengan que «las autoridades antimonopolistas tendrán que admitir que en algunos mercados digitales haya, durante una temporada, un monopolio o una situación muy cercana al monopolio» y que «el propósito de las autoridades antimonopolistas no debe ser castigar a los vencedores de los mercados; en su lugar, deben garantizar que los nuevos competidores tengan la oportunidad de entrar en dichos mercados y de ofrecer mejores tecnologías [que a su vez] puedan convertirse en monopolios nuevos, aunque temporales».

2. LA MODERNIZACIÓN DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA: PRINCIPIOS Y EVIDENCIA¹⁰

Además de los cambios que se registran continuamente en las estructuras empresariales y sectoriales no debe olvidarse que la competencia es poderosa y dinámica. Cuando los operadores económicos compiten, la supervivencia de las empresas exige que su actividad se lleve a cabo con el mayor grado de eficiencia posible¹¹. Pero la propia competencia

⁹ R. E. LITAN y W. NISKANEN, *El horizonte digital. Manual de directrices para la era digital*, Brookings Institution Press y Cato Institute, Washington DC, 1998.

¹⁰ Este apartado se basa en A. PETITBÔ, cit., 2001.

¹¹ La eficiencia exige libertad y los principales ingredientes de la libertad económica son: la elección personal, la protección de la propiedad privada y la libertad de intercambio. Ver J. A.

modifica continuamente la estructura de los mercados y las estrategias empresariales. Las relaciones interempresariales continuamente se adaptan a las condiciones cambiantes del mercado en un continuo juego de acciones y reacciones retroalimentadas dirigido por la imaginación creativa de las decisiones empresariales. Dicha imaginación, agudizada por la propia competencia, es la clave del progreso. Nada aleja más a los pueblos del progreso económico que la «vida tranquila»¹² de sus dirigentes. Por ello, la competencia debe ser estimulada continuamente y las irracionales peticiones de los operadores económicos solicitando protecciones injustificadas no deberían ser atendidas¹³.

Ahora, la interacción estratégica constituye un hecho relevante en muchos mercados de bienes y servicios. Las empresas no organizan su actividad como si fueran átomos independientes¹⁴. Por el contrario, consideran tan importantes sus propias estrategias como las conductas de sus rivales y, en especial, las reacciones de sus competidores. A diferencia del pasado, los comportamientos estratégicos tienen lugar en mercados en los que el número de operadores económicos relevantes es reducido¹⁵.

GWARTNEY, R. LAWSON, W. PASH y Ch. SKIPTON, *La libertad económica en el mundo. Informe anual 2001*, Círculo de Empresarios, 2001.

¹² Ver. J. HICKS, *Annual Survey of Economic Theory: The Theory of Monopoly*, vol. 3, Econometrica, 1935.

¹³ Un ejemplo clásico es el comentado en la sátira de BASTIAT contenida en su «Petición de los fabricantes de velas», donde explicaba que, ante una situación de crisis económica, dichos fabricantes se dirigieron al gobierno francés en demanda de una ley que ordenase el cierre de cualquier abertura en las casas con el fin de evitar la competencia del sol. Esta reacción recuerda la de un candidato a presidir el Colegio de Farmacéuticos de Madrid, quien, en su programa electoral, establecía, como cuestión relevante, su compromiso de combatir con firmeza cualquier intento de liberalización de los comercios farmacéuticos.

¹⁴ Los mercados oligopolísticos raramente están representados exclusivamente por un número reducido de empresas de gran dimensión. Es mucho más frecuente que el núcleo reducido de grandes empresas compita entre sí y con un amplio número de empresas de menor dimensión que también compiten entre sí, pero cuya competencia es de una naturaleza diferente. Sin embargo, el hecho característico de dichos mercados es la interacción de las conductas de las empresas dominantes. Por ello, el problema fundamental es identificar las empresas cuyas relaciones estratégicas son decisivas para explicar las conductas y los resultados de los mercados. Ello supone determinar con precisión qué empresas forman parte de la arena oligopolística y qué empresas forman parte de la constelación de empresas presentes en el mercado relevante determinado.

¹⁵ Y. DREAZEN, G. IP y N. KULISH (*The Wall Street Journal*, edición España, 26 de febrero de 2002) escribieron que «por donde se mire, hay fuerzas poderosas que están llevando a las industrias de Estados Unidos a integrarse en oligopolios y los obstáculos son cada vez menos importantes». Los efectos de los oligopolios dependen del grado de competencia entre las empresas, de ahí la importancia de las autoridades encargadas de defender y promover la competencia. Como señalan los citados periodistas, «un oligopolio, cuando unos pocos vendedores ofrecen productos similares, no siempre es algo indeseado o inevitable. El oligopolio puede generar eficiencias que le permiten a las empresas ofrecer mejores productos a los consumidores a precios más bajos y liderar estándares en toda la industria que le facilitan más la vida a los consumidores... Pero un oligopolio puede permitir que las grandes empresas obtengan beneficios excesivos a expensas de los consumidores y del progreso económico. Puede destruir la competencia que es vital para evitar que las empresas aumenten los precios muy por encima de los costes o que obliga a las empresas a cambiar». En relación con estas cuestiones X. VIVES (1999) ha señalado que «el “problema del oligopolio” ha resultado ser uno de los más recalitrantes del pensamiento económico», ver A. BOSCH, *Precios y oligopolio*, Fundación ICO, 2001.

Tal situación se explica, entre otras cuestiones, por la progresiva segmentación de los mercados debida a distintas causas entre las que pueden señalarse los costes de transporte, las regulaciones, la ausencia de arbitraje, la existencia de economías de escala, de alcance o de red o la presencia de barreras de entrada (naturales, legales o estratégicas). Incluso la propia dinámica del entorno empresarial¹⁶ contribuye a fomentar las operaciones de concentración empresarial y los acuerdos de participación o cooperación, por ejemplo, cuyo efecto más inmediato es la reducción del número de competidores y, probablemente, también de la competencia.

Los cambios en la estructura y conducta empresariales características de cada etapa de desarrollo de las economías deben contar con el marco jurídico adecuado. Dicho marco no debe entorpecer la actividad competitiva de las empresas. Al contrario, debe impulsar la eficiencia empresarial defendiendo, al mismo tiempo, la competencia. Si hace años el enfoque académico del análisis de los mercados centraba su atención en la estructura y, particularmente, en los coeficientes de concentración, hoy el análisis considera que la conducta y las estrategias empresariales son los elementos determinantes de las estructuras y de los resultados empresariales¹⁷.

Este cambio de enfoque incide en las interpretaciones tradicionales de cuestiones como las operaciones de concentración o las relaciones verticales¹⁸ que alcanzan una nueva dimensión cuando el contexto en que las empresas llevan a cabo sus actividades está globalizado o se trata de industrias de red, por ejemplo.

Ante situaciones como las descritas, las autoridades encargadas de velar por el comportamiento competitivo de las empresas debe adaptar el marco jurídico condicionante para que éste no se convierta en un freno al desarrollo de la actividad empresarial. El único límite que debe ser impuesto es el de la defensa de la libre y leal competencia entre operadores económicos. Sin embargo, en tales circunstancias, la tentación reguladora es fuerte y el riesgo de incurrir en el error de imponer medidas de regulación ineficientes es elevada. Por ejemplo, R. E. LITAN y W. A.

¹⁶ Reducción de la tasa de beneficio como consecuencia de la acentuación de la competencia, del progreso tecnológico o de la incertidumbre, por ejemplo.

¹⁷ El análisis de la competencia en un mercado determinado exige considerar, simultáneamente, el número de operadores en el mercado, la dimensión del mercado y las cuotas de mercado correspondientes a cada operador. Asimismo, es necesario tomar en consideración el grado de apertura del mercado, la magnitud del comercio internacional, la naturaleza de la competencia, el poder financiero de las distintas empresas que compiten en el mercado relevante, la evolución del mercado y de las cuotas de mercado en los últimos años, las barreras de entrada y de salida (escasez de *inputs*, regulación, economías de escala y de alcance, costes hundidos, efectos de la integración vertical, exceso de capacidad, diferenciación, lealtad a las marcas, etc.), las estrategias empresariales, las posibilidades de sustitución, el poder de negociación de compradores y vendedores, entre otras cuestiones generales.

¹⁸ Ver, por ejemplo, A. PETITBÒ, «Las restricciones verticales de la competencia», en *LI. CASES* (dir.), cit., 1998.

NISKANEN¹⁹ advierten, sobre la base de la experiencia, que «toda nueva tecnología, cualquier bien o servicio nuevo, cualquier nueva y audaz competencia amenaza el valor neto y la vida fácil de toda empresa involucrada. Además, siempre hay alguien en la Administración buscando alguna nueva razón para regular. Las nuevas tecnologías de la era digital prometen una tercera revolución industrial, pero suponen el mismo tipo de amenaza para algunos intereses y la posibilidad de una ola de regulación totalmente nueva».

El funcionamiento eficiente del mercado requiere normas eficientes que se apliquen con rigor y con celeridad. También exige que los órganos encargados de la defensa de la competencia persigan con tenacidad las conductas contrarias a la misma, no sólo como consecuencia de denuncias de terceros, sino también promoviendo la apertura de expedientes e informes. Pero en relación con estas cuestiones surgen, al menos, dos problemas relevantes. El primero, relacionado con la rapidez y la eficacia de la Administración en el proceso de elaboración de normas y de regulación de los mercados. La cuestión es particularmente significativa cuando se trata de problemas relacionados con la revolución digital y las nuevas tecnologías. El caso Microsoft constituye una buena referencia sobre estas cuestiones.

El segundo, relacionado con el hecho de que tanto la Administración como los órganos de defensa de la competencia y los Tribunales encargados de resolver los recursos contra sus decisiones no cuentan, con su estructura actual, con información suficiente para resolver expedientes de particular complejidad. Este hecho conlleva el riesgo de cometer errores²⁰ o de generar costes innecesarios.

Los países europeos, paso a paso, se han dado cuenta de las ventajas netas del mercado como mecanismo de asignación de los recursos²¹. En consecuencia, durante los últimos años tanto la Comisión Europea (CE) como los Estados miembros han hecho considerables esfuerzos para huir de una tradición intervencionista y limitadora de la competencia que ha frenado los estímulos competitivos de las empresas y, en consecuencia, la competitividad de Europa en relación con Estados Unidos. Se ha privatizado, desregulado, liberalizado y se ha fomentado la introducción de competencia en multitud de sectores, mercados y actividades. Al mismo tiempo, se ha modernizado, paso a paso, la aplicación del Derecho de

¹⁹ *Op. cit.*

²⁰ El riesgo de cometer errores no es privativo de las Administraciones Públicas. También las empresas privadas los cometen como consecuencia del conocimiento imperfecto de los mercados y de las tecnologías. Las telecomunicaciones constituyen un buen ejemplo.

²¹ Ver, por ejemplo, COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION, *Key Issues Paper on the 2002 Broad Economic Policy Guidelines*, The European Council (Barcelona, 15-16 de marzo de 2002), Bruselas, 5 de marzo de 2002. En dicho documento se sostiene que las medidas dirigidas a liberalizar, abrir, integrar y promover la competencia en los mercados europeos de bienes y servicios contribuyen a mejorar la utilización de los recursos, la producción la renta y el bienestar. Y añade que «este convencimiento es compartido por todos los Estados miembros de la UE y constituye el espíritu incluido en la agenda de reformas aprobada en la Cumbre de Lisboa».

la competencia. Unas empresas han aceptado competitivamente las nuevas referencias pero otras no han sabido romper con el pasado y han caído en la tentación de alcanzar acuerdos de cártel, han desaparecido del mercado o han acudido con talante pedigüeño a las Administraciones Públicas en busca de la ayuda compensadora de su incapacidad de adaptación o de su ineficiencia.

Algunos ejemplos pueden servir como referencia que ilustre la progresiva modificación de las normas inducidas por los cambios en las condiciones del entorno económico ²².

En abril del año 1999 la CE publicó el *Libro Blanco sobre la Modernización de las Normas de Aplicación de los arts. 85 y 86 del Tratado CE*. Se trataba de un documento necesario dados los cambios registrados en la CE y la voluntad de la Comisión de centrarse en la lucha contra los cárteles y las infracciones graves y en el fomento de estructuras de mercado plenamente competitivas. Con este marco de referencia, la simplificación de los procedimientos, la descentralización del Derecho de la competencia atribuyendo más funciones a las autoridades encargadas de velar por el cumplimiento de las normas de defensa de la competencia y la dedicación de la CE a los asuntos más relevantes que presenten interés comunitario está plenamente justificada.

Otro ejemplo de modernización de la normativa comunitaria relacionada con la defensa de la competencia se refiere a la consideración de las relaciones verticales entre operadores económicos ²³. Por regla general, la evidencia empírica revela que se trata de restricciones que la empresa vendedora impone a la empresa compradora ²⁴. El análisis de los casos considerados por las autoridades de defensa de la competencia y las correspondientes reflexiones realizadas al amparo de los nuevos desarrollos de la moderna economía industrial ²⁵ y de una realidad caracterizada por la progresiva integración económica, así como el hecho de que las tradiciones norteamericana y europea en relación con el análisis de las restricciones verticales no fueran coincidentes ha promovido el desarrollo de un núcleo de opinión favorable a la modificación de las viejas ideas y reglamentos. Baste destacar como referencia que en Estados Unidos las conductas relacionadas con las restricciones verticales han sido analizadas desde la perspectiva del impacto real sobre la competencia

²² Ver, por ejemplo, J. F. PONS, «La politique européenne de la concurrence en 2002: maturité et modernisation», enero 2002; M. MONTI, «Policy modernization of EU Competition Rules Launch of the Competition Act 1998», London, 2 de marzo de 2000. Ambos documentos pueden consultarse en <http://europa.eu.int/comm/competition>. Para el caso español ver *Informe de Progreso sobre las Reformas en los Mercados de Bienes y Servicios y de Capitales. España*, diciembre 2001.

²³ Condiciones que una empresa situada en un determinado punto de la cadena de relaciones interempresariales impone a otra empresa situada en un punto distinto.

²⁴ Ver, por ejemplo, A. ΠΕΤΙΤΒΩ, *op. cit.*, 1998.

²⁵ Debe destacarse que el *Libro Verde sobre las restricciones verticales en la política de competencia comunitaria de la Comisión de las Comunidades Europeas* [COM (96) 721], de 22 de enero de 1997, sigue los planteamientos teóricos expuestos en P. REY y F. CABALLERO, *The Policy Implications of the Economic Analysis of Vertical Restraints*, Economic Papers, 119, 1996.

persiguiendo solamente aquellas conductas cuyos efectos sobre la competencia superasen los límites «razonables»²⁶, mientras que la CE sostenía que las restricciones verticales eran contrarias a la competencia *per se* y, por lo tanto, susceptibles de ser perseguidas por el anterior art. 85.1 del Tratado de Roma.

El primer día del año 2000 entró en vigor el Reglamento (CE) núm. 2790/1999, de 22 de diciembre, relativo a la aplicación del ap. 3 del art. 81²⁷ del TCE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas²⁸. El Reglamento, complementado por unas Líneas Directrices, al estilo de las *Guidelines* norteamericanas, derogó los anteriores Reglamentos de exención por categorías de compra exclusiva, distribución exclusiva y franquicia, otorgando una exención de la prohibición prevista en el art. 81.1 del TCE a favor de los acuerdos suscritos entre distintos operadores verticalmente integrados en relación con las condiciones de compra, venta, reventa o prestación de servicios.

El Reglamento permitirá reinterpretar acuerdos tomados en el pasado y configurará los nuevos acuerdos desde una perspectiva distinta a la contemplada hasta ahora. Sin embargo, el Reglamento no prevé todas las situaciones posibles y, en consecuencia, no cierra todos los interrogantes. Por ello, la CE y el Tribunal de Justicia deberán llenar progresivamente los espacios vacíos con una doctrina y una jurisprudencia acordes con los criterios generales contenidos en el Reglamento²⁹.

Se ha avanzado y se pretende avanzar más. Las manifestaciones realizadas por las autoridades comunitarias en relación con la reconsideración de la aplicación del Derecho comunitario a las operaciones de concentración empresarial es una muestra de la retroalimentación entre los planteamientos de la nueva economía industrial y el Derecho de la competencia. Ante un mundo tan distinto como el correspondiente al que inspiró en su momento cada una de las normas que conforman el Derecho comunitario, el único camino racional posible es el de la adaptación del Derecho a esta nueva realidad que tiene en la globalización de los mercados y la denominada «nueva economía» unas referencias fundamentales.

También en España la regulación de la competencia ha registrado cambios relevantes en los últimos años. Por razones coyunturales se ha preferido una reforma por etapas³⁰ a una necesaria reconsideración glo-

²⁶ La firma de acuerdos que incluyan la fijación de precios, por ejemplo.

²⁷ Antes 85.

²⁸ *DOCE*, núm. L 336, de 29 de diciembre.

²⁹ Sobre el contenido del Reglamento y el enfoque que debe adoptarse en aquellas situaciones que no pueden beneficiarse de lo previsto en el mismo véase C. FERNÁNDEZ, «La política comunitaria de restricciones verticales», en LI. CASES (ed.), *op. cit.*, 2001.

³⁰ Real Decreto-ley 7/1996, de medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberalización de la actividad económica; Ley 66/1997, sobre Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social; Real Decreto 295/1998, relativo a la aplicación en España de las normas europeas de competencia; Real Decreto-ley 6/1999, de medidas urgentes de liberalización e incremento de la competencia;

bal de la legislación española de defensa de la competencia, en consonancia con lo subrayado en los apartados anteriores³¹. Y, como ocurre en estos casos, algunas cuestiones han mejorado, pero quedan cuestiones pendientes cuya relevancia no es desdeñable.

Sin hacer un análisis exhaustivo deseo subrayar cuatro aspectos que deberían ser objeto de consideración por los órganos de defensa de la competencia, a saber: *a)* la reducción de los plazos; *b)* la consideración de las ayudas públicas; *c)* el fomento de la competencia y de la eliminación de la regulación ineficiente, y, por último, *d)* la aplicación del análisis económico.

A. LA REDUCCIÓN DE LOS PLAZOS

En el presente apartado se analiza la información suministrada por el TDC correspondiente a los expedientes sancionadores resueltos en el año 2001³². Se trata de considerar tan sólo un año como referencia con el fin de poner de relieve, en aras de la eficiencia en la aplicación del Derecho de la competencia, la necesaria reducción de los plazos de tramitación de los expedientes con el objeto de aumentar la eficacia de la aplicación de las normas de defensa de la competencia.

Ley 52/1999, de reforma de la legislación de la competencia; Real Decreto-ley 6/2000, que modifica la normativa sobre control de concentraciones; Ley 9/2001, relativa a las autorizaciones por categorías de acuerdos, control de concentraciones y duración de los mandatos del Presidente y Vocales del Tribunal de Defensa de la Competencia. En la Disposición Final segunda de dicha Ley se prevé la elaboración de un texto refundido en el plazo de un año que sintetice y armonice las distintas modificaciones que las normas citadas han ido introduciendo en la Ley. Real Decreto 1443/2001, de 21 de diciembre, por el que se desarrolla la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), en lo referente al control de las concentraciones económicas. Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, por la que se transforma la naturaleza jurídica del TDC, configurándolo como un «Organismo autónomo, con personalidad jurídica pública diferenciada y autonomía de gestión en los términos establecidos en la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, que, sin perjuicio de su adscripción administrativa, ejerce sus funciones con plena independencia y sometimiento al ordenamiento jurídico». Además, como resultado de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de noviembre de 1999, dictada en los recursos de inconstitucionalidad acumulados números 2009/1989 y 2027/1989 —de difícil comprensión desde la perspectiva del análisis económico— estimó parcialmente tales recursos y declaró la inconstitucionalidad de la cláusula «en todo o en parte del mercado nacional» contenida expresamente o por remisión en los arts. 4, 7, 9, 10, 11 y 25.a) y c) de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia. Como consecuencia de dicho fallo se ha aprobado la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de Coordinación de las Competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia. En el momento de escribir el presente apartado puede consultarse en Internet, en una iniciativa loable, el documento «Elementos esenciales del análisis de concentraciones económicas por parte del Servicio de Defensa de la Competencia», que sugiere que «las posibles observaciones podrán ser remitidas... a la dirección siguiente...».

³¹ En todo caso la reconsideración global será ineludible.

³² Ha habido más de una versión de la relación de expedientes sancionadores. Dicha relación no siempre ha coincidido con la información presentada en Internet. Se alega que, al margen de errores de transcripción, en algún caso la Audiencia Nacional, en una actitud susceptible de ser calificada como de «justicia opaca», ha fallado en el sentido de que determinadas Resoluciones del TDC no sean ofrecidas a los ciudadanos a través de la Red.

De acuerdo con la información suministrada por el TDC, éste ha resuelto 264 expedientes en el año 2001, «la cifra más elevada desde que entró en vigor la actual Ley de Defensa de la Competencia (1989)». Sin embargo, más importante que la cifra global es el análisis de los diferentes sumandos que dan lugar a la suma. Dicho análisis revela que la actividad del TDC se dedica, en una elevada proporción, a la realización de informes dedicados, especialmente, a dictaminar sobre la apertura de las denominadas «grandes superficies». En este caso también se ha batido un record histórico: en el año 2001 el TDC ha emitido 148 expedientes relacionados con dichas aperturas. Esto supone que el 56 por ciento de los documentos aprobados por el TDC se refieren a una actividad perfectamente prescindible³³ o, al menos, susceptible de una reconsideración en profundidad. Tal actividad poco tiene que ver con las funciones características de una autoridad encargada de velar por la defensa y la promoción de la competencia.

Ha aumentado también el número de informes (9) relacionados con los arts. 2 y 26 de la LDC, cifra superior a la correspondiente a los años 1999 (5) y 2000 (4), pero inferior a la correspondiente al año 1998 (12). En muchos casos la relevancia de dichos informes es notable. Por ello, al igual que está previsto en el caso de las ayudas públicas, sería conveniente que la LDC estableciera que tales informes sean de publicación obligada dado que sería justamente la publicidad lo que les otorgaría mayor fuerza. El anonimato y la falsa prudencia son los talones de Aquiles de los órganos de defensa de la competencia.

Desde otra perspectiva, el número de Resoluciones relacionadas con las conductas prohibidas por la LDC (29), autorizaciones singulares (26) o con los recursos contra actos del SDC (40)³⁴ ha registrado la cifra más baja desde el año 1994. A ello ha contribuido la reducción del número de nuevas solicitudes de autorización singular y de sus correspondientes prórrogas.

También se ha reducido el número de informes sobre operaciones de concentración económica, de particular trascendencia y complejidad (9). Esta cifra contrasta con la correspondiente a los años 2000 (16) y 1999 (13).

Los datos anteriores revelan una inadecuación de la actividad del TDC en relación con lo que deberían ser sus fines genuinos. En efecto, se incrementa el peso relativo de las actividades de segundo nivel y se reduce la importancia relativa de las funciones primordiales de cualquier autoridad de defensa de la competencia. Al mismo tiempo, si se contrasta

³³ Desde la entrada en vigor de la actual Ley de Ordenación del Comercio Minorista en el año 1996, el TDC ha emitido 429 informes sobre la cuestión. La no publicación de dichos informes impide hacer una evaluación de los mismos, aunque las opiniones de los operadores económicos del sector ponen de manifiesto su evidente inutilidad.

³⁴ El número de recursos estimados por el TDC se ha incrementado significativamente en el año 2001, alcanzando el porcentaje del 27,5 por ciento, frente al 11,5 por ciento en el año 2000, 16,2 por ciento en el año 1999, 10,7 por ciento en el año 1998 o 20 por ciento en el año 1997.

el número de expedientes emitidos con la evolución de los presupuestos destinados al TDC se revela un incremento del gasto por expediente.

Los datos del cuadro 1 ponen de relieve que el TDC apura los plazos, con independencia de la importancia y relevancia de los expedientes desde la perspectiva de la competencia efectiva en los mercados de bienes y servicios. Ello refleja eficacia³⁵, pues se actúa dentro de los estrechos márgenes establecidos por la legislación, pero, en ocasiones, también manifiesta un comportamiento excesivamente administrativo.

CUADRO 1
TDC. EXPEDIENTES SANCIONADORES. 2001

<i>Núm. exp.</i>	<i>Fecha denuncia</i>	<i>Fecha entrada TDC</i>	<i>Fecha resolución</i>	<i>Notas</i>
482/00	13-07-95	01-02-00	05-01-01	Por resolución de 14-01-99 el TDC revocó el acuerdo de sobreseimiento del sdc.
483/00	07-07-99	14-01-00	11-01-01	
478/99	25-05-98	22-11-99	18-01-01	Recalificación.
500/00	29-07-97	05-09-00	18-01-01	Acuerdo transaccional.
480/99	28-12-98	03-12-99	22-01-01	
484/00	21-05-97	17-03-00	22-01-01	Recurso previo contra el sobreseimiento parcial del expediente (07-07-99).
485/00	20-07-99	17-03-00	09-03-01	
487/00	02-06-93	11-04-00	18-04-01	Recurso previo contra el sobreseimiento parcial del expediente (11-10-96).
489/00	10-07-97	28-04-00	24-04-01	
491/00	02-08-93	09-06-00	21-05-01	
493/00	27-04-99	05-06-00	30-05-01	
492/00	14-12-98	31-05-00	04-06-01	
494/00	19-05-97	19-06-00	13-06-01	Figura la fecha de admisión a trámite por el TDC.
495/00	25-09-98	20-06-00	20-06-01	
488/00	10-11-98	24-04-00	21-06-01	Diligencia para mejor proveer.

³⁵ Aunque en los casos de devolución de expedientes al sdc apurar los plazos contribuye a retrasar la resolución definitiva de los expedientes por el propio TDC.

<i>Núm. exp.</i>	<i>Fecha denuncia</i>	<i>Fecha entrada TDC</i>	<i>Fecha resolución</i>	<i>Notas</i>
497/00	23-12-96	12-07-00	25-06-01	
496/00	22-12-98	11-07-00	04-07-01	
498/00	15-01-92	17-07-00	05-07-01	El TDC revocó el acuerdo de sobreseimiento del SDC.
490/00	27-04-99	06-06-00	11-07-01	Figura la fecha de admisión a trámite por el TDC. Diligencia para mejor proveer.
499/00	21-07-97	20-09-00	10-09-01	Figura la fecha de admisión a trámite por el TDC.
501/00	26-11-97	07-09-00	10-09-01	
502/00	21-07-98	11-10-00	09-10-01	Figura la fecha de admisión a trámite por el TDC.
504/00	12-02-99	10-11-00	11-10-01	Figura la fecha de admisión a trámite por el TDC.
503/00	01-07-98	03-11-00	24-10-01	Figura la fecha de admisión a trámite por el TDC.
508/00	18-01-00	29-11-00	30-11-01	
507/00	11-04-96	13-12-00	03-12-01	Figura la fecha de admisión a trámite por el TDC.
506/00	02-12-98	24-11-01	19-12-01	

Fuente: TDC.

En todo caso, a la vista del cuadro 1, no puede dejar de mencionarse el hecho de que en el año 2001 se hayan resuelto un conjunto de expedientes cuya denuncia tuvo lugar allende los tiempos. Este hecho debe ser objeto de atención dado que la tardanza en instruir o resolver en nada contribuye a la efectividad del sistema español de defensa de la competencia. Como ejemplo, cabe subrayar los casos reflejados en el cuadro 2.

Como puede comprobarse, en ocasiones se trata de casos relevantes (monopolios o empresas pertenecientes a sectores básicos, por ejemplo) cuya resolución, sobre la base del interés público y, sobre todo, del interés de los consumidores, exige prontitud y sensibilidad.

Pero la citada dilatación de la vida de los expedientes no resume la gravedad de los problemas. Tan sólo es la manifestación de lo que ocurre en la primera etapa de la vida administrativa de los expedientes. El exceso de litigiosidad tiene uno de sus fundamentos en la redacción del art. 47 de la LDC. En efecto, al amparo del argumento de que las

CUADRO 2

TDC. EXPEDIENTES QUE HAN REGISTRADO UN DILATADO PERÍODO DE TRAMITACIÓN. 2001

<i>Expediente</i>	<i>Denominación</i>	<i>Fecha de la denuncia</i>
498/00	Funeraria Madrid	15-01-92
487/00	Radio Fórmula	02-06-93
491/00	Reciclado vidrio	02-08-93
482/00	Gas Natural Castilla y León	13-07-95
507/00	Cirugía Plástica Aragón	11-04-96
497/00	Seguros Médicos Ciudad Real	23-12-96
489/00	MOB/Telefónica Móviles	10-07-97
494/00	Transportes Ría Vigo	19-05-97
499/00	Repsol	21-07-97
500/00	Uniprex/Agedi	27-07-97
501/00	Cepsa 2	26-11-97

Fuente: TDC.

actuaciones instructoras causan indefensión se recurren cuestiones como las siguientes: la falta de comunicación de la apertura de una información reservada, las órdenes de investigación o de verificación acordadas por el Director del SDC, los requerimientos de información dirigidos a las partes, la negativa de acceso al expediente fuera del momento procesal oportuno, la declaración de confidencialidad, el acuerdo de no sobreseimiento, la incompetencia de jurisdicción, la ilegalidad de las pruebas, la confidencialidad de la documentación, la declaración de parte interesada, la concurrencia con procedimientos comunitarios, la prescripción o caducidad, el cambio de calificación, la existencia de infracciones no contempladas en el pliego de cargos, y, en definitiva, la mayoría de los actos administrativos necesarios para llevar a cabo la instrucción o la resolución de un expediente³⁶. Todo ello supone costes para los interesados e ingresos para los abogados, lo que da lugar a un interesante ejercicio desde la perspectiva del análisis económico del Derecho. Como ha señalado LI. CASES³⁷, «en caso de impugnación (prácticamente en

³⁶ Un ejemplo de los obstáculos interpuestos en la resolución de un expediente puede verse en la Resolución de fecha 24 de abril de 2002, recogida en el Expediente 486/00, McLane/Tabacalera, que terminó con una propuesta de sanción de 3 millones de euros.

³⁷ LI. CASES, *Liberalització i desregularització. El nou intervencionisme?*, Colegio de Economistas de Cataluña, 2001.

todos los casos en que la resolución es condenatoria³⁸) se plantea el correspondiente recurso ante la Audiencia Nacional³⁹. Y, finalmente, el recurso de casación ante el Tribunal Supremo (que, en general, siempre confirma la decisión administrativa). En conjunto, más de ocho años. Sin duda se trata de un período insostenible. Seguramente en la fase judicial no debería hablarse de más recursos, sino de una reforma profunda que asegure que en estas materias, esenciales para el funcionamiento de la economía, los pronunciamientos se dicten en plazos razonables. En todo caso es imprescindible que el sistema se analice de forma global»⁴⁰.

El análisis de cuanto antecede exige una reflexión profunda que supere las pretensiones gremiales de aquellos que en lugar de defender los intereses reales de los interesados y de los mercados defienden sus propios intereses. En algunos casos parece como si el argumento de la necesaria seguridad jurídica, siempre defendible, no sea más que un pretexto dirigido a apoyar la percepción de rentas.

En mi opinión, debe promoverse una mayor agilidad del sistema⁴¹ que no excluya la posibilidad de un TDC jurisdiccional con el correspondiente apoyo de economistas dotados, de forma probada, de los conocimientos suficientes y necesarios para sustentar, con el debido rigor científico, las resoluciones de un órgano como el TDC cuya importancia en el contexto actual es incuestionable.

B. LA CONSIDERACIÓN DE LAS AYUDAS PÚBLICAS⁴²

En relación con las ayudas públicas, el art. 19.2 de la LDC las define como «las aportaciones de recursos a operadores económicos y empresas públicas o privadas, así como a producciones, con cargo a fondos públicos o cualquier otra ventaja concedida por los poderes o entidades públicos que suponga una reducción de las cargas a las que deberían hacer frente los operadores económicos y las empresas en condiciones de mercado o que no lleven implícita una contraprestación en condiciones de mer-

³⁸ Pese a no disponer, en el momento de redactar el presente trabajo, de toda la información necesaria, véase, p. ej., el cuadro 3.

³⁹ Cabe recordar que, en ocasiones, la jurisdicción contencioso-administrativa suspende la ejecución de las Resoluciones del TDC mientras dura el procedimiento al recurso sin considerar explícitamente que junto a los intereses privados de las partes en litigio existe el interés público, cuya mayor expresión es el funcionamiento eficiente de los mecanismos de mercado, cuya perturbación causa siempre un daño irreparable al sistema económico, con independencia de los perjuicios que las conductas restrictivas de la competencia puedan causar a los operadores económicos particularmente afectados. No debe olvidarse, también, que pese a que la LDC establece la nulidad de pleno derecho de los acuerdos restrictivos de la competencia (art. 1), algunos magistrados y tribunales civiles no toman en consideración la LDC y obligan a los firmantes de acuerdos punitivos a su cumplimiento, o a ejecutar dichos acuerdos por la vía de apremio.

⁴⁰ Imagínese, tan sólo, que lo anterior se aplica a un expediente correspondiente a una denuncia formulada en el año 1992 y resuelta por el TDC en el año 2001.

⁴¹ Cualquier plazo total que exceda los treinta y seis meses es ineficiente.

⁴² De acuerdo con los datos de la CE contenidos en su Informe del mes de julio de 2001, el volumen total de las ayudas en España se ha reducido a lo largo del período 1995-1999.

cado». Y añade la LDC que también se consideran ayudas públicas «cualesquiera otras medidas de efecto equivalente al de las anteriores que distorsionen la libre competencia»⁴³.

Como, por regla general, las ayudas públicas tienen aptitud para modificar las condiciones de la competencia en los mercados de bienes y servicios, la LDC establece que el TDC, de oficio o a instancia del Ministro de Economía, «analizará los criterios de concesión de ayudas públicas, en relación con sus efectos sobre las restricciones de competencia, con el fin de emitir un informe que elevará al Consejo de Ministros». Lo relevante de dicho informe es su publicidad. Por ello, la LDC dice rotundamente que dicho informe «será público». Es justamente este carácter de público lo que le concede la fuerza necesaria para contrarrestar los efectos de determinadas ayudas concedidas por las diversas Administraciones. En todo caso, la LDC establece cautelas, pues determina que el Consejo de Ministros decidirá «según los casos» proponer a las Administraciones «la supresión o la modificación de los citados criterios, así como, en su caso, las demás medidas conducentes al mantenimiento o al restablecimiento de la competencia».

El TDC ha hecho uso de dicha competencia sólo en tres ocasiones⁴⁴ a pesar del amplio abanico de ayudas que se reparten por las distintas Administraciones Públicas con evidentes efectos sobre la competencia, dado que alteran la información procedente de los mercados y contribuyen a modificar la asignación de los recursos a favor de las empresas beneficiarias de las subvenciones que no siempre coinciden con las empresas más eficientes. En todo caso, puede sostenerse que las ayudas públicas no contribuyen a mejorar la eficacia global de la economía, pudiéndose llegar a la paradoja de que una empresa ineficiente que cuente con la colaboración de las ayudas públicas expulse del mercado a una empresa eficiente que no disponga de cooperación financiera pública.

Desde la perspectiva del análisis económico los efectos de las ayudas públicas dependen del tipo de mercado (monopolístico o en competencia, por ejemplo), del comportamiento estratégico de las empresas (según compitan o coludan, por ejemplo) y del destino de las subvenciones (empresas o consumidores, por ejemplo). Incluso pueden obtenerse los mismos resultados subvencionando a determinadas empresas o acentuando la competencia entre ellas. En síntesis, puede afirmarse⁴⁵ que «una misma cuantía de subvención puede tener efectos asignativos distintos según el comportamiento de un conjunto de variables como: la elasticidad-precio de la demanda de los bienes o servicios subvencionados, las elasticida-

⁴³ Sobre los aspectos relacionados con las ayudas públicas ver M. MONTI, *EU Policy towards fiscal state aid*, Seminar on «State Aid and Tax», Universiteit Nyerode, The Netherlands, 20 de enero de 2002.

⁴⁴ La referencia procede del TDC. Sin embargo, los Informes correspondientes no han podido ser consultados ni figuran en su página web.

⁴⁵ A. PETITBÒ y M. VILALTA, «Las ayudas públicas a la industria», *ICE*, núm. 775, diciembre 1998-enero 1999.

des-precio del bien o servicio subvencionado, el comportamiento estratégico de las empresas, la relación entre el volumen de la subvención que reciben las distintas empresas de un sector, la elasticidad de sustitución entre bienes, la intensidad con que se utiliza un determinado factor (trabajo o capital) en la producción del bien o servicio subvencionado, etc.».

Dado que las ayudas públicas distorsionan el perfecto funcionamiento de los mercados, las autoridades de defensa de la competencia deben actuar impidiendo que las acciones de las Administraciones Públicas alteren las condiciones sobre las cuales las empresas toman sus decisiones. Por estas razones, la LDC concedió al TDC competencias para «examinar las ayudas otorgadas a las empresas con cargo a recursos públicos, en relación con sus efectos sobre las condiciones de competencia», añadiendo que, a la vista del dictamen del TDC, el Ministro de Economía y Hacienda «podrá proponer a los poderes públicos la supresión o modificación de ayudas, así como, en su caso, las demás medidas conducentes al mantenimiento o restablecimiento de la competencia». Incluso se concede al TDC la competencia de «dirigir comunicaciones o requerimientos a las empresas, así como recabar de las Administraciones Públicas para que les informen sobre las aportaciones de recursos públicos o las ventajas financieras concedidas u obtenidas».

C. EL FOMENTO DE LA COMPETENCIA Y DE LA ELIMINACIÓN DE LA REGULACIÓN INEFICIENTE ⁴⁶

En los sectores liberalizados los efectos de la competencia para los consumidores han sido evidentes. La reducción de los precios ha ido acompañada de una mayor capacidad de elección y, casi siempre, de incrementos de la demanda. La evidencia empírica ha corroborado las predicciones de la teoría económica: cuando se eliminan los obstáculos que protegen a los monopolios y se introduce competencia en mercados tradicionalmente protegidos de la misma transformándolos en mercados impugnables, los precios se reducen, acercándose a los costes marginales, fomentando un aumento de la cantidad demandada. En otros términos, la competencia, si encuentra la respuesta eficiente de los operadores económicos, fomenta la aparición de resultados Pareto-óptimos, dado que alguno o algunos de los operadores que participan en el mercado ganan, sin que ninguno de ellos pierda. Simultáneamente, la competencia contribuye a mejorar la calidad y la diversidad de los productos, favoreciendo el control de la inflación y el crecimiento económico.

⁴⁶ En el XVI Congreso organizado por la FIDE, celebrado en Roma en el año 1994, se aceptó la siguiente definición: «La desregulación es el proceso por el cual las actividades económicas previamente sometidas a una normativa estatal son liberadas de forma total o parcial de esta normativa estatal y son sometidas a otro tipo de normativa menos restrictiva». Con independencia de dicha definición, en el presente contexto el análisis se refiere exclusivamente a la eliminación de la regulación ineficiente.

En relación con los efectos estimados de la eliminación de la regulación ineficiente puede sostenerse que los comportamientos competitivos fomentados por la modificación de la regulación contribuyen a mejorar la eficiencia empresarial. Asimismo, considerado el proceso dinámicamente, la eliminación de las normas ineficientes contribuye a aumentar la actividad innovadora y la inversión, y si ésta es sostenida y el mercado de trabajo es suficientemente flexible, el número de puestos de trabajo tiende a aumentar. En síntesis, la eliminación de la regulación ineficiente y la introducción de competencia fomentan la competitividad, prerequisite de la reducción de los precios y el crecimiento del conjunto de la economía. En consecuencia, la necesidad de competir y, para ello, de disponer de un marco regulador eficiente, a pesar de la mayor incertidumbre que conlleva en relación con la actividad empresarial, constituye un elemento común de referencia en la mayoría de países desarrollados.

La regulación innecesaria o ineficiente se traduce en importantes costes sociales y privados y en ineficiencias no deseadas tanto para determinados sectores, mercados y actividades como para el conjunto de la economía. La OECD⁴⁷ ha detectado cuatro posibles orígenes de dichos costes. En primer lugar, la reducción de los incentivos para economizar recursos por parte de las empresas puede conllevar un exceso de capital o de trabajo utilizados en los procesos de producción o distribución o una deficiente organización de la producción. En segundo lugar, un nivel de competencia insuficiente supone que los salarios o los beneficios se sitúan en un nivel superior al que correspondería a un nivel de eficiencia competitiva. En tercer lugar, la regulación ineficiente sobre los bienes o servicios puede limitar el aprovechamiento de las economías de escala y de alcance por parte de las empresas, exigiendo el empleo de servicios aunque dicho empleo sea ineficiente, situando los precios a un nivel superior al que correspondería a una situación de plena eficacia competitiva. Por último, se dispone de evidencia suficiente para invalidar la opinión de que las empresas que detentan un poder de mercado elevado pueden reinvertir los correspondientes beneficios extraordinarios en mayores tasas de I+D e innovación. Por el contrario, tal evidencia revela que la ausencia de competencia reduce los incentivos a introducir innovaciones tecnológicas en la producción o en el diseño de nuevos bienes y servicios o en la adaptación de la oferta a las necesidades de una demanda cambiante.

En resumen, como ha indicado la OECD⁴⁸, y como refleja la aplicación elemental del análisis económico, «los resultados directos de una regulación inadecuada en un sector particular probablemente sean mayores costes, mayores precios, asignación inadecuada de recursos, insuficiencia de innovación de producto y escasa calidad del servicio ofrecido».

La LDC ha facultado al TDC para que elevara al Gobierno propuestas de modificaciones legales destinadas a introducir o intensificar la com-

⁴⁷ Ver OECD, *Economic Outlook*, núm. 59, 1996.

⁴⁸ OECD, *OECD Input-Output Database*, 1996.

petencia en aquellos casos en que las normas legales fueran las causas de la falta o insuficiencia de competencia. Además, en un acto de confianza en relación con el TDC, el Gobierno le encomendó, en diversas ocasiones, la realización de estudios sobre «la legislación de precios administrados, exclusividades, situaciones de monopolios y condicionamiento al ejercicio profesional, a fin de que puedan ser identificados los costes del sistema de regulación de un amplio conjunto de sectores». El Gobierno también pidió al TDC la inclusión de «propuestas concretas de modificaciones normativas y que se identificara la Administración que debería llevarlas a cabo»⁴⁹.

El TDC cumplió con el mandato del Gobierno y sus Informes, tras ser realizados y entregados, fueron hechos públicos y publicados en la página web del TDC.

Posteriormente, se pretendió limitar la capacidad de propuesta del TDC y, en consecuencia, los informes realizados por el mismo a instancia de parte. El resultado fue que tales estudios, aun siendo realizados, no han sido publicados. La no publicación obedece a la adecuada cortesía administrativa, pero nada justifica, de forma bastante, que un Informe realizado por un órgano administrativo cuya función es la defensa del interés público y que no afecta a cuestiones relacionadas con la confidencialidad de las empresas permanezca en el anonimato y descanse en la oscuridad de los despachos de quien tiene que tomar decisiones, en ocasiones de indudable trascendencia.

En los últimos años el TDC ha realizado Informes, sin duda de notable trascendencia y calidad. De acuerdo con los datos de su página web, en el año 2001 el TDC ha emitido nueve Informes, desconocidos por aquellos que puedan tener interés en los mismos. La discreción, aun siendo justificada, no encaja con los principios de transparencia y fomento del debate característicos de los órganos de defensa de la competencia. No se entiende, pues, que Informes con un impacto inequívoco sobre cuestiones relacionadas con los intereses públicos no sean conocidos por todos los interesados, directa o indirectamente, en los mismos. Este hecho no sólo no resulta justificado desde las prístinas raíces del Derecho de la competencia, sino tampoco desde la perspectiva del interés general.

D. LA APLICACIÓN DEL ANÁLISIS ECONÓMICO

En las Facultades de Derecho es frecuente que la Economía Política, como disciplina académica, sea considerada una asignatura de segundo nivel. En el mismo sentido, algunos estudiantes y también profesores que enseñan en las Facultades de Economía no comprenden la importancia de que los economistas dispongan de unos buenos fundamentos jurídicos,

⁴⁹ Véase Tribunal de Defensa de la Competencia, *Remedios políticos que pueden favorecer la libre competencia en los servicios y atajar el daño causado por los monopolios*, Ministerio de Economía y Hacienda, 1994.

olvidando que en las sociedades modernas los problemas fundamentales, con mucha frecuencia, combinan principios económicos y jurídicos. Ambas posiciones reflejan la defensa de intereses gremiales y olvidan que en las economías modernas el Derecho y la Economía son fuentes de conocimiento que se necesitan mutuamente para comprender los fenómenos más relevantes de las modernas economías de mercado.

R. A. POSNER, por ejemplo, escribió su *Análisis económico del Derecho*⁵⁰ «con la convicción de que la economía es una herramienta poderosa para analizar un vasto conjunto de cuestiones legales, pensando al mismo tiempo que la mayoría de los juristas y los estudiantes de Derecho (incluso los muy brillantes) tiene dificultades para relacionar los principios económicos con los problemas legales concretos».

En las páginas anteriores se ha puesto de manifiesto que, en muchos casos, el desarrollo de los expedientes tramitados por las autoridades españolas de defensa de la competencia se demora, perjudicando a unos operadores económicos y beneficiando a otros. Este hecho plantea problemas económicos de envergadura que solamente pueden abordarse desde una perspectiva económica y jurídica empleadas simultáneamente. En este punto, considerando crucial la articulación eficiente del análisis económico y jurídico recuerdo el siguiente problema sugerido por POSNER⁵¹: «La cuestión de la demora en los procedimientos administrativos es un interesante ejemplo del conflicto entre la opinión de que las agencias administrativas se crean para servir al interés público pero con frecuencia fracasan en tal propósito a causa de malas políticas o de los fallos del personal y la opinión de que las agencias en realidad se crean para promover los intereses de los grupos políticos eficaces, lo que hacen en una forma más o menos eficiente. ¿Es la demora siempre ineficiente? ¿Puede usted imaginar algunos casos en que la demora ayuda o perjudica a grupos de interés particulares afectados por la acción administrativa?». Se trata de un buen ejemplo que debería ser resuelto sin duda ni dilación por todos aquellos interesados en la aplicación del Derecho de la competencia.

La interacción entre Derecho y economía es un campo en el que queda mucho camino por recorrer y en relación con el cual nuestras Facultades de Derecho y Economía han permanecido al margen olvidando que sobre estas cuestiones existe un campo de reflexión rico en matices y posibilidades.

El mismo Richard POSNER ha sintetizado perfectamente las relaciones entre Derecho y economía: «Para mí, el aspecto más interesante del conocimiento del Derecho y la economía ha sido su aspiración a colocar el estudio del Derecho sobre una base científica, con una teoría coherente, con hipótesis precisas deducidas de la teoría, y verificaciones empíricas de las hipótesis. El Derecho es una institución social de enorme anti-

⁵⁰ R. A. POSNER, *El análisis económico del Derecho*, Fondo de Cultura Económica, 1998 (1992).

⁵¹ *Op. cit.*

güedad e importancia, y no puedo ver ninguna razón para que no sea susceptible al análisis científico. La economía es la más avanzada de las ciencias sociales, y el sistema legal contiene muchos paralelismos y se solapa con los sistemas que los economistas han estudiado con éxito»⁵².

Estas cuestiones son particularmente relevantes en el Derecho de la competencia. Las relaciones entre el análisis económico y el Derecho de la competencia en ocasiones han sido distantes, pero en los últimos años la opinión de que la aplicación de Derecho de la competencia exige una base económica sólida, especialmente en el campo de la economía industrial, ha ganado consistencia⁵³.

El propio Comisario europeo responsable de la competencia ha abordado estas cuestiones⁵⁴. En relación con la aplicación del Derecho de la competencia por los jueces, el Comisario recordó que el Derecho de la competencia es un Derecho económico y que el hecho relevante es que los principios económicos deben ser aplicados de acuerdo con un marco legal. De nuevo aparece la necesaria interacción y retroalimentación entre Derecho y economía. Difícilmente puede entenderse el núcleo de las cuestiones económicas que subyacen en los conflictos que surgen de la conducta de los mercados sin un dominio suficiente del análisis económico del Derecho. Y difícilmente puede desarrollarse dicho análisis sin un conocimiento suficiente del marco legal en que se desarrollan las conductas empresariales.

Los fenómenos económicos cada vez son más complejos y dicha complejidad se acentúa como consecuencia de la globalización de los mercados. Por esta razón es necesario replantear los análisis tradicionales tanto en relación con la estructura y comportamiento de los mercados como de la aplicación efectiva del Derecho de la competencia. Mercados globales exigen un Derecho de la competencia que atienda a esta última realidad, que estimule la actividad empresarial y que no se convierta en un obstáculo innecesario. En este nuevo marco, por ejemplo, la cuota de mercado en relación con los mercados nacionales va perdiendo importancia y, al mismo tiempo, la va ganando el análisis de las barreras de entrada y la impugabilidad de los mercados.

Este hecho pone de relieve que el Derecho de la competencia y el correspondiente análisis económico de derecho son realidades vivas, que

⁵² Juez Richard A. POSNER, en M. FAURE y R. VAN DEN BERGH (comps.), *Essays in Law and Economics*, 1989, citado por R. COOTER y T. ULEN, *Derecho y Economía*, FCE, 1998 (1987).

⁵³ Resulta ilustrativa la lectura de Ch. D. SÉLLER, «Antitrust Economics as a Science», *The Antitrust Bulletin*, Winter, 1997. Un ejemplo de la utilidad del análisis económico en el campo de la regulación económica puede verse en W. K. VISCUSI, «Economic Foundations of the Current Regulatory Reform Efforts», *Journal of Economic Perspectives*, vol. 10, No. 3, Summer 1996. Como referencia de la importancia que puede tener la aplicación del análisis económico puede verse la Sentencia de la Audiencia Nacional de 28 de noviembre de 2001, correspondiente al recurso 1059/1999 en relación con un registro de información de crédito. La comparación entre los argumentos del TDC (de la mayoría y de los votos particulares) y de la Audiencia ponen de relieve la distinta aplicación del análisis económico.

⁵⁴ Véase, p. ej., M. MONTI, Conferencia pronunciada en la Europäische Rechtsakademie, «Towards the Application of Article 81(3) by National Courts», <http://europa.eu.int/rapid/start/cgi/>, 2000.

evolucionan continuamente, y que su aplicación por las autoridades nacionales e internacionales exige una continua puesta al día de los conocimientos. En este campo, más que en cualquier otro, la rutina y la tradición son los prerequisites de la aplicación ineficiente del análisis y el preludio de errores cuyos efectos en muchos casos pueden ser irreparables.

3. LA DESCENTRALIZACIÓN DE LA APLICACIÓN DE LAS NORMAS DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y LAS FUNCIONES DEL TDC

El día 22 de febrero de 2002 se publicó en el *BOE* la citada Ley 1/2002. De acuerdo con los criterios sostenidos por el Tribunal Constitucional (TC), la Constitución no atribuye la «defensa de la competencia» al Estado con carácter de exclusividad. En consecuencia, en tanto no lo impidan las competencias atribuidas al Estado por la Constitución, la defensa de la competencia podrá corresponder a las CCAA de acuerdo con sus propios Estatutos de Autonomía, dado que en ellos se encuentran referencias «más o menos generalizadas» de atribución de competencias a las CCAA en materia de «comercio interior», lo cual, de acuerdo con los criterios del TC, incluye la ejecución de la defensa de la competencia, correspondiendo al Estado la potestad legislativa.

Con independencia de la pertinencia, o no, de la descentralización de la aplicación de las normas de defensa de la competencia, un análisis somero del argumento utilizado por el TC pone de manifiesto que la relación causal empleada es frágil, especialmente desde la perspectiva del análisis económico, dado que la defensa de la competencia incluye una variedad de campos de aplicación que sobrepasan las incluidas en el campo del «comercio interior»⁵⁵.

La ampliación de las responsabilidades en materia de competencia a las CCAA plantea tres cuestiones de fundamental importancia: la primera se refiere a la necesidad de tomar como referencia la defensa de la unidad del mercado. Este principio resulta amparado por la sentencia del TC que considera que la capacidad normativa y las actividades que determinan la configuración de la unidad de mercado deben atribuirse al Estado. En otros términos, como se sostiene en el Proyecto de Ley, al Estado corresponderán «las actuaciones ejecutivas en relación con aquellas prácticas que puedan alterar la libre competencia en un ámbito supracomunitario o en el conjunto del mercado nacional, aunque tales actos ejecutivos deban realizarse en el territorio de cualquiera de las Comunidades Autónomas». La segunda cuestión se refiere a la aplicación uniforme

⁵⁵ En todo caso, estas cuestiones exigen un análisis monográfico distinto del que ahora se desarrolla.

de las normas de defensa de la competencia⁵⁶. A pesar de que la Ley prevé el establecimiento de los mecanismos de conexión pertinentes «siempre que resulten constitucional y estatutariamente correctos, y los imprescindibles mecanismos de colaboración e información recíproca», nada asegura la ausencia de conflictos e incoherencias en la aplicación de la doctrina. La tercera cuestión se refiere a la actividad que quedará reservada al TDC.

No cabe duda de que este proceso de descentralización es relevante. De acuerdo con *Expansión* (11 de abril de 2002), al menos «Galicia, Valencia, Cataluña, Madrid, País Vasco y también Andalucía han planteado la decisión de crear tribunales autonómicos específicos». En otros casos, parece ser que se opta por la firma de Convenios con el TDC. Análisis previos estimaban que, aproximadamente, entre dos tercios y tres cuartas partes de los casos analizados hasta ahora por las autoridades únicas de defensa de la competencia serían susceptibles de ser incluidas dentro de los parámetros que permiten calificarlos de dimensión sub-central y su tramitación correspondería, por tanto, a las nuevas autoridades de las CCAA. Este hecho supondría que a la descentralización promovida por la CE se sumará otra inducida por la sentencia del TC. Será necesario un rápido aprendizaje y una severa capacidad de análisis si se desea que las autoridades de defensa de la competencia mantengan la autoridad que las ha caracterizado en los últimos años. Y, sobre todo, será necesario un riguroso análisis social de sus actuaciones. Tales afirmaciones tienen su apoyo en la experiencia precedente no sólo de la aplicación de la Ley de Competencia Desleal, sino también en determinadas consideraciones de los jueces ordinarios en relación con cuestiones amparadas por la cobertura de la LDC⁵⁷.

De acuerdo con la Ley, corresponderá al Estado la aplicación de los arts. 1, 6 y 7 de la LDC «cuando las citadas conductas alteren o puedan alterar la libre competencia en un ámbito supraautonómico o en el conjunto del mercado nacional, aun cuando el ejercicio de tales competencias haya de realizarse en el territorio de cualquiera de las Comunidades Autónomas». Cuando las citadas conductas, «sin afectar a un ámbito superior al de una Comunidad Autónoma o al conjunto del mercado nacional, alteren o puedan alterar la libre competencia en el ámbito de la respectiva Comunidad Autónoma» serán las propias CCAA las que tendrán las competencias reconocidas en la LDC. Las CCAA también tendrán competencias en materia de autorizaciones de acuerdo con los puntos de conexión establecidos entre ellas y el Estado.

⁵⁶ En la Exposición de Motivos de la Ley 1/2002 se dice que «no obstante, el ejercicio de estas competencias (comercio interior y defensa de la competencia) 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... todo ello en aras a respetar la igualdad de las condiciones básicas de ejercicio de la actividad económica...».

⁵⁷ Ver L. PALMA, «Claves de aplicación de la política de defensa de la competencia en materia de acuerdos para la fijación de precios y reparto de mercado. Análisis de un caso», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, agosto-septiembre 1999.

La línea de demarcación entre las competencias estatales y autonómicas tendrá, en algunos casos, perfiles difusos. En consecuencia, la norma reguladora pretende reducir en la medida de lo posible los elementos de discrepancia. Por ello considera que la libre competencia puede resultar alterada en un territorio supraautonómico, en el conjunto del mercado nacional o pueda afectar a la unidad de mercado en los siguientes casos. En primer lugar, según «la dimensión del mercado afectado, la cuota de mercado de la empresa correspondiente, la modalidad y alcance de la restricción de la competencia, o sus efectos sobre los competidores efectivos o potenciales y sobre los consumidores y usuarios, aun cuando tales conductas se realicen en el territorio de una Comunidad Autónoma». Y, en segundo lugar, cuando una determinada conducta pueda afectar el justo equilibrio económico entre distintos territorios del Estado, implicar medidas que, directa o indirectamente, restrinjan la libre circulación o el establecimiento de bienes y personas en todo el territorio nacional, supongan la compartimentación de los distintos mercados o menoscaben «las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales, aun cuando tales conductas se realicen en el territorio de una Comunidad Autónoma».

Lógicamente se ha establecido una Junta Consultiva en materia de conflictos (art. 3) y unos mecanismos de coordinación (art. 5). En el fondo, se trata de evitar el riesgo de que los órganos correspondientes a las CCAA tiendan a proteger más los intereses inmediatos que los de alcance más general o que sus conductas dificulten innecesariamente las estrategias de promoción y defensa de la competencia de dimensión estatal. Dichas cuestiones, cuya mención procede del análisis de la estrategia descentralizadora llevada a cabo en otros países, deberían ser objeto de permanente análisis y, en su caso, de discusión sobre la base de que el fin último de la defensa de la competencia es asegurar que las vibraciones competitivas de las empresas sean el mecanismo inspirador de sus conductas y estrategias en el contexto de unos mercados progresivamente competitivos y globalizados.

En todo caso, pueden afinarse las previsiones citadas con un examen pormenorizado de la realidad correspondiente al ejercicio 2001. Por su especial relevancia el análisis se limita a los expedientes sancionadores. La relación de las Resoluciones del TDC correspondientes a dichos expedientes, así como algunas de sus características se resumen en el cuadro 3. El recuento de las Resoluciones correspondientes a los expedientes sancionados tramitados por el TDC revela que la actividad de los eventuales Tribunales Autonómicos, *ceteris paribus*, no será agotadora. En efecto, el recuento de los expedientes revela que su ámbito territorial es el siguiente: Andalucía (5), Comunidad de Madrid (4), Aragón (2), Galicia (2), Castilla-La Mancha (1), Castilla y León (1), Cataluña (1), Murcia (1), País Vasco (1). A la luz del pasado no parece, por tanto, justificada la necesidad imperiosa de disponer de órganos de defensa de la com-

CUADRO 3

TDC. DIMENSIÓN TERRITORIAL DE LOS EXPEDIENTES SANCIONADORES. 2001

Fecha	Núm. exp.	Expediente	Arts. infrin- gidos	Votos part.	Mercado geográfico relevante	Sanción (€)	Recurso	Observaciones
05-01-01	482/00	Gas Natural Castilla y León	1,6	No	Ciudad de León	168.283,39	Sí	Incluye diligencia para corrección de errores. Es más pertinente denominar el expediente como Gas Natural de Castilla y León, S. A.
11-01-01	483/00	Colegio Gestores Administrativos de Galicia	1	No	Provincia de Lugo	30.050,60	Sí	
18-01-01	478/99	Abogados Cádiz	6	No	Demarcación del Colegio de Cádiz	12.020,24	Sí	Es más pertinente denominar el expediente como Colegio Provincial de Abogados de Cádiz.
18-01-01	500/00	Uniprex/Agedi	6	No	España ¹	Desistimiento	No	El desistimiento tuvo lugar por un acuerdo transaccional de las partes que no consta que haya sido analizado por el TDC.
22-01-01	480/99	Abogados Jerez	1	No	Demarcación del Colegio de Jerez de la Frontera	4.008,10	Sí	Es más pertinente denominar el expediente como Colegio de Abogados de Jerez de la Frontera.
22-01-01	484/00	Prensa Córdoba	1	No	Provincia de Córdoba	40.080,97	Sí	
09-03-01	485/00	Agentes Propiedad Murcia	7	No	Comunidad Autónoma de Murcia	6.010,12	Sí	Es más pertinente denominar el expediente como Colegio de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria de Murcia.

CUADRO 3 (Continuación)

Fecha	Núm. Exp.	Expediente	Art. infrin- gidos	Votos pari.	Mercado geográfico relevante	Sanción (€)	Recurso	Observaciones
18-04-01	487/00	Radio Fórmula	1	No	España	—	Sí	Incluye diligencia para corrección de errores.
24-04-01	489/00	MOB/Telefónica Móviles	6	No	España ²	300.506,05	Sí	
21-05-01	491/00	Reciclado vidrio	1	No	España	150.253,03	?	Es más pertinente denominar el expediente como Agrupación Nacional de Reciclado de Vidrio.
30-05-01	493/00	CEPSA	1	2	Asturias, Jaén, Madrid (España)	1.202.024,21	?	
04-06-01	492/00	Hormigón Gerona	1	No	Gerona	450.759,07		Incluye diligencia para corrección de errores.
13-06-01	494/00	Transportes Ría Vigo	6	No	Ría de Vigo	3.005,06	?	
20-06-01	495/00	Velatorios Madrid	6	No	Ciudad de Madrid	—	?	La Resolución cuenta con tres votos en contra, incluido el del Presidente. Es más pertinente denominar el expediente como Empresa Mixta de Servicios Funerario de Madrid, S. A.
21-06-01	488/00	Repsol	1	1	Local (España)	—	?	En el expediente referido al contrato entre Repsol y una gasolinera no consta la localidad.

CUADRO 3 (Continuación)

Fecha	Núm. Exp.	Expediente	Art. infrin- gidos	Votos part.	Mercado geográfico relevante	Sanción (€)	Recurso	Observaciones
25-06-01	497/00	Seguros Médicos Ciudad Real	6	No	Ciudad Real	90.151,82	?	Es más pertinente denominar el expediente como Seguro Colegio Médico Quirúrgico, S. A., de Ciudad Real. En el expediente no figura explícitamente el mercado geográfico relevante.
04-07-01	496/00	Operadores aerportuarios	1	No	Aeropuerto de Barajas	72.121,45		
05-07-01	498/00	Funeraria Madrid	6	1	Ciudad de Madrid	—	?	Es más pertinente denominar el expediente como Empresa Mixta de Servicios Funerario de Madrid, S. A. El voto particular fue formulado por tres Vocales, incluido el Vocal Ponente.
11-07-01	490/00	Repsol	1	3	Tres provincias (España)	3.005.060,52	Si	Uno de los votos es formulado por dos Vocales y otro por el Vocal Ponente.
10-09-01	499/00	Repsol	1	No	España	360.607,26	?	
10-09-01	501/00	Cepsa 2	1	No	Sevilla (España)	—	?	Se aplica (de forma discutible) el principio <i>non bis in idem</i> .
09-10-01	502/00	Funeraria Madrid 3	6	No	Ciudad de Madrid	72.121,45	?	Es más pertinente denominar el expediente como Empresa Mixta de Servicios Funerarios de Madrid, S. A.
11-10-01	504/00	Abogados Madrid	1	No	Demarcación del Colegio de Madrid	120.202,42	?	Es más pertinente denominar el expediente como Ilustre Colegio de Abogados de Madrid.

CUADRO 3 (Continuación)

Fecha	Núm. Exp.	Expediente	Art. infringidos	Votos part.	Mercado geográfico relevante	Sanción (€)	Recurso	Observaciones
24-10-01	503/00	Feriantes Huesca	1,7	Si	Ciudad de Huesca	7.212,14	?	
30-11-01	508/00	Abogados Granada	6	No	Demarcación del Colegio de Granada	7.813,16	?	Es más pertinente denominar el expediente como Colegio de Abogados de Granada.
03-12-01	507/00	Cirugía Plástica Aragón	7	No	Zaragoza	—	?	Es más pertinente denominar el expediente como Sociedad Aragonesa de Cirugía Plástica, Reparadora y Estética. No figura el mercado geográfico relevante en la Resolución. A lo sumo puede extenderse a la Comunidad Autónoma de Aragón.
19-12-01	506/00	Transportes Mercancías Vizcaya	1	No	Zona portuaria de Vizcaya	1.262.726,43		Incluye diligencia para corrección de errores.

Notas:

1 No figura en el expediente.

2 No figura explícitamente en el expediente.

Fuente: TDC.

petencia. En otro sentido, si la actividad de los nuevos órganos pone de manifiesto que el número de expedientes abiertos se incrementa significativamente, no sólo se revelará su utilidad y la eficacia de su función, sino que, además, resultará evidente que la actividad de los organismos centrales de defensa de la competencia no alcanzaba su máxima eficacia. El balance queda para el futuro.

Los datos contenidos en el cuadro 3 incorporan una información variada que no se limita al mercado geográfico relevante y, en consecuencia, a la autoridad susceptible de resolver los expedientes relacionados con la defensa de la competencia. Por una parte, refleja la importancia relativa de los recursos recaídos sobre resoluciones del TDC. También pone de manifiesto que los expedientes sancionadores acostumbran a terminar con una sanción económica. Asimismo revela la existencia de discrepancias en el seno del TDC, especialmente en los expedientes de envergadura, la inadecuación de la denominación de los expedientes —que, en ocasiones, induce a la confusión dado que no se refiere a la cuestión nuclear del expediente⁵⁸—, así como la presencia de diligencias de corrección de errores. Pero, sobre todo —y éste es el objetivo del cuadro—, pone de relieve que la mayoría de expedientes sancionadores correspondientes al año 2001 se refieren a actividades correspondientes a un mercado geográfico inferior al mercado nacional, lo que supone, de acuerdo con la modificación descentralizadora de la LDC, que su análisis corresponderá a las nuevas autoridades de defensa de la competencia autonómicas. En efecto, de los 27 expedientes reflejados en el cuadro, al menos 18 (lo que supone 2/3 del total) se desplazarían del TDC hacia los nuevos órganos de defensa de la competencia.

La cuestión es relevante y merece atención no sólo por la reducción, *ceteris paribus*, de la actividad del TDC, sino también por el incremento de los recursos⁵⁹ concedidos al mismo, lo que es, sin duda, digno de parabienes. En el contexto de cuanto se ha dicho, se ha alegado⁶⁰ que los presupuestos del TDC han aumentado un 60 por ciento y que el problema del TDC es de falta de medios, manifestaciones que, lógicamente, son susceptibles de ser discutidas.

Lógicamente no se trata de reducir los recursos del TDC, sino de incrementar su eficacia. Por ello resulta adecuado reconsiderar sus funciones, algunas de las cuales, como se ha visto, son innecesarias (informes sobre apertura de grandes superficies, por ejemplo) y otras susceptibles de resolverse por la vía de la exención (registros de morosos o contratos de dis-

⁵⁸ Baste, como ejemplo, observar los expedientes relacionados con distintos Colegios de Abogados que se presentan como referidos a los profesionales de la abogacía.

⁵⁹ El presupuesto del TDC correspondiente al ejercicio 2002 es de 2,3 millones de euros, cifra claramente superior a los 1,4 millones de euros correspondientes a los ejercicios 1997, 1998 y 1999.

⁶⁰ *Expansión*, 2 de febrero de 2002.

tribución exclusiva o selectiva⁶¹, por ejemplo). Con estas premisas surge una pregunta: ¿cuál debería ser la función del TDC?

La cuestión no es trivial. Una primera respuesta podría sugerir la reducción de medios en consonancia con la compresión de funciones. Pero dicha respuesta no sería eficiente. En efecto, si como dice el análisis teórico y avala la evidencia empírica la competencia conduce a una mejor eficiencia en la asignación de recursos, más competencia es preferible a menos y, por lo tanto, la actividad del SDC y del TDC es absolutamente necesaria, no sólo en su dimensión actual, sino en una nueva dimensión reforzada y ampliada. En consecuencia, la aplicación del análisis económico y del sentido común aconsejan dedicar los recursos existentes no sólo al análisis de los casos más relevantes, con mayor contundencia si cabe, y, sobre todo, a la detección y persecución legal de todas aquellas conductas que dañen el funcionamiento competitivo de los mercados. Un análisis más profundo de los casos relevantes parece a todas luces necesario. Asimismo, resulta conveniente explicitar los criterios de aplicación del análisis de la competencia. Esta cuestión es significativa, pues un análisis de las Resoluciones del TDC revela cambios de criterio que son necesarios justificar con precisión. Esta opinión puede hacerse extensiva a los Tribunales que revisan las Resoluciones del TDC. La persecución de los cárteles y la realización de estudios y análisis sobre restricciones a la competencia, y su oportuna publicación, son, sin duda, las salidas naturales a la situación actual.

4. CONCLUSIONES

El análisis efectuado pone de relieve que las condiciones de la competencia en los mercados nacionales e internacionales se ha modificado significativamente en los últimos años. La competencia internacional complementa la competencia entre las empresas de un mismo país y el comportamiento de las empresas y los mercados de la nueva economía difieren de los correspondientes a las empresas tradicionales. Es necesario, en consecuencia, adaptar el análisis económico y aplicarlo al análisis de la nueva realidad. Ahora, la conducta y las estrategias empresariales adquieren una nueva relevancia y el análisis de las estructuras, aun siendo significativo, queda, progresivamente, relegado a un segundo plano.

El funcionamiento eficiente de los mercados requiere normas eficientes y eficiencia en su aplicación. En consecuencia, las autoridades encar-

⁶¹ En el *Informe de Progreso sobre las reformas en los mercados de bienes y servicios y capitales*, diciembre 2001, se indica que «en relación con los niveles de las ayudas públicas y su impacto en los mercados, de acuerdo con los datos más recientes, recogidos por la Comisión Europea en su informe de julio de 2001, puede decirse que el volumen total de las ayudas en España ha experimentado un progresivo y sustancial descenso a lo largo de todo el período 1995-1999. En términos de porcentaje del PIB, la reducción de las ayudas en España ha ido en línea con la de la media de la Unión Europea, situándose, en todo caso, en niveles más bajos en términos de ayuda por asalariado».

gadas de la defensa de la competencia deben tener como misión tanto la defensa de la misma y la persecución y erradicación de las conductas que entorpezcan o eliminen la competencia como su impulso y promoción cuando la competencia sea insuficiente, especialmente en aquellos mercados relacionados con los bienes básicos (suelo, energía, telecomunicaciones, por ejemplo). La liberalización por etapas, aun habiendo dado buenos resultados, ha dejado un largo trecho por recorrer. En consecuencia, en España conviven actividades sometidas a las vibraciones competitivas con otras protegidas de las mismas (farmacias, estancos, librerías, taxis, gas, electricidad) o amparadas por inexplicables ayudas públicas cuyo análisis desde la perspectiva de la competencia (no sólo desde la perspectiva de su legalidad) resulta absolutamente necesario. Complementariamente, la globalización de los mercados exige la cooperación internacional de los gobiernos y de las autoridades de defensa de la competencia. En consecuencia, dados los estrechos lazos entre competencia y competitividad, la defensa de la competencia debería recibir un apoyo público indiscutible.

En relación con el sistema español de defensa de la competencia dos reflexiones se derivan del análisis efectuado. En primer lugar, es necesaria una correcta articulación entre los criterios y los resultados de la autoridad central y de los nuevos organismos autonómicos. En segundo lugar, resulta obligado eliminar los actuales estrangulamientos relacionados con su aplicación, cuya máxima expresión son los largos períodos de tiempo necesarios para resolver definitivamente los expedientes. Es necesario un nuevo planteamiento que elimine incertidumbres a los operadores económicos y que reduzca los plazos a treinta y seis meses como máximo. La situación actual, que supone, en general, plazos cercanos a los diez años y en ocasiones superiores a quince, no resiste el más mínimo análisis crítico, es ineficiente y beneficia solamente a las empresas que incumplen las normas de defensa de la competencia, perjudicando los intereses públicos y la eficiencia del conjunto de la economía.

Por último, la promoción de la competencia, con transparencia y publicidad, debe ser una de las misiones de los órganos de defensa de la competencia, cuya actividad, *ceteris paribus*, resultará disminuida como consecuencia de la descentralización de funciones derivada de la decisión del TC.

EL LIBRO VERDE SOBRE LA REFORMA DEL REGLAMENTO DE CONTROL DE CONCENTRACIONES

Carles ESTEVA MOSSO

Miembro del Gabinete del Comisario Europeo
de la Política de Competencia, Mario Monti *

Uno de los desarrollos más relevantes del año 2001 en el ámbito de la política de la competencia es, sin duda, la adopción por la Comisión Europea del Libro Verde sobre la Reforma del Reglamento de Control de Concentraciones¹. Por medio de este Libro Verde la Comisión pretende fomentar y estructurar un amplio debate sobre el régimen comunitario de control de concentraciones. Este proceso debería culminar con la adopción por la Comisión, y posterior debate en el Consejo, de una propuesta de reforma del Reglamento.

Este artículo presenta de forma sumaria el contexto del debate, así como los principales temas y propuestas desarrollados en el Libro Verde. Su objetivo no es avanzar anticipadamente propuestas de reforma sino simplemente facilitar al lector algunas claves con las que seguir el proceso de reforma del sistema comunitario de control de concentraciones que tendrá lugar a lo largo del presente año.

1. EL CONTEXTO DEL DEBATE

El objetivo principal del Reglamento de control de concentraciones², desde su entrada en vigor en el mes de septiembre de 1990, ha sido evitar que las fusiones y adquisiciones de empresas en Europa creen

* Responsable, en particular, de las políticas de control de concentraciones, anticárteles y del proceso de reforma de la política *antitrust*. Las opiniones del autor vertidas en este artículo no vinculan a la Comisión Europea.

El autor agradece la contribución de Stefan RYAN, funcionario en la *Merger Task Force*, en la preparación de este artículo.

¹ El texto íntegro del Libro Verde está disponible en la página web de la DG Competencia: <http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/review/>.

² Reglamento (CEE) núm. 4064/89 del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas. *DOCE*, núm. L 395, de 30 de diciembre de 1989, p. 1.

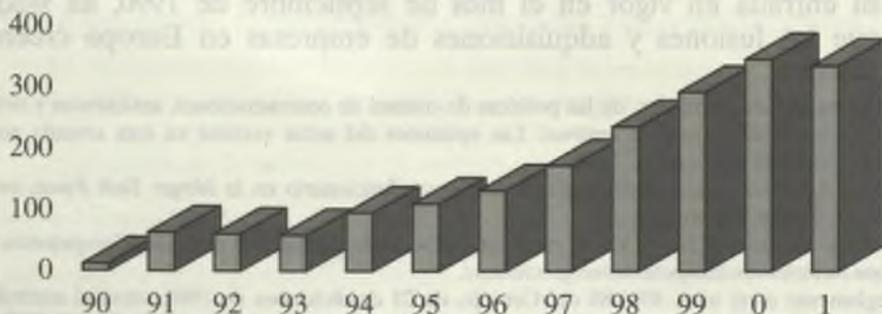
estructuras anticompetitivas que perjudiquen al consumidor. La adopción del Reglamento llenó un hueco fundamental en la política de competencia comunitaria, que hasta la fecha podía ocuparse únicamente del comportamiento anticompetitivo de las empresas sobre la base de los arts. 81 y 82 del Tratado CE.

El sistema creado tuvo muy en cuenta desde sus inicios la necesidad de facilitar el proceso de reestructuración empresarial en Europa. Los considerandos del Reglamento indican claramente que se esperaba que el proceso de creación del Mercado Interior conduciría «a importantes reestructuraciones de empresas en la Comunidad» y que «semejante evolución debe valorarse de forma positiva porque responde a las exigencias de una competencia dinámica y puede aumentar la competitividad de la industria europea». Adicionalmente a los beneficios inherentes al proceso de reestructuración puede defenderse que, al contribuir a mantener un entorno competitivo en los mercados europeos, el control efectivo de las concentraciones contribuye también a aumentar la competitividad de las empresas europeas a escala mundial.

Las previsiones de los redactores del Reglamento se han demostrado acertadas. En esta última década, en particular en su segunda mitad, el proceso de reorganización empresarial en Europa ha experimentado un fuerte impulso. La globalización económica, el desmantelamiento de los obstáculos internos al comercio y la integración monetaria son, entre otros, algunos de los factores que han contribuido a fomentar dicho proceso.

Un análisis cuantitativo demuestra que el número de concentraciones notificadas a la Comisión ha aumentado de forma muy significativa durante la década de los noventa, hasta el punto que la cifra anual de asuntos examinados por la Comisión se ha multiplicado por más de cinco respecto de los años iniciales. En efecto, mientras que en el año 1991 la Comisión recibió 63 notificaciones, en el año 2000 la cifra se elevó a 345.

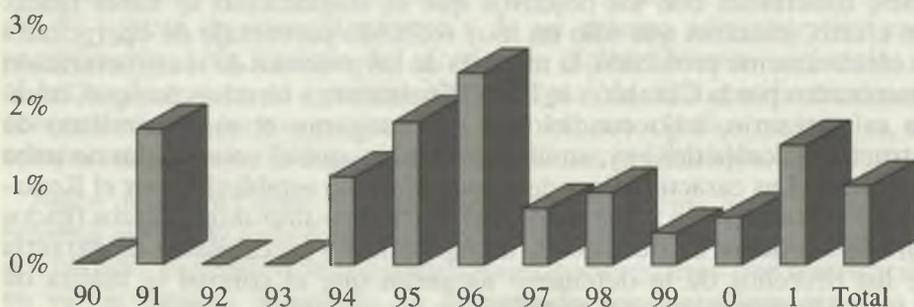
NOTIFICACIONES ANUALES



Durante todos estos años se experimentó un crecimiento de operaciones notificadas. Este proceso de crecimiento empezó a moderarse, sin embargo, en los últimos meses del ejercicio 2001, que concluyó con 335 operaciones notificadas. En total, hasta diciembre de 2001 la Comisión ha examinado 1908 operaciones.

La gran mayoría de las operaciones examinadas por la Comisión son autorizadas en el plazo de un mes. El número de prohibiciones es muy pequeño: únicamente 18 operaciones han sido formalmente prohibidas desde 1990. Dichas prohibiciones representan menos del 1 por ciento de todas las decisiones adoptadas. Si bien ha habido alguna variación a lo largo de los años, la «tasa anual de prohibiciones» se ha mantenido relativamente estable, alcanzando un máximo del 2,4 por ciento en 1996. Las cinco decisiones de prohibición adoptadas en 2001, aunque constituyen el número absoluto más elevado de prohibiciones en un solo ejercicio, representan únicamente el 1,5 por ciento de las decisiones adoptadas a lo largo del año.

TASA ANUAL DE PROHIBICIÓN

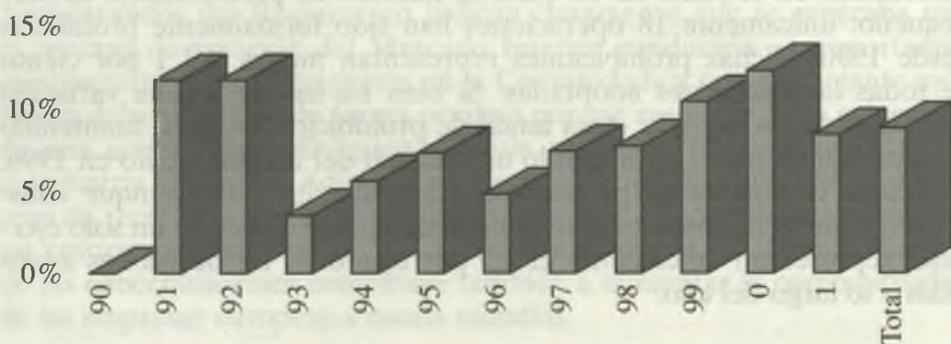


El número de casos en los que la Comisión autoriza la operación con medidas correctivas es también relativamente modesto. En los once años en los que el Reglamento ha estado en vigor se han adoptado 86 decisiones con condiciones en primera fase y 57 en la segunda. El número absoluto más elevado corresponde al ejercicio 2000, con 28 decisiones con condiciones en primera fase y 12 en segunda fase.

Estas cifras sitúan la «tasa de intervención», que refleja la proporción de prohibiciones más autorizaciones condicionales sobre el total de decisiones adoptadas, en un valor del 8,8 por ciento desde la entrada en vigor del Reglamento de control de concentraciones. Al examinar las cifras año por año, se comprueba que la tasa de intervención se mantiene alrededor de esa cifra total, con un máximo en el ejercicio 2000 (cuando

se situó en el 12,3 por ciento). En 2001, la tasa total de intervención ascendió al 8,4 por ciento³.

TASA ANUAL DE INTERVENCIÓN



De este análisis cuantitativo se desprende que los resultados de la aplicación del sistema de control de concentraciones son, en líneas generales, coherentes con los objetivos que el Reglamento se había fijado. En efecto, mientras que sólo un muy reducido porcentaje de operaciones es efectivamente prohibido, la mayoría de los procesos de reestructuración examinados por la Comisión se llevan finalmente a término, aunque, cuando es necesario, bajo condiciones que aseguran el mantenimiento de estructuras competitivas y, en último término, que el consumidor no sufre perjuicios. Las características del procedimiento establecido por el Reglamento —notificación a una autoridad única (*one-stop-shop*), plazos fijados para la adopción de decisiones, transparencia y mecanismos de garantía de los derechos de la defensa— aseguran que el control se realiza de la forma lo menos onerosa posible para las empresas.

Desde un punto de vista cualitativo, en once años de aplicación del Reglamento, la Comisión ha desarrollado un sustancial cuerpo interpretativo del Reglamento, tanto es sus aspectos jurisdiccionales, de procedimiento o sustantivos, y ha sofisticado sus instrumentos de análisis del impacto competitivo de las operaciones de concentración. La jurisprudencia del Tribunal de Primera Instancia y del Tribunal de Justicia ha contribuido también a desarrollar la interpretación del Reglamento⁴.

³ Ninguna de estas «tasas de intervención» abarca las notificaciones de concentraciones retiradas, puesto que muy a menudo estas retiradas no pueden atribuirse a la determinación de problemas de competencia por parte de la Comisión. Con todo, en aras de la exhaustividad, cabe señalar que la tasa total de retiradas desde 1990 (expresada como porcentaje sobre el total de notificaciones) se sitúa en torno al 3,6 por ciento, del cual el 2,9 por ciento se produjo en la fase 1 de las investigaciones y el 0,7 por ciento en la fase 2.

⁴ Véase G. MARENCO, «Judicial review of the First Ten Years of the Merger Regulation», IBA (2000) para un análisis general de dicha jurisprudencia.

Diversas comunicaciones interpretativas de la Comisión recogen dichos desarrollos⁵.

La valoración global del sistema por los observadores y partes interesadas ha sido, en general, de carácter positivo, sobre todo en sus primeros años de funcionamiento. Problemas puntuales, sin embargo, han ido apareciendo a medida que el sistema maduraba y las opiniones críticas han ido en aumento a medida que se incrementaba el número y complejidad de los casos tratados⁶.

En la actualidad, puede afirmarse que, a pesar de que los resultados globales del sistema son positivos, hay margen para aumentar la eficacia del Reglamento y corregir algunos de los problemas que la aplicación del sistema ha puesto de manifiesto. Al mismo tiempo, once años de experiencia permiten replantear algunas cuestiones básicas del sistema, como el criterio utilizado para juzgar si una operación es compatible con el Mercado Común. El Libro Verde, como veremos, trata de sentar las bases para dar respuesta a estas cuestiones.

Algunos desarrollos externos al proceso comunitario deben también tenerse en cuenta para comprender el contexto del presente debate. En primer lugar, los Estados miembros han establecido sus propios sistemas de control de concentraciones. En la actualidad todos los Estados miembros, con la excepción de Luxemburgo, disponen de una legislación nacional de control de concentraciones y de un sistema administrativo para su aplicación. Una muestra del alcance de dichos sistemas nacionales es el hecho de que en el ejercicio 2000 un total de 3021 notificaciones de concentraciones fueron presentadas ante las autoridades nacionales, en comparación con los 345 casos notificados ante la Comisión.

Este desarrollo debe tenerse claramente en cuenta en el proceso de reforma del sistema comunitario de control de concentraciones. En efecto, por un lado, el número de concentraciones que requieren una notificación en varios Estados miembros ha aumentado considerablemente —y lo seguirá haciendo en el futuro, en particular en vistas de la ampliación de la Unión Europea—, lo que pone en cuestión la noción de «autoridad única» del Reglamento comunitario. Por otro lado, la proliferación y madurez de los sistemas nacionales de control de concentraciones obliga a replantear el sistema de reenvío de casos entre las autoridades nacionales de competencia y la Comisión. El Libro Verde dedica una amplia atención a estas dos cuestiones.

⁵ Desde un punto de vista sustancial, deben mencionarse la Comunicación sobre la definición del mercado relevante (*DOCE*, núm. C 372, de 9 de diciembre de 1997) y la Comunicación sobre las soluciones aceptables con arreglo al Reglamento 4064/89 (*DOCE*, núm. C 68, de 2 de marzo de 2001, p. 3).

⁶ Un momento de inflexión en el debate puede fijarse en la Conferencia organizada por la Comisión y la IBA para celebrar el décimo aniversario de la entrada en vigor del Reglamento. Las contribuciones presentadas a dicha conferencia se recogen en *EC Merger Control: Ten years on*; IBA; London, 2000.

En el frente internacional, la creciente globalización de los mercados ha llevado a un aumento notable de las concentraciones transnacionales y de su alcance. Asimismo, los sistemas de control de concentración se han multiplicado. Como consecuencia, las operaciones de alcance internacional a menudo han de ser examinadas por numerosos organismos responsables en materia de competencia de todo el mundo.

La Comisión es obviamente consciente de esta tendencia y a lo largo de los últimos años ha dedicado amplios esfuerzos a estrechar vínculos con autoridades de competencia extranjeras. En efecto, se han establecido acuerdos de cooperación bilateral con las agencias de EEUU y Canadá (un acuerdo con Japón está en vías de finalización) y se ha progresado enormemente en el tratamiento conjunto de operaciones de concentración con estas agencias. Además, la Comisión ha liderado los esfuerzos de cooperación internacional de carácter multilateral en temas de política de competencia. En particular, ha contribuido a sentar las bases para la introducción de normas básicas de competencia en los acuerdos comerciales negociados en el marco de la OMC, así como a la creación de una red internacional de autoridades de competencia⁷. En este contexto, el proceso de revisión del sistema comunitario de control de concentraciones debe tener en cuenta la importancia de garantizar una convergencia internacional en el análisis competitivo de los efectos de estas operaciones, ajustándose en la medida de lo posible al marco jurídico de las jurisdicciones respectivas. A este respecto, el Libro Verde analiza también algunas posibilidades para facilitar tal cooperación y convergencia.

2. EL ORIGEN Y LOS OBJETIVOS DEL LIBRO VERDE DE CONTROL DE CONCENTRACIONES

El Reglamento de control de concentraciones establece la necesidad de una evaluación periódica de algunas de sus disposiciones, en particular las relativas a los umbrales que determinan la competencia de la Comisión en materia de control de las operaciones de concentración.

Los umbrales fueron objeto de una primera reforma en 1997⁸, con la finalidad de ampliar la competencia de la Comisión y reducir el número de operaciones que debían ser notificadas en dos o más Estados miembros. Los nuevos umbrales figuran en el art. 1.3 del Reglamento. Al mismo tiempo de su adopción se acordó introducir en el art. 1.4 la obligación para la Comisión de presentar al Consejo antes de julio del año 2000 un informe sobre el funcionamiento de dichos umbrales.

⁷ Un desarrollo detallado de los aspectos de cooperación internacional de la política de competencia de la Comisión Europea puede encontrarse en el discurso del Comisario Mario MONTI, *International co-operation and technical assistance: a view from the EU*, pronunciado en Ginebra, en julio 2001 (<http://europa.eu.int/comm/competition/speeches>).

⁸ Reglamento (CE) núm. 1310/97 del Consejo, de 30 de junio de 1997 (DOCE, núm. L 180, de 9 de julio de 1997), p. 1.

En su informe al Consejo sobre la aplicación de los umbrales fijados en el Reglamento de concentraciones⁹, de 28 de junio de 2000, la Comisión concluyó que la información disponible indicaba claramente que los umbrales existentes debían ser revisados con objeto de permitir una mejor cobertura de todas las concentraciones de interés comunitario. Asimismo, expuso una serie de cuestiones jurisdiccionales, sustantivas y de procedimiento del Reglamento que podrían requerir también una revisión.

La Comisión emprendió a partir de ese momento un análisis en profundidad de dichas cuestiones. Se asoció a dicha reflexión la mayoría de las partes afectadas de una forma u otra por el control de las operaciones de concentración, a las que se solicitó que participaran en el proceso y formularan sus observaciones. En particular, se formularon encuestas y enviaron cuestionarios a empresas y asociaciones empresariales y se consultó a los Estados miembros por medio de una serie de grupos de trabajo informales en los que participaron las autoridades nacionales de competencia.

Tras este análisis, la Comisión adoptó el Libro Verde el 11 de diciembre de 2001. En el Libro Verde se abordan cuestiones jurisdiccionales, sustantivas y de procedimiento. En determinadas áreas, la Comisión presenta una serie de propuestas concretas de revisión, mientras que en otras se limita a exponer las cuestiones y solicitar contribuciones al respecto.

Las propuestas de revisión se basan en la experiencia acumulada por la Comisión en la aplicación del Reglamento a lo largo de más de once años. En este sentido, la revisión persigue el doble objetivo de consolidar, por una parte, los aspectos positivos del sistema europeo de control de las operaciones de concentración —sobre todo sus estrictos plazos y su transparencia— y de asegurar, por otra, el mantenimiento de la eficacia del Reglamento en tanto que instrumento de control de las concentraciones en una UE ampliada y con un creciente grado de integración.

El Libro Verde pretende fomentar e intensificar el debate, con el mismo espíritu de apertura y transparencia en que se realizó su preparación, haciendo extensiva la invitación a presentar observaciones a todos los posibles interesados. Por esta razón, la Comisión lanzó una amplia consulta pública sobre los temas abordados en el Libro Verde, solicitando contribuciones hasta el 31 de marzo del 2002.

⁹ Véase Documento COM (2000) 399 final, de 28 de junio de 2000.

3. CUESTIONES ABORDADAS Y PROPUESTAS PRESENTADAS EN EL LIBRO VERDE

A. CUESTIONES JURISDICCIONALES

a) *Un sistema simple y flexible de distribución de casos entre la Comisión y los Estados miembros*

El sistema de distribución de competencias entre la Comisión y las autoridades nacionales es un elemento central del ejercicio de revisión del Libro Verde.

En la actualidad, el Reglamento de concentraciones establece la competencia exclusiva de la Comisión sobre las concentraciones de «dimensión comunitaria» (art. 1). Sienta el principio de autoridad única en la Unión Europea para el examen y control de este tipo de concentraciones, que gracias a este sistema ya no tienen que ser examinadas en el ámbito nacional. El Reglamento, en su art. 1, fija los umbrales, basados en la cifra de negocio, que determinan qué operaciones pueden considerarse de dimensión comunitaria.

El Reglamento prevé, asimismo, un mecanismo correctivo —inspirado en el principio de subsidiariedad— que permite remitir los asuntos de la Comisión a los Estados miembros, a instancias de éstos, o bien de los Estados miembros a la Comisión (arts. 9 y 22 del Reglamento). Estos procedimientos de remisión permiten una reatribución de la competencia en aquellos casos en que la atribución inicial, basada en los umbrales, no resulta la más adecuada (por ejemplo, por que se considera de dimensión comunitaria una operación que únicamente produce efectos nocivos para la competencia en un mercado local en el interior de un Estado miembro).

Garantizar que las concentraciones de interés comunitario sean examinadas por la Comisión

En relación con el primer aspecto mencionado, los estudios realizados por la Comisión¹⁰ han puesto de manifiesto que la modificación de los umbrales realizada en 1997 no ha dado los resultados esperados. En efecto, en torno al 10 por ciento de los asuntos tratados en la UE a nivel nacional son objeto de notificación en dos o más jurisdicciones nacionales. Estas notificaciones múltiples conllevan generalmente un coste adicional y unos plazos más largos para las empresas implicadas en la concentración y dan lugar a una utilización ineficiente de recursos, tanto por parte de las empresas como de las autoridades competentes.

¹⁰ Véase, en particular, el anexo 1 del Libro Verde.

El hecho de que diversas autoridades europeas deban tratar en paralelo un mismo caso es un indicio de que ciertas concentraciones de interés comunitario se escapan a la competencia exclusiva de la Comisión. Para remediar a esta situación el Libro Verde propone que el modelo de «autoridad única» se amplíe a un mayor número de casos. Con esta finalidad, prevé una simplificación considerable de las disposiciones relativas a los umbrales que determinan la jurisdicción, salvaguardando al mismo tiempo un control en igualdad de condiciones de las operaciones de concentración en Europa.

De entre los umbrales jurisdiccionales existentes, la Comisión propone mantener la disposición básica contenida en el ap. 2 del art. 1 del Reglamento de concentraciones. En los demás casos se propone sustituir el complejo sistema del ap. 3 del art. 1 por una disposición que establezca la competencia automática de la Comisión en todos aquellos asuntos en que quede demostrado que la operación de concentración entraría en la jurisdicción de al menos tres Estados miembros.

El procedimiento de aplicación de dicha disposición requeriría determinar que la operación de concentración en cuestión satisface los criterios de notificación en al menos tres Estados miembros. Para ello, los Estados miembros deberían confirmar a la Comisión la interpretación de sus criterios de notificación hecha por las partes. Un procedimiento de no oposición podría plantearse a tal efecto.

A más largo plazo, el Libro Verde plantea la posibilidad de eliminar todos los umbrales existentes en el actual Reglamento de control de concentraciones y de sustituirlos por una regla única que divida las competencias entre la Comisión y los Estados miembros en función del número de Estados donde la operación debería ser notificada. Para llegar a dicho situación, sin embargo, el Libro Verde considera necesaria una armonización de los criterios de notificación en los distintos Estados miembros, por lo que, evidentemente, dicha solución no puede considerarse como realista a corto plazo.

La próxima ampliación de la UE no sólo confiere actualidad al debate de estas cuestiones, sino que además le imprime urgencia. Es imprescindible que la reforma del Reglamento de concentraciones dé lugar a una reponderación del sistema de distribución de casos en la UE con objeto de garantizar, con miras también a la Unión ampliada, una aplicación adecuada y eficiente del principio de subsidiariedad.

Simplificar el reparto de trabajo con las autoridades nacionales

El Libro Verde propone, asimismo, la simplificación de los requisitos que deben cumplirse a fin de que la Comisión pueda remitir un asunto a una jurisdicción nacional. El objetivo es poder remitir con mayor celeridad a los Estados miembros los asuntos que, *de facto*, no surten efectos

más allá de las fronteras nacionales, pero que a pesar de ello son competencia de la Comisión.

En particular, el Libro Verde propone modificar el art. 9 del Reglamento para permitir que un Estado miembro solicite el reenvío de una operación de concentración si ésta produce un efecto en la competencia en un mercado separado en el interior de dicho Estado. Se eliminaría, pues, el requisito actual que exige a los Estados miembros demostrar que la operación podría dar lugar a la creación o al refuerzo de una posición dominante en dicho mercado.

Se espera que esta simplificación aligere además los procedimientos. En efecto, al no tener que probar la creación o el refuerzo de posición dominante, se podría reducir el plazo de que disponen actualmente los Estados miembros para solicitar el reenvío. El Libro Verde propone, en particular, una reducción del plazo de tres a dos semanas.

A fin de garantizar cierta flexibilidad, también se plantea la posibilidad de que la Comisión pueda remitir asuntos a las jurisdicciones nacionales por iniciativa propia, sin la correspondiente solicitud específica de los Estados miembros.

El Libro Verde sugiere también ciertas modificaciones para facilitar la remisión de asuntos en sentido inverso, de una o varias jurisdicciones nacionales a la Comisión. El art. 22 del Reglamento preveía ya un mecanismo de reenvío inverso, pero que en el momento de adopción del Libro Verde había sido utilizado exclusivamente por aquellos Estados miembros que no disponían todavía de un sistema de control de concentraciones. Después de la adopción del Libro Verde, sin embargo, ha sido utilizado en dos ocasiones conjuntamente por diversos Estados miembros para remitir a la Comisión casos de notificaciones múltiples¹¹. En cualquier caso, dicho artículo presenta algunas dificultades de procedimiento. El Libro Verde solicita comentarios sobre las diferentes posibilidades de modificarlo para establecer un sistema más operativo que el actual.

b) *Posibles modificaciones al concepto de «concentración»*

En el Libro Verde también se exploran una serie de posibles ajustes del concepto de concentración tal y como se define en el Reglamento de concentraciones. Se plantea, en particular, la cuestión de la aplicabilidad del Reglamento de concentraciones a ciertas operaciones que pueden tener efectos estructurales como las adquisiciones de participaciones minoritarias, las alianzas estratégicas o las empresas comunes de producción con funciones parciales y que en actualmente no pueden considerarse incluidas dentro del concepto de concentración.

En la actualidad, el Reglamento no se aplica a las adquisiciones de participaciones minoritarias, a menos que, debido a otros factores, se

¹¹ Casos M. 2738, GE/Unison, y M. 2698, Promatech/Sulzer.

establezca que dicha adquisición da lugar a una situación de control. Puede suceder, sin embargo, que la adquisición de una participación minoritaria, al cambiar los incentivos de las empresas, tenga un efecto sobre la competencia. Estas participaciones pueden también facilitar situaciones de dominio colectivo.

Por estas razones, el Libro Verde se plantea si sería conveniente incluir dichas operaciones en el régimen de control de concentraciones. De hecho, éste ya es el caso en algunos regímenes nacionales, que exigen una notificación de la adquisición de cualquier participación superior al 25 por ciento del capital¹². El Libro Verde, sin embargo, indica que a primera vista parece innecesario someter este tipo de operaciones a un control previo, cuando es posible que sólo una muy pequeña proporción de ellas dé lugar a problemas de competencia. Esta pequeña proporción puede ser sometida a un control *a posteriori* por medio de los arts. 81 y 82 del Tratado.

El Libro Verde llega a una conclusión similar en relación con las alianzas estratégicas. Este término define a una amplia tipología de acuerdos de cooperación entre empresas. Son particularmente comunes en el sector aéreo, donde los acuerdos internacionales vigentes dificultan las fusiones y obligan a las empresas a cooperar bajo otras modalidades. Debido a que pueden presentar un impacto estructural, el Libro Verde se plantea si convendría analizarlas de forma generalizada bajo el Reglamento de control de concentraciones. La Comisión, de hecho, analizó una de estas alianzas estratégicas, KLM/Alitalia¹³, bajo dicho régimen.

El Libro Verde, sin embargo, concluye de forma preliminar que, por lo general, las alianzas estratégicas no implican una modificación permanente de la estructura de las empresas participantes ni pretenden dar lugar a una modificación estructural en el mercado similar a la de una operación de concentración. Estas razones, así como la dificultad de definir con precisión el concepto de alianza estratégica, conducen a la Comisión a considerar que el art. 81 continúa siendo un instrumento apropiado para analizar los efectos en la competencia de dichas alianzas.

Otro tipo de operaciones con posibles efectos estructurales pero que no están cubiertas actualmente por el Reglamento de control de concentraciones son las empresas comunes (*joint ventures*) con funciones parciales, por ejemplo las empresas comunes de producción.

La reforma del Reglamento de control de concentraciones efectuada en 1997 incluyó en su ámbito de aplicación a las empresas comunes de plenas funciones, terminando así la compleja distinción que el Reglamento original había creado entre empresas comunes concentrativas y cooperativas. El nuevo régimen analiza ambas bajo un doble test, el de la creación o refuerzo de una posición dominante (art. 2.3), así como

¹² Dicha provisión está incluida en los sistemas de control de concentraciones alemán, austriaco e irlandés.

¹³ Asunto JV-19.

el de la coordinación del comportamiento competitivo que pueda dar lugar a una restricción de competencia (art. 2.4)¹⁴.

El Libro Verde se plantea si dicho régimen debe ampliarse también a las empresas comunes con funciones parciales, que en la actualidad son examinadas bajo el art. 81 del Tratado. Dicha cuestión se había planteado también en el marco de la reforma de las normas de aplicación de los arts. 81 y 82 del Tratado¹⁵, en cuyo contexto la Comisión consideró que las empresas comunes de producción podrían comportar una inversión sustancial y un cambio estructural importante, lo que justificaría que se les aplicara un control previo del tipo del previsto en el Reglamento de control de concentraciones.

Sin embargo, parece difícil encontrar una definición jurídica inequívoca del concepto de empresa común de producción, particularmente en el sector de los servicios. Parece también difícil justificar un régimen distinto para estas que para otras empresas comunes (por ejemplo de I+D o de venta en común) que pueden tener un impacto similar. A la vista de estas consideraciones, así como de la experiencia positiva hasta la fecha de tratar a dichas operaciones bajo el régimen del art. 81, incluyendo algunos Reglamentos de exención por categorías, la Comisión ha reconsiderado su planteamiento inicial y concluye en el Libro Verde que este tipo de operaciones no requieren una inclusión en el ámbito de aplicación del Reglamento de control de concentraciones.

El Libro Verde plantea, asimismo, la necesidad de realizar otros ajustes de tipo técnico al concepto de concentración, en particular con relación a distintos tipos de transacciones múltiples y a las tomas de participación por parte de los fondos de capital de riesgo. Se analiza también la conveniencia de armonizar el concepto de grupo contemplado en el ap. 4 del art. 5 del Reglamento con el concepto de control recogido en el ap. 3 del art. 3.

B. CUESTIONES SUSTANCIALES

a) *El criterio utilizado en la evaluación de las operaciones de concentración*

De acuerdo con el art. 2 del Reglamento de control de concentraciones, la compatibilidad de las operaciones de concentración con el mercado común se evalúa en función de si éstas suponen «un obstáculo significativo para una competencia efectiva, al *crear o reforzar una posición dominante* en el mercado común o en una parte sustancial del mismo».

¹⁴ Desde la entrada en vigor del nuevo régimen y hasta finales del año 2000 fueron notificadas 47 empresas comunes de plenas funciones. Siete de dichos casos plantearon problemas bajo el test del art. 2.3 y dos bajo el test del art. 2.4.

¹⁵ Véase el Libro Blanco de la Comisión sobre la Modernización de las normas de aplicación de los arts. 81 y 82 del Tratado, de 28 de abril de 1999.

El Libro Verde invita a un debate sobre la posibilidad de comparar la eficacia de este criterio con el utilizado por otras jurisdicciones (como las de EEUU, Canadá o Australia), que consiste en examinar si las concentraciones dan lugar a una *disminución considerable de la competencia*. Es importante señalar, para comprender plenamente el contexto del debate, que algunos Estados miembros, el Reino Unido e Irlanda en particular, están estudiando la posibilidad de introducir este criterio en sus legislaciones nacionales.

Para comparar el significado de ambos criterios no es posible realizar un análisis puramente semántico, si no que debemos examinar cómo el alcance de cada criterio ha sido interpretado y desarrollado por la jurisprudencia. La conclusión de dicho análisis, como el Libro Verde recuerda, es que las diferencias entre los dos criterios son muy limitadas. Es cierto que la interpretación inicial de la noción de posición dominante, que se encuentra también en el art. 82 del Tratado CE, puso un excesivo énfasis en factores estáticos, como la cuota de mercado de las empresas fusionadas. Sin embargo, la evolución de dicha interpretación, en particular desde la entrada en vigor del Reglamento de control de concentraciones, ha permitido adaptar el concepto jurídico a la evolución de la teoría económica. Un ejemplo particularmente relevante de dicha evolución es la aceptación por la jurisprudencia comunitaria de la aplicación del concepto a situaciones de posición dominante colectiva.

El concepto actual de posición dominante es, por lo tanto, suficientemente flexible para abarcar aquellas operaciones de concentración que pueden crear entidades con un poder de mercado suficiente para subir precios, reducir la producción e innovación y, en definitiva, perjudicar al consumidor. Esta evolución de la noción de posición dominante se ha acercado mucho a la interpretación desarrollada en otras jurisdicciones sobre el criterio de *disminución considerable de la competencia*¹⁶. El alto nivel de convergencia en el análisis de operaciones concretas de concentración por las jurisdicciones europeas y americanas no podría explicarse si los dos criterios no fueran profundamente similares.

Sin embargo, sí pueden identificarse ciertas situaciones hipotéticas ante las cuales los dos criterios podrían dar lugar a resultados distintos. El Libro Verde menciona, en particular, el análisis de los efectos unilaterales de ciertas operaciones de concentración. El ejemplo citado es el de una fusión entre el segundo y el tercer operador de un mercado relevante, cuando sus respectivos productos son sustitutos muy cercanos. Dichas operaciones pueden dar lugar a un aumento de precios, aunque la entidad resultante de la fusión tenga una posición menor a la del primer operador en el mercado. El test de reducción de competencia permitiría intervenir a las autoridades de competencia en dicho caso, mientras que la aplicación del test de creación de posición dominante sería más difícil.

¹⁶ Véase, en particular, la interpretación del criterio de *disminución sustancial de la competencia* en las *us Merger Guidelines*.

Otra posible diferencia sustancial entre ambos criterios podría darse con relación a la toma en consideración de las eficiencias que se derivan de una operación de concentración. Parte de la doctrina opina que el criterio de creación de una posición dominante no permitiría tomar dichas eficiencias en cuenta para compensar los efectos anticompetitivos de una operación, mientras que el de reducción sustancial de la competencia sí lo permite. Aunque es cierto que en ciertas jurisdicciones donde se aplica el criterio de reducción sustancial de la competencia éste se interpreta de forma en que las eficiencias pueden tenerse en cuenta, según el Libro Verde no existe una razón sólida para considerar que dicho análisis no sería posible bajo el criterio de la creación de posición dominante.

Además del análisis del ámbito sustancial respectivo de cada criterio, el Libro Verde menciona otros argumentos a tener en cuenta en el debate. En primer lugar, considera que un cambio de criterio podría tener un impacto positivo habida cuenta de la conveniencia de garantizar que las principales jurisdicciones que deben intervenir en el examen de un número creciente de grandes operaciones transfronterizas adopten un enfoque lo más convergente posible. Al mismo tiempo, sin embargo, constata que en la actualidad dicho criterio no se aplica en las jurisdicciones de los Estados miembros, con lo que un cambio de criterio, si no fuera replicado por todos ellos, aunque aumentaría la convergencia con jurisdicciones externas a la Unión Europea, podría dar lugar a divergencias en el interior de ésta.

Finalmente, el Libro Verde considera el impacto de un cambio de criterio en la seguridad jurídica. Dicho impacto aparece como claramente negativo, en primer lugar por el carácter aparentemente más abierto a diferentes interpretaciones del criterio de reducción sustancial de la competencia. En segundo lugar, porque un cambio de criterio no permitiría utilizar la interpretación acumulada en once años de decisiones de la Comisión y sentencias del Tribunal de Primera Instancia como guía sobre la interpretación futura del Reglamento.

Con relación a esta cuestión debe mencionarse la voluntad de la Comisión Europea, anunciada ya públicamente, de elaborar una comunicación sobre el concepto de posición dominante, en particular en relación con fusiones de tipo horizontal. Dicha comunicación cubriría el concepto de posición dominante simple, así como el de posición dominante colectiva, y contribuiría a aumentar la transparencia y seguridad jurídica en este ámbito.

La voluntad de adoptar esta comunicación es independiente del debate sobre la oportunidad de cambiar de test y supondría una contribución positiva bajo ambas hipótesis. En efecto, en el caso en que el criterio no fuera finalmente modificado, la comunicación sería un instrumento adecuado para aumentar todavía más la convergencia entre jurisdicciones por medio del desarrollo interpretativo del criterio de posición dominante

colectiva. En caso de que el criterio fuera modificado, la comunicación eliminaría el impacto negativo de dicho cambio en la seguridad jurídica.

b) *Toma en consideración de las eficiencias derivadas de las concentraciones*

Otra importante cuestión sustancial debatida en el Libro Verde es el tratamiento de las eficiencias en el análisis de operaciones de concentración. Desde un punto de vista económico parece lógico sostener que, si el objetivo final del análisis de concentraciones es examinar si éstas perjudican al consumidor, por ejemplo facilitando que la entidad fusionada aumente los precios, dicho análisis debería tener también en cuenta a aquellas eficiencias derivadas de la fusión que tuvieran un impacto opuesto, por ejemplo permitiendo una reducción de costes que sí repercutiera en precios más bajos.

Ciertas autoridades de competencia, como las de Estados Unidos, contemplan de forma explícita una *efficiency defense*. En otras palabras, aceptan que el impacto anticompetitivo de una operación pueda compensarse con el impacto de las eficiencias resultantes de la fusión. Las condiciones para la toma en consideración de las eficiencias son, sin embargo, estrictas. Éstas, por ejemplo, deben derivar directamente de la operación de fusión (no pueden obtenerse por otros medios) y deben repercutirse en el consumidor. En cualquier caso, la carga de la prueba cae sobre las partes que se fusionan ¹⁷.

El sistema comunitario de control de concentraciones no dispone de una defensa explícita de este tipo. El Libro Verde, sin embargo, no niega que dicho tipo de consideraciones puedan tenerse en cuenta en Europa. Simplemente indica que la cuestión de las eficiencias se ha discutido en un número muy limitado de casos y que, por lo tanto, las posibilidades de tenerlas en cuenta en el análisis de concentraciones no se han desarrollado todavía completamente.

Sobre esta base el Libro Verde sugiere comentarios sobre la cuestión, de forma separada del debate sobre el criterio más apropiado para evaluar las concentraciones. Dichas contribuciones deberán versar, por lo tanto, sobre la conveniencia de tener en cuenta las eficiencias en los análisis de operaciones de concentración (una demanda repetida de las asociaciones empresariales), sobre la necesidad de modificar el Reglamento para conseguir dicho objetivo y, finalmente, sobre las condiciones en que éstas deberán ser tenidas en cuenta.

¹⁷ Para un análisis de la aplicación de la *efficiency defence* en los EEUU véase, por ejemplo, R. PROFSKY, «Efficiencies in Defense of Mergers», *George Mason Law Review*, Washington DC, 1998.

C. CUESTIONES DE PROCEDIMIENTO

a) *Salvaguarda de un procedimiento eficaz y con garantías*

Ciertos casos recientes de control comunitario de concentraciones han dado lugar a un relativamente amplio debate en los medios de comunicación sobre el procedimiento comunitario, las garantías para las partes de una aplicación correcta del Derecho y la protección de los derechos de la defensa. La Comisión, aunque no comparte las críticas hacia el sistema actual vertidas en el curso de dicho debate, ha considerado oportuno no dejar de lado dicha cuestión en el proceso de revisión de sus normas de control de concentraciones y le ha dedicado un amplio espacio en el Libro Verde.

El Libro Verde describe en detalle el sistema de control y equilibrio inherente al actual proceso de examen de las concentraciones y, en particular, los derechos de defensa otorgados a las empresas que se fusionan. La Comisión parte del punto de vista de que existen distintos sistemas posibles de control de concentraciones, cada uno con sus ventajas e inconvenientes, pero no identifica ninguna razón para considerar que el sistema elegido en Europa no garantice suficientemente la protección de los derechos de la defensa. En ciertos aspectos, como la transparencia durante el procedimiento o la seguridad para las partes de obtener una decisión final en un plazo estricto, el sistema europeo parece claramente superior a otras alternativas.

Sin embargo, la Comisión se muestra abierta a considerar ideas y sugerencias para mejorar el procedimiento actual. La Comisión indica, sin embargo, que dichas contribuciones deben plantearse dentro del actual marco institucional y de las disposiciones de los Tratados. Es lógico que así sea, puesto que la revisión emprendida en el Libro Verde tiene como objetivo único la reforma del Reglamento de control de concentraciones y no de normas de nivel jerárquico superior.

Con relación a esta cuestión, el debate sobre el control jurisdiccional de las decisiones de la Comisión Europea en materia de concentraciones merece una atención particular. Numerosas voces críticas consideran que la larga duración (entre dos y tres años) de los procedimientos ante el Tribunal de Primera Instancia no es acorde con los cortos plazos en los que deben tomarse decisiones comerciales en materia de concentraciones y, por lo tanto, desincentiva la interposición de recursos contra las decisiones de la Comisión. Como consecuencia, las voces críticas concluyen que la Comisión no está sujeta a un control jurisdiccional efectivo en materia de control de concentraciones. Estas voces presentan generalmente como modelo a seguir el sistema existente en los EEUU, donde las autoridades de competencia (la división *antitrust* del Departamento de Justicia y la *Federal Trade Commission*) no disponen de un poder de decisión en materia de concentraciones, sino únicamente del poder de

iniciar procedimientos ante los tribunales, que son las instituciones facultadas para prohibir una concentración.

Aunque es cierto que el número de recursos interpuestos contra decisiones de prohibición de concentraciones de la Comisión no es muy elevado en términos absolutos, sí lo es en términos relativos. En efecto, de las 18 decisiones de prohibición adoptadas por la Comisión desde la entrada en vigor del Reglamento, nueve de ellas han sido objeto de un recurso ante el Tribunal de Primera Instancia. Si examinamos el último ejercicio, el porcentaje es todavía mayor: en el 2001, de cinco decisiones de prohibición, tres fueron objeto de un recurso.

Estas cifras demuestran que, independientemente de la duración de los procedimientos ante el Tribunal, un porcentaje muy elevado de las decisiones de prohibición, el 50 por ciento desde la entrada en vigor del Reglamento, son efectivamente objeto de recurso. Sabiendo que una de cada dos decisiones de prohibición es normalmente objeto de recurso, los riesgos para la Comisión de actuar de forma no conforme a Derecho son elevados. Es difícil sostener, por lo tanto, que el control jurisdiccional no ejerce influencia en la actitud de la Comisión en materia de concentraciones.

A estos efectos, el sistema vigente en los EEUU, que se presenta generalmente como un sistema de control jurisdiccional efectivo en materia de concentraciones, no da lugar a unas estadísticas sustancialmente diferentes de las europeas. Por ejemplo, en el período 1992-2001¹⁸, el Departamento de Justicia anunció su intención de iniciar un procedimiento judicial en materia de concentraciones en 297 casos. De éstos, las partes decidieron abandonar o modificar la operación en 181 casos. Por lo tanto, en un 61 por ciento de los casos, el procedimiento se resolvió *de facto* por la Administración, sin ninguna intervención de la autoridad judicial. El control jurisdiccional tuvo lugar únicamente en 116 casos, un 39 por ciento del total.

Por lo que respecta a la duración de los procedimientos, ciertos desarrollos recientes demuestran que la situación puede mejorar sustancialmente en el futuro. El 1 de febrero de 2001 entró en vigor una enmienda de las normas de procedimiento del Tribunal de Primera Instancia adoptadas con la finalidad de acelerar los procedimientos en ciertas materias, incluyendo el control de concentraciones. El Tribunal ha aceptado ya aplicar dicho procedimiento acelerado a un caso de control de concentraciones¹⁹, que podría ser resuelto en un plazo mucho más corto de lo habitual.

Podemos concluir, por consiguiente, que un examen concreto de la situación demuestra que una parte sustancial de las críticas al control jurisdiccional en Europa en materia de concentraciones no está sólida-

¹⁸ ANTITRUST DIVISION, *Workload Statistics*, 2001.

¹⁹ Asunto M. 2416, Tetra Laval/Sidel.

mente fundada. Además, los desarrollos más recientes sobre esta cuestión apuntan a la posibilidad de mejorar sustancialmente el sistema dentro del marco legal actual. La Comisión, probablemente por estas razones, entre otras, no propone ninguna medida concreta de modificación del sistema en el Libro Verde. Se muestra abierta, sin embargo, a considerar sugerencias de mejora que pudieran presentarse.

b) *Modificación del procedimiento de propuesta y evaluación de medidas correctivas*

La modificación de procedimiento más significativa del Libro Verde concierne a los plazos de que disponen las empresas para presentar medidas destinadas a corregir los problemas de competencia identificados. En la actualidad, las partes disponen de tres semanas desde el inicio de la primera fase y de tres meses desde el inicio de la segunda para presentar dichas modificaciones. Sin embargo, la práctica demuestra que, en ciertos casos, el tiempo restante no es suficiente para permitir un examen completo de dichas medidas por parte de la Comisión, los Estados miembros y los operadores del mercado interesados.

En concreto, el Libro Verde sugiere que el Reglamento incluya una disposición de suspensión del cómputo de los plazos durante un período determinado (entre veinte y treinta días en segunda fase) que se aplicaría a solicitud de las partes, y permitiría un análisis en profundidad de las medidas presentadas. Esta solución presenta la ventaja de permitir a las partes decidir si prefieren mantener los plazos estrictos que caracterizan el procedimiento de evaluación de las concentraciones de la UE o si prefieren alargar dichos plazos, pero a cambio de disfrutar de más tiempo para elaborar y discutir con la Comisión sus propuestas de modificación de la operación.

c) *Otras mejoras administrativas y de procedimiento*

El Libro Verde sugiere que algunas de las disposiciones de procedimiento del Reglamento se ajusten a los cambios propuestos por la Comisión en lo relativo a la aplicación de los arts. 81 y 82 del Tratado²⁰. Dichos cambios afectarían, principalmente, a los poderes de la Comisión para obtener informaciones en el curso de sus investigaciones.

Así, se facultaría a la Comisión para utilizar grabaciones de declaraciones orales como elementos de prueba en sus procedimientos. Una mayor oralidad del procedimiento contribuiría, sin duda, a aumentar la eficacia de la investigación de la Comisión. Se propone también la posi-

²⁰ Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la aplicación de las normas de competencia previstas en los arts. 81 y 82 del Tratado [Documento COM (2000) 582, de 27 de septiembre de 2000].

bilidad de que la Comisión pueda realizar investigaciones sectoriales, destinadas a analizar un sector determinado y no tan sólo una operación de concentración. Dichas investigaciones podrían resultar útiles para analizar un sector a tiempo después de su examen en el marco de un procedimiento de control de concentraciones y permitir así a la Comisión evaluar el impacto de sus decisiones. La propuesta de Reglamento de aplicación de los arts. 81 y 82 del Tratado también contempla un incremento de las multas y multas coercitivas por infracción de las obligaciones de proporcionar información a la Comisión, que podría incluirse también en el Reglamento de control de concentraciones.

Finalmente, el Libro Verde formula, entre otras, una serie de ideas destinadas a mejorar la eficacia administrativa, a simplificar la tramitación de las concentraciones que no planteen problemas competitivos y a racionalizar el calendario de la investigación.

4. CONCLUSIÓN

El actual proceso de reforma del sistema comunitario de control de concentraciones es el más ambicioso, tanto por la cantidad de aspectos tratados como por la importancia de las cuestiones planteadas, que la Comisión ha lanzado desde la entrada en vigor del Reglamento en 1990. La adopción del Libro Verde es un hito clave en este proceso, puesto que establece el marco en el que deberá discurrir el debate sobre la reforma. Es fundamental que dicho debate sea lo más amplio posible y permita la expresión de sus opiniones, no sólo a instituciones y Estados miembros, sino a todos aquellos operadores económicos que tengan experiencia en la aplicación del sistema. El plazo de tres meses fijado por la Comisión para recibir reacciones al Libro Verde es lo suficientemente amplio para permitir que así sea. Una amplia respuesta permitiría a la Comisión integrar en sus reflexiones otros puntos de vista y proponer, finalmente, una propuesta de reforma del Reglamento que mejore el sistema actual y satisfaga las expectativas de sus principales usuarios y beneficiarios.

El debate sobre las cuestiones planteadas por el Libro Verde sobre la reforma del Reglamento no agota, sin embargo, las posibilidades de mejora y adaptación a nuevas circunstancias del sistema actual de control de concentraciones. Tras once años de aplicación y desarrollo del Reglamento, no hay duda de que la Comisión dispone de la experiencia suficiente para desarrollar una comunicación interpretativa sobre los criterios de evaluación de concentraciones. La Comisión ha anunciado ya públicamente que está trabajando en una comunicación sobre las nociones de posición dominante simple y colectiva, resultando principalmente de operaciones de carácter horizontal. Dicha comunicación cubrirá el hueco existente actualmente entre la comunicación sobre la definición del mercado relevante y la comunicación sobre las medidas correctivas y contribuirá a mejorar la predictabilidad y la coherencia de las decisiones de la Comisión en este ámbito.

Al mismo tiempo, la Comisión participa activamente en diversos foros para coordinar la aplicación de los regímenes de control de concentraciones existentes a nivel internacional. Desde un punto de vista de cooperación bilateral, la Comisión y las agencias de competencia de los Estados Unidos han relanzado su grupo de trabajo en cuestiones de concentración para examinar cómo incrementar la convergencia entre sus respectivos sistemas, tanto en relación con el procedimiento como a la sustancia. En el ámbito multilateral, la Comisión participa en los trabajos del ICN, que se ha fijado como uno de sus primeros objetivos la coordinación del tratamiento de las notificaciones múltiples de operaciones de concentración por las autoridades de competencia²¹.

Finalmente, la organización interna de los servicios de la Comisión en materia de control de concentraciones puede todavía mejorar, a pesar de su ya elevado nivel de eficacia. En efecto, sus recursos han experimentado un incremento sustancial reciente, pero no han aumentado de manera proporcional a la cantidad y a la complejidad de las notificaciones a examinar. Debería profundizarse también en la línea ya iniciada de aumentar la especialización en el ámbito del análisis económico y económico.

Es de esperar que avances sustanciales se produzcan en todos estos ámbitos en el curso de los próximos meses. Se aseguraría así que la segunda década de control de concentraciones comunitario se afronta con un sistema tan efectivo para consumidores y empresas, si no más, como el que ha estado vigente durante la primera.

²¹ Véase, por ejemplo, M. MONTI, «Antitrust in the us and Europe: a History of convergence», General Counsel Roundtable, *American Bar Association*, Washington DC, 14 de noviembre de 2001.

CONSIDERACIONES EN TORNO A LA PROPUESTA DE MODERNIZACIÓN DEL DERECHO COMUNITARIO DE COMPETENCIA

Eduardo PRIETO KESSLER

Diego CASTRO-VILLACAÑAS PÉREZ *

Subdirección General Conductas Restrictivas
Servicio Defensa de la Competencia

1. INTRODUCCIÓN

El Derecho europeo de la competencia se encuentra en estos momentos embarcado en la reforma más radical desde 1962. La travesía comenzó el 27 de septiembre de 2000 cuando la Comisión Europea elevó al Consejo una propuesta de nuevo reglamento para la aplicación de los arts. 81 y 82¹, en sustitución del vigente Reglamento núm. 17 de 1962.

El año anterior la Comisión había realizado un primer viaje de reconocimiento mediante el «Libro Blanco sobre la Modernización de los arts. 85 y 86 del Tratado CE»². Tras numerosas consultas y foros, así como la creación de un Grupo de Trabajo con los Estados miembros, la Comisión elaboró una propuesta definitiva de reglamento del Consejo para sustituir al Reglamento 17/62. Dicha propuesta se encuentra actualmente en discusión bajo la Presidencia española de la UE y se espera que pueda ser aprobada antes de que finalice el año en curso. Los debates se han sucedido durante los últimos dieciocho meses bajo las presidencias francesa, sueca y belga, y la propuesta de Reglamento ha sido estudiada en tres Consejos de Industria consecutivos, que han proporcionado la imprescindible guía para la continuación de los trabajos.

Según el Comisario MONTI *«la modernización del Reglamento 17, aunque de elevada importancia por sí misma, no debe contemplarse aislada-*

* Las opiniones expresadas en este artículo son estrictamente personales.

¹ Documento COM (2000) 582, DOCE, núm. C 365 E, de 19 de diciembre de 2000, p. 284.

² Documento COM (1999) 101, DOCE, núm. C 132 E, de 12 de mayo de 1999.

mente, sino como parte de una reforma mucho más amplia. Estas reformas persiguen los mismos objetivos fundamentales, a saber, la aplicación más eficiente de la normativa comunitaria de defensa de la competencia; menos burocracia para las empresas; y la creación de unas mismas reglas de juego para las empresas mediante el desarrollo de una cultura de la competencia común y una mayor aplicación del Derecho comunitario»³.

A pesar de estas palabras no puede negarse que la modernización del Reglamento 17 representa un cambio mucho más radical y ambicioso que las reformas o actualizaciones de Reglamentos de Exención por categorías o propuestas similares en el ámbito del control de conductas restrictivas. Un breve recorrido histórico muestra la importancia de esta reforma.

Las normas comunitarias de defensa de la competencia forman parte del Tratado de Roma aprobado en 1957. Este Tratado, además de normas sustantivas contenidas en los arts. 85 y 86 (actuales arts. 81 y 82), ordenaba al Consejo decidir la forma de aplicación de los principios enunciados en dichos preceptos. De acuerdo con este mandato el Consejo promulgó en 1962 el Reglamento núm. 17/62, vigente durante los últimos cuarenta años y principal norma reguladora de la competencia en el viejo continente.

Si los arts. 81 y 82 contenían el Derecho sustantivo en materia de prácticas restrictivas (prohibición de acuerdos restrictivos de la competencia y de abuso de posición de dominio), el Reglamento 17 proporcionó el marco en el que estas prohibiciones habían de desenvolverse. El Reglamento 17 optó por un sistema de tratamiento de los acuerdos prohibidos pero autorizables basado en la autorización previa y la centralización de dichas autorizaciones en un solo órgano, la Comisión. Ello implica que los acuerdos restrictivos que cumplan las condiciones establecidas en el 81.3 deben de ser autorizados previamente, incurriendo en causa de nulidad hasta su notificación y siendo la Comisión la única que tiene potestad para ello (el monopolio). Es decir, mientras las autoridades nacionales y los jueces pueden aplicar la prohibición (el art. 81.1) no pueden conceder exenciones individuales.

Este sistema de control *ex ante* de los acuerdos, pese a su claro potencial preventivo y sus ventajas en términos de seguridad jurídica, no parece responder a los requerimientos actuales de una eficaz política de defensa de la competencia.

El monopolio de la aplicación del art. 81.3 por la Comisión y el sistema de notificaciones utilizado han causado a largo plazo problemas en la ejecución de la normativa comunitaria. Ya a mediados de los años sesenta la Comisión, agobiada por el elevado número de notificaciones, ideó dos métodos para tratar de frenar dicha avalancha:

³ M. MONTI, «Opening Speech» delivered at the Fifth EU Competition Law and Policy Workshop *The modernization of EC Antitrust Policy*, European University Institute, Robert Schuman Centre for Advanced Studies. Traducción propia.

— Los Reglamentos de exención por categorías, que declaraban inaplicable el art. 81.1 a categorías enteras de acuerdos⁴.

— Las denominadas *comfort letters*, que, sin la seguridad de las decisiones formales en aplicación del art. 81.3, daban ciertas garantías —aunque no formales— a los firmantes de los acuerdos.

A pesar de estos esfuerzos, la Comisión nunca consiguió eliminar totalmente la carga de trabajo que le causaban las notificaciones pendientes. La tendencia no cambió en las tres décadas siguientes: las notificaciones seguían acumulándose y las decisiones formales representaban un porcentaje cada vez menor de las mismas⁵.

En este contexto y ante la demanda de los Estados miembros de acabar con el monopolio de aplicación del art. 81.3, permitir la aplicación descentralizada y de paso descargar de trabajo a la Comisión, ésta ha optado por un cambio radical de sistema en el que desaparece la autorización previa y se propone un sistema de excepción legal.

Bajo el nuevo sistema las empresas deberán proceder a la autoevaluación de sus acuerdos a la luz de los criterios del art. 81.3 y sobre la base de la amplia jurisprudencia existente al respecto. Ello supone pasar a un sistema de control *ex post* de los acuerdos, en el que ya no será necesaria —ni posible— una decisión administrativa de la Comisión para que los acuerdos que cumplan las condiciones de exención incluidas en el art. 81.3 sean válidos. Éstos serán válidos desde su inicio sin necesidad de declaración a tal efecto. La Comisión junto con las autoridades nacionales y los jueces podrán aplicar el art. 81 en su conjunto, en un sistema de competencias paralelas en el que a la hora de aplicar la prohibición del art. 81.1 podrán decidir sobre el cumplimiento de las condiciones del 81.3 y, en caso afirmativo, cerrar el caso.

De este modo, las autoridades podrán centrar sus esfuerzos en la persecución de las prácticas más dañinas y las empresas se verán, en principio, liberadas de la carga administrativa de la notificación.

Lógicamente una reforma de tal envergadura trae consigo muchos otros cambios necesarios para que el nuevo sistema funcione con unas garantías mínimas tanto de eficacia en la persecución de prácticas prohibidas como de seguridad jurídica para los operadores económicos.

En este contexto a lo largo de este artículo se pretende analizar algunos de los elementos de la propuesta de la Comisión que por su relevancia

⁴ Reglamento 19/65/CEE del Consejo, de 2 de marzo de 1965, relativo a la aplicación del ap. 3 del art. 85 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos y prácticas concertadas (*DOCE*, núm. 36, de 6 de marzo de 1965).

⁵ Algunos autores han cuestionado que el número de notificaciones que recibe la Comisión anualmente sea tan elevado que le impida desarrollar eficientemente su tarea. Ian S. FORRESTER, «The Modernization of EC Antitrust Policy. Compatibility, Efficiency, Legal Security». European University Institute. Robert Schuman Centre for Advanced Studies». Recogido en *European Competition Law Annual 2000. The modernisation of EC Antitrust Policy*, de C. D. EHLERMANN e I. ATANASIU (eds.), Oxford, Hart Publishing, 2001.

o novedad creemos que gozan de interés para el lector, siendo conscientes, no obstante, de que la amplitud de la reforma propuesta impide analizar otros de similar importancia ⁶.

Para ello hemos centrado nuestra atención, en primer lugar, en los nuevos poderes otorgados por la propuesta a la Comisión. Dichos poderes no se refieren en exclusiva a aquellas reformas propuestas para potenciar la eficacia investigadora de la Comisión, sino también a los nuevos tipos de decisiones que ésta puede adoptar y que pueden tener gran repercusión para las empresas y para la potenciación de la eficacia del Derecho de la competencia como instrumento de reestablecimiento de la competencia en el mercado.

En segundo lugar abordamos el proceso de descentralización desde la perspectiva del análisis de la Red de autoridades de competencia, organización carente de personalidad propia que, sin embargo, goza de gran importancia en un contexto de descentralización en el que es fundamental garantizar una cierta armonía entre todos los responsables de la aplicación del Derecho comunitario de competencia. No podemos olvidar tampoco el protagonismo que la propuesta reserva a los órganos jurisdiccionales en la aplicación del Derecho comunitario, por lo que nos referiremos asimismo a los mecanismos previstos en el texto de la Comisión para tratar de lograr una aplicación homogénea y los problemas que ello plantea.

Finalmente trataremos los problemas que pueden surgir con el cambio de sistema desde la perspectiva de la seguridad jurídica de las empresas y las soluciones que se barajan para minimizarlos.

2. NUEVOS PODERES DE LA COMISIÓN

Algunos autores han señalado que *«bajo el manto de la aparente descentralización que la reforma persigue, se producirá también un reforzamiento del papel central de la Comisión, tanto desde la perspectiva de sus antiguas competencias, que se verán robustecidas, como de las nuevas funciones que asumirá como consecuencia de la reforma»* ⁷. Este incremento de los poderes la Comisión se concreta en aspectos distintos en la propuesta de Reglamento, merecedores cada uno de ellos de un análisis detallado. Trataremos de analizar en cada caso la novedad de la propuesta, su fundamento y los posibles problemas que pueden presentarse para su ejecución.

⁶ El lector interesado puede hallar información adicional en el libro *European Competition Law Annual 2000. The modernization of EC Antitrust Policy*, de C. D. EHLERMANN e I. ATANASIU (eds.), Oxford, Hart Publishing, 2001. Los estudios que contiene son también accesibles en la página web del Instituto Europeo Universitario, de Florencia (www.iue.it/RSC/competition/papers.htm).

⁷ J. M. BENEYTO, «Hacia un nuevo Derecho de la competencia. El Libro Blanco de la Comisión sobre modernización y descentralización en la aplicación de los arts. 85 y 86», *Gaceta Jurídica*, núm. 202, agosto-septiembre de 1999, p. 18.

En general, la Comisión ha tratado de justificar estos nuevos poderes tanto en el cambio de sistema como en los cambios en la economía, que obligan a disponer de poderes distintos para ejecutar una política de la competencia adaptada a los tiempos actuales. En una división funcional puede decirse que la reforma otorga a la Comisión nuevos poderes en dos ámbitos diferenciados: nuevos poderes de decisión y nuevos poderes de investigación y sanción.

A. NUEVOS PODERES DE DECISIÓN

El vigente Reglamento 17 es muy escueto en lo relativo a los poderes de decisión concedidos a la Comisión. Su art. 3 permite «*obligar, mediante decisión, a las empresas y asociaciones de empresas interesadas a poner fin a la infracción comprobada*».

La propuesta de Reglamento en negociación presenta en su Capítulo III (arts. 7 a 9) hasta cuatro tipos de decisiones distintos a disposición de la Comisión para afrontar las diferentes eventualidades que puedan surgir en la aplicación de las normas de competencia del Tratado:

a) *Decisiones de comprobación y cese de infracción (art. 7): la posibilidad de adoptar medidas estructurales*

El art. 7 de la propuesta, titulado «Comprobación y cese de infracción», regula un tipo de decisiones semejante a las que actualmente puede adoptar la Comisión en base al art. 3. Se trata de decisiones que podemos denominar de prohibición, a adoptar tras la acreditación de una infracción de los arts. 81 y 82 del TCE con el objetivo de poner fin a la misma. El comienzo del ap. 1 y todo el ap. 2 del art. 7 son prácticamente una reproducción del vigente art. 3. Pero dos importantes novedades se esconden en la segunda parte del ap. 1.

La primera de estas novedades viene referida a la posibilidad de adoptar medidas estructurales. Según la propuesta, con el objeto de poner fin a la infracción la Comisión podrá imponer a las empresas o asociaciones infractoras todas las obligaciones necesarias, «*incluidas soluciones de carácter estructural*».

Esta mención de la posible imposición de medidas de carácter estructural es una novedad importante respecto al precepto vigente. También son una novedad dentro del proceso de reforma de la normativa comunitaria, ya que no estaban contempladas en el Libro Blanco de Modernización. Aparecen por primera vez en la propuesta de Reglamento 17 presentada por la Comisión en septiembre de 2000.

En primer lugar, es necesario identificar qué tipo de soluciones o medidas pueden ser calificadas como estructurales. Parece que la Comisión utiliza este término en un sentido amplio, ya que comprende todas

aquellas medidas que obligan a una empresa a desprenderse de activos que posea, tanto de carácter tangible como intangible (derechos de propiedad industrial, etc.). Esta perspectiva podría abarcarse desde la venta de una patente o un pequeño paquete de acciones hasta la separación de una empresa en dos. Según la Comisión, este tipo de medidas vendría justificada por la necesidad de poner fin de forma efectiva a determinado tipo de infracciones que de otra manera no sería posible, refiriéndose especialmente a «*ciertos acuerdos de cooperación y abusos de posición dominante*»⁸.

Para la Comisión la mención de las «soluciones de carácter estructural» no representa una novedad sobre la legislación vigente, al tratarse de un poder implícito en el Reglamento vigente que ha sido ya utilizado en varias ocasiones. Existen, no obstante, voces críticas que consideran que este tipo de medidas, especialmente en su vertiente más extrema de la separación de empresas, es incompatible con el Tratado⁹.

Es cierto que algunas decisiones adoptadas por el Comisión relativas a infracciones de los arts. 81 y 82 del TCE adoptan cierto tipo de medidas que se acercan a la solución de carácter estructural que ahora propone la Comisión. Así, por ejemplo, *Continental Can*¹⁰, *Philip Morris*¹¹ o el caso *Gillette*¹², en el que la Comisión resolvió que Gillette, empresa dominante, infringió el art. 81 al celebrar acuerdos restrictivos con su principal competidor, y el art. 82 por la participación en el capital de dicho competidor, declarando que debía poner fin a la infracción deshaciéndose de la citada participación.

No obstante, cabría apuntar varias observaciones respecto al presunto poder de la Comisión para adoptar este tipo de medidas estructurales al amparo del actual Reglamento 17:

— Varias de las decisiones citadas son infracciones del art. 82 (abuso de posición dominante) que tuvieron lugar antes de la aprobación del Reglamento comunitario de concentraciones, por lo que pudiera presu-

⁸ *Explanatory Memorandum* de la propuesta de Reglamento del Consejo, p. 18.

⁹ El Dictamen del Comité Económico y Social de 29 de marzo de 2001 sobre la «Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los arts. 81 y 82 del Tratado, y por el que se modifican los Reglamentos (CEE) núm. 1017/68, núm. 2988/74, núm. 4056/86 y núm. 3975/87 (Reglamento de aplicación de los arts. 81 y 82 del Tratado)» afirma textualmente: «*esta solución, a la cual, por otra parte, el Libro Blanco no hacía mención alguna, parece completamente incompatible con el sistema y el propio espíritu del Derecho comunitario de la competencia (...) los remedios estructurales constituyen por sí solos medidas con un coste —económico y social— elevadísimo y de difícil aplicación, cuya eficacia para la propia competitividad y la eficiencia económica global suele ser incierta y limitada*».

¹⁰ Decisión de la Comisión de 9 de diciembre de 1971, relativa a un procedimiento de aplicación del art. 86 del Tratado CEE (IV/26.811, *Continental Can Company*), *DOCE*, núm. L 55, de 4 de marzo de 1972.

¹¹ Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de noviembre de 1987, *British-American Tobacco* y *R. J. Reynolds*, *Rec.* 4487.

¹² Decisión de la Comisión de 10 de noviembre de 1992, relativa a un procedimiento de aplicación de los arts. 85 y 86 del Tratado CEE (IV/33.440, *Warner-Lambert/Gillette* y otros, y IV/33.486, *BIC/Gillette* y otros), *DOCE*, núm. L 116, de 12 de mayo de 1993.

mirse que las mismas pudieran estar justificadas por el vacío legal que se producía ante la inexistencia de normativa en materia de concentraciones, justificación que desaparece desde su aprobación en diciembre de 1989¹³.

— Por otro lado, no existe un refrendo jurisprudencial de la postura de la Comisión. En *Continental Can*¹⁴ el Tribunal sentenció que la Comisión había definido mal el mercado y anuló su decisión. En *Philips Morris*¹⁵ el Tribunal confirmó que la adquisición citada podría violar los arts. 81 y 82, pero también que ese efecto no se había producido, sin entrar a abordar la solución propuesta por la Comisión. En el caso *Gillette* no hubo pronunciamiento del Tribunal de Justicia.

Dejando a un lado la justificación o no de las mismas bajo la actual regulación, la postura de los EEMM ante la propuesta de la Comisión ha oscilado entre el rechazo de algunos y la aprobación de otros, dando lugar a una solución de compromiso consistente en admitirlas bajo determinados supuestos y siempre que se haga un uso excepcional de las mismas. En este contexto el Consejo de Industria decidió en su reunión de mayo de 2001 aceptar la posibilidad de que la Comisión imponga remedios de naturaleza estructural siempre que las mismas tengan en cuenta los principios de proporcionalidad y excepcionalidad. Las discusiones en curso se centran ahora en la redacción concreta del referido artículo a fin de lograr que dichos principios se manifiesten de forma expresa sin que por ello se limite excesivamente la capacidad de la Comisión para utilizar este instrumento. El Parlamento Europeo también ha apoyado la inserción de ciertas cautelas en la redacción referidas a la proporcionalidad y necesidad de las soluciones a imponer¹⁶.

La segunda novedad la introduce la última frase del art. 7.1. El mismo hace referencia a aquellas situaciones en las que una empresa ha cometido una infracción a la que ya se ha puesto fin y respecto de la cual la Comisión no tiene intención de imponer una multa.

Normalmente en estos casos se considera que no hay necesidad de adoptar una decisión de prohibición como las previstas en el art. 7 dado que la infracción ha terminado. No obstante, pueden darse dos situaciones en las que puede existir un interés legítimo en adoptar una decisión que declare la existencia de una infracción en el pasado:

— Cuando exista riesgo de que las empresas involucradas puedan cometer de nuevo la infracción.

¹³ Reglamento (CEE) 74064/89 del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, *DOCE*, núm. L 395, de 30 de diciembre de 1989.

¹⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de febrero de 1973, Caso 6/72, *Europemballage Corporation and Continental Can Company, ECR*, p. 215.

¹⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de noviembre de 1987, *British-American Tobacco y R. J. Reynolds*, ya citada.

¹⁶ Enmienda 5 de la Resolución legislativa del Parlamento Europeo sobre la propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los arts. 81 y 82 del Tratado, y por el que se modifican los Reglamentos (CEE) núm. 1017/68, núm. 2988/74, núm. 4056/86 y núm. 3975/87.

— Cuando el caso plantea cuestiones cuya aclaración sea de interés público (de forma similar, en alguna medida, a las decisiones de no aplicación del art. 10). Mediante este tipo de decisión la Comisión puede indicar al mercado cuál es su valoración de cierto tipo de prácticas.

En este aspecto el art. 7 trata de codificar la jurisprudencia establecida por el TJCE en el asunto 7/82¹⁷, en el que el Tribunal sostuvo que cuando exista un interés legítimo, la Comisión puede adoptar decisiones que determinen la existencia pasada de una infracción. En el caso aludido el interés considerado fue la prevención de la posible repetición de la infracción.

b) *Medidas cautelares (art. 8)*

El art. 8 permite a la Comisión, mediante decisión, la adopción de medidas cautelares en caso de que exista riesgo de que se produzca un perjuicio grave e irreparable a la competencia y existan indicios razonables de infracción. Una decisión de este tipo tendrá una duración máxima de un año pero será renovable.

Mediante este artículo se inscribe en el Reglamento un poder reconocido a la Comisión por la Jurisprudencia¹⁸.

En principio, la propuesta no exige que este tipo de decisiones deban ser sometidas al Comité Consultivo. La Comisión alega que la necesidad de la adopción rápida de estas medidas, con objeto de limitar al máximo el perjuicio a la competencia, impide someterlas al trámite del Comité para evitar demoras en su aplicación. No obstante, parece que una solución más correcta sería permitir la consulta al Comité Consultivo regulando un procedimiento especial para estos casos más ágil y rápido, que permitiera aunar las condiciones de eficacia en la aplicación con las de cooperación en la Red y máxima seguridad jurídica.

c) *Decisiones con compromisos (art. 9)*

Contempladas en el art. 9 de la propuesta, se trata de decisiones de cese de infracción en las que las empresas afectadas ofrezcan compromisos para solucionar la restricción provocada por su comportamiento. Mediante la decisión prevista (que se adoptará por un período de tiempo determinado) la Comisión puede convertir estos compromisos en obligatorios y poner término a su procedimiento sin determinar la existencia

¹⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia de 2 de marzo de 1983, *Gesellschaft zur Verwertung von Leistungsschutzrechten mbH (GVL) contra Comisión de las Comunidades Europeas*, ECR, 1983, p. 483.

¹⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de enero de 1980, *Camera Case contra Comisión de las Comunidades Europeas*. Asunto 792/79, ECR, p. 119. Sentencias posteriores han ratificado este poder.

o no de infracción. El ap. 3 del artículo establece los casos en que la Comisión puede reabrir el procedimiento.

Actualmente, el ejecutivo comunitario ya negocia con las empresas la adopción de decisiones e incluso cierra procedimientos utilizando este instrumento.

¿Cuál es, por tanto, la necesidad de esta expresa regulación si la Comisión ya acepta compromisos en algunas decisiones? Convertir estos compromisos en obligatorios para las empresas que los ofrecen y permitirle, en su caso, reabrir el procedimiento que cierre con una decisión de este tipo. Y ello porque, actualmente, en caso de que la Comisión cierre un procedimiento con aceptación de compromisos, se ve obligada a instruir un procedimiento nuevo (probar la infracción y sancionarla) en el caso en que se produzca un incumplimiento de los compromisos.

Adicionalmente los arts. 22.2.c) y 23.1.c) de la propuesta permiten a la Comisión imponer multas o multas coercitivas, respectivamente, por la ruptura de los compromisos adquiridos.

Parece que la Comisión pretende utilizar el instrumento de las decisiones con compromisos tan sólo en casos donde la infracción no resulte fácil de probar y la/s empresa/s ofrezca compromisos suficientes para solucionar los problemas de competencia que hayan motivado la investigación. Nunca será utilizada en casos claramente susceptibles de sanción.

El interés que ofrece este tipo de decisiones es el ahorro de costes administrativos, al resolver mediante los compromisos adoptados los problemas de competencia sin tener que dedicar recursos a una investigación de resultado dudoso.

No parece que el artículo imponga restricciones a los compromisos que pueden ser ofrecidos por las empresas, por lo que éstos podrán ser tanto de mero comportamiento como de carácter estructural. A diferencia del art. 7, aquí las soluciones estructurales serán el resultado de una petición de las empresas y no de una imposición de la Comisión. Es lógico pensar que la naturaleza de los compromisos ofrecidos estará en consonancia con el problema de competencia que deba resolverse.

A pesar de estos antecedentes, la alternativa planteada por la Comisión para la emisión de decisiones que acepten compromisos presenta interrogantes que es preciso esclarecer:

— En primer lugar el ap. 2 del precepto establece que la Comisión no prejuzga la existencia o no de infracción. Por lo tanto, la decisión de la Comisión no despeja la incertidumbre jurídica del caso, ya que no establece conclusiones acerca de las conductas investigadas. Las actuaciones simplemente se archivan. Esta indefinición tiene consecuencias difíciles de prever, como se examina a continuación.

— El artículo no determina que la decisión de la Comisión impida el enjuiciamiento de la conducta por autoridades nacionales o tribunales

civiles. En un sistema de competencias paralelas el caso cerrado por la Comisión podría volver a plantearse en cualquiera de dichos ámbitos.

— Es cierto que el art. 16 establece la obligación de procurar evitar resoluciones contradictorias con las decisiones de la Comisión, pero, según el art. 9.2, la Comisión no declara que no exista infracción, por lo que una decisión judicial o de la autoridad nacional que declarara la existencia de infracción no sería realmente contradictoria. En todo caso, la posibilidad de que una vez aceptados por la Comisión los compromisos y ejecutados éstos por la empresa, ésta pueda resultar condenada por un tribunal civil o una autoridad nacional de competencia, reduce, al menos potencialmente, el interés de las empresas para avenirse a este tipo de compromisos.

— El precepto no aclara cuáles son los derechos de los denunciantes o de terceros (competidores en ese mismo mercado, por ejemplo) en este procedimiento, ya que no prevé la participación de los mismos antes de que la Comisión acepte los compromisos.

— Finalmente, este tipo de decisiones puede plantear problemas de aplicación discrecional y se puede prestar a una utilización indebida del mismo si no se establece algún tipo de criterio que determine cuándo se puede utilizar, dado que, evidentemente, si bien el cese de la práctica se producirá en ambos casos, las consecuencias para las empresas no serán las mismas ante una decisión de prohibición que ante una decisión con compromisos.

d) *Declaraciones de inaplicación (art. 10)*

El art. 10 regula el tercer y último tipo de decisión novedosa. Las llamadas declaraciones de inaplicación corresponden a las que podríamos denominar decisiones positivas, es decir, aquellas que afirman la compatibilidad de un acuerdo o una práctica con el art. 81 del Tratado. Como ya hemos advertido, en el nuevo sistema desaparecen las decisiones de autorización de acuerdos conformes al 81.3. Sin embargo, en caso concretos, «*por razones de interés público comunitario*», la Comisión puede estar interesada en declarar que una práctica o acuerdo es compatible con el Tratado, tanto por resultar prohibido y cumplir los requisitos del art. 81.3 como por no vulnerar las prohibiciones establecidas en el art. 81 u 82.

Se trata de uno de los mecanismos ideados para aportar seguridad jurídica al sistema respecto de aquellos acuerdos o prácticas sobre los que no haya pronunciamientos claros en la jurisprudencia o en la práctica decisoria de la Comisión. Ésta, sin embargo, quiere evitar que las decisiones de inaplicación se utilicen como coartada para reintroducir el sistema de autorización y ha dejado claro que las mismas «*sólo pueden adoptarse por propia iniciativa de la Comisión y en interés público de la Comunidad. Estas condiciones garantizan que las decisiones por las que se com-*

*prueba la inexistencia de infracción no pueden ser obtenidas por las empresas con solo solicitarlas»*¹⁹. La Comisión teme que si se concede a las empresas el derecho a obtener por esta vía un pronunciamiento, se pondría en peligro uno de los objetivos de la reforma, reintroduciéndose por la puerta trasera el sistema de notificaciones que quiere abandonar. Por ello nunca ha deseado unir este tipo de decisiones, adoptadas exclusivamente en interés de la Comunidad, con cualquier otro tipo de instrumento para incrementar la seguridad jurídica del sistema, como pueden ser los dictámenes, a los que nos referiremos más adelante.

B. NUEVOS PODERES DE INVESTIGACIÓN Y SANCIÓN

Otra de las novedades más significativas e importantes de la reforma se encuentra en el art. 20 de la propuesta que recoge los poderes de la Comisión en materia de inspección. El art. 14 del Reglamento 17 ya otorga a la Comisión los poderes de examinar libros y documentos, obtener copias, pedir explicaciones orales y registrar locales de negocios, terrenos y medios de transporte. La propuesta de Reglamento amplía estos poderes de forma significativa en aspectos importantes que pasamos a examinar:

a) *Registro en domicilios privados*

El ap. 2.b) del art. 20 establece, sin duda, el nuevo poder de investigación más destacado de la reforma: la posibilidad de inspección en cualquier local, no necesariamente empresarial (con referencia expresa a los domicilios de los empresarios, administradores, directores y otros miembros del personal de la empresa). Para justificar esta inspección es necesario que existan sospechas de que en dichos domicilios se conservan documentos de carácter profesional.

El ap. 7 del mismo art. 20 aclara que la intervención previa de la autoridad judicial del país donde se desarrolle el registro es siempre obligatoria en este tipo de registros, a diferencia del registro de locales empresariales del art. 20.2.a), donde, siguiendo la Sentencia *Hoescht*²⁰, sólo debe acudir a la autoridad judicial cuando así lo prevea la legislación nacional.

Adicionalmente la Comisión aprovecha la ocasión para codificar en el ap. 8 del art. 20 la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre el control de legalidad de los registros. De este modo se determina que el control de legalidad de la decisión de la Comisión que exige el registro se reserva al Tribunal de Justicia, mientras que el control del «*juez nacional se referirá únicamente a la autenticidad o exceso en las medidas de*

¹⁹ *Explanatory Memorandum* de la propuesta de Reglamento del Consejo, p. 18.

²⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de septiembre de 1989, Hoechst contra la Comisión de las Comunidades Europeas, asuntos acumulados 46/87 y 227/88.

apremio previstas». En concreto se recuerda que «*el juez nacional no podrá controlar la necesidad de la inspección ni exigir que se le presenten otros elementos distintos de los expuestos en la decisión de la Comisión*».

El interés de los registros y la supervisión judicial de los mismos reside, por su importancia, en la afectación a derechos reconocidos en las Constituciones de los Estados miembros, limitándonos a apuntar algunas dudas que surgen de la regulación presentada.

— El art. 20 codifica en su ap. 8 la Sentencia *Hoescht*. Sin abordar lo ajustado de la recepción de esta sentencia, confirmada recientemente en el asunto *Roquette Frères, S. A.*²¹, sí puede plantearse la duda de si su aplicación directa y sin matizaciones a un registro en domicilios privados es absolutamente correcta. La Sentencia *Hoescht* se refiere a registros en locales empresariales que, como la misma sentencia reconoce, no gozan de la misma protección que el domicilio privado en todos los Estados miembros. Su concepción del control del juez nacional no puede separarse de este punto de partida. Por tanto su aplicación a un supuesto de hecho distinto debe efectuarse con suma delicadeza.

— Por otro lado, la inserción del registro en domicilios privados en el propio art. 20 podría llevar a consecuencias indeseadas como, por ejemplo, la utilización de este tipo de registro en las investigaciones por sectores económicos previstas en el art. 17 de la propuesta, que permite la utilización en estos casos de lo previsto en los arts. 18 a 23. Para evitar el uso de medios desproporcionados en unas investigaciones de carácter general sería necesario una previsión específica al respecto en el art. 18.2.

— Finalmente, desde algunos ámbitos se ha pedido que el registro en domicilios privados no se limite a «locales» sino que se permita también el registro de vehículos privados, tras la comprobación de que en algunos casos pruebas importantes se localizaban en los automóviles privados de un directivo de la empresa.

Quizás la mejor respuesta para estas y otras dudas que sugiere el artículo sea su tratamiento en un precepto específico separado del resto de los poderes de investigación previstos para la Comisión. De tal modo podrían solucionarse tanto problemas de mera estructura del Reglamento, de cara a llamadas desde otros artículos del mismo, como los específicos problemas de control judicial del nuevo poder de la Comisión.

b) *Precinto de locales y documentos*

El art. 20.2.e) regula el poder de la Comisión para precintar los locales o documentos profesionales mientras dure la inspección. La necesidad de utilizar estos precintos es absolutamente necesaria para impedir la

²¹ Conclusiones del Abogado General Sr. Jean Mischo presentadas el 20 de septiembre de 2001, asunto C-94/00, *Roquette Frères, S. A.*, contra *Directeur général de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes*, petición de decisión prejudicial planteada por la *Cour de cassation* (Francia).

destrucción o sustracción de documentos en inspecciones en grandes empresas, en las que la inspección puede durar varios días.

La regulación de este poder, sin otro límite temporal que la duración de la inspección, podría ser contemplado con recelo. Es prácticamente seguro que una estadística de las inspecciones llevadas a cabo por la Comisión revelaría que éstas no duran más de cuarenta y ocho horas y es impensable que la Comisión precinte empresas durante semanas. Por ello, la inclusión de unos límites temporales más precisos no restaría eficacia a la regulación y la mejoraría en términos de seguridad jurídica.

c) *Comprobación de libros y documentos profesionales en cualquier soporte*

Este poder no puede decirse que sea nuevo, ya que la verificación de documentación profesional ya se encontraba prevista en el art. 14.1.a) del Reglamento 17. La única novedad se encuentra en la específica previsión de que la consulta de este material podrá llevarse a cabo sea cual sea el soporte elegido. Es una forma de adecuar la legislación a las prácticas actuales de documentación y evitar cualquier interpretación cerrada de los poderes de la Comisión al respecto.

d) *Solicitud de información oral a cualquier representante o miembro del personal de la empresa o la asociación*

El art. 20.2.f) presenta varias novedades respecto al precepto correspondiente en la actual regulación [art. 14.1.c) del Reglamento 17]:

— En primer lugar se permite la grabación de las respuestas de las personas interrogadas en línea con lo también recogido por la legislación española (art. 147 de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil).

— Se especifica que el objeto de la encuesta es amplio: «*datos en relación con el asunto y el objetivo de la inspección*».

— También se especifica que estas explicaciones pueden pedirse a cualquier representante o miembro del personal de la empresa.

Nuevamente se ha cuestionado desde diversas instancias esta previsión específica, aduciendo que puede lesionar el derecho a la no autoinculpación reconocido en los textos constitucionales de los Estados miembros y en el Convenio de Roma de 1950²². Se trata de un asunto demasiado complejo para ser abordado en unas breves líneas, limitándonos a señalar que la Comisión codifica jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo,

²² Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950.

en este caso concreto las Sentencias *Orkem*²³ y *Solvay*²⁴, que reconocen y explican el ejercicio de estos poderes por la Comisión.

e) *Nuevos poderes en la sanción: la capacidad de cobrar sanciones a miembros de asociaciones empresariales multadas*

La experiencia sancionadora de la Comisión ha puesto de manifiesto que cuando las multas recaen sobre asociaciones empresariales, con frecuencia su recaudación resulta imposible, tal y como también ocurre en nuestro ordenamiento. Se ofrece de este modo un cauce muy ventajoso para que los acuerdos y prácticas anticompetitivas no se desarrollen directamente por empresas, sino que éstas se sirvan de una asociación como pantalla de sus acuerdos que les permita eludir la sanción en caso de ser multados.

Los arts. 22.4 y 23.2 de la propuesta tratan de resolver esta situación autorizando a la Comisión a acudir a cualquier miembro de la asociación para el cobro de la multa, con el límite del 10 por ciento del volumen de negocios de dicha empresa en el ejercicio social precedente. El nuevo Reglamento establece de este modo una responsabilidad solidaria (con el citado límite del 10 por ciento del volumen de negocios de cada uno) entre los miembros de la asociación sancionada.

La propuesta de la Comisión parece necesaria para evitar que la adopción de acuerdos o prácticas por medio de asociaciones se convierta en un método sistemático para evitar las multas. Ello no obsta para que la misma esté exenta de problemas, como los relativos a su aplicación en los casos de asociaciones de adscripción obligatoria (como los Colegios Profesionales, Cámaras de Comercio, Industria y Navegación, o similares), en los que la posibilidad de proceder al cobro de parte de la multa a uno de estos miembros, incluso con el citado límite del 10 por ciento del volumen de negocios, resulta conflictivo.

3. LA RED DE AUTORIDADES DE COMPETENCIA

Con la reforma propuesta la Comisión cede el monopolio en la aplicación del art. 81.3, lo que implica que tanto las autoridades nacionales como los órganos judiciales podrán realizar una aplicación completa del art. 81; considerar al tiempo la prohibición de su ap. 1 y las condiciones de exención del ap. 3.

Resulta claro que si bien la descentralización permitirá de un lado una mayor aplicación de la legislación comunitaria de competencia y un

²³ Sentencia del Tribunal de Justicia de 18 de octubre de 1989, *Orkem*, S. A., antes *Cdf Chemie*, S. A., contra Comisión de las Comunidades Europeas. Asunto 374/87, *Rec.*, 1989, p. 3283.

²⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia de 18 de octubre de 1989, *S. A. Solvay & Cie.* contra Comisión de las Comunidades Europeas. Asunto 27/88, *Rec.*, 1989, p. 3355.

mayor control de las posibles prácticas prohibidas, de otro plantea el problema de la aplicación homogénea, al aumentar el número de órganos con capacidad para aplicarlo. Para evitar o, al menos, minimizar esta falta de homogeneidad, la propuesta desarrolla un conjunto de instrumentos destinados a asegurar una cierta coherencia.

La denominada Red de autoridades de competencia, compuesta por la Comisión y las quince autoridades de competencia de los Estados miembros, constituye un instrumento fundamental para el logro de este propósito. Ajenos a la Red, aunque también encargados de la aplicación del Derecho comunitario de la competencia, quedarían los tribunales nacionales, para los que se diseña otro conjunto de mecanismos tendentes a este fin.

La memoria explicativa de la propuesta de Reglamento menciona explícitamente la Red: «*un elemento básico de la propuesta de la Comisión es la conveniencia de que esta institución y las autoridades nacionales de competencia formen una red y trabajen en estrecha colaboración en la aplicación de los arts. 81 y 82*»²⁵. También el considerando 14 habla de «*una red de autoridades públicas que apliquen las normas de la competencia*». Sin embargo, la palabra Red está ausente del articulado. El art. 11 se limita a enunciar: «*La Comisión y las autoridades de competencia de los Estados miembros aplicarán las normas de competencia comunitarias en estrecha colaboración*». Ni éste ni ningún otro artículo de la propuesta contienen una definición de la Red de autoridades de competencia, que se configura más como un instrumento funcional que jurídico.

La Red no es, por tanto, una nueva institución ni agencia comunitaria²⁶. No dispone de ningún tipo de organización, secretaría general, ni de personal específico a su disposición. Únicamente el Comité Consultivo regulado en el art. 14 —y ya existente bajo el régimen actual del Reglamento 17— permite a la Red adoptar una mínima apariencia externa en determinadas ocasiones.

La Red de autoridades se encuentra conformada por un conjunto de instrumentos que permiten a las autoridades nacionales de competencia y a la Comisión consultarse, intercambiar información y coordinar sus esfuerzos en aplicación del Derecho comunitario de competencia. Estos instrumentos quedan definidos en varios artículos del Reglamento, en concreto en los arts. 11, 12, 13, 14 y 21.

El art. 11 es ciertamente uno de los preceptos principales al respecto. El mismo contiene tres de las características fundamentales de la Red:

— Una obligación de informar a la Comisión del inicio de procedimientos nacionales para la aplicación de los arts. 81 y 82 (ap. 3).

²⁵ Exposición de Motivos de la propuesta de Reglamento, p. 6.

²⁶ El Libro Blanco mencionaba la posibilidad de crear una nueva agencia comunitaria independiente para la aplicación del Derecho europeo de competencia, propuesta que, pese a ciertos apoyos doctrinales, no prosperó.

— Una obligación de consulta a la Comisión cuando las autoridades nacionales pretendan adoptar determinados tipos de resoluciones de aplicación de los arts. 81 y 82 (ap. 4).

— La privación de competencia de las autoridades nacionales cuando la Comisión incoe un procedimiento (ap. 6).

El resto de los artículos mencionados ofrecen otras posibilidades de colaboración en la Red, como el intercambio de información entre autoridades (art. 12); la realización de investigaciones por parte de una autoridad por cuenta de otra (art. 21); la suspensión o finalización de procedimientos si el caso está siendo instruido (o ya lo ha sido) por otra autoridad; y el mencionado reforzamiento del papel del Comité Consultivo como fórum de discusión de casos y suministro de información entre todos los participantes de la Red.

Todos estos artículos determinan el funcionamiento de la Red de autoridades de competencia desde el comienzo de un caso hasta el fin del procedimiento de investigación, sea mediante la correspondiente resolución sancionadora o el archivo del mismo. Examinemos este iter procedimental.

A. INFORMACIÓN A LA RED DE LA EXISTENCIA DE UN CASO

Conocido un caso por una autoridad nacional de competencia (sea mediante denuncia o de oficio) en el que se proponga aplicar los arts. 81 o 82 del Tratado, el art. 11.3 de la propuesta establece la primera obligación de colaboración: la información a la Red de la existencia del mismo.

Este deber de información a la Red se hace efectivo a través de un deber de información a la Comisión exclusivamente. Dos son las razones que aconsejan limitar este deber de información a la autoridad comunitaria y no extenderlo a las 15 autoridades nacionales existentes. La primera es evitar sobrecargar a las autoridades nacionales con unas obligaciones burocráticas excesivas que supongan un desaprovechamiento de sus recursos. La segunda, de similar importancia, evitar los posibles recursos derivados del incumplimiento de esta obligación. Y ello porque incluir en el articulado del Reglamento un deber de información a todas y cada una de las autoridades proporcionaría un cauce fácil para el recurso en caso de que se incumpliera con sólo una de ellas.

La Exposición de Motivos del Reglamento declara (aunque, quizás, fuera conveniente que el articulado lo recogiese expresamente) que la autoridad comunitaria pondrá a disposición de todas las autoridades nacionales de competencia la información requerida, pues de otro modo no se cumpliría el objetivo del precepto: el conocimiento del inicio de un caso por todas las autoridades de competencia de modo que pueda instruirlo la mejor situada para hacer cesar y sancionar la conducta anti-competitiva.

Este acceso a la información es de suponer que se consiga a través de medios electrónicos o informáticos. Se ha hablado de una Intranet puesta a disposición de la Red por la Comisión (recuérdese que la Red carece de organización o recursos para hacerlo por sí misma) para que las autoridades les remitan la información sobre los casos a través de un sencillo formulario. Este mismo dispositivo electrónico será el que permita acceder a la información transmitida al resto de las autoridades. La utilización de estos procedimientos informáticos para la transmisión de la información es esencial para lograr agilidad en el cumplimiento del deber de informar.

En cuanto al momento en que esta información debe transmitirse, la propuesta de la Comisión habla de informar «*al comienzo de su procedimiento*». Desafortunadamente esta expresión puede conducir a soluciones tan distintas como procedimientos hay entre en los 15 EEMM. Únicamente parece claro que la Comisión descarta que se dé una transmisión mecánica de todas las denuncias presentadas a cada autoridad. Hablar de «*comienzo del procedimiento*» limita el deber de información a aquellos casos en los que se abra un procedimiento formal, en el caso español cuando se admita a trámite el expediente. Para aclarar esta cuestión y conseguir la transmisión de la información de modo homogéneo por todas las autoridades no debe descartarse la posibilidad de concretar el momento de la remisión de la información desde una perspectiva material y no formal, como sería la primera medida de investigación adoptada (una solicitud de información formal o una inspección domiciliaria). No obstante, esta expresión también suscita dudas y podría interpretarse de diferentes maneras, si bien dota a las autoridades de cierta flexibilidad para decidir cuándo se remiten los casos a la Red.

Un problema previo al anterior se suscita si tenemos en cuenta que en aplicación del art. 3 de la propuesta (aplicación excluyente de Derecho nacional y comunitario) antes de informar a la Red habrá que determinar si el caso ha de regirse por normas de Derecho interno o comunitario, para lo cual habrá que decidir sobre si existe o no afectación del comercio comunitario, lo que, a su vez, puede no estar claro sin antes haber realizado algunas averiguaciones sobre el mercado/s afectado/s por la práctica denunciada.

B. ELECCIÓN DE LA AUTORIDAD MEJOR SITUADA

Una vez informada la Red de la existencia de un caso, se pretende que éste sea instruido por la autoridad mejor situada para investigar la conducta prohibida, intimar su cese y sancionarla, en su caso.

La propuesta de la Comisión no incluye en su articulado criterios que decidan la asignación de casos entre las distintas autoridades de competencia al modo que realiza la nueva Ley 1/2002, de 21 de febrero, de Coordinación de las Competencias del Estado y las Comunidades Autó-

nomas en materia de Defensa de la Competencia, en su art. 1. Esta ausencia de criterios claros de asignación de casos ha sido uno de los principales inconvenientes señalados ya en la primera propuesta de reforma inicial que constituyó el Libro Blanco²⁷.

Para solventar la no inclusión de criterios de asignación en el texto de la propuesta de Reglamento —y de este modo impedir la posibilidad de recurso por este motivo— la Comisión ha optado por establecer un sistema de competencias paralelas y a la vez abordar la cuestión del reparto del trabajo fuera de la propuesta de Reglamento.

Mediante el sistema de aplicación paralela todas las autoridades de competencia pueden aplicar los arts. 81 y 82 del Tratado. Dado que el Reglamento no proporciona unas reglas que vinculen jurídicamente determinados casos a una autoridad en concreto, ello permite que un mismo caso sea instruido en paralelo por diversas autoridades, aunque dicha posibilidad se pretende emplear únicamente de manera excepcional.

Existirán una serie de criterios de asignación para tratar de lograr el principio de ventanilla única u *one stop shop*, aunque con las siguientes particularidades:

— Los criterios serán más orientadores que vinculantes, por lo que la Red tendrá libertad para decidir la autoridad mejor situada a la vista de los factores que afecten a cada caso. Dentro de los posibles criterios de asignación estarán seguramente el lugar donde se producen los efectos anticompetitivos y la capacidad de cada autoridad para reunir pruebas, sancionar y poner fin a la infracción.

— Estos criterios no se incluyen en el articulado sino que se opta por utilizar otro instrumento de más fácil revisión, que permita conjugar la seguridad para los operadores del mercado con la necesaria flexibilidad para la rápida adaptación del sistema a circunstancias imprevistas. El instrumento elegido será una Comunicación sobre la cooperación en la Red de autoridades de competencia que abordará, entre otros aspectos, estas cuestiones. No obstante, el Consejo de Industria de diciembre de 2001, bajo Presidencia belga, estudió la posibilidad de que la Comisión y el Consejo emitan una declaración conjunta (de carácter político y no jurídico) para detallar los principios de cooperación que deben informar la Red. Entre dichos principios, desarrollados *a posteriori* por la Comunicación de la Comisión, deberá incluirse una primera aproximación a los criterios de asignación.

— Los criterios de asignación deben respetar la independencia de las autoridades de competencia: ninguna puede ser obligada a tratar un caso por decisión de la Red. Igualmente tampoco pueden despojar de competencia a ninguna de ellas: esto abre la posibilidad a la existencia de procedimientos paralelos si no existe acuerdo entre las autoridades

²⁷ U. IMMENGA, «Coherence: a sacrifice of decentralization», *European Competition Law Annual 2000. The modernisation of EC Antitrust Policy*, de C. D. EHLERMANN e I. ATANASIU (eds.), Oxford, Hart Publishing, 2001.

sobre cuál es la mejor situada para ocuparse del caso. Sólo la Comisión, a través de la apertura de sus procedimientos, puede hacer decaer la competencia de la autoridades nacionales. Esto sucederá cuando el número de autoridades que deseen ocuparse del caso sea demasiado elevado para permitir una instrucción en paralelo eficiente (más de dos o tres autoridades nacionales actuantes).

— La elección de la autoridad (o autoridades) mejor situada deberá realizarse en un plazo breve que no obstaculice la instrucción del caso. Este plazo tendrá también un carácter indicativo.

— Una vez decidida la autoridad mejor situada, las demás autoridades que, en su caso, hubieran iniciado procedimiento podrán utilizar el mecanismo previsto en el art. 13 para suspenderlo o desestimar la denuncia. La elección de uno u otro método se deja al criterio de cada autoridad nacional según se adapte mejor a su procedimiento o de acuerdo con las circunstancias del caso. La Comisión también podrá hacer uso de este instrumento para desestimar una denuncia que le haya sido presentada.

C. COOPERACIÓN EN LA RED DURANTE LA TRAMITACIÓN DEL CASO

Aparte del aludido deber general de aplicar la legislación de competencia en estrecha colaboración, la propuesta de Reglamento incluye dos instrumentos específicos de colaboración entre autoridades:

- a) *La posibilidad de intercambio de información entre autoridades, que alcanza incluso la información confidencial, y supera cualquier restricción normativa nacional al respecto (art. 12)*

Este precepto pretende crear un fundamento jurídico que permita superar los impedimentos para el intercambio de información entre autoridades que supuso la Sentencia *Banca española*²⁸. Dicha sentencia consideró prohibida por el Reglamento 17 la utilización de informaciones recabadas por la Comisión para fines distintos del ejercicio por la Comisión de sus propias competencias.

El intercambio de información se permite para la aplicación de los arts. 81 y 82 del Tratado, objeto de la propuesta de Reglamento, y no para otros propósitos distintos, lo que hará necesaria una aclaración al respecto en el texto del artículo. Se ha propuesto que el mismo artículo permitiera la autorización del intercambio de información para la aplicación de la legislación nacional, pero se duda que el Tratado ofrezca base jurídica suficiente para regular esta materia que deberá quedar, como

²⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de julio de 1992, Dirección General de Defensa de la Competencia contra Asociación Española de Banca Privada y otros, asunto C-67/91, *Rec.*, 1992, p. I-4785.

hasta ahora, a lo que concreten las autoridades mediante acuerdos al efecto.

Debe destacarse también que el art. 12 prohíbe que se utilice la información intercambiada para la imposición de sanciones no pecuniarias. Es una forma tangencial y limitada de armonizar sanciones y evitar que algunas autoridades se nieguen al intercambio (el intercambio de información es una posibilidad y no un deber para las autoridades) ante la posibilidad de penas de cárcel en el país destinatario de la información. Las sanciones de tipo pecuniario que permite el precepto incluyen las multas a directivos de las empresas previstas en el art. 10.3 de la LDC.

- b) *El art. 21 de la propuesta de Reglamento permite a una autoridad nacional de competencia llevar a cabo cualquier medida de investigación en nombre de la autoridad de competencia de otro Estado miembro*

Esta posibilidad, que no obligación, se une a la obligación de llevar a cabo investigaciones por encargo de la Comisión que ya se encontraban prevista en el art. 13 del Reglamento 17. Las investigaciones por cuenta de otra autoridad nacional serán aquellas que permita el Derecho nacional de la autoridad que realice la investigación y se llevarán a cabo bajo su procedimiento. Realizada esta investigación la información se transmitirá de acuerdo con lo previsto en el art. 12.

D. PROYECTO DE RESOLUCIÓN DEL CASO

El art. 11.4 establece un deber de consulta previa a la Comisión cuando una autoridad nacional se disponga a dictar, en aplicación de los arts. 81 y 82, una Resolución de prohibición, de aceptación de compromisos o de retirada del beneficio de un Reglamento de exención por categorías. Con ello se pretende fiscalizar por parte de la Comisión las decisiones de las autoridades nacionales para conseguir una aplicación coherente de los arts. 81 y 82.

La Comisión se ampara en su papel de guardián del Tratado y máximo responsable de la política de competencia de la Comunidad para realizar esta supervisión de las decisiones de las autoridades nacionales. Sin embargo, este deber de consulta debe interpretarse y regularse de tal modo que no signifique un menoscabo de la independencia de las autoridades nacionales.

La obligación prevista exige remitir un borrador de la decisión proyectada. La autoridad nacional no debe recibir un visto bueno formal de la Comisión ni suspender su procedimiento. En caso de discrepancia con la Resolución proyectada, la Comisión podrá entablar contactos con

la autoridad concernida y, en última instancia, utilizar el instrumento de retirada del caso previsto en el art. 11.6.

Asimismo se entiende que el deber de consulta a la Comisión debe conectarse con un deber de información a la Red similar al descrito con respecto al art. 11.3, de modo que la Comisión deberá hacer fácilmente accesible mediante medios electrónicos la información proporcionada al resto de los actores de la Red.

Por último, debe señalarse que esta obligación de consulta a la Comisión debe realizarse, según el Reglamento, «*a más tardar un mes antes de adoptarse la decisión*». Desde algunas instancias se ha interpretado que esta previsión, en el caso de las autoridades de competencia divididas en dos órganos —uno instructor, otro decisor—, se refiere a la elevación del «pliego de cargos». No nos parece que sea ésta la interpretación adecuada en el caso español, donde el pliego de cargos no constituye siquiera el momento procesal correspondiente a la finalización de la fase instructora, debiendo entenderse el momento anterior a la Resolución del TDC, quien además puede adoptar una postura distinta a la propuesta por el Servicio ante las posibles alegaciones, pruebas y, en su caso, vista que se produzca en la fase ante el Tribunal. A la luz de lo anterior parece que deberá ser el Tribunal de Defensa de la Competencia el que remita el proyecto de su Resolución un mes antes de su adopción definitiva, lo que reducirá el margen de temporal maniobra de la autoridad nacional de competencia en la tramitación de determinados expedientes en los que los plazos actualmente vigentes resultan insuficientes.

E. LA PARTICIPACIÓN DEL COMITÉ CONSULTIVO

La estrecha cooperación establecida para la Red de autoridades de competencia debía tener traducción en la configuración de un punto de encuentro para el análisis y el intercambio de posiciones sobre la política de competencia. Éste lo establece el art. 14 de la propuesta de Reglamento, donde se regula el Comité Consultivo, órgano ya existente en el vigente Reglamento 17 (art. 10).

Básicamente su cometido será el mismo que desempeña actualmente: servir de órgano de consulta con carácter previo a la adopción de las decisiones de la Comisión. Dado que el nuevo Reglamento amplía la naturaleza de las decisiones que puede adoptar la Comisión, el Comité Consultivo deberá poder expresar su opinión sobre las mismas. Incluso debería poder expresar su opinión respecto de la adopción de las medidas cautelares prevista en el art. 8 de la propuesta de Reglamento.

La nueva regulación, no obstante, abre la posibilidad de que la función consultiva del Comité se extienda, de acuerdo con el ap. 6 del art. 14, también a casos tramitados por autoridades nacionales. La consulta no será entonces sistemática y obligatoria, como en el caso de las decisiones de la Comisión, sino ocasional, a iniciativa de la autoridad comunitaria

o de alguna autoridad nacional. Esta posibilidad resulta particularmente interesante para permitir que el Comité opine sobre el ejercicio por parte de la Comisión de sus poderes de advocación de casos del art. 11.6, por lo que no cabe descartar una mención específica de dicha función.

Otra importante novedad es la contenida en el ap. 5 del nuevo Reglamento que establece que, en el futuro, el Comité podrá recomendar la publicación del dictamen, dado que actualmente está expresamente prohibido dar publicidad al mismo. El artículo no aclara si la Comisión está obligada a llevar a cabo esta publicación tras la recomendación del Comité, pero parece difícil que pueda desentenderse con frecuencia de la misma. En todo caso, el dictamen queda incorporado como apéndice al proyecto de decisión y deberá ser valorado por el Colegio de Comisarios antes de adoptarla.

Una última novedad, de carácter procesal, es la posibilidad de dar cumplimiento por escrito al trámite de consulta a las autoridades nacionales, con el fin de dotar al mismo de cierta dosis de flexibilidad en los casos que se considere necesario.

F. DISPARIDAD DE SANCIONES Y PROCEDIMIENTOS

El modelo propuesto por la Comisión para el funcionamiento de la Red sin duda contribuirá a una aplicación más uniforme del Derecho de la competencia en la Unión Europea, aunque, como es lógico, no va a poder resolver todos los problemas de divergencia consustanciales a un sistema descentralizado como el propuesto.

Si bien, de alguna manera, se asegura cierta homogeneidad en la persecución de las restricciones a la competencia por la doble vía de la aplicación del mismo cuerpo legislativo (art. 3) y del control previo de las resoluciones por parte de la Comisión, ello sin embargo no garantiza que las consecuencias de la aplicación por parte de una autoridad u otra vayan a ser las mismas.

Y ello fundamentalmente por la falta de armonización en materia de procedimientos y sanciones. Está claro que los resultados de una investigación y las consecuencias que de la misma se deriven no van a ser las mismas en los países que gocen de programas de clemencia que en aquellos en que éstos no estén previstos; lo mismo ocurrirá en el caso de regímenes diferentes de cuantificación de multas —sin mencionar los países que cuentan con penas de cárcel—; plazos para resolver, derechos de las partes en el proceso, recursos disponibles por la investigación, medios humanos, etc.

A pesar de ello ni el Libro Blanco ni la propuesta actualmente en discusión ponen en duda la autonomía procesal de los Estados miembros en la aplicación de los arts. 81 y 82, ni su capacidad para decidir las sanciones que imponen.

Estos peligros ya han sido advertidos por los que han tenido oportunidad de analizar la propuesta, advirtiendo de la amenaza que ello puede suponer para la coherencia interna del sistema. Así el Comité Económico y Social ha destacado la importancia de la normativa procesal al estimar que *«la práctica, tan diversificada en los Estados miembros, desvirtúa la unicidad de los principios que, sin embargo, todos comparten»* y, recordando el art. 83 del Tratado, aboga por la directiva como instrumento flexible (permite elegir entre diversas opciones y concede un plazo adecuado para la aplicación de las normas) para armonizar cuestiones tan complejas como las relativas a los procedimientos²⁹. Por su parte, una de las enmiendas del Parlamento Europeo a la propuesta de Reglamento sugiere que al aplicar los arts. 81 y 82 del Tratado las autoridades nacionales de la competencia sólo puedan aplicar las sanciones previstas en los arts. 22 y 23 de la misma propuesta³⁰.

Éste es, sin duda, un tema delicado y complejo que posiblemente exija un acercamiento «de mínimos» entre las diferentes normas de procedimiento nacionales, en la medida en que la aplicación del futuro Reglamento ponga de manifiesto divergencias importantes en los resultados de la aplicación consecuencia de las diferentes normativas procesales nacionales.

4. COOPERACIÓN CON JUECES Y TRIBUNALES

El Reglamento 17 no estableció ninguna previsión respecto a la aplicación de la normativa comunitaria de la competencia por los jueces nacionales. A pesar de este silencio, el TJCE reconoció que las prohibiciones establecidas en los arts. 81.1 y 82 del TCE producían por su propia naturaleza efectos directos en las relaciones entre individuos, creando derechos individuales que los tribunales nacionales debían salvaguardar.

Hasta ahora los tribunales nacionales tenían la obligación de aplicar los arts. 81.1 y 82 del Tratado, pero se veían sometidos, al igual que las autoridades nacionales, al monopolio de la Comisión respecto de la aplicación del art. 81.3.

El nuevo sistema previsto por la propuesta abandona este monopolio y extiende la aplicación de la totalidad del art. 81 tanto a autoridades nacionales de competencia como a tribunales. El art. 6 de la propuesta de Reglamento es claro al respecto.

²⁹ Dictamen del Comité Económico y Social de 29 de marzo de 2001 sobre la «Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los arts. 81 y 82 del Tratado, y por el que se modifican los Reglamentos (CEE) núm. 1017/68, núm. 2988/74, núm. 4056/86 y núm. 3975/87 (Reglamento de aplicación de los arts. 81 y 82 del Tratado)».

³⁰ Resolución legislativa del Parlamento Europeo sobre la propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los arts. 81 y 82 del Tratado, y por el que se modifican los Reglamentos (CEE) núm. 1017/68, núm. 2988/74, núm. 4056/86 y núm. 3975/87, Enmienda 4.

Esto, si bien refuerza la aplicación del Derecho comunitario de la competencia, plantea el problema de la disparidad de pronunciamientos, ante la proliferación de órganos competentes para su aplicación. La propuesta de Reglamento dedica su art. 15 a diseñar varios instrumentos para tratar de prevenir estos peligros de inconsistencia.

A. SISTEMA DE *AMICUS CURIAE*

El ap. 3 del art. 15 establece la posibilidad de que la Comisión presente observaciones (escritas u orales) ante cualquier órgano jurisdiccional donde se encuentre abierto un procedimiento de aplicación de los arts. 81 y 82 del Tratado. Esta intervención, que la Comisión desarrollará de oficio (no a petición del juez) y por razones de interés público comunitario (no en interés de una de las partes), se conoce como *amicus curiae*.

«... *el amicus curiae puede definirse como aquella persona física o jurídica que, careciendo de legitimación para participar en un litigio como parte principal ni tercero, asiste al tribunal mediante la aportación de fuentes adicionales de información objetiva*»³¹.

La figura del *amicus curiae* («amigo de la Corte o del Tribunal») es una institución procedente del *Common Law* altamente consolidada en países cuyo sistema jurídico se adscribe al modelo anglosajón, como los EEUU o Canadá. Ésta resulta, sin embargo, extraña para la mayoría de los Estados miembros de la UE, y prácticamente desconocida en el ordenamiento jurídico español.

El Reglamento extiende las posibilidades de actuación en el juicio no sólo a la Comisión, sino también a cada autoridad nacional de competencia frente a los tribunales de su propio Estado.

Este poder general de intervención en el juicio es uno de los aspectos más contestados de la propuesta comunitaria dadas sus implicaciones en términos de injerencia en el ámbito judicial.

B. REMISIÓN A LA COMISIÓN DE SENTENCIAS JUDICIALES DE APLICACIÓN DE LOS ARTS. 81 Y 82

El ap. 2 del art. 15 establece un deber de información a la Comisión similar al establecido en el art. 11.4 para las autoridades nacionales de competencia. En caso de aplicación de los arts. 81 y 82 del Tratado los tribunales deberán remitir en el plazo de un mes sus sentencias a la autoridad comunitaria. La información se ha de transmitir cuando la sentencia ya haya sido dictada y no con carácter previo, como en el caso de las

³¹ L. DE LA CRUZ IGLESIAS, «Las Comunicaciones *amicus curiae* en la OMC: el asunto Amianto», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 3, 2001, p. 2, en www.reei.org (sitio visitado el 5 de febrero de 2002).

autoridades nacionales (un mes antes de la resolución del caso, como determina el art. 11.4). Por otra parte, la Comisión carece en el ámbito judicial de la capacidad de advocación de que goza en el ámbito administrativo mediante el art. 11.6, principio lógico ya que el propósito de los procedimientos es distinto.

La capacidad de la Comisión para garantizar la coherencia se sitúa *a posteriori*. A diferencia del sistema alemán de *amicus curiae* el deber de informar a la Comisión no se establece a la apertura del proceso sino cuando éste ya ha finalizado, emitida la sentencia. Esta regulación limita capacidad de intervención de la Comisión y la autoridad nacional de competencia a los casos en los que tenga conocimiento del proceso. El Reglamento tampoco dota a la Comisión de un poder de recurso en interés de ley para cuestionar las sentencias emitidas que le permita reabrir un caso cuya sentencia utilizara criterios contradictorios con la práctica o la jurisprudencia comunitaria. Por todo ello el sistema de control diseñado queda supeditado a la interposición de un recurso por las partes que permita a la Comisión utilizarlo en la segunda instancia. Si ninguna de las partes recurren, la Comisión no podrá intervenir en el proceso y la sentencia se incorporará al acervo judicial nacional. La Comisión no parece temer estas sentencias de primera instancia y parece guardar sus fuerzas para las apelaciones y las casaciones.

Por otro lado, no está claro si el deber de transmitir las sentencias debe recaer directamente sobre los jueces. Ello produciría una comunicación directa entre los tribunales y la Comisión que puede resultar efectiva pero que excluye no sólo a las autoridades nacionales que integran la Red sino a los propios Estados miembros. En este aspecto cabría la posibilidad de que el Reglamento se limitase a recoger la obligación de que las sentencias se comuniquen a la Comisión en el plazo debido, dejando libertad a los Estados miembros para que determinen si esta comunicación debe ser realizada directamente por los jueces o debe centralizarse a través de algún órgano nacional intermedio, que podría ser la autoridad nacional de competencia o, centrándonos en el caso español, el Ministerio de Justicia, o incluso el Consejo General del Poder Judicial. Esta alternativa daría mayor libertad de autoorganización a cada Estado miembro, siempre que se dictasen las disposiciones necesarias para garantizar el cumplimiento efectivo del deber de remisión en el plazo establecido.

C. LA APLICACIÓN DEL DERECHO DE COMPETENCIA POR LOS JUECES

Sin embargo, estos problemas de organización y adaptación de la normativa interna no son los principales que deberá afrontar la aplicación del Derecho de la competencia por los jueces.

Las aproximaciones más escépticas a la modernización han argumentado que los tribunales nacionales y, en particular, los de carácter civil,

no se encuentran preparados para la tarea de aplicar el art. 81. Algunos han sugerido que la aplicación del Derecho europeo de la competencia debería quedar limitada a una serie de tribunales especializados, como los actualmente existentes en Alemania. Esta sugestiva idea, no obstante, no está exenta de problemas, ya que la aplicación del Derecho de la competencia no se encuentra limitada a una reclamación directa de la ilegalidad de un acuerdo o práctica, sino que puede surgir como cuestión colateral en un juicio civil ordinario en el que una parte pida la ejecución o resolución de un contrato y la parte demandada alegue la ilegalidad del contrato en aplicación de la normativa de competencia.

Este problema no debería descartar de antemano la existencia de tribunales especializados para la aplicación de estas normas. La creación de tribunales mercantiles especializados en quiebras prevista en el proyecto de Ley Concursal puede servir como ejemplo de cómo se puede tratar de concentrar una materia compleja en órganos jurisdiccionales que dispongan de los medios y los conocimientos para abordarlas. Otra posibilidad sería la especialización de determinadas Secciones en la materia de defensa de la competencia, de acuerdo con las previsiones de la Ley Orgánica del Poder Judicial y demás normativa aplicable, siguiendo el ejemplo de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional y otros similares.

5. SEGURIDAD JURÍDICA

El problema de la seguridad jurídica y el Derecho de la competencia puede valorarse de muy distintas maneras. Para algunos autores *«el riesgo provocado por el Derecho de la competencia no se diferencia sustancialmente de otros riesgos relacionados con la inversión. De hecho, se asume que el empresario debe afrontar muchos otros riesgos, en particular los riesgos relacionados con el mercado, que surgen de la inseguridad respecto de factores tales como el nivel de la demanda futura, el cambio tecnológico, el comportamiento de los competidores y los costes de producción, pero también los riesgos relacionados con su propia gestión y con su personal, y otros muchos riesgos jurídicos o normativos»*³².

Sin embargo, no puede afirmarse que esta posición sea mayoritaria y los cuarenta años de experiencia de la aplicación del Reglamento 17 han demostrado que la búsqueda de la seguridad jurídica ha sido una constante en el proceder de las empresas, tal y como lo demuestra el gran número de notificaciones de acuerdos a la Comisión, a sabiendas que seguramente la notificación no sería respondida con una decisión formal de la Comisión sino únicamente con una *comfort letter*.

³² Wouter P. J. WILS, «The Modernisation of the Enforcement of Articles 81 and 82 EC: A Legal and Economic Analysis of the Commission's Proposal for the new Regulation Replacing Regulation No. 17», *Corporate Law Institute 27th Annual Conference on International Antitrust Policy*.

Es por ello que el cambio radical de sistema propuesto por la Comisión debe tomar en consideración adecuadamente las consecuencias del mismo sobre la seguridad jurídica.

Acerca de estas repercusiones existe divergencia de opiniones. Para unos el nuevo sistema de excepción legal contiene, *a priori*, más elementos para la seguridad jurídica que el actual sistema de notificación. Otros, sin embargo, auguran una total desorientación y desmotivación de las empresas para afrontar nuevas inversiones, ante el riesgo inherente a la toma de decisiones en un contexto de seguridad jurídica insuficiente.

Los primeros defienden que el actual sistema de notificación no proporciona suficiente seguridad jurídica, ya que aunque los acuerdos cumplan las condiciones del art. 81.3, son nulos mientras no se beneficien de una autorización formal de la Comisión. Frente a esto, en el nuevo sistema los acuerdos que cumplan el art. 81.3 serán válidos desde su inicio, lo que favorece la seguridad jurídica de las empresas. Además, aunque debido a la necesaria flexibilidad que caracteriza al Derecho de la competencia resulte imposible lograr que la totalidad de nuevos casos que puedan presentarse sean absolutamente predecibles en su enjuiciamiento, el nuevo sistema proporcionará diversos instrumentos para facilitar la labor de adecuación de los acuerdos a la legalidad. Así, las decisiones de no aplicación del art. 10, los Reglamentos de exención por categorías, la amplia jurisprudencia existente en esta materia y la continua guía prestada por la Comisión mediante la publicación de directrices constituirán una buena base de partida para la evaluación por parte de las empresas y sus asesores legales de la adecuación de sus acuerdos a lo estipulado en el art. 81.3. Por otro lado, la Comisión sólo suele sancionar aquellos casos en los que está claramente establecido, por la jurisprudencia, práctica u otros instrumentos, la ilegalidad de un comportamiento, por lo que las empresas no se arriesgan a una sanción inesperada.

Por el contrario, numerosas voces apuntan a la incertidumbre que va a representar para las empresas el carecer de un instrumento que les dote de seguridad plena respecto a la validez o invalidez de los acuerdos y prácticas que pueden adoptar. El Derecho de la competencia no limita sus prohibiciones a los denominados cárteles duros (reparto de mercados, acuerdos de precios, etc.), sino que cada vez con mayor frecuencia ha de abordar asuntos complejos en mercados nuevos y no tan nuevos, donde se hace necesario un análisis riguroso y a veces no del todo claro para poder determinar la bondad o maldad de la práctica analizada. Dicho análisis y los resultados del mismo, además, puede variar en función de quién lo realiza o del momento en que se hace, lo que, sin duda, tiene importantes consecuencias para las empresas que han de enfrentarse a decisiones vinculadas a la calificación que a futuro se pueda realizar de esos acuerdos. No se trata únicamente del riesgo a ser sancionado, sino de la posibilidad de que determinados negocios no se lleven a la práctica ante el riesgo de que los acuerdos en los que se basan puedan verse sustancialmente modificados en el futuro como consecuencia de

una intervención de la autoridad de competencia cuya justificación pueda ser discutible.

Esta preocupación por la seguridad jurídica en el futuro sistema se ha puesto de manifiesto tanto desde medios académicos o profesionales como desde las propias instituciones comunitarias (Parlamento Europeo o Comité Económico y Social). Así las resoluciones del Parlamento Europeo de 18 de enero de 2000 y del Comité Económico y Social de 8 de diciembre de 1999 incidieron en la necesidad de mantener un nivel adecuado de seguridad jurídica.

La Comisión ha valorado la importancia de esta cuestión y parece aceptar la introducción de un nuevo instrumento para reforzar la seguridad jurídica: los dictámenes o *written opinions*. Así lo reconoció el propio Comisario MONTI³³ al señalar: *«la Comisión considera que sería apropiado introducir un nuevo instrumento que permitiera suministrar guía a las empresas en aquellos casos donde existen verdaderas dudas acerca de la aplicación de las normas de competencia. Lo que tenemos en mente es un sistema de dictámenes mediante el que las empresas podrían plantear a la Comisión preguntas en aquellos casos donde las normas generales existentes y la jurisprudencia no ofrezcan una guía suficiente. Se requerirá a las empresas que remitan un memorando explicatorio junto a las preguntas que planteen a la Comisión. Sobre esta base la Comisión emitiría un dictamen en los casos apropiados. Estos dictámenes serían razonados y publicados y contribuirían, por lo tanto, a la claridad general de las normas. Por consiguiente, no sólo ofrecerían guía a las empresas que los solicitaran sino también a otros operadores del mercado. El valor de este instrumento no debería ser menospreciado, en especial si se compara con el sistema actual de comfort letters que no son razonadas ni publicadas».*

Esta visión del Comisario MONTI se ha incorporado a la memoria explicativa que acompaña a la propuesta de Reglamento, donde se apunta que *«la Comisión seguirá estando dispuesta a debatir casos específicos con las empresas, cuando lo considere oportuno. En especial, asesorará en relación con los acuerdos, las decisiones o las prácticas concertadas que planteen cuestiones de interpretación sin resolver o genuinamente nuevas. A tal efecto la Comisión publicará una Comunicación en la que establecerá las condiciones en las que podrá emitir dictámenes motivados».* No obstante, advierte: *«un sistema de este tipo no debe implicar para las empresas el derecho a obtener un dictamen, ya que esto supondría introducir una especie de sistema de notificación».*

El Comité Económico y Social ha reconocido la importancia de este compromiso de diálogo entre la Comisión y las empresas. En su Dictamen del de 29 de marzo de 2001, esta institución expresó su confianza en que *«la supresión del sistema de notificación preventiva no impedirá en modo*

³³ M. MONTI, «Opening Speech» delivered at the Fifth EU Competition Law and Policy Workshop *The modernization of EC Antitrust Policy*, European University Institute, Robert Schuman Centre for Advanced Studies. Traducción propia.

alguno —sino que favorecerá— la instauración de un diálogo (preventivo) entre las empresas, la Comisión y las autoridades nacionales, cuando lo soliciten las mismas empresas». El Comité Económico y Social reconoce que este diálogo no puede sustituir a las «decisiones» pero podrá constituir una indispensable verificación preventiva de carácter informal y no vinculante. El Comité enlaza este diálogo con el «dictamen motivado» que se contempla al final del Capítulo II de la Exposición de Motivos de la propuesta.

Según el Comité Económico y Social, la Comisión no sólo debe estar dispuesta a emitir un dictamen en «escasos asuntos», sino también en caso de importantes inversiones y de importantes o irreversibles modificaciones estructurales.

Existe, por tanto, un compromiso para que la seguridad jurídica cuente con un nuevo instrumento a su favor: los dictámenes. A pesar de ello, la Comisión los contempla con cautela. Prueba de ello son las salvaguardas con que recoge este compromiso y el hecho evidente de que el anuncio del mismo en la memoria explicativa de la propuesta no tenga continuidad ni en el articulado ni en los considerandos del nuevo texto. La Comisión se limita a recoger su compromiso de emitir una Comunicación sobre la materia que no podrá suponer nunca un derecho de obtención de dictámenes para las empresas.

Por las características enunciadas todo apunta a que la Comisión desarrollará un sistema de dictámenes que le garantice la suficiente flexibilidad para poder decidir sus prioridades y utilizar sus recursos. Por ello, la atención del requerimiento de dictamen de una empresa se basará en determinadas condiciones como la novedad de la cuestión planteada (sin respuesta en el marco legal ni en la jurisprudencia, práctica administrativa o, incluso, en dictámenes ya existentes), o la existencia de suficiente interés público (que podría basarse en factores como la importancia económica del acuerdo, la extensión del mismo, las inversiones que conlleve, etc.).

En principio, la petición de dictámenes deberá afectar a acuerdos reales y no a meras cuestiones hipotéticas, no pareciendo posible tampoco que pueda referirse a cuestiones planteadas en un caso sujeto a un procedimiento ante una autoridad o tribunal nacional.

En cuanto a los efectos del dictamen, todo apunta a que no impliquen una salvaguarda frente a actuaciones ulteriores de la Comisión, de autoridades nacionales o tribunales civiles, y sin prejuzgar la valoración que puedan realizar posteriormente el Tribunal de Primera Instancia o el Tribunal de Justicia.

6. CONCLUSIÓN

La reforma del Reglamento 17/62 propuesta por la Comisión ha resultado un auténtico ejercicio de autoevaluación de la normativa comunitaria

y de su relación con el Derecho de la competencia de los 15 Estados miembros.

No cabe duda que en cuarenta años de aplicación de la normativa comunitaria de defensa de la competencia se han tenido numerosas ocasiones para evaluar la eficacia y posibles mejoras a introducir en los instrumentos contenidos en la actual regulación, y que la propuesta que actualmente se debate intenta resolver muchos de los problemas prácticos a los que se ha enfrentado el Derecho de la competencia comunitario en su afán de lograr un correcto funcionamiento de la competencia en los mercados. Es claro que algunas de las propuestas presentadas por la Comisión pueden plantear ciertas dudas desde la óptica del Derecho interno de los Estados miembros, dada la disparidad de normativas nacionales y de los modelos sobre las que se sustentan. Sin embargo, esto no ha de resultar un obstáculo para reconocer la necesidad de que hay que dotar a las autoridades de competencia encargadas de aplicar el Tratado de la legislación que mejor permita una persecución eficaz de las prácticas contrarias a la competencia.

En una comunidad ampliada, el actual sistema de notificación previa centralizado en la Comisión parece de imposible mantenimiento, por lo que las opciones pasaban por la descentralización de su aplicación o por el cambio de sistema. Se ha optado por la segunda, lo que para aquellos países, como España, acostumbrados al régimen de autorización supone, sin duda, un cambio de mentalidad que lógicamente puede resultar más costoso cuando el nuevo sistema entre en vigor. Preocupan, principalmente, los aspectos relativos a la seguridad jurídica, posiblemente porque, acostumbrados a un sistema de notificación —por muy burocrático y poco ágil que pueda haber resultado—, el paso a un sistema más libre en el que las empresas han de soportar una mayor responsabilidad a la hora de evaluar sus acuerdos sin poder recurrir a la decisión de la autoridad administrativa puede resultar inicialmente menos atractivo. Sin embargo, creemos que es cuestión de tiempo, el necesario para adaptarse a las nuevas circunstancias, y que la propuesta contiene suficientes mecanismos para facilitar la labor de las empresas y los expertos a la hora de realizar una evaluación correcta de la compatibilidad de los acuerdos con la legislación. A esto hay que añadirle que el nuevo enfoque económico, más centrado en el poder de mercado, debe liberar a la gran mayoría de las empresas europeas del requisito de la notificación, afectando únicamente a aquellas que por su relevancia en el mercado han de preocuparse por los efectos de su comportamiento en el mismo.

La propuesta plantea asimismo un nuevo modelo de cooperación reforzada entre autoridades de competencia que, sin duda, puede tener importantes consecuencias en el ámbito de la defensa de la competencia tanto a nivel interno como comunitario. Por un lado un reforzamiento de la vigilancia de los mercados a nivel europeo, alentado por la mayor implicación de las autoridades nacionales —y jueces— en la aplicación del Derecho comunitario. Esto va a exigir, a su vez, una mayor dedicación

de los recursos internos a asuntos europeos —y autonómicos—, lo que, entre otros, va a requerir una reflexión sobre el papel de la autoridad nacional en este nuevo contexto. A su vez, la aplicación excluyente del Derecho comunitario y la necesidad de acercamiento de tanto las legislaciones como los procedimientos invita a la reflexión sobre el futuro de los ordenamientos nacionales en el contexto de la UE.

DELIMITACIÓN DE COMPETENCIAS ENTRE LOS ÓRGANOS HORIZONTALES DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y LOS ÓRGANOS REGULADORES SECTORIALES

Marta del Pilar Cruz

Magistra
I+D+i Universidad Autónoma
de Madrid, Madrid

Jesús Luis Suárez-Villa

Magistra de Filosofía de Derecho

1. INTRODUCCIÓN

Desde el momento de este Anuario el lector encontrará una reflexión preliminar de 1997, sobre la regulación de competencias que surge de la delimitación entre el Estado y las comunidades autónomas y, en consecuencia, de la necesidad de acercamiento de tanto las legislaciones como los procedimientos invita a la reflexión sobre el futuro de los ordenamientos nacionales en el contexto de la UE.

El presente artículo se divide en tres partes. En primer lugar, se analiza el contexto de la delimitación de competencias que surge de la delimitación entre el Estado y las comunidades autónomas y, en consecuencia, de la necesidad de acercamiento de tanto las legislaciones como los procedimientos invita a la reflexión sobre el futuro de los ordenamientos nacionales en el contexto de la UE.

En segundo lugar, se analiza el contexto de la delimitación de competencias que surge de la delimitación entre el Estado y las comunidades autónomas y, en consecuencia, de la necesidad de acercamiento de tanto las legislaciones como los procedimientos invita a la reflexión sobre el futuro de los ordenamientos nacionales en el contexto de la UE.

En tercer lugar, se analiza el contexto de la delimitación de competencias que surge de la delimitación entre el Estado y las comunidades autónomas y, en consecuencia, de la necesidad de acercamiento de tanto las legislaciones como los procedimientos invita a la reflexión sobre el futuro de los ordenamientos nacionales en el contexto de la UE.

DELIMITACIÓN DE COMPETENCIAS ENTRE LOS ÓRGANOS HORIZONTALES DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y LOS ÓRGANOS REGULADORES SECTORIALES

Mercedes PEDRAZ CALVO

Magistrada
Sala de lo Contencioso Administrativo
de la Audiencia Nacional

Jesús RUBÍ NAVARRETE

Agencia de Protección de Datos

1. INTRODUCCIÓN

En el primer número de este *Anuario*, el correspondiente al año 1996, publicado en 1997, dos de los estudios se ocupaban del tema de la desregulación: uno de ellos, con el título de «La desregulación de los monopolios y su relación con las políticas de liberalización y defensa de la competencia», de Miguel Ángel FERNÁNDEZ ORDÓÑEZ, a la sazón Presidente de la Comisión del Sistema Eléctrico Nacional, sostenía la tesis de que «el orden de aplicación normal de los dos instrumentos necesarios para que haya competencia —primero, la liberalización y, después, la defensa de la competencia— es el correcto para la mayoría de los sectores, pero es absolutamente incorrecto e impide que haya competencia efectiva cuando se aplica a los sectores “monopolizados”». En su estudio sobre «Las Agencias de Defensa de la Competencia y la desregulación: el TDC» Aurelio ALONSO-CORTÉS, entre otras cuestiones, examinando la conexión entre «entes reguladores y Derecho de la competencia» abordaba la existencia de argumentos a favor y en contra de la atribución a estos entes de funciones resolutorias en materia de defensa de la competencia. Como argumentos a favor, en concreto, señalaba «la especialización y mejor conocimiento de los mercados, y su mayor información sobre precios y de la diferencia entre éstos y los costes», y argumentos en contra, básicamente la «captura» del regulador. Concluía que «de ningún modo deben estos entes reguladores ostentar facultades para la aplicación de la legislación de defensa de la competencia, ya que con frecuencia tendrán un modo de entender la competencia específico o usual del sector y no el modo general que representa la Agencia *antitrust*».

Cuando han transcurrido cinco años, y se han multiplicado las reformas legislativas tanto de la normativa reguladora de los órganos de defensa de la competencia como de los llamados «entes reguladores», la cuestión relativa a las competencias de unos y otros en esta materia, lejos de haberse aclarado aparece como una de las que ofrece perfiles más difusos.

La constatación de que en la práctica, y en determinados asuntos concretos, tanto el Tribunal de Defensa de la Competencia como otro (u otros) de dichos entes reguladores han intervenido en el ejercicio de las funciones que la ley les tiene encomendadas, justifica este repaso a la actual situación normativa. Los límites de este estudio aconsejaron centrar el análisis en dos de estos entes reguladores: la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones y la Comisión Nacional de la Energía. Se han quedado fuera de este trabajo otras Comisiones que sin duda merecen ser objeto de una reflexión similar: destacadamente la Comisión Nacional del Mercado de Valores, porque el cruce de competencias entre este ente regulador y el Tribunal de Defensa de la Competencia se produce, a nuestro juicio, no tanto por el mero contenido de la propia normativa sectorial, sino por las concretas consecuencias que dentro de su ámbito de actuación específico pueden producirse o se han producido en supuestos de tomas de participación en el capital de empresas que operan en los sectores desregulados.

Igualmente se ha omitido toda referencia a la Agencia de Protección de Datos, porque en otro lugar de este *Anuario* se publica un estudio realizado por el Director de la misma, que aborda, entre otras cuestiones, la definición de las competencias de la Agencia y del Tribunal de Defensa de la Competencia en materia de ficheros de morosos.

Antes de comenzar el análisis concreto de la normativa de aplicación a la actividad de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones y de la Comisión Nacional de la Energía en el aspecto que nos interesa, es preciso recordar algunas características comunes a los sectores afectados: en primer lugar, el papel del poder público, inicial protagonista por medio de la regulación, de la aparición, desarrollo y consolidación de los mecanismos del mercado en libre competencia. En segundo lugar, la constatación de que la libre competencia es la única vía para asegurar la desaparición de la antigua estructura monopolística. En tercer lugar, la necesidad de garantizar la defensa de los consumidores y del medio ambiente, que no están automáticamente aseguradas por el juego de la libre competencia.

Otras características de estos sectores son la complejidad de las actividades económicas que engloban, y la atomización de la legislación en constante renovación.

Fuera de regulaciones sectoriales, el Tribunal de Defensa de la Competencia tiene encomendada por la ley la función de garantizar la libre competencia en el marco de la economía de mercado desde la perspectiva

de la defensa de los intereses públicos, y uno de los principios rectores de la política social y económica de España es la defensa de los consumidores y usuarios, como establece el art. 51 de la Constitución.

2. LA COMISIÓN NACIONAL DE LA ENERGÍA

La Ley 40/1994, de Ordenación del Sistema Eléctrico Nacional, ya en su Exposición de Motivos recoge reiteradas referencias a la competencia y la transparencia del mercado. En primer lugar, se constata la necesidad de «adoptar elementos dinamizadores basados en los más eficaces principios de competencia»; a continuación se señala que la creación de la Comisión del Sistema Eléctrico Nacional (CSEN) tiene el objeto de «velar por la objetividad y transparencia de su funcionamiento» (del sistema eléctrico) y en el art. 6 se regula la Comisión del Sistema Eléctrico Nacional «como ente regulador del Sistema Eléctrico Nacional y con el objeto de velar por la objetividad y transparencia de su funcionamiento». Entre sus funciones, según el art. 8, como decimoquinta aparece la de «velar para que los sujetos que realicen las actividades previstas en el Sistema Eléctrico Nacional las lleven a cabo sin prácticas restrictivas de la competencia o abusivas de la situación de dominio en el mercado».

Al tiempo, «deberán ser aprobadas por la Comisión Nacional del Sistema Eléctrico las participaciones realizadas por sociedades con actividades eléctricas en cualquier entidad que realice actividades de naturaleza mercantil, así como las transacciones económicas entre sociedades del mismo grupo cuando afecten a una sociedad que desarrolle estas actividades. Sólo podrán denegarse las autorizaciones como consecuencia de la existencia de riesgos significativos o efectos negativos, directos o indirectos, sobre las actividades reguladas en esta Ley, pudiendo por estas razones dictarse autorizaciones que expresen condiciones en las cuales pueden realizarse las mencionadas operaciones. Se exceptúan las sociedades que desarrollen actividades eléctricas de producción exclusivamente en el régimen especial» (art. 14.5).

La obligación de «velar» prevista en el art. 8 no está acompañada en el listado de infracciones de los arts. 59, 60 y 61 de un tipo concreto relacionado con el incumplimiento por los «sujetos que realicen actividades previstas en el Sistema Eléctrico Nacional» de la obligación de llevarlas a cabo «sin prácticas restrictivas de la competencia o abusivas de la situación de dominio en el mercado». En principio el incumplimiento de esta obligación no sería por tanto constitutivo de infracción sancionable por la CSEN.

La CSEN «estará adscrita al Ministerio de Industria y Energía, el cual ejercerá el control de eficacia sobre su actividad y se regirá por lo dispuesto en la presente Ley y en las normas de desarrollo de la misma» (art. 6). Sus resoluciones serán susceptibles de recurso ordinario ante el Ministro de Industria y Energía (art. 8, pfo. 3).

La doctrina destacó que se establece una Comisión «no reguladora y dependiente», porque pese a calificarla de «ente regulador» no se le encomiendan verdaderas competencias reguladoras, sino únicamente de propuesta y consulta, ni es verdaderamente independiente, dada la indefinición del término «control de eficacia» y la posibilidad de impugnación de sus resoluciones ante el Ministro. Su creación fue saludada de todos modos como un gran logro en el camino de fomentar la competencia en el sector.

El Tribunal de Defensa de la Competencia, en la Ley 17/1989, de 17 de julio, tiene encomendada la garantía del orden económico constitucional en el sector de la economía de mercado desde la perspectiva de la defensa de los intereses públicos. Esta Ley define en su art. 1 las conductas prohibidas, y en el art. 6 prohíbe la explotación abusiva de la posición de dominio en todo o en parte del mercado nacional. En el Capítulo II, «De las concentraciones económicas», se regula el procedimiento de informe por el Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC) de los proyectos u operaciones de concentración de empresas o de toma de control de una o varias de ellas por otra u otras; el art. 16 establece las reglas para apreciar si un proyecto u operación de concentración puede obstaculizar el mantenimiento de la competencia efectiva en el mercado, y el art. 17 las posibilidades de resolución del Gobierno, no vinculada por el dictamen del TDC, que incluyen no oponerse a la concentración, declararla improcedente y: a) ordenar que no tenga lugar, o b) ordenar las medidas apropiadas para el establecimiento de una competencia efectiva, o podrá subordinar su aprobación a la observación de condiciones que aporten o compensen los efectos restrictivos sobre la competencia.

La comparación ya a primera vista plantea un doble aspecto: la CSEN debe velar por que los sujetos que realizan las actividades de su sector las lleven a cabo sin prácticas restrictivas de la competencia o abusivas de la situación de dominio. La Ley 40/1994 no establece si estos conceptos son indeterminados o si, por el contrario, se han de identificar con los definidos por la Ley 17/1989.

La CSEN *deberá aprobar* las *participaciones* realizadas por sociedades con actividades eléctricas en cualquier entidad que realice actividades de naturaleza mercantil, así como las transacciones económicas entre sociedades del mismo grupo cuando afecten a una sociedad que desarrolle estas actividades. Y la autorización se podrá denegar si existen riesgos significativos o efectos negativos, directos o indirectos, sobre las actividades reguladas en la Ley, pudiendo por estas razones dictarse autorizaciones que impongan condiciones.

Esta Ley 40 de 1994 no recogía aún una referencia expresa a las operaciones de concentración, limitándose a las participaciones en sociedades mercantiles con actividades en el sector. En la Ley 16/1989 los proyectos de concentración de empresas o de toma de control que afecten o puedan afectar al mercado español, especialmente mediante la creación o el refor-

zamiento de una posición de dominio, *podrán* ser remitidos por el Ministro de Economía al TDC para su informe en dos supuestos concretos. Los participantes en la operación podrán notificar voluntariamente al Servicio de Defensa de la Competencia (SDC).

En consecuencia, en el período de vigencia de la Ley 40/1994 una concentración en la que se vean implicadas sociedades con actividades eléctricas debía ser aprobada por la CSNE, en tanto en cuanto supone «participaciones» de una sociedad con actividad en el sector en otra mercantil, y únicamente podían ser denegadas si suponen riesgos sobre «las actividades reguladas en la Ley».

Al tiempo, la intervención de las autoridades de Defensa de la Competencia podría tener lugar si se trata de una concentración que una o varias partes notifican voluntariamente, o si el Ministro de Economía, por adquirirse una cuota igual o superior al 25 por ciento del mercado nacional o una parte sustancial del mismo, o por superar la cifra del volumen global de ventas la cantidad de veinte mil millones de pesetas, remite el proyecto o la operación para informe del TDC. El informe que *puede* ser solicitado no vincula al Gobierno.

La Ley 54/1997, de 27 de noviembre, de Regulación del Sector Eléctrico, reivindica en su Exposición de Motivos su diferencia de regulaciones anteriores en que «se asienta en el convencimiento de que garantizar el suministro eléctrico, su calidad y su coste no requiere de más intervención estatal que la que la propia regulación específica supone. No se considera necesario que el Estado se reserve para sí el ejercicio de ninguna de las actividades que integran el suministro eléctrico». Más adelante se insiste en que «la gestión económica del sistema, por su parte, abandona las posibilidades de una optimización teórica para basarse en las decisiones de los agentes económicos en el marco de un mercado mayorista organizado de energía eléctrica». El preámbulo de la Ley continúa recordando que las características de complejidad técnica del sector eléctrico «hacen necesario garantizar que su funcionamiento en un marco liberalizado se produzca sin abuso de posiciones de dominio y con respeto estricto a las prácticas propias de la libre competencia. Por ello, en la presente Ley se dota a la Comisión Nacional del Sistema Eléctrico de amplias facultades en materia de solicitud de información y de resolución de conflictos y se arbitra su colaboración con las instancias administrativas de defensa de la competencia».

La definición de la Comisión Nacional del Sistema Eléctrico en el art. 6 varía respecto de la anterior: ahora es el ente regulador del sistema eléctrico cuyo objeto es «velar por la competencia efectiva en el mismo y por su objetividad y transparencia en beneficio de todos los sujetos que operan en el sistema y de los consumidores», y parece que su misión es acentuadamente tuteladora de la libre competencia en su sector. Al tiempo su adscripción al Ministerio de Industria y Energía se mantiene, como el sistema de elección de su Presidente y Vocales, con matices respecto de la duración del mandato y la renovación parcial de la Comi-

sión. Igualmente se mantiene el «control de eficacia» del Ministro y el recurso ordinario ante el mismo.

Entre las funciones de la CNSE, reguladas en el art. 8, la decimotercera consiste en «velar para que las actividades a que se refiere la presente Ley se lleven a cabo en régimen de libre competencia. A estos efectos, cuando la Comisión detecte la existencia de indicios de prácticas restrictivas de la competencia prohibidas por la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, lo pondrá en conocimiento del Servicio de Defensa de la Competencia, aportando todos los elementos de hecho a su alcance, y, en su caso, un dictamen no vinculante de la calificación que le merecen dichos hechos». Así se disipan en parte las dudas surgidas del texto legal anterior, y frente a las declaraciones (de la Exposición de Motivos y del art. 6) que la sitúan como guardian de la competencia en el sector se establece una obligación de traslado a los órganos no sectoriales de defensa de la competencia de cualquier indicio de conducta contraria a la Ley 16/1989.

El art. 11, que regula el «funcionamiento del sistema», establece que: a) «la producción de energía eléctrica se desarrolla en un régimen de libre competencia...», y b) «la comercialización se ejercerá libremente en los términos previstos en la presente Ley y su régimen económico vendrá determinado por las condiciones que se pacten entre las partes». El mismo precepto puntualiza que «la gestión económica y técnica del sistema, el transporte y la distribución tienen carácter de actividades reguladas, cuyo régimen económico y de funcionamiento se ajustará a lo previsto en la presente Ley».

Las dudas reaparecen respecto de la distinción entre actividades que se desarrollan en *libre competencia* y las que no, y la repercusión posible en cuanto a los órganos encargados de velar por el respeto a aquélla.

Al igual que en la Ley anterior, se contempla la función (art. 8, decimoquinta) de «autorizar las participaciones realizadas por sociedades con actividades que tienen la consideración de reguladas, de acuerdo con el ap. 2 del art. 11, en cualquier entidad que realice actividades de naturaleza mercantil». La denegación de la autorización, o el establecimiento de condiciones, se conecta con la existencia de «riesgos significativos o efectos negativos, directos o indirectos, sobre las actividades reguladas en esta Ley». Aparece como decimosexta la función de «informar preceptivamente sobre las operaciones de concentración de empresas o de toma de control de una o varias empresas eléctricas por otra que también realice actividades eléctricas cuando las mismas hayan de ser sometidas al Gobierno para su decisión, de acuerdo con la legislación vigente en materia de competencia». Entre las infracciones tipificadas en los arts. 60, 61 y 62 no aparecen tipos relativos a la competencia.

La Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, en su Exposición de Motivos hace referencia a la Comisión Nacional de Energía que crea, señalando «la vinculación e interdependencia de los

sectores energéticos, la similar problemática de alguno de ellos, especialmente, como se ha señalado, del gas natural y de la electricidad y la progresiva interrelación empresarial en este ámbito económico recomiendan atribuir a un único órgano la regulación y vigilancia del mercado energético, para garantizar su transparencia y coordinar adecuadamente los criterios de resolución de los asuntos que conozca».

La Disposición Adicional undécima suprime la Comisión Nacional del Sistema Eléctrico como ente regulador del sistema eléctrico y crea la Comisión Nacional de Energía «como ente regulador del funcionamiento de los sistemas energéticos, teniendo por objeto velar por la competencia efectiva en los mismos y por la objetividad y transparencia de su funcionamiento, en beneficio de todos los sujetos que operan en dichos sistemas y de los consumidores». Queda adscrita al Ministerio de Industria y Energía, el cual ejercerá el «control de eficacia sobre su actividad», y entre otras funciones tendrá la de «velar para que los sujetos que actúan en los mercados energéticos lleven a cabo su actividad respetando los principios de libre competencia. A estos efectos, cuando la Comisión detecte la existencia de indicios de prácticas restrictivas de la competencia prohibidas por la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, lo pondrá en conocimiento del Servicio de Defensa de la Competencia aportando todos los elementos de hecho a su alcance y, en su caso, un dictamen no vinculante de la calificación que le merecen dichos hechos». Se mantiene la previsión de autorización de las participaciones realizadas por sociedades con actividades que tienen la consideración de reguladas, y el informe en operaciones de concentración.

Contra sus resoluciones podrá interponerse recurso ordinario ante el Ministerio de Industria y Energía (tras la desaparición de éste, ante el Ministerio de Economía).

En la fecha de redacción de estas líneas, la Comisión se presenta en su página web como «el ente regulador de los sistemas energéticos».

Indica literalmente que «sus objetivos son velar por la competencia efectiva en los sistemas energéticos y por la objetividad y transparencia de su funcionamiento, en beneficio de todos los sujetos que operan en dichos sistemas y de los consumidores. A estos efectos se entiende por sistemas energéticos el mercado eléctrico, así como los mercados de hidrocarburos tanto líquidos como gaseosos».

Entre sus funciones, que clasifica como: 1) Normativas; 2) De propuesta e informe; 3) Ejecutivas; 4) De defensa de la competencia; 5) De resolución de conflictos, y 6) Inspectoras, las «De defensa de la competencia» son descritas: «velan para que los sujetos que actúen en los mercados energéticos lleven a cabo su actividad respetando los principios de la libre competencia».

Entre las «De propuesta e informe» aparece la relativa al informe preceptivo sobre las operaciones de concentración de empresas en el sector cuando las mismas hayan de ser sometidas al Gobierno para su deci-

sión, de acuerdo con la legislación vigente en materia de competencia. Como función ejecutiva aparece la autorización de participaciones en sociedades con actividades reguladas.

Finalmente, es necesario hacer referencia a dos importantes Reales Decretos, el primero de ellos de desarrollo del Real Decreto-ley 6/2000, de 23 de junio, cuyo art. 34 estableció un procedimiento de control de las participaciones de las personas físicas y jurídicas en sociedades que operen, entre otros, en el sector de la energía y la telefonía. En el Real Decreto 1232/2001, de 12 de noviembre, se aprueba el Reglamento del procedimiento de autorización previsto en el art. 34 citado.

El Real Decreto 1443/2001, de 21 de diciembre, desarrolla la Ley de Defensa de la Competencia en materia de control de las concentraciones, con referencias a las modificaciones que habían tenido lugar como consecuencia de la entrada en vigor del Real Decreto-ley 6/1999, de 28 de diciembre, que introdujo cambios importantes en relación con el deber de notificación de las mismas y el procedimiento de tramitación de los expedientes, sumado a la Ley 52/1999 (que creó la tasa por análisis y estudio de las operaciones de concentración), el Real Decreto-ley 67/2000 (suspensión de las operaciones de concentración hasta su autorización, y nuevos plazos de instrucción del expediente) y a la Ley 97/2001, de 4 de junio, por la que se modifica la Disposición Transitoria sexta de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico.

A los efectos de este estudio basta reseñar que el Real Decreto tiene vocación de definir conceptos, como por ejemplo los de «concentración» y «control», cálculo de volumen de ventas, obligación de notificación, o la declaración de «interesados» en el expediente, si bien se observa una definición por remisión a las de otras regulaciones, especialmente la Ley del Mercado de Valores. La deliberada exclusión de la Comisión Nacional del Mercado de Valores de este trabajo impide presentar en este momento un estudio, necesario por otra parte, sobre las nuevas conexiones que esta normativa en materia de concentraciones plantea con la actuación del supervisor en materia de mercado de valores. Como muestra mencionar la modificación del Real Decreto 1197/1991 sobre régimen de ofertas públicas de adquisición de valores, a fin de articular la intervención de los órganos de defensa de la competencia si se trata de una operación de concentración.

La superposición e indefinición que, como consecuencia de la descrita regulación, tiene lugar en la práctica respecto de los ámbitos competenciales del Tribunal de Defensa de la Competencia y la Comisión Nacional de la Energía, se puede constatar, como ejemplo, en dos supuestos concretos: la concentración Endesa-Iberdrola y el caso Eléctrica de Llémana, S. A.

A. LA CONCENTRACIÓN ENDESA-IBERDROLA

En la carta de presentación de la Memoria Estadística Eléctrica del año 2000, Informe que recoge los datos estadísticos más relevantes del sector eléctrico, el Presidente de UNESA, Asociación Española de la Industria Eléctrica, recuerda que «el desarrollo de la Directiva Europea 96/92 y, en nuestro país, del Protocolo de diciembre de 1996 y de la Ley 54/1997 están transformando al sector eléctrico desde una situación en la que las decisiones energéticas y de inversión dependían básicamente de la Administración a otra caracterizada por la libre iniciativa empresarial. El objetivo de este cambio es lograr gradualmente un Mercado Único Europeo de la Electricidad en un marco liberalizado, sin posiciones de dominio y con respeto a las prácticas de la libre competencia, que permita un suministro de calidad a precios competitivos». Recuerda que «el Gobierno, de acuerdo con las recomendaciones de las instituciones responsables de la competencia, ha extremado las cautelas para preservar el grado de competencia empresarial, como demuestran las decisiones adoptadas sobre los dos proyectos de integración empresarial intentados y no realizados en el año 2000».

La fusión Endesa-Iberdrola se planteó mediante un Proyecto de Fusión de 17 de octubre de 2000, como integración patrimonial de Iberdrola en Endesa.

La CNE presenta el informe preceptivo previsto en la Disposición Adicional undécima de la Ley de Hidrocarburos con fecha 28 de noviembre de 2000, aprobando el proyecto con condiciones: señala que «considera que la operación objeto de informe puede suponer una mejora en la situación de competencia actualmente existente en el mercado eléctrico».

Las empresas en su solicitud manifiestan su intención de proceder a un «plan de cesión de activos», plan que según resulta de lo expuesto por la propia CNE parece que ni siquiera se ha presentado: «Antes de transcurrido un mes desde que el Gobierno autorice la fase actual de la operación, con el condicionado correspondiente, las dos empresas *presentarán el plan de cesión de activos*, a esta Comisión, sin perjuicio de otras actuaciones, *detallando activos, plazos previstos y otros elementos, para proceder al análisis del mismo*, y emitir el dictamen preceptivo para su remisión al Gobierno en el que, o bien se apruebe el citado plan, o bien se introduzcan las modificaciones que se consideren oportunas para el eficaz cumplimiento de los condicionantes establecidos».

La CNE ha «aprobado» (término que se viene aplicando indebidamente en general tanto para los informes del TDC como de la Comisión, porque se trata de informes preceptivos no vinculantes) la operación con la reserva de la aprobación del Plan de Cesión de Activos.

El TDC presenta su informe el día 10 de enero de 2001, considerando que la operación «crearía una posición de dominio que obstaculizaría

el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado español de la electricidad, por lo que resultaría adecuado declararla improcedente». No obstante, expone un total de doce condiciones en que podría ser aprobada, de las que seis contienen precisiones relacionadas con el Plan de Cesión de Activos: plazo de presentación, supervisión del plan, plazo de ejecución, mecanismo de enajenación y resultados a obtener.

En el marco de este estudio es interesante destacar de este informe del TDC que: 1.º, fueron consultadas más de treinta empresas del sector así como distintas organizaciones e instituciones, y de los informes emitidos, únicamente tres (entre ellos el de Unesa) fueron favorables a la operación; 2.º, contiene constantes referencias al presentado por la CNE, con citas sustanciales en los apartados sobre el estudio del mercado de producto, mercado geográfico, riesgo regulatorio, aislamiento exterior, integración vertical y «mix mejorado»; y 3.º, los datos de mercado, en general, tienen como fuente la CNE. Así por ejemplo, en relación con el riesgo regulatorio, se indica la incertidumbre que supone «la impredecibilidad de los cambios normativos, aspecto este último reiterado por la CNE en su informe sobre la presente operación, junto a otro elemento, la falta de explicación de las metodologías utilizadas por el legislador, por ejemplo, para determinar los precios o cantidades de garantía».

Tanto el TDC como la CNE parecen compartir la inquietud generalizada entre los operadores económicos por los sucesivos cambios normativos y la inseguridad sobre el futuro de la regulación en el sector.

Finalmente, es significativo que el TDC al resumir sus conclusiones declare que, si bien la Ley del Sistema Eléctrico tiene una clara filosofía pro competencia, «la actual estructura del sector, junto con un insuficiente desarrollo normativo de dicha Ley, y la constatación de que existen importantes barreras de entrada tanto en la generación como en la comercialización, hacen que el grado de contestabilidad de estos mercados sea muy reducido».

B. ELÉCTRICA DE LLÉMANA, S. L.

El caso Eléctrica de Llémana, S. L., es paradigmático en cuanto revela con la máxima crudeza no sólo los cruces de competencias entre órganos reguladores sectoriales y el TDC, sino las contradicciones y desacuerdos fruto de la regulación normativa que se ha expuesto.

En su Resolución de fecha 29 de septiembre de 1999, el TDC declara probados los siguientes hechos: el 26 de marzo de 1996 Llémana solicita a H. un suministro adicional de 1.000 Kw. de potencia para suministrar a determinadas empresas de la zona; el 28 de marzo de 1996 H. negocia un convenio para construir una línea con capacidad suficiente para cubrir sus necesidades, con las mismas empresas, que pasan a contratar con H. el suministro; el 31 de mayo de 1996 E. y H. contestan a Llémana que suministrarán 500 Kw. más; Llémana requiere reiteradamente a E.

para que proceda al aumento de potencia, con la advertencia de que si no negocian el problema retendría el abono de las cantidades que debían serle liquidadas.

La CSEN dicta resolución el 1 de julio de 1997: declara que se trata de un problema de acceso de terceros a las redes de distribución, que éste ha de realizarse en condiciones transparentes y objetivas, que las denunciadas están obligadas a facilitar a la denunciante los aumentos de potencia solicitados «permitiendo así a las empresas distribuidoras competir en igualdad de condiciones». Se requiere a H. y E. para que en el plazo de veinte días atiendan la solicitud de Llémana.

El requerimiento de la CSEN fue impugnado ante el Ministerio de Industria y Energía, y éste dictó Resolución el 26 de mayo de 1999 anulándolo a instancias de H. y E. El Ministerio consideró que no se trataba de una cuestión de acceso a terceros a las redes de distribución, sino de un aumento de potencia, para la cual es competente la Dirección General de la Energía previo informe de la CSNE y en su caso la Comunidad Autónoma de Cataluña. Es evidente que los cruces de competencia entre Administración Central y Autonómica, entre Administración y órgano regulador sectorial no son incompatibles con estos otros objeto de esta reflexión entre órganos horizontales de defensa de la competencia y órganos sectoriales.

Llémana interpuso recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, finalizado por Sentencia de 7 de junio de 2000 confirmando la Orden del Ministro.

Por su parte, el TDC resolvió declarar la existencia de una práctica restrictiva de la competencia tipificada en el art. 6.2 de la LDC consistente en la negativa injustificada a satisfacer la demanda de suministro de energía eléctrica solicitada por Llémana, e imponer sanción a las empresas H. y E. responsables de la misma.

La Sentencia de 17 de junio de 2000, en este caso de la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, en aquella fecha competente para conocer de los recursos contra las Ordenes del Ministerio de Industria y Energía, confirma la Resolución que anuló el requerimiento de la CSEN porque a su juicio este ente regulador no era competente para resolver las cuestiones que se plantean. El quid de la discusión jurídica en ese proceso consistió en determinar si lo que Llémana pretende y no obtener es un acceso de terceros a redes de distribución o una petición de aumentos de potencia a tarifa regulada. Para la CSEN, a la que la denunciante acudió al amparo del art. 8.1.15 de la Ley 40/1994, su competencia estaba amparada en el art. 41.2 de la misma Ley, y la denuncia hacía referencia a la distribución de energía eléctrica. Para el Ministerio y la Sección Octava de la Audiencia, se trata de un aumento de potencia.

La sentencia de la Audiencia Nacional citada razona como sigue:

«La resolución impugnada, frente a lo sostenido por la CSEN entiende que el tema planteado no es una cuestión de acceso de terceros a las

redes de distribución, lo que de conformidad con el art. 41 de la LOSEN (Ley de Ordenación del Sistema Eléctrico Nacional) sería competencia de dicha Comisión, sino una petición de aumentos de potencia a tarifa regulada, cuya resolución en el caso que nos ocupa correspondería a la Comunidad Autónoma de Cataluña, si lo que se pretende es un aumento de potencia a tarifa general o a la Dirección General de la Energía, previo informe de la CSEN y de la Comunidad Autónoma, si lo que se pretende es un aumento de potencia a tarifa D, superior al 10 por ciento del incremento vegetativo.

Es cierto que el Tribunal de Defensa de la Competencia en resolución de 29 de septiembre de 1999 señaló que la petición de un aumento de potencia, que necesariamente ha de ser atendida mediante el tránsito de fluido eléctrico a través de la red de suministros del grupo E.-H., representa un problema típico de acceso a la red, considerando que había una práctica restrictiva de la competencia tipificada en el art. 6.2 de la LDC.

Sin embargo la cuestión planteada no es una mera cuestión de acceso, sino una petición de aumento de potencia.

La Resolución de la CSEN de 1 de julio de 1997 tiene como base la denuncia presentada el 5 de junio de 1996 por Eléctrica de Llémna, S. L., contra E. y H. con base en el art. 8.1.15 de la Ley 40/1994 alegando prácticas restrictivas de la competencia y en concreto manifestando que el 27 de marzo de 1996 se había dirigido a H. para hacerle una solicitud de 1.000 kw. que le eran imprescindibles para suministrar a diferentes empresas abonadas, al tener ella el carácter de distribuidora en virtud de contrato suscrito con E. con fecha 7 de noviembre de 1992. El 31 de mayo de 1996 E.-H. contesta a la ampliación de petición de potencia, accediendo a aumentar 500 kw., manifestando respecto a los restantes que se pondrían en contacto con la recurrente al existir dificultades técnicas. La CSEN manifiesta ser competente al señalar el art. 41.2 de la Ley 40/1994 que “la Comisión resolverá las cuestiones que se planteen en relación con las condiciones de acceso”, fijando el art. 10.2 de dicha Ley, como función esencial de esa Comisión, el velar por la transparencia y objetividad del funcionamiento del sistema y la realización de funciones derivadas de la integración de la energía reguladas en esa Ley, concluyendo con su competencia, por entender que la denuncia hace referencia a la distribución de energía eléctrica. Sin embargo, ello no puede aceptarse, por cuanto el acceso de terceros a las redes de distribución, se refiere a las condiciones del tránsito de energía por las redes, y no a un caso claro, como el que nos ocupa, en el que se solicita un aumento de potencia.

No cabe olvidar, por lo demás, que cuando la actora denuncia los hechos el 5 de junio de 1996 ante la CSEN, esta Comisión no es aceptada por las partes como árbitro y en la denuncia únicamente se especifica que los “hechos narrados se encuentran perfectamente previstos en el art. 1 de la Ley de Defensa de la Competencia 16/1989, de 17 de julio, que habla entre las conductas prohibidas en el ap. b), de la limitación o el control de la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones, incumpléndose igualmente el art. 40 de la Ley 40/1994...” En ningún caso podría aceptarse que la CSEN fuera un órgano instructor de expedientes administrativos, a la vista del carácter que le otorga el art. 8 de la LOSEN, por todo lo cual tiene razón el acto administrativo impugnado al negarle

la competencia, consideraciones éstas que llevan a la desestimación del recurso interpuesto en su integridad».

Veamos cuáles fueron las conclusiones alcanzadas por el TDC, pendientes de revisión jurisdiccional: con claridad meridiana, manifiesta expresamente su discrepancia con el Ministerio, reproduciendo parte de la Orden de 13 de noviembre de 1998, al entender «que la cuestión suscitada, consistente en la petición de un aumento de potencia, que necesariamente ha de ser atendida mediante el tránsito de fluido eléctrico a través de la red de suministros del grupo E.-H. (tránsito que a su vez exige modificar las condiciones en que operan ciertos instrumentos de medición, en particular los llamados máxímetros), representa un problema típico de acceso a la Red». Su conclusión se fundamenta en la interpretación conjunta de los arts. 41.1, 10.11.e) y 40.1.c) de la LOSE. La consecuencia es que, una vez establecida previamente la posición de dominio de E.-H., y acreditado lo injustificado de la negativa de éstas a satisfacer la demanda de la denunciante, se declara cometido un abuso de posición de dominio constitutivo de una infracción tipificada en el art. 6.2 de la LDC.

Dicha resolución fue asimismo impugnada ante la Audiencia Nacional, estando pendiente de sentencia el recurso contencioso-administrativo.

No son éstos los únicos supuestos en que situaciones de colisión o doble control han tenido lugar. De su examen resulta que los conceptos técnico-jurídicos relevantes, tanto en materia de defensa de la competencia como de energía, son utilizados indistintamente por uno u otro órgano, TDC o CNE, y no siempre con el mismo contenido. Por otra parte, la intervención de la Administración como superior «control de eficacia», en el supuesto de la CNE, ausente en relación con el TDC, complica la fijación de unas normas de conflicto para la resolución de los que puedan plantearse en el futuro.

3. LA COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Las dificultades para una clara delimitación de competencias entre los órganos horizontales de defensa de la competencia y los órganos reguladores sectoriales han alcanzado su máxima expresión en relación con la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT).

Así lo ponen de manifiesto, en particular, las numerosas y reiteradas modificaciones legislativas que, en un período relativamente reducido, se han producido al respecto.

Antes de la creación de la CMT, la competencia de los Órganos horizontales de Defensa de la Competencia (ODC) en la materia que nos ocupa estaba claramente contemplada en la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC).

Esta situación se modifica con la creación de la CMT (por Real Decreto-ley 6/1996, de 7 de julio, cuya posterior tramitación como Proyecto de Ley dio lugar a publicación de la Ley 12/1997, de 24 de abril), a la que se atribuyeron determinadas funciones en defensa de la libre competencia.

Así lo expresa su Exposición de Motivos al recoger como una de las razones que motivó su creación «la exigencia inaplazable de salvaguardar el cumplimiento efectivo por todos los partícipes en el mercado de las telecomunicaciones de los principios de libre competencia (...)», traducándose esta finalidad en la atribución de las funciones contempladas en su art. 1.Dos.2.f) y g) de la Ley.

El primero dispone que «podrá adoptar las medidas necesarias para salvaguardar la libre competencia en el mercado, en particular, en lo que se refiere a la pluralidad de ofertas de servicios, al acceso a las redes de telecomunicaciones por los operadores y a la interconexión de las redes y suministro de red en condiciones de red abierta; a la política de precios y de comercialización de los operadores de servicios, y en general a todas aquellas actividades que pudieran constituir *prácticas contrarias* a la libre competencia».

Por su parte, el ap. g) del mismo precepto prevé que la CMT podrá «ejercer el control de los procesos de concentración de empresas, de las participaciones en el capital y de los acuerdos entre los agentes participantes en el mercado de las telecomunicaciones y de los servicios a que se refiere el número VII del ap. dos de este artículo».

Ambos preceptos adolecen de imprecisión técnica. En el caso del art. 1.Dos.2.f) porque, poniendo en relación la potestad genéricamente atribuida (salvaguardar la libre competencia) con la cláusula general de cierre (actividades que pudieran constituir *prácticas contrarias* a la libre competencia) no se delimita con rigor la función de la CMT. Ello es así por cuanto que las denominadas *prácticas contrarias* a la libre competencia ni se definen (ni siquiera por remisión a la LDC), ni coinciden con ninguna de las definiciones de acuerdos y *prácticas restrictivas* o *abusivas* contempladas en los arts. 1, 6 y 7 de la LDC.

En el caso del art. 1.Dos.2.g) la imprecisión es doble. De un lado, porque después de señalar el género (operaciones de concentración), a continuación se refiere a situaciones tales como el control de participaciones en el capital y de acuerdos entre los agentes que no parecen más que modalidades de aquél. Y, de otro, porque induce a confusión respecto a si, en tales procesos de concentración, se mantiene o no la competencia del Gobierno conforme al art. 17 de la LDC.

Sólo un año después de aprobarse la Ley 12/1997 se plantea de nuevo en el plano legislativo la cuestión sobre la articulación funcional entre los ODC y la CMT a través de la Disposición Adicional séptima de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones (LGT), según la cual «el ejercicio de sus funciones por la Comisión del Mercado de

las Telecomunicaciones se realizará con pleno respeto a las competencias que la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, atribuye a los órganos de defensa de la competencia», añadiendo que «cuando la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones detecte la existencia de prácticas restrictivas de la competencia, prohibidas por la Ley de Defensa de la Competencia, lo pondrá en conocimiento del Servicio de Defensa de la Competencia, aportando todos los elementos de hecho a su alcance y, en su caso, un dictamen no vinculante sobre la calificación que le merecen. Ello se entiende sin perjuicio de las funciones que a la propia Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones le atribuye el art. 1.Dos.2.f) de la Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones».

La Disposición Adicional recupera parcialmente el rigor técnico al hacer referencia a las «prácticas restrictivas de la competencia», pero reitera su ausencia al no resultar claro si el mismo régimen es aplicable a las «prácticas abusivas», o si existen otras «prácticas contrarias» distintas de aquellas cuyo conocimiento corresponde a la CMT.

Por otra parte, la LGT parece pretender una delimitación horizontal en materia de defensa de la competencia vinculada a los ODC.

En tal sentido cabe invocar el resultado de la tramitación parlamentaria del Proyecto de Ley durante la cual los Grupos Parlamentarios Socialista del Congreso, Izquierda Unida y Convergencia i Unió propusieron enmiendas dirigidas a que la CMT fuera el único órgano competente para garantizar la libre competencia en el mercado de las telecomunicaciones, que fueron rechazadas.

Subsistieron, no obstante, dudas interpretativas sobre el alcance de la cláusula de salvaguarda de las competencias de la CMT, a la vista del último inciso de la Disposición Adicional.

En cuanto a los procesos de concentración económica el art. 17.2 de la LGT recondujo la cuestión estableciendo que «la CMT informará preceptivamente en los procedimientos iniciados para la autorización de las operaciones de concentración de empresas o de toma de control de una o varias empresas del sector de las telecomunicaciones, cuando las mismas hayan de ser sometidas al Gobierno para su decisión, de acuerdo con la legislación vigente en materia de defensa de la competencia».

Que la cuestión no estaba definitivamente cerrada en la perspectiva del legislador lo ha venido a poner de manifiesto la Ley 52/1999, de 28 de diciembre, que, al reformar la LDC, aborda de nuevo el tema, antes de transcurrir dos años de la aprobación de la LGT.

La Ley 52/1999 parte «de la premisa de que la política de defensa de la competencia tiene básica y generalmente un carácter horizontal (...)» y viene a establecer: «(...) consecuentemente con la reforma prevista y lo recogido en otras leyes, las funciones de los órganos de competencia, delimitándolas con mayor precisión respecto de las encomendadas a otros

órganos e instituciones administrativas, de competencia sectorial» (Exposición de Motivos).

Para alcanzar la finalidad pretendida, la norma no se limita a delimitar las competencias de los ODC, sino que, adicionalmente, modifica las funciones atribuidas a la CMT por el art. 1.Dos.2.f) y g) de la Ley 12/1997, de Liberalización de las Telecomunicaciones.

En lo que respecta a la primera cuestión introduce un art. 51 *bis* en la LDC, bajo la rúbrica «Relaciones con otras Administraciones Públicas», disponiendo que «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». A continuación establece el sistema de interrelación administrativa previendo que «en el supuesto de que otras Administraciones Públicas, por razón de sus funciones, pudieran tener conocimiento de hechos que consideren contrarios a las previsiones de esta Ley, se limitarán a dar traslado de los mismos, y de la documentación obrante en su poder, al Servicio de Defensa de la Competencia a fin de que, si procede, pueda iniciarse la tramitación de los correspondientes expedientes».

De la modificación de la Ley 12/1997 cabe destacar, en lo que aquí afecta, que se suprime la indicación de que la función de adoptar medidas del art. 1.Dos.2.f) son «para salvaguardar la libre competencia»; se introduce una obligación de poner en conocimiento del SDC la existencia indiciaria de prácticas contrarias a la LDC, en términos similares a lo que ya estableció la Disposición Adicional séptima de la LDC, y se reconduce la función de ejercer el control de procesos de concentración «(...) al objeto de garantizar, cuando proceda, el cumplimiento del deber de notificación obligatorio al Servicio de Defensa de la Competencia (...)».

No obstante, al no resultar afectada por la reforma, se mantiene la función del art. 1.Dos.2.c) de la misma norma, de «(...) velar por la libre competencia en el mercado de las telecomunicaciones».

Antes de la publicación de la Ley 52/1999, la CMT ha aprobado Circulares y adoptado Resoluciones relacionadas con la defensa de la libre competencia, algunas de las cuales se reseñan a continuación.

En la Resolución de 26 de noviembre de 1998 (Expediente Canal Satélite Digital/Vía Digital) la CMT afirmó su competencia «(...) para intervenir en relación con la existencia de acuerdos entre empresas que consistan en la fijación directa o indirecta de precios de compra o venta de servicios, de conformidad con lo dispuesto en los aps. c) y f) del art. 1.Dos.2 de la Ley 12/1997», si bien en este caso acordó no iniciar expediente por supuestas prácticas concertadas para la fijación de precios de pago por visión en partidos de fútbol.

La Resolución de 22 de diciembre de 1998 (Expediente Cabitel) contiene también una afirmación expresa de la competencia de la CMT en este ámbito, interpretando la Disposición Adicional séptima de la LGT

en el sentido de que, sin perjuicio de la puesta en conocimiento del SDC de posibles prácticas contrarias a la competencia, ello no puede significar «(...) la dejación de funciones propias, cuando se le presenten denuncias sobre asuntos de la propia competencia o cuando estima, dentro de sus funciones legalmente reconocidas, que debe intervenir».

La Resolución de 2 de diciembre de 1999 (Infovía e Infovía Plus) delimita el criterio de la CMT que, en orden a evitar reiteraciones, se sintetiza más abajo al comentar la resolución de 18 de octubre de 2001.

En la Resolución de 22 de diciembre de 1999 (Expediente Retevisión Móvil/Airtel Móvil) la CMT afirma que «la presencia de accionistas comunes en dos competidores implica una distorsión de la competencia aun cuando la presencia en uno de los dos operadores sea minoritaria y financiera y no impliquen ningún tipo de control sobre la misma», ordenando, al amparo del art. 1.Dos.2.f) y g) de la Ley 12/1997, que dos sociedades debían abandonar el accionariado de Airtel Móvil para poder seguir participando en el capital de Retevisión Móvil.

También en el ejercicio de potestad normativa a través de Circulares [ex arts. 1.Dos.1.f) de la Ley 12/1977 y 20 del Reglamento de la CMT] la CMT ha sostenido su competencia. Así, en la Circular 1/1998 incluye como elemento de valoración «(...) la adecuación a las exigencias de salvaguarda de la libre competencia de determinados comportamientos de las entidades con posición de dominio operantes en el sector que actúen como anunciantes en campañas publicitarias, estableciéndose un procedimiento facultativo, de notificación previa, con el fin de obtener un examen preliminar no vinculante por parte de la CMT». De este modo la CMT ha abordado cuestiones relativas a la defensa de la competencia en el ámbito de la publicidad, más allá de lo que, en sentido estricto, constituye el sector de las telecomunicaciones.

La aprobación de la Ley 52/1999 no ha supuesto un cambio de criterio de la CMT. En este sentido puede destacarse la Resolución de 18 de octubre de 2001, en la que, ante la alegación de incompetencia para aplicar el Derecho de la competencia, la CMT la afirma con base en los argumentos que, sintéticamente, se exponen a continuación.

La CMT comienza reiterando los argumentos expuestos en la Resolución de 2 de diciembre de 1999, en el sentido de que:

La naturaleza de la intervención de los ODC y de la CMT es diferente. El papel de la CMT «en aras de propiciar una rápida intervención» —que constituye una pieza básica del proceso de liberalización— es imponer obligaciones de comportamiento a los operadores que incurren en prácticas anticompetitivas, mediante una resolución puramente declarativa que impone obligaciones de hacer o no hacer.

A tal efecto, «las funciones de la CMT no son compartimentos estancos, sino que todas ellas se encaminan a propiciar la salvaguarda de la libre competencia en el mercado otorgando los correspondientes resortes al órgano regulador».

La Disposición Adicional séptima de la LGT «sanciona (...) la primacía de la intervención de la CMT» que, al contar «con información de primera mano sobre el funcionamiento del mercado y de los operadores, se encuentra en la situación más idónea para detectar las posibles prácticas anticompetitivas (...). Una vez detectada y según la naturaleza de la práctica anticompetitiva, la CMT debe decidir si remite el asunto al Servicio de Defensa de la Competencia o bien procede a la apertura de un expediente propio de adopción de medidas».

Los ODC, como órganos generalistas que pueden verse «imposibilitado(s) para intervenir con prontitud y eficacia», tienen definido su modo de actuación a través de resoluciones de naturaleza sancionadora que normalmente se traducen en la imposición de multas.

«Los nuevos operadores (...) pueden modular sin dificultades las vías de acceso a los órganos de salvaguardia de la competencia. Si lo que desean es determinar claramente las obligaciones de unos y otros, y no la apertura de un expediente sancionador, acuden a la CMT. Si lo que persiguen es la sanción al infractor, el camino adecuado es el Servicio de Defensa de la Competencia».

A continuación la resolución fija el criterio de la CMT sobre las modificaciones introducidas por la Ley 52/1999, concluyendo que no suponen una alteración de las funciones reconocidas a la CMT.

En este sentido argumenta que la supresión de la referencia a que las medidas son «para salvaguardar la libre competencia» es superflua, dado que todas las funciones de la CMT se dirigen a tal objeto y que la introducción de la función de colaboración con el SDC supone un retoque formal de la previsión ya contenida en la Disposición Adicional séptima de la LGT, y añade que la función de colaboración con el SDC y la CMT ya estaba recogida en la Disposición Adicional séptima de la LGT, limitándose a reiterarla el texto que ahora se introduce en la letra f), con un contenido idéntico.

Como conclusiones la resolución señala que ha quedado ratificada la función de colaboración entre la CMT y los ODC, que debe descartarse rotundamente la «solución excluyente consistente en que los órganos horizontales de defensa de la competencia serían los únicos competentes para adoptar medidas de salvaguardia de la competencia en el mercado de las telecomunicaciones y de los servicios audiovisuales, telemáticos e interactivos “y que, a tal efecto, no resulta pertinente la invocación del art. 51 bis de la LDC ya que” (...) la CMT ni instruye ni resuelve los procedimientos que están previstos en esa Ley (la LDC), por cuanto su función es otra (...)».

Por su parte, el TDC se ha pronunciado en alguna ocasión sobre el tema, aunque sin incorporar una fundamentación exhaustiva de su posición.

Así, en la Resolución de 8 de marzo de 2000 (Expte. 456/99, RETE-VISIÓN/TELEFÓNICA), relativa a la campaña publicitaria «Planes cla-

ros», el TDC responde a la alegación de Telefónica sobre la competencia exclusiva del SDC y el propio Tribunal en materia de defensa de la competencia.

La alegación de Telefónica manifiesta que, pese a haber mantenido ese criterio, en el caso enjuiciado, el Tribunal no puede pasar por alto el precedente de la Resolución de la CMT de 30 de abril de 1998, rechazando la adopción de medidas cautelares respecto de la campaña publicitaria, objeto del expediente.

Por su parte, el TDC rechaza la alegación por un triple orden de motivos.

En primer lugar, por su falta de coherencia. En segundo lugar, porque afirma que «(...) efectivamente, sólo el Tribunal de Defensa de la Competencia tiene la capacidad de declarar y sancionar un abuso de posición de dominio», y, en tercer lugar, «(...) porque considera que la CMT, al no disponer del material probatorio que obra en este expediente, no pudo realizar una valoración completa de la conducta de Telefónica».

Como puede apreciarse la resolución no incluye una fundamentación jurídica de las normas que le atribuyen la competencia ni un análisis de las que regulan la CMT. Se limita a afirmar con rotundidad su competencia para sancionar los abusos de posición dominante.

Además, la resolución suscita la duda de si la referencia a la actuación de la CMT se basa en su falta de competencia o en que, admitida ésta, careció de material suficiente para valorar íntegramente la conducta de Telefónica.

En lo que respecta al criterio seguido por los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa, cabe hacer referencia a las Sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional (Sección Octava) de 17 de octubre de 2000 y 9 de octubre de 2001, así como a la de la misma Sala y Sección del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 13 de febrero de 2001.

La primera de ellas se pronuncia sobre la cuestión afirmando que «(...) forzoso es deducir que la Comisión ha actuado en el ejercicio de las funciones que legalmente le son atribuidas en concreto la adopción de una medida tendente a salvaguardar la competencia en el mercado, saliendo al paso de una práctica que pudiera integrar un obstáculo a la libre competencia, coherente con la normativa comunitaria tendente a velar por ella en los procesos de liberalización de las comunicaciones, en los que la existencia de operadores dominantes con vocación oligopólica respalda la existencia de organismos de control o vigilancia, y una política encaminada a la preservación del interés general (*ad exemplum*, Directiva 92/44/CEE, de 5 de junio, y Comunicación de la Comisión Europea sobre la aplicación de las normas de competencia a los acuerdos de acceso en el sector de las telecomunicaciones, 98/c 265/02, de 22 de agosto)» (FD 2.º).

La propia Sentencia aborda la cuestión de la delimitación de competencia entre la CMT y los ODC en su FJ 4.º, en el que, tras reproducir literalmente la Disposición Adicional séptima de la LGT, obtiene la conclusión que se transcribe a continuación:

«El precepto inmediatamente transcrito permite colegir el deslinde competencial entre Comisión del Mercado de las Comunicaciones y Tribunal de Defensa de la Competencia: la Comisión puede, a la vista de una práctica vulneradora de la competencia, incoar expediente o dar traslado al Servicio de Defensa de la Competencia, optando el legislador por un sistema de coordinación en el que pueden coexistir ambos organismos y ello sin demérito para los respectivos ámbitos competenciales».

La Sentencia de 9 de octubre de 2001, aunque desestima el recurso interpuesto por razones que no afecta al tema objeto del presente comentario, contiene una afirmación de interés respecto del mismo.

En efecto, en su FJ 4.º, tras afirmar la improcedencia de analizar las pretensiones de la demanda por exceder «(...) de lo que ha de ser objeto propio del recurso contencioso-administrativo», contiene una alusión a la atribución de funciones en materia de defensa de la competencia. Así, señala que «dicha resolución (la dictada por la CMT objeto del recurso) no se pronuncia respecto a la supuesta vulneración de la Ley de Defensa de la Competencia, por pertenecer a una esfera competencial ajena a sus funciones y atribuciones, lo que implica igualmente la falta de competencia para la imposición de sanciones en esta materia, por corresponder al Tribunal de Defensa de la Competencia (...)».

La última de las Sentencias citadas sí aborda directamente la cuestión ante la alegación de Telefónica de que la CMT carece de competencia en la materia por estar atribuida a los ODC.

Su FJ 3.º argumenta al respecto lo siguiente:

«Lo cierto, no obstante, es que la literalidad del art. 1, ap. Dos.2.c), no ofrece ninguna duda cuando contempla como función de la Comisión “velar por la libre competencia en el mercado de las telecomunicaciones”, equilibrando, en su caso, las situaciones discriminatorias y asignando numeración a los operadores, para lo que dictará las resoluciones oportunas. Y ello es consecuencia necesaria de lo reflejado en la Exposición de Motivos cuando afirma que “la exigencia inaplazable de salvaguardar el cumplimiento efectivo de todos los partícipes en el mercado de las telecomunicaciones de los principios de libre competencia, transparencia, e igualdad de trato, hace imprescindible la creación de una Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, como órgano independiente encargado de velar por la aplicación de tales principios y de arbitrar conflictos entre los operadores del sector”... En este sentido podemos afirmar la existencia de una voluntad clara y manifiesta del legislador de crear un órgano específico encargado de velar por el desarrollo de la libre competencia en un sector que se liberaliza. Y a la vista de lo expresado en dicho precepto no cabe duda de que respetando las competencias de la Comisión Delegada del

Gobierno para asuntos económicos, puede la CMT dictar las resoluciones oportunas, como ha ocurrido en el supuesto de autos, al margen de las demás funciones legalmente previstas».

Y añade en el fundamento cuarto que «en la línea de lo anteriormente expuesto no se discute que puedan solaparse de alguna manera las competencias de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones con la de los órganos de defensa de la competencia previstos en la Ley 16/1989, si bien es cierto que las competencias de estos últimos pudieran aparentemente resultar más amplias, alcanzando al control de los acuerdos colusorios, de los actos de competencia desleal, ayudas públicas y acuerdos de concentración económica. Y en todo caso, y a la vista de las previsiones contenidas en los arts. 5.2 y 28 del Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre, el hecho de que pudiera existir una doble barrera o control administrativo por parte de órganos con competencias concurrentes, aunque debidamente coordinados, sobre todo en el ámbito sancionador, como prevé el mentado art. 28.1 del RD 1994/1996, no perjudica ni el interés ni el gasto público (arts. 31.2 y 103.1 de la CE), ni justificaría el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad por infringir el principio de seguridad jurídica. Este principio constitucional no queda vulnerado en la medida en que los justiciables tienen perfecto conocimiento de la normativa que han de respetar y que viene marcada tanto por la legislación sectorial en materia de telecomunicaciones como por la normativa general de defensa de la competencia. En este sentido un precepto que otorga una potestad administrativa a un órgano administrativo en el marco de una ley, respetando, en consecuencia, el principio de legalidad en su actuación, marcado por el art. 9.3 de la CE, nunca puede afectar al derecho de los usuarios y operadores del sector de ajustar sus comportamientos a la normativa de aplicación al caso, hallándose justificada su existencia tanto por la especialidad y complejidad de la materia como por el contexto histórico en el que ha de desarrollar sus competencias, que no es otro que el de liberalización de las telecomunicaciones, y ello en la medida en que no existe dato alguno en autos que permita deducir que por el hecho de existir dos órganos que desarrollen sus funciones de control de la libre competencia en la materia pueda existir una diferencia de trato o dar origen a situaciones jurídicas diferenciadas para los usuarios u operadores del sector cuando el propio Reglamento de la CMT trata de evitar en los preceptos indicados cualquier disfunción que pueda llegar a existir».

Analizando detenidamente las argumentaciones de la CMT, explícitas en las resoluciones que tratan de abordar globalmente la cuestión (Resoluciones de 2 de diciembre de 1999 y de 18 de octubre de 2001), puede apreciarse que su soporte normativo es, al menos, discutible.

En efecto, se argumenta que la naturaleza de la intervención de la CMT y de los OCD es diferente, añadiéndose, a tal efecto, como criterio delimitador de esa distinta naturaleza un doble argumento de oportunidad: que el papel de la CMT se justifica por permitir una rápida inter-

vencción, básica en el proceso liberalizador, y, complementariamente, que tal intervención de carácter inmediato se traduce en una resolución declarativa que impone obligaciones de hacer o de no hacer.

Puede no faltarle razón a la CMT respecto a que su funcionamiento es más ágil o rápido que el de los ODC.

Ello es así porque no puede desconocerse que la LDC atribuye a los ODC instrumentos que permiten, jurídicamente, alcanzar los mismos resultados que aquellos en los que la CMT basa su competencia —poder realizar una rápida intervención consistente en imponer obligaciones de hacer o de no hacer—.

Entre estos instrumentos jurídicos que permiten una intervención equiparable merecen destacarse las previsiones del art. 45 de la LDC para que las ODC puedan adoptar medidas cautelares.

Conforme a la regulación del artículo citado el SDC puede proponer y el TDC adoptar, de oficio o a instancia de parte, las medidas cautelares necesarias tendentes a asegurar la *eficacia* de la resolución que en su momento se dicte, sin más limitación que el requisito de que esté iniciado el expediente administrativo. Los plazos para la adopción de tales medidas son lo suficientemente breves como para poder considerar que permiten una intervención eficaz.

De otro lado, las medidas cautelares pueden consistir tanto en obligaciones de hacer como de no hacer —«órdenes de cesación o de imposición de condiciones determinadas para evitar el daño que pudieran causar las conductas a que el expediente se refiere», en la dicción literal del art. 45.1.a) LDC— y, además, el art. 45 permite la adecuación de las medidas a la evolución de las situaciones que se produzcan en el mercado definido, al posibilitar su suspensión, modificación o revocación «en virtud de circunstancias sobrevenidas o que no pudieron ser conocidas al tiempo de su adopción» (art. 45.5).

El argumento diferenciador de la naturaleza de la intervención no parece tener suficiente fundamento jurídico.

El segundo elemento argumental es el que funda la primacía de la CMT en el hecho de que cuenta con información «de primera mano sobre el funcionamiento del mercado y de los operadores», de forma que se «encuentra en la situación más idónea para detectar posibles prácticas anticompetitivas».

Se trata de un argumento que, al igual que el anterior, carece de soporte normativo específico —quizás, incluso, el rechazo de las enmiendas planteadas por distintos grupos parlamentarios en tal sentido, en los términos antes citados, permitiría interpretar que no ha sido ésta la intención del legislador—. Pero, independientemente del análisis basado en la finalidad perseguida por la norma, tampoco resulta definitivo.

En efecto, la proximidad de la CMT respecto de las conductas anticompetitivas en los diversos mercados existentes en lo que comúnmente

puede denominarse «sector de las telecomunicaciones» y la idoneidad para detectar posibles prácticas anticompetitivas no es argumento suficiente para afirmar la competencia de la CMT frente a los ODC.

Para resolver esta cuestión alcanzando la máxima eficacia de unos y otros basta con que funcionen adecuadamente los instrumentos de coordinación contemplados normativamente. La previsión del art. 51 *bis* de la LDC de que otras Administraciones —como la CMT— sí tienen conocimiento de prácticas contrarias a la libre competencia lo pongan en conocimiento del TDC, acompañando la documentación específica de que dispongan y emitan un dictamen especializado sobre la calificación que le merecen, permite multiplicar la eficacia de la actuación de ambos órganos: el conocimiento especializado de los mercados del sector de telecomunicaciones que, sin duda, ostenta la CMT y la especialización horizontal de los ODC respecto de las conductas tipificadas como prohibidas por la LDC. El argumento tampoco resulta, por tanto, concluyente.

Un tercer argumento diferenciador de la distinta naturaleza de la intervención de la CMT y de los ODC es el que apunta a que la actuación del TDC se circunscribe a actuar a través de resoluciones de naturaleza sancionadora, «que normalmente se traducen en la imposición de multas». Esta última apreciación resulta particularmente interesante para apreciar la consistencia del argumento diferenciador basado en la distinta naturaleza de la intervención, en un doble sentido. Por una parte, porque atiende a un criterio de hecho y no de derecho para sostener la diferenciación como es la circunstancia de que normalmente se imponen sanciones económicas y, por otra, porque admite *a sensu contrario* que la imposición de multas no es una consecuencia necesaria de la actuación de los ODC.

Esta posibilidad, implícita en el argumento, adquiere una rotunda virtualidad jurídica si se analiza en el art. 46 LDC, que regula el contenido de las resoluciones del TDC.

En este precepto se contemplan dos tipos de pronunciamientos por parte del Tribunal. Uno de carácter previo, que consiste en una declaración sobre la existencia o no de prácticas contrarias a la libre competencia. Y otro que hace referencia a las consecuencias que se derivan de una declaración de conductas anticompetitivas. De las cinco previsiones que el art. 46.2 contempla, cuatro no se refieren a la imposición de sanciones sino a la imposición de obligaciones de hacer o no hacer, o a la calificación de la conducta como una práctica autorizada. El criterio diferenciador de las actuaciones de unos y otros órganos administrativos vuelve a ser insuficiente.

Un cuarto criterio diferenciador es el que hace referencia a que la CMT «ni instruye ni resuelve los procedimientos que están previstos» en la LDC. Es un criterio que debe considerarse como puramente formal. Es evidente que la CMT sólo podrá instruir los procedimientos que le atribuye su propia regulación sectorial y que, entre ellos, no se compren-

den los específicamente atribuidos al SDC y al TDC en la Ley 16/1989. Pero no puede olvidarse que, materialmente, si la CMT tiene atribuida la función de velar por la libre competencia en las actividades respecto de las que puede intervenir, deberá ineludiblemente tener como referencia la tipificación de conductas prohibidas recogidas en la LDC. Ello es así por la sencilla razón de que dicha norma es la única que, con carácter horizontal, describe las conductas prohibidas o contrarias al mantenimiento de la libre competencia en cualquier mercado. No existen, en la normativa sectorial de telecomunicaciones, categorías específicas que permitan sustituir a las previstas en la LDC.

En cuanto a los razonamientos expresos en los pronunciamientos de los órganos jurisdiccionales pueden reiterarse los argumentos que se acababan de exponer.

No obstante, debe hacerse un comentario puntual sobre una afirmación distinta —aunque apuntada, también, en las resoluciones de la CMT—, como es la que se refiere a la posibilidad de que exista una doble barrera o control administrativo —de la CMT y de los ODC—, y a la no afectación de la seguridad jurídica.

Tales afirmaciones serían plenamente asumibles si los criterios delimitadores de la intervención de unos u otros órganos tuvieran un grado suficiente de nitidez. Pero, como ha tratado de justificarse anteriormente, los argumentos en que trata de fundarse están más próximos a situaciones de hecho que a nítidos criterios jurídicos contenidos en las normas que, respectivamente, les resultan de aplicación.

4. CONCLUSIONES

De lo expuesto en las páginas anteriores cabe formular las siguientes valoraciones:

La primera es la falta de un modelo definido en relación al sistema de defensa de la competencia en los sectores que se liberalizan.

La segunda es la diversidad de soluciones que pueden aprobarse según se trate de órganos reguladores en uno u otro sector.

La tercera es la extraordinaria movilidad de una regulación que, en un breve período de tiempo, contempla soluciones diferentes.

De todas ellas se desprende una última, más importante, que hace referencia a la falta de seguridad jurídica para los operadores y a las deficiencias que la ausencia de modelo puede generar para una adecuada defensa del interés público.

La ausencia de seguridad jurídica puede intensificarse si, como no es descartable, los distintos órganos reguladores y los órganos de defensa de la competencia inician un proceso de presentación de requerimientos de inhibición, por entender que existen intromisiones en sus respectivas

competencias. Una regulación imprecisa de esta materia puede producir, adicionalmente, distorsiones en las relaciones con la Comisión europea.

La aplicación en España del Derecho comunitario de la competencia exige desarrollar una correcta coordinación entre los órganos nacionales de la competencia y los comunitarios. La disgregación de las competencias en varios órganos nacionales, derivada de una regulación parcial de esta materia, puede multiplicar los problemas de coordinación con la Comisión europea, incrementando la inseguridad en el funcionamiento del sistema de defensa de la competencia.

Finalmente y, quizás, como elemento más relevante de reflexión, es que resulta preciso definir normativamente con la suficiente nitidez los puntos de conexión que posibilitan la intervención de unas u otras autoridades administrativas.

La situación actual, pese a las reiteradas reformas legales que han tratado de alcanzar tal objetivo, se han revelado insuficientes, dando lugar a que los criterios de conexión se apoyen más en argumentos referidos a circunstancias de hecho que a una precisa delimitación normativa.

BIBLIOGRAFÍA

- ATIENZA, L.; DE QUINTO, J., y WATT, R., «Análisis de los efectos económicos y sobre la competencia de la concentración Endesa-Iberdrola», *Documentos de Trabajo del Centro de Política de la Competencia*, núm. 2, Instituto de Estudios Europeos, Universidad San Pablo CEU, 2001.
- CREMADES, J., y MAYOR, P., *La liberalización de las telecomunicaciones en un mundo global*, Madrid, La Ley Actualidad, Ministerio de Fomento, 1999.
- ARIÑO, G., y LÓPEZ DE CASTRO, L., *El sistema eléctrico español. Regulación y competencia*, Madrid, Montecorvo, 1998.
- ARIÑO, G., «Principios constitucionales de la libertad de empresa. Libertad de comercio e intervencionismo administrativo», Madrid, Marcial Pons, 1995.
- CREMADES, J. (coord.), *Derecho de las Telecomunicaciones*, Madrid, La Ley Actualidad, Ministerio de Fomento, 1997.
- VVAA, «Ordenación de las Telecomunicaciones», *Cuadernos de Derecho Judicial*, Centro de Documentación Judicial, CGPJ, 1997.
- «Régimen jurídico de los servicios públicos», *Cuadernos de Derecho Judicial*, Centro de Documentación Judicial, CGPJ, 1996.
- «El derecho de la energía en España», *Documentación Administrativa*, núm. 256, INAP, enero-abril 2000.
- FERNÁNDEZ ORDÓÑEZ, M. A., «La protección de la competencia desde los órganos sectoriales», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, num. 204, diciembre 1999.

EL MUNDO NUEVO DE LA DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Joaquín TRIGO PORTELA

Director Ejecutivo de Fomento
del Trabajo Nacional

En todo el mundo se reconocen las virtudes de la competencia en cuanto a la promoción del bien común en forma de precios menores, más oferta y atención a la clientela. Las propuestas de reforma de estructuras que se reiteran en todos los programas económicos enfatizan la necesidad de reducir los elementos proteccionistas que persisten, la conveniencia de normativa para impulsar el volumen y variedad de la oferta, así como en la provisión de nueva regulación [re-regulación o neoregulación (*vid. J. DE LA CRUZ, 2001*)] para permitir que la privatización de los monopolios públicos dé paso a una competencia efectiva.

Paralelamente las exigencias para autorizar fusiones y absorciones se incrementan, los Tribunales de Defensa de la Competencia reciben más dotación económica y respeto de las empresas, las autoridades y la opinión pública. Sin embargo, el enfoque desde el que tratar las prácticas restrictivas, el vínculo entre la cuota de mercado detentada y el poder de mercado, la eficacia real de los organismos supervisores y otros aspectos relevantes para el logro de la lealtad competitiva están sometidos a la presión de cambios técnicos y económicos que suscitan debates continuos e inconclusos, cambios en la normativa y dificultades para tratar con realidades de mayor complejidad, en las que los criterios tradicionales para evaluar posiciones de dominio en el mercado y el eventual abuso de esa posición son una referencia cada vez menos precisa.

En una apresurada simplificación puede decirse que en la protección de la lealtad competitiva y la prevención de prácticas restrictivas de la competencia inciden tres procesos simultáneos. El primero es la globalización en curso que abre los mercados, aumenta la competencia relevante y fuerza a medidas defensivas, instando a aumentar el tamaño de las empresas para adecuarlo al del mercado relevante, para obtener economías de escala y contar con recursos para planes ambiciosos de I+D que deben amortizarse en plazos breves y, por tanto, exigen acceder en profundidad a mercados muy amplios. Una de las reacciones defensivas asociadas al aumento de la oferta extranjera en los mercados nacionales

es la petición de protección en forma de aranceles o barreras administrativas de efecto equivalente, de forma que se produce una tensión entre los propósitos de la Organización Mundial del Comercio y las coaliciones nacionales de empresas y sindicatos que presionan a sus gobiernos para protegerse de ofertas hechas a menor precio, llegando al *dumping* o a la concesión de ayudas públicas de gran cuantía y capaces de distorsionar la estructura de costes.

El segundo proceso está asociado a la rapidez de la innovación y la aparición de nuevas áreas de actividad, que se manifiestan de forma especial en empresas que trabajan en red con coste marginal cercano a cero, que cuentan con economías de escala y alcance, que exigen elevadas inversiones iniciales en equipamientos e investigación, lo que fuerza a carreras desesperadas para incrementar la cuota de mercado y evitar la desaparición que provoca la no obtención del liderazgo en el ámbito relevante (E. CAÑIZARES y otros, 2001), así como, en sentido contrario, al despliegue de prácticas que prevengan o retarden la penetración de nuevos competidores, lo que ha llevado al desarrollo de un nuevo capítulo de barreras estratégicas que añadir a los manuales de economía industrial (TRIGO y CASES, 2000).

El tercer ámbito de riesgo para la supervivencia de mercados competitivos es la tentación que acecha a las empresas incapaces de adaptarse a nuevas exigencias a optar por sumergir toda o parte de su actividad, lo que presiona a las empresas de la economía formal a esfuerzos drásticos por incrementar la productividad o bien a ceder a la tentación de proceder de igual modo, arriesgando con ello la continuidad de su permanencia en los mercados formales, la persistencia de su comportamiento ético y también a asumir el riesgo de ser objeto de sanciones. En las líneas que siguen se consideran los rasgos centrales de los tres procesos.

1. APERTURA, COMPETENCIA, OPORTUNIDADES POTENCIALES, RIESGO CIERTO

La eliminación de restricciones a la entrada de entidades bancarias extranjeras en mercados nacionales se acompaña de menos requisitos para la creación de nuevas entidades crediticias y para la ampliación de la oferta de las ya existentes, de forma que crezca la competencia entre bancos, entre éstos y las cajas de ahorros y entre estas entidades y las compañías de seguros junto a otros intermediarios financieros. La competencia directa y cruzada crece y, también, la potencial. La situación lleva a continuos descensos en el margen de intermediación y a respuestas en dos vías: de un lado en forma de mejoras en la productividad que permiten el descenso en el coste de intermediación y, de otro lado, en la búsqueda de ingresos complementarios a través del cobro por servicios que se ofrecían de forma gratuita y de la oferta de otros nuevos por los que se cobran comisiones. La evolución recogida en el gráfico muestra la trayectoria apuntada.

CUENTA DE RESULTADOS DE LA BANCA ESPAÑOLA
(en porcentaje del activo total medio)



	80	85	90	91	92	93	94	95	96	97	98	99	2000
Gastos de explotación	4,3	3,6	4,03	3,86	3,4	3,01	2,4	2,27	2,07	1,96	1,88	1,8	1,81
Margen de intermediación	3,4	2,67	2,79	2,75	2,71	2,42	2,26	2,02	1,91	1,85	1,76	1,75	1,7
Resultados antes de impuestos	0,75	0,73	1,52	1,44	1,11	0,79	0,67	0,69	0,71	0,76	0,74	0,79	0,88

Notas: Los gastos de explotación aparecen con signo positivo.

Fuente: Boletín Económico, Banco de España.

En los últimos años las compras y fusiones de bancos han sido noticia continua. La cuota de mercado de los cuatro, cinco o siete grandes bancos ha crecido significativamente y, paralelamente, los márgenes se han estrechado hasta la casi desaparición. Esto parece indicar que, contrariamente a la creencia extendida de que el ratio de concentración va asociado con mayor poder de mercado (que supone capacidad para incrementar el margen operativo y beneficios), lo que se produce es un incremento de la competencia que favorece a los prestatarios y exigen aumentos de productividad y calidad de gestión en los prestamistas.

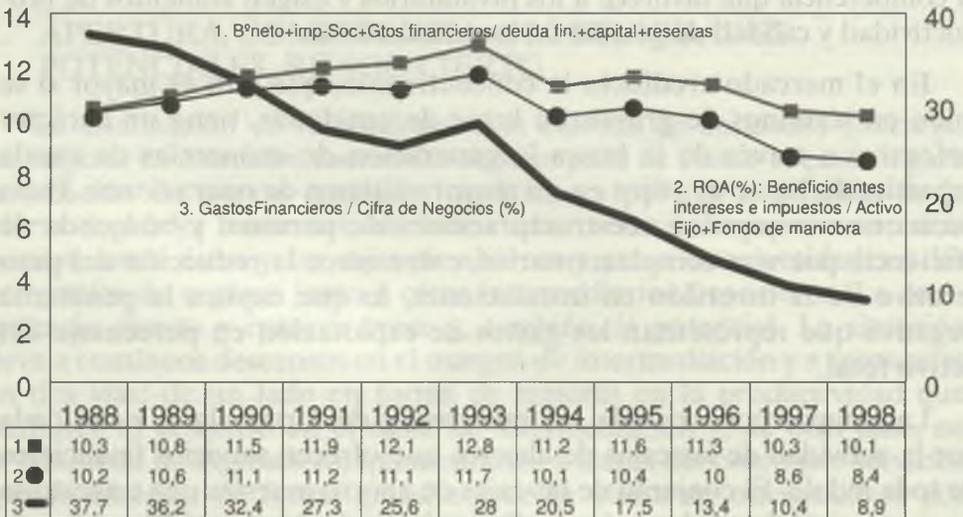
En el mercado crediticio la concentración, que aún es mayor si se mide en términos de grupos en lugar de entidades, tiene un carácter defensivo a través de la busca la generación de economías de escala repartiendo los costes fijos en un mayor volumen de operaciones. Estas decisiones acompañan reestructuraciones de personal y búsqueda de eficiencia por vías complementarias, entre otros la reducción del peso relativo de la inversión en instalaciones, lo que explica la pendiente negativa que representan los gastos de explotación en porcentaje del activo total.

La competencia cruzada, en este caso y de forma clara, viene dada por la actividad de las cajas de ahorros que ofrecen servicios financieros de toda índole. El conjunto de las cajas de ahorro muestra una trayectoria de su cuenta de explotación similar a la de la banca, si bien en este caso la distancia entre el margen de intermediación y los costes operativos

es más elevada y también es mayor la aportación de otras partidas. Las fusiones y absorciones, aunque con intensidad menor, también se dan en este segmento y se complementan con la adquisición de bancos o tomas de participación importante en otros, con la oferta de productos de seguro y la prestación de otros servicios de mediación financiera, de cobros y pagos.

En la generación de energía eléctrica la apertura de los mercados se acompaña también de procesos de concentración, de un lado agrupando en una sola empresa los grupos de empresas vinculados a una casa central y, de otro lado, tratando de fusionar empresas, siempre que la autoridad de defensa de la competencia lo permita. Como la posibilidad de establecer conexiones internacionales supone una competencia potencial de enjundia, la libertad de negociación con que ya cuentan los clientes calificados aconseja su fidelización a través de precios menos onerosos. El efecto ha sido la reducción de la rentabilidad de activos (definida como cociente entre el beneficio antes de intereses e impuestos y el activo fijo más el fondo de maniobra), que pasó del 11,1 por ciento en 1990 al 8,4 por ciento en 1998. Esto ha sido compatible con la mejora de la rentabilidad de los recursos propios, que en el mismo período pasó del 7 al 10,9 por ciento, pero gracias a un factor externo relacionado con los párrafos anteriores, la caída del coste del crédito supuso que los gastos financieros descendieran desde el 32,4 por ciento de la cifra de negocios en 1990 al 8,9 por ciento en 1998, sin lo que se habrían reducido drásticamente.

SECTOR ELÉCTRICO
Ratios económicos



Fuente: UNESA.

En el caso de la banca y en el de la energía eléctrica la apertura de mercados dificulta enormemente el cálculo de la dimensión del mercado relevante y, con él, del nivel de concentración existente. Cualquiera de los indicadores se ve afectado en el lado de la oferta y en el de la demanda, pues si los competidores extranjeros pueden hacer sus ofertas, cualquier decisión acerca de los proveedores relevantes es discutible, como lo es la del mercado al que se sirve. La toma en consideración de la competencia cruzada complica el tema, de forma que es la competencia potencial lo que parece más adecuado, aunque el propio concepto tiene aspectos imprecisos.

En estos mercados maduros la dureza de la competencia se expresa en la rapidez de acceso a nuevos cauces de comercialización y en la forma práctica en que la competencia potencial tiene efectos de competencia real. En cuanto a lo primero basta considerar la facilidad con la que la oferta de servicios financieros utiliza Internet para operaciones estandarizadas, como la captación de depósitos o la concesión de hipotecas. Sobre lo segundo las compañías comercializadoras de energía eléctrica pueden hacer su oferta en mercados lejanos, de modo que para los clientes calificados su propuesta de tarifas es suficiente para aportar credibilidad a la amenaza de cambio de proveedor, y por tanto permite conseguir un trato equivalente por parte del suministrador habitual que, aun cuando mantenga el cliente, se ve obligado a la reducción de precio. En la medida en que no hay reducción en paralelo del coste de producción y transmisión de la energía, esa rebaja se traduce en descenso equivalente del beneficio.

Visto el problema en su vertiente dinámica, cualquier cambio legislativo que afecte al ámbito de actuación de las empresas altera drásticamente el panorama, de manera que una decisión basada en la consideración del presente podría ser errónea unos meses más tarde. Los avances que puedan producirse en el próximo futuro, tal como aparecen en las Conclusiones de la Presidencia tras la reunión del Consejo Europeo de Barcelona celebrado los días 15 y 16 de marzo de 2002, van en el sentido apuntado. Así, en el punto 35, relativo a los mercados financieros, y para que los consumidores y la actividad empresarial cosechen plenamente los beneficios del euro mediante un mercado de capitales europeo integrado y eficiente, dice que «acoge con satisfacción el acuerdo sobre las propuestas LAMFALUSSY (2001) e insta a su aplicación inmediata». Sobre el sector de la energía, en las mencionadas conclusiones sobre el Consejo Europeo se le dedican los puntos 36 y 37, en donde, entre otros puntos, se «insta al Consejo y al Parlamento a que adopten tan pronto como sea posible en 2002 las propuestas pendientes para la fase final de la apertura del mercado de la electricidad y el gas, que deberán contemplar: la libertad de elección de consumidor para todos los consumidores europeos distintos de los domésticos europeos a partir de 2004 para la electricidad y el gas. Ello afectará al menos al 69 por ciento del mercado...», y se añaden una serie de medidas complementarias para hacer efectiva la propuesta.

Un indicador complementario del alto grado de competencia en estos dos mercados se muestra en la estrategia de inversión en mercados como los de Iberoamérica, en los que el proceso de bancarización es más reducido y la oferta de servicios de menor calidad que en España y donde la demanda de energía eléctrica tiene un crecimiento más vigoroso. En ambos sectores es posible contrarrestar la tendencia decreciente de márgenes propia de un mercado maduro recurriendo a la inversión en países emergentes en los que, *a priori*, la tasa de expansión puede ser superior y la ventaja comparativa de las entidades bancarias y empresas productoras de energía es susceptible de traducirse en mejor margen y mayor garantía y calidades de suministro y servicio con ventajas en precio para los clientes.

2. EMPRESAS CON COSTE MARGINAL DECRECIENTE

En las empresas de telefonía y transmisión de datos se requiere un elevado volumen de inversión fija. Una vez la red está construida, el coste de transmisión, el de mantenimiento y los gastos administrativos son relativamente pequeños, con lo que el coste del servicio adicional prestado tiende a cero. En estas circunstancias el volumen de la clientela y la cuota de mercado son cruciales para la rentabilidad de la inversión y para la calidad del servicio, de forma que hay ventajas apreciables tanto para el proveedor como para el cliente en ser la mayor de las empresas en presencia en el primer caso y en ser cliente suyo en el segundo. La estrategia en estos casos pasa por dar prioridad al crecimiento por encima de otros objetivos. El descenso de precios parece el método apropiado con esa estructura de coste, con lo que las guerras de ofertas, las rebajas y la discriminación según clientes están a la orden del día.

La prescripción simplificada de la microeconomía es que la dimensión óptima de la empresa coincide con la igualdad entre coste marginal e ingreso marginal. El seguimiento de esta regla cuando el coste marginal tiende a cero puede llevar a precios ínfimos que no cubran el coste del capital fijo. Por eso importa recordar la segunda parte de la regla, que indica que esa igualdad debe producirse en un punto ubicado en la rama creciente de costes marginales ubicada por encima del coste variable medio. Si se da en la parte decreciente, o en el inicio de la rama creciente, como puede ocurrir en estas empresas en su fase de expansión inicial, el coste variable estaría por debajo del medio, con lo que no sólo no se cubriría el coste operativo sino que tampoco se recuperaría la inversión realizada, que en estos casos es cuantiosa y, en buena parte, financiada con crédito.

Dado el volumen de inversión y el plazo necesario para contar con una base adecuada de clientes, las empresas generan fuertes pérdidas al comienzo de su actividad y, pese a eso, aunque pueda dar la impresión de comportamiento irracional, continúan invirtiendo para absorber las

pérdidas, pues de lo contrario la inversión ya realizada se perdería. Al final unas pocas supervivientes que pueden elevar los precios y recuperar la inversión con buenos rendimientos.

La concepción tradicional del análisis de mercado entiende que esta situación es la más apropiada para la existencia de un monopolio y que éste debe estar regulado a fin de evitar que su control del mercado termine por la absorción plena del excedente del consumidor, con oferta reducida y cara. Por esta razón en las industrias en que se dan estas características concurren circunstancias que permiten beneficios importantes y la propiedad pública es habitual. Un monopolio público tiene gran fuerza para actuar sobre los reguladores y mantener sus posiciones de privilegio prohibiendo la prestación de productos o servicios similares, lo que suele acarrear deterioro en la calidad de las prestaciones ofrecidas, elevado coste, desatención a los clientes y ausencia de incentivos para mejorar la eficiencia. En esta situación las consideraciones de eficiencia y dinamismo llevan a instar la privatización de la actividad y la introducción de la competencia, generándose así ciclos de precios al alza y la baja junto con fluctuaciones amplias en la inversión (*vid.* P. Coy, 2002). La posición de los monopolios públicos en el momento de la privatización es muy fuerte, tanto en el plano financiero como en su capacidad de influir en la toma de decisiones de los reguladores, la barrera de entrada en forma de fuertes inversiones exigidas para poder ofrecer un servicio adecuado es alta y, por tanto, una estrategia eficaz consiste en demorar la operatividad de los nuevos entrantes confiando en que la carga financiera de sus inversiones agote sus recursos llevándoles a la venta o desaparición. Los reguladores deben, por tanto, facilitar el acceso de los nuevos operadores a la red existente haciendo que el coste de conexión sea asequible, lo que suelen hacer en la medida de sus posibilidades, si bien sobrevienen nuevas trabas en las Administraciones subcentrales y otros ámbitos, por lo que, en síntesis, la privatización y la desregulación que permita la competencia tiene que acompañarse de la generación de nueva normativa que permita una competencia eficaz, para lo que hay que aprender de la práctica de esos procesos.

Las autoridades económicas, para conceder licencias de actuación en estos mercados, suelen exigir a los entrantes el cumplimiento de determinados requisitos en cuanto a recursos, así como exigencias acerca del volumen de inversión a realizar en un plazo predeterminado. En algunos casos incluso se han subastado las licencias (llegándose a ofertas desorbitadas en base a expectativas inciertas que incrementaron el endeudamiento de los ofertantes, cuestionando su estructura financiera). Si con posterioridad se opta por la permisibilidad de actuación a nuevos operadores, los primeros licenciarios pueden considerar que sus expectativas se han frustrado y que la rentabilidad de su inversión está en entredicho. En estas situaciones el coste realizado puede ser difícil de recuperar por el cambio en el marco regulador y recibe el nombre de coste varado *strandle cost*, distinto del coste hundido (*sunk cost*, coste fijo no recu-

perable, que ya ha sido tratado en los análisis sobre economía industrial; *vid.* J. SUTTON, 1991, y R. SCHMALENSSEE, 1992). Para evitarlo y no promover inseguridad jurídica los reguladores podrían haber asumido un dilema entre atarse de manos respecto a decisiones futuras potencialmente beneficiosas para los consumidores, o bien incumplir promesas tácitas con el riesgo de deterioro de su imagen y de la confianza asociadas a la seguridad jurídica.

La actuación de líneas aéreas tiene algunos puntos en común. El coste del vuelo de un avión es el mismo con 70 o 90 por ciento de utilización de plazas. De ahí que proliferen las ofertas de última hora, auténticas gangas para el cliente, en las que el ingreso va íntegramente al margen, pero que no pueden ofrecerse de forma generalizada so pena de rebajar el ingreso medio al nivel del marginal con generación de pérdidas. Si la expansión de oferta no se acompaña con un crecimiento adecuado de la demanda pueden producirse pérdidas que lleven a la desaparición de empresas y, después, a la pérdida rápida de las reducciones de precios asociadas al aumento de la oferta.

Los fabricantes de *software* realizan elevadas inversiones en la elaboración de sus programas pero, una vez hechos, el coste de su reproducción es ínfimo. Lo mismo ocurre con productos informáticos alternativos que satisfacen la misma necesidad. Una de las estrategias capaces de prevenir la irrupción de la competencia puede pasar por la venta conjunta de diferentes programas, con lo que la disponibilidad de una aplicación mayoritaria contribuye decisivamente a la venta de las restantes. La complicación para conectar sistemas diferentes actúa como barrera complementaria, de forma que quien cuente con determinado sistema mayoritario facilita enormemente la relación de sus clientes con otros usuarios de los mismos productos, así la cuota de mercado de quien cuenta con una porción significativa tiende a crecer hasta dejar a la competencia en posición marginal. Las ventas ligadas son susceptibles de ser consideradas como abuso de posición por parte del proveedor, pero en este caso abaratan sustancialmente la adquisición de los programas y reportan una clara utilidad para los usuarios, por lo que la actitud de las autoridades reguladoras debe adecuarse a cada caso en presencia.

En su vertiente dinámica, la mejora continua de calidad e incremento de prestaciones de los programas permite mantener fidelizada (o casi cautiva) a la clientela en la medida en que las nuevas versiones permitirían la recuperación fácil del trabajo realizado con las precedentes, en tanto que el paso a sistemas alternativos requeriría incurrir en costes adicionales tales como los derivados de migrar la información y tratamientos hechos, así como de formar a los usuarios, de manera que, a menos que haya alternativas que supongan cambios drásticos con mejorar cualitativas fácilmente perceptibles, la posibilidad de que nuevos oferentes tengan una presencia real es remota. Las particularidades de la gestión en este marco pueden verse en C. SHAPIRO y H. R. VARIAN, 1999, y en J. y T. HOPE, 2000.

En muchas ocasiones, en todos los países, las autoridades reguladoras de la competencia se han visto presionadas por los productores menos eficientes para frenar el ascenso de los más capaces. Esta situación se hace más complicada, pues ahora se añaden los más capaces que se ven frenados por barreras estratégicas creadas por los pioneros, con la peculiaridad de que esos pioneros son profundamente innovadores y entienden que su posición se basa en la mejora continua del valor que ofrecen a la clientela.

La reducción de las barreras de entrada es crucial para que la competencia potencial pueda tener efecto en el volumen de oferta, en la fijación de precios y en el dinamismo innovador, de aquí las dificultades de los reguladores a la hora de establecer la dimensión del mercado relevante (CE, 1997), de analizar las restricciones verticales (CE, 2000) y de orientar su política. En la alternativa de prescindir de las peculiaridades comentadas y aplicar los criterios de análisis tradicionales, la opción de considerar que la innovación es lo bastante fuerte como para alterar —por sí sola— la estructura industrial, o bien realizar un análisis específico, la CE ha elegido la tercera opción. En una conferencia de M. MONTI (2001) se expone que la orientación elegida pasa por diferenciar las cuestiones relativas a la infraestructura de la prestación de servicios y el tema de la definición del mercado. En la primera constata la existencia de problemas de red y la necesidad de interoperabilidad, en tanto que en la prestación de servicios el eje es la distribución de poder entre productores, intermediarios y cliente final. La conclusión está en aplicar las reglas competitivas de forma flexible para asegurar que los mercados están abiertos y la innovación sin trabas.

Acerca de la definición del mercado y su concentración, tanto en estas empresas como en las que operan en mercados maduros pero sujetas a cambio en su entorno regulador, el Ministerio de Economía emitió el RD 1443/2001, de 21 de diciembre (BOE de 18 enero 2002), por el que desarrolla la Ley 16/1989, de 17 de julio, en lo referente al control de las concentraciones económicas. Posteriormente el Servicio de Defensa de la Competencia hizo público el documento «Elementos esenciales del análisis de concentraciones económicas por parte del servicio de defensa de la competencia», en el que detalla los factores de análisis en los casos en que su informe es preceptivo.

3. LA ECONOMÍA IRREGULAR Y LA LEALTAD COMPETITIVA

El tercer reto de la defensa de la competencia concierne a las de menor dimensión afectadas por la presencia de competidores que incumplen sus obligaciones fiscales y administrativas. La denominación de economía irregular, informal, sumergida y una panoplia de sinónimos agrupa las actividades económicas que, siendo legales en sí mismas, y debiendo

estar registradas, no es declarada por voluntad de quienes participan en ella (*vid.* J. TRIGO y C. VÁZQUEZ, 83). Su expansión se hace a costa de la economía formal, a la que deteriora porque al evitar el coste de los impuestos, la seguridad social, del cumplimiento de formalidades administrativas, y las exigencias laborales, medioambientales y otras que gravan la actividad formal, puede hacer ofertas más atractivas.

En los años ochenta se realizaron numerosos estudios sobre el tema con el propósito de acotarlo conceptualmente, analizar las causas y desarrollar sistemas de estimación de su volumen y dispersión para poder sugerir políticas tendentes a aflorarla o eliminarla. El tema pareció quedar suficientemente tratado hasta que a finales de los noventa se volvió a despertar el interés por la masificación de la inmigración clandestina, con lo que las autoridades comunitarias (*vid.* CE, 1998, y A. K. GLASE, 2000), junto con la Organización Internacional del Trabajo (2000 y 2001), tomaron cartas en el asunto incentivando nuevos estudios (*vid.* S. MATEMAN y P. RENOY, 2000), realizando propuestas y llamando la atención de los analistas académicos (*vid.* F. SCHNEIDER y D. H. ENSTE, 2000).

Los perjuicios económicos generados por la economía irregular (EI) son bien conocidos. Reduce los ingresos tributarios y las cotizaciones a la ss, es una competencia desleal en el mercado de trabajo y en el de productos y servicios finales, lesiona los derechos de los trabajadores, falsifica las cifras de empleo, de actividad y el nivel de precios y, especialmente, tiende a debilitar la economía formal. En algunas circunstancias se origina por las barreras de entrada y los costes de cumplimiento de la legalidad (*vid.* J. TRIGO, 1988). Las dificultades aparecen cuando se trata de eliminar, pues en este caso el fin de las causas no implica el de sus consecuencias, y ni todas las causas son eliminables ni todas las consecuencias son indeseables.

Las empresas que deciden pasar a la EI, o las que nacen en ella, desarrollan una práctica de ocultación de actividades con la que, a menos de producirse accidentes o combinar la irregularidad con participación en la economía formal y recibir una inspección severa, pueden subsistir en ella. Si se produce una reducción significativa de alguno de los componentes del coste de la formalidad no por ello se produce la afloración, pues para lograrlo el coste ahorrado debe ser sustantivo, la emersión debe poder hacerse sin coste de sanciones y, especialmente, deben darse dos condiciones adicionales: ha de haber una expectativa de continuidad de la nueva situación y la opción tomada debe ser económicamente viable. Como estas condiciones son difíciles y, una vez declarada la actividad, quedan rastros que permiten su localización, la vuelta a la irregularidad tiene riesgos adicionales, con lo que esa decisión estratégica se toma con gran cautela.

Los requisitos para pasar de la EI a la economía formal son: A) Abatamiento del coste de la legalidad. B) Encarecimiento de la irregularidad en forma de descenso de la presión fiscal, coste de ss, costes de cumplimiento, incremento de los medios de inspección y del riesgo

y cuantía de sanciones. C) Compromiso de estabilidad de la nueva situación, que sólo es creíble si se ha eliminado el déficit público y desciende la deuda. D) Ejemplo de las AAPP en su gestión económica. E) Acciones para la afloración que no conlleven coste explícito. Además se requiere tiempo y coordinación entre los diferentes cuerpos de inspección y niveles de autoridad administrativa implicados.

Los avances realizados son modestos. En lo relativo a la reducción de trámites y simplificación de tareas la UE ha considerado como uno de pilares de su estrategia de empleo a la «empresarialidad», para lo que ha sugerido vías de simplificación en la creación y funcionamiento de empresas (*vid.* CE, 1996). En la misma vía fue el informe de la Comisión Especial para la reforma del Ordenamiento Jurídico Económico (1996) y las facilidades incluidas en la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social (BOE de 31 de diciembre 2001). Sin embargo, la normativa aplicable a la actividad empresarial tiene un crecimiento continuo y abarca campos cada vez más diversos que van desde la protección de datos personales a la protección del medio ambiente.

La reducción de la presión fiscal y de los costes sociales choca con la necesidad de financiar servicios no prescindibles y los medios de inspección y sus atribuciones requieren tiempo pero, sobre todo, las autoridades son cautas a la hora de perseguir actividades que, mal que bien, mantienen cierto volumen de empleo que en muchos casos no es regularizable de forma directa, pues la actividad que realiza podría no ser competitiva a pesar del descenso de su coste legal. En algunos casos, como cuando se emplean inmigrantes sin la documentación y credenciales apropiadas, su afloración puede ser imposible de no mediar cambios que permitan su regularización.

La continuidad del crecimiento económico en el último quinquenio ha aportado algunas de las medidas adecuadas y ha tenido un efecto apreciable en la reducción de la EI. El peso relativo del gasto público respecto al PIB se ha reducido, se han dado descensos en la presión fiscal soportada por las PYMES tanto en Impuesto de Sociedades como, muy moderadamente, en las cotizaciones a la ss. La estabilidad monetaria ha permitido el descenso de los tipos de interés e incrementado el incentivo para acceder al crédito, lo que es posible en la economía formal. El resultado es positivo e inequívoco, pero insuficiente (*vid.* J. TRIGO, 2001). Si se comparan los dos últimos períodos de fuerte crecimiento 1986-1990 y 1996-2000, según datos del Instituto Nacional de Estadística, en el primero el aumento porcentual del PIB real fue del 24,58 por ciento y se crearon 1,71 millones de empleos netos, mientras que en el segundo, con un crecimiento menor, del 18,9 por ciento, el número de empleos netos aumentó en 2,43 millones. En otras palabras, la elasticidad de crecimiento del empleo respecto al de PIB (esto es, el crecimiento real necesario para aumentar el empleo en un 1 por ciento) pasó de un valor de 1,45 en el primer período a otro de 0,94 en el segundo, lo que indica

que la conversión de crecimiento en empleo es más alta. Una parte de los nuevos afiliados son trabajadores que se han regularizado y no estaban censados como parados, lo que contribuye a explicar que el descenso del paro haya sido muy inferior al del empleo creado.

La reducción del empleo irregular, sin embargo, no ha terminado con la EI, que, por otra parte, puede recibir un nuevo impulso de la presión competitiva derivada de dos circunstancias: la reducción de plazos previstos en los acuerdos de la Organización Mundial del Comercio para eliminar las barreras arancelarias que subsisten, y, en el mismo sentido, la ampliación de la UE, que reforzará la presencia de los productos procedentes de los nuevos países miembros incrementada con la de las nuevas inversiones que atraerá.

Las empresas y asociaciones empresariales perjudicadas por la EI presionan para que haya una inspección adecuada, pero las prioridades de las AAPP implicadas suelen ir más bien por la vía de exigencias de cumplimiento a las empresas de la economía formal que por la persecución de las otras, de las que no hay constancia oficial ni, en casos como domicilios «particulares», soporte legal para actuar de oficio. El Tribunal de Defensa de la Competencia tiene medios escasos para entender en los muchos asuntos que requieren su intervención y, además, la Ley 52/1999, de 28 de diciembre, de reforma de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, al modificar el ap. 3 del art. 1 de la Ley 16/1989, al tratar las conductas prohibidas deja ese apartado en términos de «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». Precisamente los asuntos en que tiene presencia la EI suelen ser de escasa enjundia comparativa, lo que los hace incurrir en esta categoría, y, por lo tanto, potencialmente al margen del trabajo del Servicio y del Tribunal de Defensa de la Competencia, a menos que los Tribunales Autonómicos que puedan crearse en este ámbito se hagan cargo de esos expedientes, quizá pequeños en cada caso, pero relevantes en su conjunto (la EI puede tener una dimensión cercana al 20 por ciento del PIB) y cruciales en el caso de las PYMES directamente afectadas que, especialmente cuando son intensivas en mano de obra, al estar lastradas por costes más altos, pueden perder pedidos, clientes, dimensión y, en último término, su propia viabilidad en el marco de la economía formal.

En los tres ámbitos comentados el problema de dilucidar en cada caso cuál es la decisión que mejor sirve al mercado está sujeto a disquisiciones sustantivas y circunstanciales de complejidad creciente, pero a las que debe atenderse porque la competencia, como menciona la Exposición de Motivos de la Ley que la defiende, es el interés público.

BIBLIOGRAFÍA

- CAÑIZARES, E.; FERNÁNDEZ, D.; PADILLA, A. J., y RAMOS, A., *Competència i innovació en la nova economia*, Diputació d'Indústria, Comerç i Turisme, Generalitat de Catalunya, 2001.
- CE, *Informe de la Comisión sobre el proyecto piloto SLIM*, CE, 1996.
- «Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia», *DOCE*, núm. C 372, de 9 de diciembre de 1997, p. 5.
- *Communication of the Commission on undeclared work*, CE, 219, 1998.
- «Comunicación de la Comisión sobre "Directrices relativas a las restricciones verticales"», *DOCE*, núm. C 291/2000, p. 1.
- COMISIÓN ESPECIAL ORDENAMIENTO JURÍDICO ECONÓMICO, *Informe*, Ministerio de Economía y Hacienda, julio 1996.
- COY, P., «Deregulation: innovation vs. stability», *Business Week*, 28 de enero de 2002.
- CRUZ FERRER, J. DE, *Principios de regulación económica en la Unión Europea*, Instituto de Estudios Económicos, 2001.
- HOPE, J., y HOPE, T., *Competir en la tercera ola*, Gestión 2000, 2000.
- GLASE, A. K., *Report on the Commission communication on undeclared work*, CE, 2000.
- LAMFALUSSY, A., y otros, *Final Report of the Committee on wise Man on the Regulation of European Securities Markets*, UE, 2001.
- MATEMAN, S., y RENOY, P., *Combating undeclared work. An overview of EU Member States policies to combat undeclared work*, Regioplan Publikatier, 2000.
- MONTI, M., «Competition in the E-Economy», conferencia en *The New Economy in Europe: its potential impact on EU enterprises and policies*, 2001.
- OIT, *Employment and social protection in the informal sector*, OIT, 2000.
- *Los sindicatos y el sector informal: en pos de una estrategia global*, OIT, 2001.
- SCHMALENSEE, R., «Sunk Costs and Market Structure: A review Article», *The Journal of Industrial Economics*, vol. XL, 1992.
- SCHNEIDER, F., y ENSTE, D. H., «Shadow Economies: Size, Causes y Consecuencias», *Journal of Economic Literature*, vol. XXXVIII, 2000.
- SHAPIRO, C., y VARIAN, H. R., *Information Rules*, Harvard Business School, 1999.
- SUTTON, J., *Sunk Costs and Market Structure*, The MIT Press, 1991.
- TRIGO, J., y VÁZQUEZ, C., *La economía irregular: génesis, desarrollo y vías para su retorno al cauce formal*, Generalitat de Catalunya, 1983.
- TRIGO, J., *Barreras a la creación de empresas y economía irregular*, Instituto de Estudios Económicos, 1988.
- TRIGO, J., y CASES, Ll., *Barreras de entrada en las infraestructuras de telecomunicaciones*, Fundación Retevisión, 2000.
- TRIGO, J., *Vieja y nueva economía irregular*, FAES, 2001.

LA LIBERALIZACIÓN EN ESPAÑA EN PERSPECTIVA COMPARADA

Germà BEL

Profesor de Política Económica
de la Universitat de Barcelona

Casi todos los países de la Unión Europea reclaman crédito por haber liberalizado sus economías. Y todos tienen razón. En la actualidad el grado de competencia en los mercados es mayor que pocos años atrás en todos y cada uno ellos. Por tanto, interrogarse sobre si algún país concreto ha avanzado en la liberalización es una cuestión trivial. La cuestión relevante es cuál es el grado relativo de progreso de la liberalización. Es decir, cuál es el avance de la competencia en un país, en nuestro caso España, en relación con el ritmo del resto de países de la UE.

Este trabajo se dedica a evaluar el progreso relativo de la liberalización en España, en perspectiva comparada de la UE. Situamos nuestra atención sobre algunos sectores relevantes donde subsiste poder de mercado. Particularmente, en los sectores de las telecomunicaciones y de la energía, en los que las relaciones entre regulación y competencia son más complejas.

Los avatares del mercado en estos sectores muestran con claridad que liberalización y libre mercado en algunas ocasiones no son sinónimos, y que la introducción de competencia precisa de algunas políticas activas por parte de los gobiernos. Dedicamos la primera sección del trabajo a una discusión sobre las diferentes concepciones de la liberalización y sus implicaciones en términos de política económica.

Los procesos de privatización desarrollados en los países de la UE han tenido intensidades variadas. A través de ellos se ha venido observando que la secuencia entre, por una parte, la reestructuración de sectores (como las telecomunicaciones y la energía) y, por otra, la privatización de los antiguos monopolios públicos es de especial relevancia, por lo que respecta al grado de introducción de competencia efectiva en estos sectores. Una conclusión de la literatura a este respecto es que la ausencia de reestructuración previa a la privatización dificulta la introducción de competencia efectiva en el sector. En la sección segunda evaluamos la secuencia reestructuración-privatización en la experiencia española.

En la tercera sección se evalúa el grado relativo de introducción de competencia en España en las telecomunicaciones y la energía. Se maneja fundamentalmente información suministrada por informes de la Comisión Europea para todos los países de la UE. Cuando la información por países no es exhaustiva se compara la posición de España con respecto a parámetros de referencia como la media de la UE. Para poder evaluar la posición relativa de la liberalización española en este contexto se construyen algunos indicadores sintéticos. Estos indicadores, de gran simplicidad formal, son suficientemente ilustrativos para dar respuesta a nuestra cuestión principal: ¿cuál es el progreso de la competencia en España en relación con el ritmo del resto de países de la UE? Por último, se establecen algunas conclusiones.

1. ¿QUÉ SE ENTIENDE POR LIBERALIZACIÓN?

No siempre se está diciendo lo mismo cuando se usa la expresión liberalización. A grandes rasgos existen dos concepciones diferentes sobre este concepto, en función de cuál se considere que es su objetivo cuando se adopta como política ¹:

1) *Liberalización equivalente a libre mercado*. El objetivo de la liberalización sería dejar que los mercados funcionen libremente, en la creencia de que la libertad de mercado garantiza, en cualquier circunstancia, el funcionamiento eficiente de la economía. En esta concepción, liberalización es equivalente a *laissez faire*. Está conectada intelectualmente con las teorías del interés privado de la regulación y la intervención del Estado, cuyo máximo exponente es la Escuela de Chicago. Esta visión tiene sus raíces en la creencia en que todo obstáculo al funcionamiento libre del mercado tiene consecuencias más negativas que cualquier fallo de la competencia que intente corregir.

2) *Liberalización asociada a introducción o aumento de la competencia*. El objetivo de la liberalización sería conseguir que exista competencia en los mercados. En ausencia de externalidades, problemas relevantes de información u objetivos sociales de carácter distributivo muy acentuado, la competencia estimulará el bienestar social. El funcionamiento libre del mercado será un instrumento útil para conseguir la competencia cuando no existan muchos problemas derivados de fallos en la competencia. Sin embargo, el libre mercado no garantiza la competencia cuando se dan situaciones de monopolio, de posición dominante de alguna empresa, o de facilidad para que las empresas de una industria puedan llegar a acuerdos restrictivos de la competencia. Esta concepción de la liberalización se conecta intelectualmente con las teorías del interés público de la regulación, y sostiene que en determinadas circunstancias la intervención del Estado puede ayudar a que la economía funcione de forma más eficiente.

¹ Esta discusión puede encontrarse con mayor desarrollo en BEL (2000).

Parece razonable pensar que la competencia tenga que ser el objetivo de una política de liberalización, mientras que el mercado libre es un instrumento que ocasionalmente puede facilitar la emergencia de la competencia. Por tanto, si el objetivo es la competencia, la política de liberalización ha de tener dos dimensiones:

A) Una primera, que podemos considerar como pasiva, consiste en la eliminación de las normas legales que son perjudiciales para la competencia en los mercados potencialmente competitivos. Es la desregulación procompetitiva².

B) Una segunda dimensión de la política de liberalización podemos considerarla como activa. Consiste en la actuación pública para estimular la competencia en los mercados potencialmente competitivos en los que es probable que se produzcan actuaciones restrictivas de la competencia, bien porque una empresa dominante pueda evitarla, bien porque unas pocas empresas que concentren la actividad en el sector puedan restringirla mediante acuerdos.

En esta perspectiva, la desregulación es un instrumento al servicio de la liberalización, y puede ser útil en muchas ocasiones. De hecho, la tendencia a buscar protección legal por los agentes ya instalados en un sector industrial ha sido y es una constante de la actuación de los grupos de interés particular. Así, propuestas desreguladoras como la libertad de abrir farmacias o de la distribución de tabaco, por ejemplo, siempre han de hacer frente a argumentos sobre la protección del bienestar social, protección de los consumidores, cohesión territorial, etc.

El énfasis en el impulso de medidas de desregulación en los mercados de productos no implica la desaparición de la intervención del Estado. Como se decía más arriba, muchas industrias presentan problemas de competencia importantes, porque la estructura del mercado facilita que se den actuaciones restrictivas de la competencia. Un hecho aparentemente paradójico en los momentos iniciales de la liberalización de las telecomunicaciones fue la petición, por parte de muchas operadoras dominantes (antiguos monopolios), de que los gobiernos adoptasen una desregulación total e inmediata del sector de telefonía fija. La petición parecía paradójica, pero no era sorprendente. Las ventajas de situación derivadas de la antigua condición de monopolio, en términos de red y de información sobre los consumidores, ofrecían a las operadoras dominantes la posibilidad de defenderse con eficacia de las amenazas de la competencia. Por esto, en muchos casos la introducción de competencia exige algo más complejo que la simple desregulación: la aplicación de procesos de reforma reguladora que sustituyan reglas viejas (protectoras del monopolio) por reglas nuevas (impulsoras de la competencia).

Tomemos un ejemplo concreto de lo que constituye ya un fracaso parcial de la introducción de competencia en la telefonía fija: la ope-

² La acepción regulación económica se refiere aquí a las normas que restringen el funcionamiento de los mercados de productos en aquellos aspectos que pueden distorsionar la competencia. No nos referimos, por tanto, a otros tipos de regulaciones como las sociales, sanitarias, etc.

ratividad de la apertura del bucle local. La normativa comunitaria establecía la obligatoriedad de que en enero de 2001 se liberalizaran los servicios de telefonía local. Esto no podía realizarse en un entorno de desregulación total de este segmento de negocio, por lo que los Estados miembros de la UE introdujeron regulación que imponía la obligatoriedad de permitir el acceso al bucle local. Más de un año después de la liberalización teórica, la competencia en telefonía local continúa siendo una metáfora en la gran mayoría de Estados miembros. La regulación introducida no ha hecho posible, en la práctica, la eficacia de la competencia. Una gran variedad de «problemas técnicos» aducidos por las empresas propietarias de las redes, además de las discusiones interminables sobre las tarifas de acceso, han impedido la competencia efectiva.

2. LA SECUENCIA ENTRE REESTRUCTURACIÓN SECTORIAL PARA LA INTRODUCCIÓN DE COMPETENCIA Y PRIVATIZACIÓN EN ESPAÑA

Por primera vez en 1996 el gobierno de España planteó un plan estratégico de privatizaciones que incluía empresas como Telefónica y Endesa, que operaban en sectores en que subsistían características de monopolio natural o, en todo caso, situaciones de poder de mercado relevante. Los argumentos avanzados por el gobierno incorporaban la noción de secuencia temporal entre reestructuración de las industrias con fallos de competencia y privatización: la reforma de la regulación debía preceder a la privatización en los sectores energéticos. En consecuencia, en octubre de 1996 el gobierno anunció la privatización gradual de Endesa, mediante tres ofertas públicas de venta: la primera en 1997, la segunda en 1998 y la tercera y última en 1999.

Sin embargo, los ritmos temporales de la privatización de las operadoras dominantes en sectores de red han sido inconsistentes con la secuencia reestructuración-liberalización-privatización avanzada por el gobierno en 1996³. La rápida privatización total de Telefónica, en 1997, se produjo antes de la apertura a la competencia en telefonía fija, que no se inició hasta entrado 1998, y cuando aún persistía una situación de duopolio en telefonía móvil. Por otro lado, las reglas sobre aspectos clave del marco regulador como el acceso a red eran aún provisionales.

En el caso de la privatización en el sector eléctrico, a pesar del gradualismo de las OPV anunciado en 1996, en junio de 1998 se había puesto ya a la venta toda la participación estatal en la empresa mediante dos OPV, cuando aún no se había completado la reestructuración y apertura a la competencia en el sector. En julio de 1998, un mes después de la

³ Un análisis detallado del proceso de privatización en España entre 1985 y 2000, con especial énfasis en la relación entre las retóricas gubernamentales y los hechos de la política, puede encontrarse en BEL y COSTAS (2001).

última OPV de Endesa, un informe de la Comisión Nacional del Sector Eléctrico⁴ sobre la liberalización del sector eléctrico se mostró extremadamente crítico respecto a la subsistencia de las posiciones de dominio y la insuficiente apertura del sector a la competencia, proponiendo, entre otras medidas, la inmediata ampliación de la libertad de elección de suministrador eléctrico.

Las discrepancias existentes entre el ritmo temporal que debía seguir la privatización, tal y como lo había enunciado inicialmente el gobierno para la privatización de operadoras dominantes, y su realización efectiva son patentes. Esto sugiere que la privatización de grandes empresas en sectores de servicios públicos con segmentos monopolísticos o posición dominante no se ha guiado básicamente por el objetivo de la mejora de la eficiencia asignativa. Si hubiera sido éste el objetivo prioritario, la privatización debería haber ido precedida de la reestructuración y liberalización previa de la industria para facilitar la introducción de competencia. Al no haber respetado esta secuencia, la privatización ha tendido a transformar monopolios públicos en monopolios o duopolios privados, más que a introducir competencia donde no la había.

A partir de este diagnóstico se puede señalar la principal contradicción entre los procesos de privatización y de liberalización en España: la privatización ha seguido un ritmo del tipo británico⁵, y en cambio la política de competencia se ha enmarcado en unos objetivos de política industrial a la francesa.

1) En el Reino Unido, el Estado salió con rapidez de los monopolios públicos. Además, después de que las experiencias de privatización de monopolios de mediados de los ochenta (British Telecom y British Gas) fueran frustrantes, desde el punto de vista de la introducción de competencia, la privatización de la electricidad y los servicios de agua a inicios de los noventa fue precedida de reestructuraciones sectoriales para evitar futuras posiciones de dominio. Así, en el sector eléctrico se trocó la industria para que cuotas de mercado elevadas no impidieran la competencia. En España sólo se ha hecho lo primero: salir con rapidez de los monopolios públicos. Pero se ha renunciado a la reestructuración sectorial previa.

2) En Francia, el Estado está saliendo con lentitud de los monopolios públicos. Además, los protege para que, como «campeones nacionales», tengan posiciones de dominio en el país y se aventuren en el exterior, lo que se financia con restricciones a la competencia y sobre tarifas relativas a los consumidores. En España sólo se ha hecho esto último.

En suma, ha existido una contradicción entre las políticas de privatización y de competencia. La salida rápida del Estado de los monopolios públicos ha coexistido con una política de competencia subordinada a

⁴ Informe de la CNSE, *Propuesta de liberalización del sector eléctrico*, de 7 de julio de 1998.

⁵ Singularmente, del ritmo británico en la fase más ideologizada de su proceso de privatización, la de mediados de los ochenta.

objetivos de política industrial. De ahí la falta de impulso efectivo de la competencia y la generosidad en la regulación sectorial, para cultivar la existencia de campeones nacionales: empresas españolas que pudieran emprender o expandir aventuras exteriores financiadas por los consumidores y por el tejido productivo.

3. LA INTRODUCCIÓN DE COMPETENCIA EN ESPAÑA: UNA EVALUACIÓN EN PERSPECTIVA EUROPEA

¿Ha sido la política del gobierno poco proclive a la introducción efectiva de competencia? Una forma de evaluar esta cuestión es el análisis de diversos indicadores sobre el grado de competencia real, como la evolución de las cuotas de mercado, las posibilidades de elección de los consumidores, los precios, etc. Esta sección analiza la evolución comparada en España y la UE de la introducción de competencia en las telecomunicaciones y la energía.

A. LA LIBERALIZACIÓN DE LAS TELECOMUNICACIONES

El último acto de la secuencia de introducción de competencia en la telefonía fija ha sido la liberalización de los servicios de telefonía local. España, Grecia, Portugal e Irlanda agotaron el plazo establecido por la normativa comunitaria, cuya fecha límite era enero de 2001. Los países del centro y el norte de la UE habían liberalizado la telefonía local antes de agotarse el plazo. Incluso Francia tenía los preparativos técnicos necesarios mucho más adelantados que España en enero de 2001.

El escaso tiempo transcurrido desde la liberalización de servicios de telefonía local impide disponer aún de evidencia empírica sobre este segmento de negocio, aunque existen indicios de que, por el momento, la introducción de competencia en él está siendo más un propósito que un hecho. Esto indican, por ejemplo, los datos de la UE a julio de 2001 sobre los grados de avance en la apertura del bucle local (CE, *VII Report*)⁶: en cinco países no existía aún ninguna línea en la cual fuera operativa la apertura del bucle local (España, Grecia, Irlanda, Luxemburgo y Portugal); entre los países restantes, sólo en Alemania, Dinamarca y Finlandia la apertura de bucle local había adquirido una cierta relevancia⁷.

⁶ COMISIÓN EUROPEA, *Seventh report on the implementation of the telecommunications regulatory package*, Bruselas, de 26 de noviembre de 2001. En el tiempo transcurrido desde julio de 2001 no parecen haberse registrado grandes avances: a finales de febrero de 2002 en España había 30 líneas con apertura operativa del bucle local (de un total de ¡17 millones!).

⁷ Es interesante destacar que en el Reino Unido una vía efectiva de introducción de competencia en la telefonía local se ha dado a través de los operadores de tv por cable. Esto explica que la cuota de mercado de la antigua operadora dominante, British Telecom, en los ingresos generados en este segmento de negocio hubiera descendido hasta el 70 por ciento ya a finales de 1999, caso único en la UE.

En la medida en que su proceso de liberalización tiene una trayectoria más larga, los segmentos de telefonía de llamadas de larga distancia e internacionales y de telefonía móvil ofrecen mayores posibilidades de comparación. La tabla 1 muestra las cuotas de mercado de los antiguos monopolios de los países de la UE, tanto en las llamadas de larga distancia e internacional como en telefonía móvil.

TABLA 1

CUOTAS DE MERCADO DE LOS ANTIGUOS MONOPOLIOS DE TELEFONÍA FIJA
A FINALES DE 2000

País	Llamadas de larga distancia		Llamadas internacionales		Telefonía móvil
	Porcentaje ingresos	Porcentaje minutos	Porcentaje ingresos	Porcentaje minutos	Porcentaje general *****
Alemania *	70	65	61	46	40,5
Austria **/ ***	85	58	85	44	43,0
Bélgica ***	95	n. d.	89	n. d.	55,9
Dinamarca *	74	63	n. d.	50	48,5
España	85	85	86	86	56,4
Francia	79	79	74	74	48,0
Finlandia	32	32	54	54	61,3
Grecia ****	100	100	100	100	36,8
Holanda	79	96	69	70	43,5
Italia	76	n. d.	60	n. d.	48,3
Irlanda	64	52	76	67	61,5
Luxemburgo ***	—	—	89	74	60,9
Portugal ***	100	88	100	81	43,7
Reino Unido	59	51	48	31	25,4
Suecia *	82	n. d.	59	n. d.	49,2

Notas:

* En Alemania, Dinamarca y Suecia la cuota de larga distancia incluye llamadas locales y larga distancia.

** En Austria la cuota de ingresos agrega llamadas locales, de larga distancia e internacionales.

*** Las cuotas de ingresos en Austria, Bélgica, Luxemburgo y Portugal se refieren a finales de 1999.

**** Grecia aún no había introducido competencia en llamadas en telefonía fija a finales de 2000.

***** Las cuotas de mercado en telefonía móvil incluyen GSM 900/DCS 1800 y analógica. Corresponden a las empresas subsidiarias de los antiguos monopolios de telefonía fija.

Fuente: CE, VII Report, Anexo I, pp. 12 y 56, y elaboración propia.

El análisis de las cuotas de mercado revela algunos hechos:

1) España se halla en el grupo de países con mayores cuotas de mercado de la operadora dominante en larga distancia: Grecia, Portugal, Bélgica, España y Holanda⁸. Además, los datos para Bélgica y Portugal son de 1999, y cabe esperar cuotas menores a finales de 2000.

2) España se halla en el grupo de países con mayores cuotas de mercado de la operadora dominante en llamadas internacionales: Grecia, Bélgica, Luxemburgo y España. Es interesante observar el caso de Portugal: después de sólo un año de competencia en llamadas internacionales, la cuota de mercado de la operadora dominante es similar a la de España en términos de ingresos e inferior en términos de minutos de tráfico.

3) La cuota de mercado de la operadora dominante en España en telefonía móvil también se sitúa en el grupo de países con cuotas más elevadas, por encima del 50 por ciento: Irlanda, Finlandia, Luxemburgo, España y Bélgica⁹.

4) Por último, y probablemente ésta es la constatación más relevante, la situación relativa de España es especialmente pobre si nos fijamos en los cinco países de mayor población: Alemania, Francia, Reino Unido, Italia y España. En todos y cada uno de los indicadores presentados en la tabla 1 España es el país que presenta una mayor retención de cuota de mercado por parte del antiguo monopolio de telefonía fija.

En suma, Telefónica ha sido uno de los antiguos monopolios que ha tenido más éxito en mantener su posición de dominio en el mercado. Sin duda, el más eficaz en este aspecto entre los de los grandes países de la UE.

¿Qué ha sucedido con los precios del servicio? La tabla 2 presenta indicadores de precios (ajustados por ppa) en España y la media de la UE-15. Ciertamente, el precio de las llamadas locales en España se situaba por debajo de la media. Sobre todo en las llamadas de menor duración. Sin embargo, los precios de llamadas de larga distancia e internacionales se sitúan muy por encima de las medias de la UE. De hecho, los ratios de precios España/UE son mucho más desproporcionados en los tipos de llamadas que son más caras en España. Particularmente, en las de larga distancia; el precio de la llamada en España era el más alto entre todos los países de la Unión, sin excepción alguna.

⁸ Hay que notar que en Austria y Suecia, donde la cuota en ingresos es poco inferior a la de España, están incluidas las llamadas locales, por lo que se sobreestiman las cuotas en larga distancia.

⁹ En este segmento es interesante destacar que en 2000 la cuota de mercado en el Reino Unido de la subsidiaria de British Telecom (25,4 por ciento) había cedido la posición de operador líder (27,9 por ciento) a otra competidora. En el caso de Alemania, la cuota de mercado de la subsidiaria de Deutsche Telekom (40,5 por ciento) sólo superaba en menos de un punto a la de siguiente compañía (39,7 por ciento).

TABLA 2

PRECIOS PARA DIFERENTES TIPOS DE LLAMADAS EN AGOSTO DE 2001.
CÉNTIMOS DE EURO AJUSTADOS POR PARIDAD DE PODER ADQUISITIVO

<i>Tipo de llamada</i>	<i>España</i>	<i>Media UE</i>	<i>Esp/UE (porcentaje)</i>
Llamada local de tres minutos	10,8	14,6	74
Llamada local de diez minutos	34,6	42,0	82
Llamada de larga distancia de tres minutos	67,3	40,3	167
Llamada de larga distancia de diez minutos	194,7	123,9	157
Llamada internacional consumidor residencial (precio medio)	155,0	118,0	131
Llamada internacional empresa (precio medio)	108,0	81,0	133

Fuente: CE, VII Report, Anexo I, pp. 25, 26, 29 y 30, y elaboración propia.

Otro factor de gran relevancia para la competencia son las tasas de interconexión cobradas por el uso de la red fija del operador dominante. Las tablas 3a y 3b recogen información sobre España, y su posición relativa en la UE.

TABLA 3a

TASAS DE INTERCONEXIÓN. 1 DE AGOSTO DE 2001. EN CÉNTIMOS DE EURO POR MINUTO (LLAMADA DE TRES MINUTOS EN HORA PUNTA)

<i>Tipo de interconexión</i>	<i>España</i>	<i>Media simple UE</i>	<i>Esp/UE (porcentaje)</i>	<i>Posición España en UE</i>	<i>Países con tasas más altas</i>
Llamada local	0,90	0,85	106	4. ^a	Luxemburgo, Finlandia, Austria
Llamada de tráfico único	1,50	1,23	122	1. ^a	—
Llamada de tráfico doble	2,16	1,86	116	4. ^a	Finlandia, Austria, Alemania

Fuente: CE, VII Report, pp. 80-81, y elaboración propia.

TABLA 3b

TASAS DE INTERCONEXIÓN POR ALQUILER DE TERMINACIONES LOCALES.
AGOSTO 2000. EUROS POR MES

<i>Tipo de interconexión</i>	<i>España</i>	<i>Techo sugerido UE</i>	<i>Posición España en UE</i>	<i>Países con tasas más altas</i>
Terminación local de 64 Kbit/s hasta 2 km.	233	80	2. ^a	Holanda
Terminación local de 2 Mbit/s hasta 2 km.	885	350	2. ^a	Holanda
Terminación local de 34 Mbit/s hasta 2 km.	3.979	1.800	2. ^a	Irlanda
Terminación local de 155 Mbit/s hasta 2 km.	26.624	2.600	1. ^a	—

Nota: Los techos sugeridos en las dos primeras filas corresponden a 5 km. En el caso de terminación local de 34 Mbits/s Francia tiene una tasa de alquiler más baja que España dentro de la zona «Ile de France» y más alta fuera de esta zona.

Fuente: CE, VII Report, Anexo II, pp. 81-83, y elaboración propia.

Los datos analizados más arriba sitúan a España en las zonas de mayores cuotas de mercado retenidas por antiguos monopolios. España también se sitúa a la cabeza de la UE en precios a clientes (en ppa), excepto en llamadas locales, y en tasas de interconexión y de alquiler de terminaciones locales. Sin embargo, la gran segmentación del negocio de la telefonía dificulta el establecimiento de juicios generales sobre el nivel de precios y su evolución. Para profundizar en el análisis de este aspecto podemos recurrir a un indicador adicional: el Índice de Precios al Consumo (IPC) de las comunicaciones. Aunque este sector incluye negocios diferentes a la telefonía, es éste el que determina básicamente su evolución. Por tanto, ofrece una aproximación razonable a la evolución global de los precios en el sector. Además, disponemos de series temporales de IPC armonizado en la UE para efectuar la evaluación.

La tabla 4 muestra los datos de IPC interanual (base 1996) en el sector comunicaciones a final de cada año. Los datos anuales indican que el IPC de comunicaciones en España es mayor que en el conjunto de la UE de forma ininterrumpida desde 1997. Destaca especialmente el aumento del 6 por ciento en 1998, mientras en la UE se registró un IPC de -0,6 por ciento. En los años de IPC negativo, la reducción de precios en España es menor. Sólo en 2001 se da, por primera vez, un comportamiento del IPC español algo más favorable que el del conjunto de la UE.

TABLA 4.

EVOLUCIÓN DEL IPC DE COMUNICACIONES. ESPAÑA Y UE, 1996-2001
(En porcentaje)

	1997	1998	1999	2000	2001
España	-0,3	6,0	-3,2	-2,9	-2,9
Media UE	-0,5	-0,6	-5,0	-4,9	-1,9

EVOLUCIÓN ACUMULADA DEL IPC DE COMUNICACIONES (1996 = 100)
(En porcentaje)

	1997	1998	1999	2000	2001
España	99,7	105,7	102,3	99,3	96,5
Unión Europea	99,5	98,9	93,9	89,4	87,7

Fuente: INE y elaboración propia.

El resultado de esta tendencia en el comportamiento del IPC es concluyente. La reducción de precios en las comunicaciones en la UE en los últimos años es muy intensa en términos nominales (aún más en términos reales). A finales de 2001 los precios de comunicaciones habían descendido casi el 15 por ciento, hasta llegar al 87,7 por ciento del nivel de finales de 1996. En cambio, en España los precios nominales mantenían a final de 2000 prácticamente el mismo nivel de finales de 1996, con una ligerísima reducción del 0,7 por ciento. La reducción acumulada ya es algo más significativa a final de 2001, del 3,5 por ciento, aunque no se estrecha significativamente el diferencial acumulado entre la media de la UE y España en la reducción de precios.

El conjunto de indicadores analizados, todos ellos de relevancia para la medición de la eficacia en la introducción de competencia en las telecomunicaciones en España y en la UE, sugieren que España se sitúa en la cola del proceso de liberalización de las telecomunicaciones. Podemos intentar organizar de forma más ordenada la posición de cada país en el contexto de la UE. En la tabla 5 se construye un índice sintético del avance liberalizador a partir de aquellos indicadores de los que se dispone de información para todos los países. El sistema empleado es el siguiente: para cada uno de los indicadores se divide la UE en tres bloques de países, y se anotan tres puntos a los cinco países que registran mayor competencia, dos puntos a los cinco países en situación intermedia y un punto a los cinco países con mayor retraso en la competencia. A mayor suma de puntos global, mayor es la efectividad relativa de la competencia, y viceversa.

Los resultados de la tabla 5 no deben tomarse como una ordenación estricta, pues el método de agregación carece de suficiente complejidad.

Aunque sí permiten concluir que existe un grupo de países, liderados por el Reino Unido y Alemania, que congrega a los del centro y norte de Europa más Italia, en los que la competencia en telefonía ha progresado más. Francia queda en una posición intermedia, mientras que Bélgica, Irlanda, Portugal, España y Luxemburgo configuran el pelotón de cola.

TABLA 5

AVANCE DE LA COMPETENCIA EN TELECOMUNICACIONES EN LA UE

<i>País</i>	<i>(1) Competencia en telefonía local</i>	<i>(2) Cuota del operador dominante en llamadas internacionales</i>	<i>(3) Cuota del operador dominante en telefonía móvil</i>	<i>(1 + 2 + 3) Índice sintético de progreso en la competencia</i>
Alemania	3	3	3	9
Reino Unido	3	3	3	9
Austria	2	2	3	7
Dinamarca	3	2	2	7
Finlandia	3	3	1	7
Holanda	2	2	3	7
Italia	2	3	2	7
Suecia	2	3	2	7
Francia	2	2	2	6
Grecia	1	1	3	5
Bélgica	2	1	1	4
Irlanda	1	2	1	4
Portugal	1	1	2	4
España	1	1	1	3
Luxemburgo	1	1	1	3

Notas: Dentro de cada grupo de puntos la ordenación es por orden alfabético y no tiene carácter valorativo.

(1) Se ha otorgado la puntuación máxima también al Reino Unido, puesto que su grado de competencia local mediante cable le sitúa en la posición más elevada de la UE. En este indicador se han dado 2 puntos al quinto país, pues se halla mucho más cerca del grupo de posición intermedia que del grupo de líderes.

(2) Se ha optado por las llamadas internacionales en lugar de las llamadas de larga distancia porque en tres países (Alemania, Dinamarca y Suecia) las cuotas de llamadas de larga distancia incluyen las llamadas locales. Para Austria se ha tenido en cuenta que las cuotas incluyen todo tipo de llamadas.

Fuente: Elaboración propia a partir de la tabla 1 y otras estadísticas incluidas en el Report.

Para el caso español, esta clasificación es consistente con los resultados cuantitativos de los índices de desarrollo de la competencia publicados por la Comisión Europea con datos previos a la Cumbre de Lisboa: el Reino Unido, Finlandia y Alemania ocupaban el techo de la clasificación (con un máximo de 100), con puntuaciones de 62, 59 y 59, respectivamente. En la cola, los lastres eran España y Bélgica, cuya puntuación respectiva era 37 y 36¹⁰. Nuestro análisis de los datos más recientes de la Comisión Europea, en su VII Informe de noviembre de 2001, continúan situando a España en la cola de la Unión Europea, en cuanto al progreso en la liberalización de las telecomunicaciones.

B. LA LIBERALIZACIÓN DE LA ENERGÍA

A partir de la insistencia de las declaraciones del gobierno español a favor de intensificar la liberalización del negocio de la energía eléctrica en la UE podría pensarse que España es el campeón europeo de la introducción de competencia en su mercado nacional. ¿Es ésta la realidad?

En octubre de 2001 fue publicado por la Comisión Europea el informe *Electricity Liberalisation. Indicators in Europe*, elaborado por OXERA (2001). En este informe se pone especial énfasis en tres indicadores para analizar el grado de liberalización en las áreas competitivas del mercado eléctrico: 1) competencia en generación de electricidad; 2) mercados de venta al por mayor, y 3) competencia en la oferta a los consumidores¹¹. A su vez, en diciembre de 2001 se publicó el *Informe relativo a la aplicación de las Directivas sobre el gas y la electricidad*, también de la Comisión Europea. Para los indicadores 1 y 3 en el sector eléctrico se ha conseguido sistematizar información comparable de todos los países de la UE, que se presenta en la tabla 6.

A partir de esta información pueden establecerse tres grupos de países, según la valoración conjunta de la concentración en generación y del grado de libertad de elección de suministrador:

1) Campeones de la liberalización eléctrica: Alemania, Austria, Dinamarca, Finlandia, Reino Unido y Suecia. En estos países la libertad de elección de suministrador es total o prácticamente total, y el grado de concentración en generación es inferior a la media.

¹⁰ Tomado de BANNERMAN (2001, p. 10).

¹¹ No debe sorprender el hecho de que, a diferencia del mercado de telecomunicaciones, en el eléctrico la evolución de los precios no figure entre los indicadores de eficacia de la competencia. Precisamente, en este mercado los precios finales no son fruto de la competencia sino de la regulación gubernamental. En este contexto se puede añadir que la reducción de precios en España ha tenido una especial intensidad. No obstante, subsisten problemas de grandes diferencias de precio entre consumidores cualificados que disfrutaban de libertad de elección y consumidores sin libertad de elección, lo cual sugiere la existencia de posibles subvenciones desde los consumidores residenciales y las pequeñas empresas hacia las grandes empresas. Algo similar sucede con el gas, cuyo precio para consumidores domésticos está a la cabeza de la UE, mientras que el de grandes consumidores está entre los menores.

TABLA 6

INDICADORES DE CONCENTRACIÓN EN EL SECTOR DE GENERACIÓN
(PRODUCCIÓN EN 1999) Y DE APERTURA DEL MERCADO DE OFERTA
DE ELECTRICIDAD (2001)

País	Cuotas de mercado (porcentaje) de:		Nivel declarado de apertura del mercado (entre paréntesis fecha de apertura completa)	Clientes que cambian de proveedor (porcentaje solicitudes)	
	Principal generador	3 mayores generad.		Grandes usuarios	Otros
Alemania	28,1	63	100 (1999)	10-20	< 5
Austria	51,7	68	100 (2001)	5-10	Apertura 2001
Bélgica	88,9	97	35 (2007)	5-10	Sin opción
Dinamarca	26	45	90 (2003)	n. d.	n. d.
España	44,7	78	54 (2003)	< 5	Sin opción
Francia	95	98	30 (ninguna)	5-10	Sin opción
Finlandia	26	54	100 (1997)	30	10-20
Grecia	98	100	30 (ninguna)	Ninguno	Sin opción
Holanda	32,6	64	33 (2003)	10-20	Sin opción
Italia	71	79	45 (ninguna)	< 5	Sin opción
Irlanda	96,6	97	30 (2005)	30	Sin opción
Luxemburgo	13,5	37	40 (n. d.)	n. d.	Sin opción
Portugal	58	85	30 (ninguna)	< 5	Sin opción
Reino Unido	15	44	100 (1998)	80	> 30
Suecia	53	77	100 (1998)	100	10-20

Fuente: COMISIÓN EUROPEA (2001b: resumen, p. 3) y OXERA (2001).

2) Países en situación intermedia: España, Holanda, Italia y Luxemburgo. Países en los que la libertad de elección de suministrador es superior al mínimo establecido por la UE (30 por ciento) y se prevén avances intensos en 2003. El grado de concentración en generación (tres mayores productores), aunque generalmente superior a la media, se halla por debajo del 80 por ciento.

3) Lastres de la liberalización eléctrica: Bélgica, Francia, Grecia, Irlanda y Portugal. Sus niveles de libertad de elección de suministrador son estrictamente los mínimos legales y los avances en el futuro próximo son muy moderados. En estos países se dan también los mayores grados de concentración en generación.

Ciertamente, en el caso del sector eléctrico, España no se halla a la cola de la liberalización europea, como sucedía en las telecomunicaciones. Aunque al clasificar a España en posición intermedia se obvia el hecho de que algunos indicadores son de tipo más real que nominal, como el grado efectivo de actividad competitiva (clientes que cambian de proveedor), sitúan a España en una posición más retrasada que los indicadores nominales. En este caso concreto, por ejemplo, menos del 5 por ciento de clientes cambian en España. Este porcentaje no es sólo inferior al de los países más avanzados en la liberalización. También es inferior al de países con menor liberalización teórica, como Irlanda, Bélgica y Francia. Como se menciona explícitamente en la Comisión Europea (2001b) con carácter general para el sector eléctrico, «*las lagunas de las disposiciones vigentes parecen afectar en la actualidad a la capacidad de elección de los consumidores*».

Algo similar sucede en el sector del gas. La tabla 7 sistematiza información comparable en todos los países de la UE, sobre grado de apertura del mercado y sobre competencia efectiva. En la tabla se aprecia también una cierta falta de correspondencia entre el nivel declarado de apertura y la competencia efectiva.

TABLA 7

INDICADORES DE APERTURA DEL MERCADO DE OFERTA DE GAS (2000)

<i>País</i>	<i>Nivel declarado de apertura del mercado (entre paréntesis fecha de apertura completa)</i>	<i>Clientes que cambian de proveedor (porcentaje solicitudes) Grandes usuarios</i>
Alemania	100 (2000)	< 5
Austria	49 (2001)	< 5
Bélgica	59 (2005)	< 5
Dinamarca	30 (ninguna)	Ninguno
España	72 (2003)	5-10
Francia	20 (ninguna)	10-20
Finlandia	Excepciones	Ninguno
Grecia	Excepciones	Ninguno
Holanda	45 (2004)	> 30
Italia	65 (2003)	10-20

<i>País</i>	<i>Nivel declarado de apertura del mercado (entre paréntesis fecha de apertura completa)</i>	<i>Clientes que cambian de proveedor (porcentaje solicitudes) Grandes usuarios</i>
Irlanda	75 (2005)	> 50
Luxemburgo	51 (2007)	Ninguno
Portugal	Excepciones	Ninguno
Reino Unido	100 (1998)	90
Suecia	47 (2006)	< 5

Fuente: COMISIÓN EUROPEA (2001b: resumen, p. 5).

Como en el caso de las telecomunicaciones, para el sector de la energía hemos elaborado también índices sintéticos para ordenar de forma relativa el grado de avance de la competencia en los países de la UE. El método seguido es el mismo que el empleado al construir la tabla 5. Sin embargo, para este sector hemos elaborado dos tablas diferentes: 8a y 8b. Vistas las discrepancias existentes tanto en electricidad como en gas, entre los niveles declarados de apertura del mercado y los de actividad competitiva, la tabla 8a presenta un índice de liberalización teórica, mientras que la tabla 8b presenta un índice de competencia efectiva.

TABLA 8a

LIBERALIZACIÓN TEÓRICA EN EL SECTOR DE LA ENERGÍA

<i>País</i>	<i>(1) Cuotas de mercado tres mayores generadores</i>	<i>(2) Nivel declarado de apertura en el mercado eléctrico</i>	<i>(3) Nivel declarado de apertura en el mercado del gas</i>	<i>Índice sintético de progreso nominal</i>
Alemania	3	3	3	9
Reino Unido	3	3	3	9
Austria	3	3	2	8
España	2	2	3	7
Finlandia	3	3	1	7
Italia	2	2	3	7
Luxemburgo	3	2	2	7
Suecia	2	3	2	7

<i>País</i>	(1) <i>Cuotas de mercado tres mayores generadores</i>	(2) <i>Nivel declarado de apertura en el mercado eléctrico</i>	(3) <i>Nivel declarado de apertura en el mercado del gas</i>	<i>Índice sintético de progreso nominal</i>
Dinamarca	3	2	1	6
Bélgica	1	2	2	5
Holanda	2	1	2	5
Irlanda	1	1	3	5
Francia	1	1	1	3
Grecia	1	1	1	3
Portugal	1	1	1	3

Fuente: Elaboración propia a partir de las tablas 6 y 7.

TABLA 8b

COMPETENCIA EFECTIVA EN EL SECTOR DE LA ENERGÍA

<i>País</i>	(1) <i>Cuotas de mercado tres mayores generadores</i>	(2) <i>Clientes que cambian de proveedor (porcentaje solicitudes) en el mercado eléctrico</i>	(3) <i>Clientes que cambian de proveedor (porcentaje solicitudes) en el mercado del gas</i>	<i>Índice sintético de progreso real</i>
Reino Unido	3	3	3	9
Alemania	3	3	2	8
Austria	3	2	2	7
Finlandia	3	3	1	7
Holanda	2	2	3	7
Irlanda	1	3	3	7
Suecia	2	3	2	7
Italia	2	1	3	6
Luxemburgo	3	2	1	6
Dinamarca	3	2	1	6
Bélgica	1	2	2	5
España	2	1	2	5
Francia	1	1	3	5
Grecia	1	1	1	3
Portugal	1	1	1	3

Fuente: Elaboración propia a partir de las tablas 6 y 7.

La comparación entre las tabla 8a y 8b da lugar a conclusiones muy significativas por lo que respecta a España. Es el único país, junto con Holanda, que experimenta un cambio acusado entre el nivel de liberalización declarado y el nivel de actividad competitiva real. En el caso de España, la liberalización declarada es mayor que la competencia efectiva, y en el caso de Holanda sucede lo contrario.

Si España se situaba en una posición intermedia cuando analizábamos la liberalización declarada en el mercado eléctrico, e incluso mejoraba en algo su posición al atender a la liberalización declarada en el mercado del gas, cuando nos fijamos en el nivel de actividad competitiva la posición de España retrocede hacia un lugar más bajo. Esta caída de la posición de España es atribuible sobre todo a la mediocridad de la competencia efectiva en el mercado eléctrico. En este mercado, más allá de la identificación y valoración de indicadores cuantitativos, subsisten en España problemas cualitativos de gran relevancia para la competencia ¹².

4. CONCLUSIONES

La política económica en España ha tenido un éxito relativamente escaso en cuanto a la introducción efectiva de competencia. Por una parte, la privatización de monopolios públicos se ha efectuado sin reestructuración sectorial. Por ello, la privatización ha mantenido posiciones dominantes de tipo privado con gran capacidad para limitar las amenazas de la competencia. Por otra parte, los efectos reales de los paquetes legislativos de liberalización parecen haber sido muy modestos.

Las carencias de esta política manifiestas han tenido resultados observables. Por lo que respecta al sector de las telecomunicaciones se han analizado indicadores relevantes para la medición de la eficacia de la liberalización de las telecomunicaciones en España y en la UE. Los datos disponibles respecto a cuotas de mercado retenidas por los antiguos monopolios, precios aplicados a los consumidores y la evolución de los mismos, y tasas de interconexión, sitúan a España en la cola del proceso de liberalización europeo. En el sector de la energía existen discrepancias relevantes en muchos países de la UE entre los niveles declarados de apertura de mercados y la actividad competitiva real. La posición de España en el proceso de liberalización de la UE es intermedia si atendemos a la liberalización teórica, pero retrocede significativamente cuando nos fijamos en la actividad competitiva real. En este sentido, los resultados indican que la retórica liberalizadora ha sido superior a la introducción de competencia efectiva.

¹² Esta conclusión es consistente con los informes de la Comisión Nacional de la Energía y del Tribunal de Defensa de la Competencia que, a raíz de la fallida fusión Endesa-Iberdola, destacaron la escasa competencia efectiva en la electricidad. Más allá de la literalidad de las disposiciones legales vigentes, ya decía el TDC que la estructura del sector y la regulación existente «hacen que el grado de contestabilidad de estos mercados sea muy reducido».

En España subsisten problemas cualitativos de gran relevancia para la efectividad de la competencia. Y son muchos, de hecho casi todos los países de la UE, cuya agilidad y sinceridad liberalizadora son muy superiores a la española. Esto hace difícil para España dar lecciones creíbles de competencia a sus socios europeos.

REFERENCIAS

- BANNERMAN, E. (2001), *The Lisbon Scorecard. The status of economic reform in Europe*, London, Working Paper, Center for European Reform, 2001.
- BEL, G. (2000), «Liberalización y competencia», *Claves de Razón Práctica*, núm. 105, pp. 23-29.
- BEL, G., y ANTÓN, C. (2001), «La privatización y sus motivaciones en España: de instrumento a política», *Revista de Historia Industrial*, núm. 18/19, en prensa.
- COMISIÓN EUROPEA (2001a), *Seventh report on the implementation of the telecommunications regulatory package*, Brussels, European Commission, November 2001.
- (2001b), *Informe relativo a la aplicación de las Directivas sobre el gas y la electricidad*, Bruselas, Comisión Europea, diciembre de 2001.
- OXERA (2001), *Electricity Liberalisation. Indicators in Europe*, Brussels, European Commission, October 2001.

LA JUDICIALIZACIÓN DEL DERECHO COMUNITARIO DE LA COMPETENCIA

Cani FERNÁNDEZ VICIÉN ¹

Abogado
Cuatrecasas

La combinación de dos fallos dictados, entre junio de 2000 y diciembre de 2001, por dos órganos jurisdiccionales diferentes, español y comunitario, ha aclarado algunas cuestiones sobre el papel de los jueces civiles nacionales —y, más particularmente, los españoles— en el reconocimiento de los derechos que las normas de competencia comunitarias conceden, de manera directa, a los particulares.

El primero de ellos, la sentencia del Tribunal Supremo español (en adelante, TS) en el asunto *Disa* ², ha puesto punto final a aquella jurisprudencia, hasta ese momento vigente, que ignoraba flagrantemente el concepto de efecto directo de las disposiciones comunitarias en el ámbito del Derecho de la competencia y que, por ello, se constituía en principal obstáculo de las reclamaciones de daños derivados de las infracciones de la competencia. De esta manera, ha implicado la asunción por parte del juez español de su competencia para aplicar las disposiciones del Tratado de la Comunidad Europea (en adelante, Tratado CE) en materia de Derecho de la competencia dotadas de efecto directo.

Aspecto este último que ha sido abordado por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (en adelante, TJCE) en el caso *Courage* ³. Esta segunda sentencia ha dado un impulso más directo a la aplicación del Derecho de la competencia por los particulares, al llevar hasta sus últimas consecuencias la aplicación directa, por parte de los jueces nacionales y en el marco de procesos entre particulares, de las normas comunitarias sobre competencia. En efecto, aunque, como se verá, el alcance práctico de este pronunciamiento es más bien limitado, proporciona importantes claves en el ámbito de las consecuencias civiles de las infracciones del Derecho de la competencia.

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 Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera) de 6 de junio de 2000.

³ Sentencia del TJCE de 20 de septiembre de 2001, *Courage Ltd contra Bernard Crehan*, asunto C-453/99, aún no publicada.

Una y otra sentencia han aportado su respectiva contribución a lo que se ha dado en llamar la «judicialización» del Derecho de la competencia o, en otras palabras, la aplicación del Derecho de la competencia por órganos jurisdiccionales de los Estados miembros. La primera, al reconocer plenamente el efecto directo de las normas comunitarias de competencia y, en consecuencia, el papel de los jueces españoles como jueces comunitarios, papel que les corresponde de manera natural como consecuencia de la adhesión de España a la Unión Europea. La segunda, al proporcionar a dichos jueces claves importantes para enfrentarse a acciones de reparación de los derechos lesionados por violaciones de aquellas normas, en concreto mediante acciones de reclamación de daños.

En el presente artículo analizaremos cada uno de los pronunciamientos citados, así como las consecuencias que de los mismos pueden extraerse. Todo ello en vísperas de que los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros asuman un papel protagonista en la aplicación de los arts. 81 y 82 del Tratado CE, una vez se ultime la reforma que implicará la descentralización en la aplicación de las normas de competencia.

1. INTRODUCCIÓN: LAS COMPETENCIAS DE LA COMISIÓN EUROPEA Y DE LAS AUTORIDADES NACIONALES

El papel de los jueces civiles en la aplicación de las normas de defensa de la competencia se ha convertido, en los últimos tiempos, en objeto de especial atención por parte de instituciones y profesionales del Derecho, especialmente desde que la Comisión Europea hiciera pública su intención de trasladar a las autoridades de los Estados miembros el peso de la responsabilidad de aplicar los arts. 81 y 82 del Tratado CE en su conjunto⁴.

Hoy en día, la declaración de ilegalidad de las infracciones cometidas sobre la base de los arts. 81.1 y 82 del Tratado CE, a diferencia de otros ámbitos —como es el caso del control de concentraciones—, está sometida al principio de la competencia compartida entre la Comisión Europea, por un lado, y las autoridades nacionales, por otro.

El actual art. 84 del Tratado CE señala que *«hasta la entrada en vigor de las disposiciones adoptadas en aplicación del art. 83⁵, las autoridades de los Estados miembros decidirán sobre la admisibilidad de los acuerdos, decisiones y prácticas concertadas y sobre la explotación abusiva de una posición dominante en el mercado común, de conformidad con su propio Derecho y las disposiciones del art. 81, en particular las de su ap. 3, y las del art. 82»*.

⁴ Libro Blanco sobre la modernización de las normas de aplicación de los arts. 81 y 82 del Tratado CE. Adoptado por la Comisión Europea el 28 de abril de 1999 (http://europa.eu.int/comm/competition/antitrust/wb_modernisation_es.pdf).

⁵ Esto es, los Reglamentos y Directivas apropiados para la aplicación de los principios enunciados en los arts. 81 y 82.

Por su parte, el art. 9 del Reglamento núm. 17⁶ indica que «mientras la Comisión no inicie procedimiento alguno en aplicación de los arts. 2, 3 o 6, las autoridades de los Estados miembros seguirán siendo competentes para aplicar las disposiciones del ap. 1 del art. [81] y del art. [82] conforme al art. [84] del Tratado [...]».

En consecuencia, con excepción del ap. 3 del art. 81 del Tratado CE, respecto del cual la Comisión conserva una competencia exclusiva⁷, las autoridades nacionales están facultadas para perseguir y sancionar las infracciones a los arts. 81.1 y 82 del Tratado CE con el mismo título que la Comisión Europea.

La designación de esas autoridades nacionales en España y las condiciones en que deben aplicar las normas de competencia comunitarias constituyó el objeto del Real Decreto 1882/1986⁸, hoy en día sustituido por el Real Decreto 295/1998⁹, cuyo artículo primero establece que «el Tribunal de Defensa de la Competencia es la autoridad competente para la aplicación en España de los arts. [81.1] y [82] del Tratado de la Comunidad Europea y de su Derecho derivado». A este órgano administrativo se ve por tanto atribuida, por aplicación conjunta del Reglamento núm. 17 y del Real Decreto mencionado, la misión de supervisión y control en materia de legislación comunitaria de competencia en aras del interés público general.

Pero la competencia en esta materia no sólo corresponde a autoridades de carácter administrativo. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas dejó establecido, desde la importante Sentencia *BRT v. SABAM*¹⁰, que los —hoy— arts. 81.1 y 82 del Tratado CE generan directamente derechos a favor de los particulares que los órganos jurisdiccionales nacionales están obligados a tutelar en el marco de las causas privadas que constituyen su competencia natural.

Las Comunicaciones adoptadas por la Comisión Europea, en 1993 y 1997 respectivamente, sobre cooperación entre esta institución y los órganos jurisdiccionales nacionales, en un caso, y las autoridades de competencia de los Estados miembros, en el otro, clarificaron el alcance del principio que, como hemos visto, ya había sido establecido por la jurisprudencia. Resulta esencial, a los efectos del presente artículo, el contenido de la primera de las Comunicaciones citadas por cuanto hace referencia al papel de los jueces nacionales en la aplicación de las normas comunitarias de competencia.

Así, deben transcribirse, por su claridad, los términos que abren el Capítulo II de dicha Comunicación:

⁶ Reglamento núm. 17: primer Reglamento de aplicación de los arts. 85 y 86 —hoy, 81 y 82— del Tratado CE (*DOCE*, núm. 13, de 21 de febrero de 1962, p. 204).

⁷ Ap. 1 del art. 9 del Reglamento núm. 17.

⁸ *BOE* de 15 de septiembre de 1986, núm. 221, p. 31717.

⁹ *BOE* de 7 de marzo de 1998, núm. 57, p. 7942.

¹⁰ Sentencia del TJCE de 30 de junio de 1974, *Belgische Radio en Televisie et Société Belge des Auteurs, Compositeurs et Editeurs v. SABAM et NV Forniior*, asunto 127/73, *Rec.*, p. 51.

«La Comisión es la autoridad administrativa responsable de la aplicación y orientación de la política de competencia en la Comunidad y para ello debe actuar conforme al interés público. Los órganos jurisdiccionales nacionales, por el contrario, tienen por misión proteger los derechos subjetivos de los particulares en sus relaciones mutuas.

Para llevar a cabo estas distintas tareas, los órganos jurisdiccionales nacionales y la Comisión disponen de competencias concurrentes para la aplicación del ap. 1 del art. [81] y del art. [82] del Tratado. La competencia le ha sido atribuida a la Comisión por el art. [85] y las disposiciones adoptadas con arreglo al art. [83] del Tratado. En el caso de los órganos jurisdiccionales nacionales, esta competencia se deriva del efecto directo de las normas comunitarias de competencia».

El esquema de competencias, por lo que a la aplicación de la legislación comunitaria de competencia en España se refiere, queda, pues, articulado como se muestra en el siguiente cuadro:

Comisión Europea	<ul style="list-style-type: none"> — Persecución —de oficio o como consecuencia de denuncias de terceros— y sanción de infracciones a los arts. 81.1 y 82 del Tratado CE. — Autorización, individual o por categoría, de acuerdos en virtud del art. 81.3 del Tratado CE.
Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas	— Control de legalidad de las decisiones adoptadas por la Comisión Europea sobre la base de los arts. 81 y 82 del Tratado CE.
Tribunal de Defensa de la Competencia	— Persecución —de oficio o a instancia de terceros— y sanción de infracciones a los arts. 81.1 y 82 del Tratado CE.
Órganos jurisdiccionales del orden administrativo	— Revisión de las resoluciones del TDC en aplicación de los arts. 81.1 y 82 del Tratado CE.
Órganos jurisdiccionales del orden civil	— Litigios entre particulares sobre la base de los arts. 81.1 y 82 del Tratado CE.
Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas	— Eventual cuestión prejudicial para la interpretación de los arts. 81 y 82 del Tratado CE.

Este régimen se verá en breve modificado de forma sustancial, una vez se ultime el proceso de reforma iniciado por la Comisión Europea hace unos años. El eje central de esta reforma consistirá en la transición a un sistema en el que el protagonismo en la aplicación de las normas

de competencia comunitarias pasará a las autoridades de los Estados miembros.

Por lo que se refiere al sistema aún en vigor, la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo ha tenido una influencia decisiva en el mismo, hasta el punto de que ha limitado muy considerablemente su alcance en nuestro país, como veremos a continuación.

2. EFECTO DIRECTO DE LOS ARTS. 81 Y 82 DEL TRATADO CE: *CAMPSA VERSUS DISA*

Como ya hemos señalado, el TJCE ha dejado claramente establecido, desde el asunto *BRT v. SABAM*, que la competencia de los jueces nacionales para aplicar las normas del Tratado CE en materia de defensa de la competencia derivaba del hecho de que estas disposiciones estaban dotadas de efecto directo.

Ya en la emblemática Sentencia *Van Gend & Loos*¹¹, el TJCE había señalado que el Derecho comunitario, «*al igual que impone cargas a los particulares [...] también genera derechos que entran a formar parte de su patrimonio jurídico; éstos se crean, no sólo cuando el Tratado los atribuye de modo explícito, sino también debido a obligaciones que el Tratado impone de manera bien definida tanto a los particulares como a los Estados miembros y a las instituciones comunitarias*». En *BRT v. SABAM*, concretó que los arts. 81.1 y 82 del Tratado CE, por su condición de disposiciones de aplicación directa, crean derechos a favor de los justiciables, derechos que los órganos jurisdiccionales nacionales están obligados a tutelar.

A pesar de la claridad del pronunciamiento, los tribunales españoles venían ignorando el efecto directo de los arts. 81.1 y 82 del Tratado CE en el marco de causas planteadas ante ellos. En efecto, las acciones de reclamaciones de daños derivados de infracciones a las normas comunitarias de competencia se han visto totalmente obstaculizadas, aún más tras la desafortunada sentencia del TS en el asunto *Campsa*¹².

La empresa Campsa se enfrentaba a una reclamación de daños y perjuicios por parte de determinados propietarios de barcos que alegaban que aquella había abusado de su posición de dominio en el mercado español al aplicar precios discriminatorios en el suministro de petróleo y que, en consecuencia, debía de resarcir los daños derivados de tal comportamiento. Llegado el asunto al TS, éste concluyó, curiosamente sobre la base del asunto *BRT v. SABAM*, en su incompetencia para aplicar las normas comunitarias en liza.

El Abogado General Mayras, en el citado asunto *BRT c. SABAM*, había procedido a una distinción entre la aplicación de las normas comunitarias

¹¹ Sentencia de 5 de febrero de 1963, *nv Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos c. Administration fiscale néerlandaise*, asunto 26/62, *Rec.*, p. 1.

¹² Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera), asunto 1262/93, de 30 de diciembre de 1993.

a título principal y a título incidental. Dicha distinción consistía básicamente en una doble clasificación de las autoridades nacionales llamadas a aplicar las normas de competencia: por un lado, aquellas encargadas de perseguir las infracciones del Derecho de la competencia en aras de la tutela de un interés público general —por lo general, órganos de carácter administrativo—, junto a los órganos encargados de revisar las decisiones de aquéllas en sede jurisdiccional; y, por otro lado, aquellas otras competentes para pronunciarse sobre reclamaciones privadas directamente relacionadas con las normas de competencia —órganos de la jurisdicción civil—. Sobre esta base, las primeras aplicarían las normas de competencia a título principal, y las segundas, a título incidental.

El TJCE pasó por alto la distinción del Abogado General Mayras entre aplicación principal e incidental de las normas comunitarias de competencia. No obstante, reconoció la posibilidad de aplicación de las mismas en su doble vertiente pública y privada, sin que por ello se viera afectado el pleno respeto del principio del efecto directo.

El ts, haciéndose un confuso eco de la opinión del Abogado General Mayras, estimó en *Campsá* que los demandantes invocaban las normas comunitarias a título principal y que, por tanto, dicha competencia no le correspondía en tanto que órgano jurisdiccional del orden civil. Al rechazar entrar a analizar el asunto sometido a su análisis y confirmar las sentencias de instancia, el ts desconoció el efecto directo del Derecho comunitario y su condición de juez comunitario en el ámbito que nos ocupa.

A todo lo anterior, el ts añadió su particular interpretación del Real Decreto 1882/1986, norma llamada a dar cumplimiento a lo previsto en el art. 9 del Reglamento núm. 17 en el sentido de designar al Tribunal de Defensa de la Competencia como órgano encargado de la aplicación de los arts. 81.1 y 82 del Tratado CE en España¹³. El ts entendió que de esta previsión resultaba necesariamente que el TDC tenía otorgada la competencia exclusiva para aplicar las normas comunitarias de competencia, mientras que los tribunales civiles sólo podían aplicar dichas normas de manera incidental. De esta manera, el ts olvidó que el único objetivo del Real Decreto citado era designar un órgano nacional encargado de la persecución de las infracciones a las normas comunitarias de competencia, que estaría así llamado a compartir esta labor con la Comisión Europea¹⁴. En modo alguno dicha norma pretendió regular las consecuencias de Derecho privado que se derivan de las infracciones al Derecho comunitario de la competencia. Este aspecto venía garantizado por la posibilidad de invocar la aplicación directa de los arts. 81 y 82 del Tratado CE ante los jueces nacionales¹⁵.

¹³ Art. 9 del Reglamento núm. 17, ya citado.

¹⁴ Como hemos dicho antes, la Comisión sólo conserva competencia exclusiva en cuanto a la aplicación del ap. 3 del art. 81 del Tratado CE.

¹⁵ Como indica expresamente el TJCE en el asunto *BRT v. SABAM*, ya citado.

Como corolario de todo lo anterior, resultaba que toda acción de daños y perjuicios basada en las normas de competencia, ya fueran éstas las españolas o las comunitarias, requería previamente un pronunciamiento firme por parte de las autoridades de competencia —el TDC o la Comisión Europea, según el caso— en el sentido de constatar la o las infracciones de las que eventualmente se derivaran aquellos daños. En otras palabras, la existencia de una decisión firme y previa de los órganos de competencia nacionales o comunitarios constituía un requisito de admisibilidad para poder interponer una acción de daños y perjuicios en este ámbito. En ausencia de la misma, la acción sería desestimada por inadmisibile ¹⁶.

La postura del TS en *Camps* debe ponerse en su contexto. Habían transcurrido apenas siete años desde la incorporación de España a las Comunidades Europeas y los jueces españoles podían sentirse aún relativamente intimidados por la aplicación directa de un Derecho supranacional, más aún cuando la materia resultaba completamente ajena a la especialidad de nuestros jueces civiles ¹⁷. Sin embargo, pocos meses antes la Comisión había adoptado su «*Comunicación relativa a la cooperación entre la Comisión y los órganos jurisdiccionales para la aplicación de los arts. [81] y [82] del Tratado CE*» ¹⁸, antes mencionada. Si bien es cierto que este texto carece de fuerza vinculante, no lo es menos que constituía un elemento importante de interpretación del asunto *BRT v. SABAM*, en especial cuando su punto 6 hacía expresa referencia a la competencia de los jueces nacionales para pronunciarse sobre «*las consecuencias de Derecho civil que implica la prohibición del art. [81]*».

En cualquier hipótesis, no cabe duda de que el TS tenía a su disposición el mecanismo de la consulta prejudicial al TJCE. En este sentido, apenas tres años antes, un Tribunal menor —Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 1 de Oviedo— no dudó en plantear una cuestión prejudicial al juez comunitario sobre la aplicación, no ya de disposiciones de Derecho comunitario primario, sino de una Directiva que el Estado español no había transpuesto y cuyas disposiciones eran sustancialmente distintas a lo previsto por nuestro Código Civil ¹⁹.

Por otro lado, extraña en cierta medida que la Comisión Europea no interviniera en ningún momento en este estado de cosas, máxime cuan-

¹⁶ Debemos señalar que el asunto *Camps* se dirimió durante la vigencia de la antigua Ley 110/1963, de 20 de julio, de Represión de Prácticas Anticompetitivas. Con posterioridad, en la Ley 16/1989, se incluyó expresamente un precepto en este sentido, el art. 13.2: «*La acción de resarcimiento de daños y perjuicios, fundada en la ilicitud de los actos prohibidos por esta Ley, podrá ejercitarse por los que se consideren perjudicados, una vez firme la declaración en vía administrativa y, en su caso, jurisdiccional. El régimen sustantivo y procesal de la acción de resarcimiento de daños y perjuicios es el previsto en las leyes civiles*».

¹⁷ Recordemos que la competencia en materia de Derecho de la competencia en España es exclusiva del Servicio y del Tribunal de Defensa de la Competencia.

¹⁸ DOCE, núm. C 39, de 13 de febrero de 1993, p. 5.

¹⁹ Sentencia del TJCE de 13 de noviembre de 1990, *Marleasing, S. A., c. La Comercial Internacional de Alimentación, S. A.*, asunto C-106/89, *Rec.*, p. 4135. El TJCE concluyó que el juez nacional debía interpretar la norma nacional conforme a la finalidad de la Directiva.

do disponía de una vía específica para exigir de un Estado miembro el pleno cumplimiento del Derecho comunitario.

Afortunadamente, siete años más tarde, el TS se enfrentó a una reclamación de daños y perjuicios por parte de un concesionario de una estación de servicio contra la empresa petrolera *Disa* y un tercero. *Disa* había suscrito con el primero un contrato por el que éste adquiriría los derechos de explotación de la gasolinera durante un período de quince años, prorrogables por períodos sucesivos de diez años. Durante ese período de tiempo, el concesionario se comprometía, entre otros extremos, a comprar exclusivamente a *Disa* tanto la gasolina como determinados productos accesorios y a vender en la gasolinera exclusivamente los productos de la marca *Disa*. Esta última rompió unilateralmente el contrato cediéndolo a un tercero, razón por la que el primer concesionario se dirigió contra la concedente y el nuevo adjudicatario por los daños derivados de la ruptura contractual. *Disa* alegó que el contrato de concesión, en el que el reclamante basaba su petición de daños, era contrario al art. 81.1 del Tratado CE y, por tanto, nulo de pleno derecho.

Con estos hechos, el TS rompió la línea jurisprudencial seguida en *Campsá* al reconocer expresamente, por un lado, el derecho de todo particular, persona física o jurídica, a interponer acciones en reclamación de daños y perjuicios directamente ante los tribunales civiles españoles basadas en el Derecho comunitario y, por otro, su competencia para aplicar directamente, en ese marco, los arts. 81.1 y 82 del Tratado CE. En este último sentido, el TS no duda en dedicar numerosas páginas de su sentencia a analizar detalladamente la legislación y la jurisprudencia comunitarias relevantes para la solución del litigio²⁰.

Frente a *Campsá*, la consecuencia lógica de todo lo anterior sería la supresión de la exigencia de una decisión previa y firme por parte del TDC o de la Comisión Europea constatando infracciones a las normas comunitarias de competencia como requisito esencial para poder reclamar válidamente los daños derivados de las mismas. En efecto, dicha exigencia equivale a restar eficacia a la aplicación directa de los arts. 81.1 y 82 del Tratado CE. El TS no se manifestó expresamente al respecto, pero parece una conclusión coherente de su razonamiento en *Disa*.

Finalmente, el TS concluyó que determinadas cláusulas esenciales del contrato de concesión eran efectivamente contrarias al art. 81.1 del Tratado CE, declaró el acuerdo nulo de pleno derecho y señaló que la única vía de compensación posible, en tales circunstancias, era la derivada de la responsabilidad extracontractual²¹.

Si bien, de acuerdo con el Código Civil, serán necesarios dos pronunciamientos del TS en este mismo sentido para considerar que existe doctrina legal, no debe desmerecerse el valor del caso *Disa* y es de desear

²⁰ Véase nota a pie 2.

²¹ El TS no entró a valorar en concreto esta cuestión debido a que la solicitud de tales daños no se habían incluido en la demanda.

que se vea confirmado en breve. Este pronunciamiento contiene el razonamiento lógicamente conforme a la aplicación directa de las normas comunitarias de competencia, cuyas consecuencias ya habían sido claramente establecidas por la jurisprudencia comunitaria en 1974.

3. ALCANCE DEL EFECTO DIRECTO DE LAS NORMAS COMUNITARIAS DE COMPETENCIA: EL ASUNTO *COURAGE*

Mientras la Sentencia *Disa* se refiere a la competencia de nuestros tribunales civiles para aplicar directamente determinadas normas comunitarias, el caso *Courage*²², sentenciado por el TJCE, aborda aspectos de fondo directamente relacionados con las acciones de reclamación de daños derivados de las violaciones de las normas comunitarias de competencia.

Courage Ltd., empresa productora de cerveza, se había enfrentado a Bernard Crehan, arrendatario de un local titularidad de la anterior, en reclamación de unas cantidades impagadas de cerveza. Ambas partes se hallaban vinculadas por un contrato de arrendamiento que incluía una cláusula de compra exclusiva, mediante la cual Crehan se obligaba a adquirir la cerveza exclusivamente a *Courage*. Interpuesta la demanda por impago, Crehan reaccionó mediante demanda reconventional alegando la ilegalidad de la cláusula de compra exclusiva por cuanto era contraria al art. 81.1 del Tratado CE y solicitó los daños sufridos en consecuencia²³.

Lejos de dudar de su competencia para conocer de la reclamación de daños y perjuicios interpuesta, el tribunal británico —*Court of Appeal (England & Wales) (Civil Division)*— se planteaba la compatibilidad con el Derecho comunitario de una línea jurisprudencial nacional, bien asentada, que entendía que una parte de un acuerdo contrario a las normas de competencia no podía legítimamente reclamar a la parte contraria los daños derivados de la aplicación de aquél. Los tribunales ingleses venían, en efecto, tradicionalmente considerando²⁴ que el objetivo de las normas de competencia era proteger a los terceros competidores y que sólo éstos podían, por tanto, recuperar las pérdidas sufridas como consecuencia de una infracción a las normas respectivas, no así la parte de un acuerdo contrario a estas disposiciones, sujeto activo de la distorsión de competencia.

El tribunal británico planteó, pues, cuatro cuestiones prejudiciales al juez comunitario, tendentes a saber los siguientes extremos: si un par-

²² Véase nota a pie 3.

²³ Los perjuicios derivaban del hecho de que los arrendatarios de locales similares no vinculados a *Courage* por una obligación de compra exclusiva adquirirían la cerveza a aquélla a un precio más bajo.

²⁴ Véase, por todos, el asunto *Gibbs Mew Plc. v. Gemmell* (1999) 01 EG 117.

ticular, parte de un acuerdo presuntamente contrario al art. 81.1 del Tratado CE, puede invocar esta norma con el fin de obtener protección jurisdiccional contra la otra parte contratante; si esa protección incluye el derecho a obtener indemnización de los daños y perjuicios derivados del acuerdo presuntamente ilícito; si es conforme con el Derecho comunitario una norma nacional que *a priori* deniega tal derecho sobre la única base de que el reclamante es parte del acuerdo presuntamente ilícito; y, finalmente, de considerarse que, en determinadas circunstancias, dicha norma nacional puede resultar conforme con el Derecho comunitario, cuáles serían tales circunstancias.

Esta última cuestión entroncaba directamente con una línea jurisprudencial americana²⁵ según la cual debía tomarse en consideración la posición económica de las partes en un acuerdo reputado ilícito con el fin de conceder o no la reparación de los daños sufridos por una de ellas. En este contexto, se reconocía el derecho a reclamar la indemnización de los perjuicios sufridos si la parte reclamante se hallaba, respecto de la otra, en una situación de inferioridad económica.

Siguiendo un razonamiento absolutamente coherente con toda su jurisprudencia anterior en materia de efecto directo de los arts. 81.1 y 82 del Tratado CE, el TJCE proporciona el primer pronunciamiento expreso en materia de consecuencias civiles del Derecho comunitario en el marco de un procedimiento entre particulares.

Como hemos indicado anteriormente, la aplicabilidad directa de los arts. 81.1 y 82 del Tratado CE había quedado establecida por vez primera en el asunto *BRT v. SABAM*, de manera que no existía ninguna duda de que tales disposiciones crean derechos a favor de los justiciables, derechos que los órganos jurisdiccionales nacionales deben tutelar.

Por otro lado, la jurisprudencia comunitaria ha señalado igualmente que la posibilidad de invocar ante los jueces nacionales las disposiciones directamente aplicables «*sólo constituye una garantía mínima y no basta para asegurar por sí sola la aplicación plena y completa del Tratado. [...] La plena eficacia de las normas comunitarias se vería cuestionada y la protección de los derechos que reconocen se debilitaría si los particulares no tuvieran la posibilidad de obtener una reparación cuando sus derechos son lesionados por una violación del Derecho comunitario*»²⁶.

En ausencia de un Derecho comunitario en materia de responsabilidad, corresponde a los órganos jurisdiccionales nacionales, conforme a las normas procesales y materiales previstas en el orden jurídico interno, la competencia de pronunciarse sobre esta cuestión. Y ello con dos lími-

²⁵ Véase la Sentencia del Tribunal Supremo de EEUU en el asunto *Perma Life Mufflers Inc. v. International Parts Corp.* 392 US 134 (1968).

²⁶ Sentencias del TJCE de 19 de noviembre de 1991, *Andrea Francovich, Danila Bonifaci y otros c. República Italiana*, asuntos acumulados C-6/90 y C-9/90, *Rec.*, p. 5357, y de 5 de marzo de 1996, *Brasserie de Pêcheur c. Bundesrepublik Deutschland y The Queen c. Secretary of State for Transport (ex parte: Factortame)*, asuntos acumulados C-46/93 y C-48/93, *Rec.*, p. 1029.

tes: en primer lugar, las normas internas no pueden resultar en una protección menos favorable cuando se trate de violaciones del Derecho comunitario que cuando estén en juego las normas internas (principio de equivalencia); en segundo lugar, las normas nacionales no pueden articularse de tal manera que el ejercicio de los derechos conferidos por el Derecho comunitario resulte de imposible o difícil práctica (principio de efectividad). Dichos principios no son sino una manifestación del principio de primacía del Derecho comunitario, de manera que si las normas nacionales comprometen, en uno de aquellos dos sentidos, la plena eficacia de las normas comunitarias, los jueces deben descartar la aplicación de sus normas internas.

La combinación de estas líneas jurisprudenciales llevaría necesariamente a la siguiente conclusión: si los arts. 81.1 y 82 del Tratado CE son directamente aplicables y el principio del efecto directo incluye la reparación de los daños que se deriven de la violación de los derechos que tales disposiciones generan, entonces la violación de estos derechos obliga a reparar los daños causados por su responsable, con independencia de todas aquellas normas nacionales que conduzcan, o puedan conducir, al resultado contrario.

De hecho, el juez británico, tras analizar la jurisprudencia comunitaria, reconoce, en el punto 26 de su pronunciamiento preliminar²⁷, que hay argumentos suficientes para entender que el Derecho comunitario otorga efectivamente derechos a los particulares en el sentido indicado. No obstante, consciente de la falta de un pronunciamiento expreso en la materia, decide remitir la cuestión al TJCE. En efecto, las sentencias comunitarias que se han pronunciado en materia de responsabilidad se han referido siempre a la cuestión del derecho a reparación en el marco de procedimientos en los que un particular dirigía su acción contra un Estado miembro: «*la plena eficacia de las normas comunitarias se vería cuestionada y la protección de los derechos que reconocen se debilitaría si los particulares no tuvieran la posibilidad de obtener una reparación cuando sus derechos son lesionados por una violación del Derecho comunitario imputable a un Estado miembro*»²⁸.

La única afirmación realizada por el TJCE de la que podría extraerse la conclusión de que el mismo razonamiento impera en el marco de relaciones que afectan estrictamente a particulares es la realizada en la ya citada Sentencia *BRT v. SABAM*, cuando el TJCE afirma contundentemente que «*los arts. 85, ap. 1, y 86 del Tratado CE pueden producir efectos directos en las relaciones entre particulares*». Tal afirmación resultaba, sin embargo, a todas luces insuficiente para que el juez británico asumiera en solitario la responsabilidad de extraer consecuencias tan importantes como un derecho general a la reparación de los perjuicios sufridos.

²⁷ Pronunciamiento de 27 de mayo de 1999 (CHANI, 1998/1502/3), *Crehan and Courage Ltd.*, por el que decide plantear al TJCE las cuestiones prejudiciales.

²⁸ Sentencia del TJCE en el asunto *Franovich*, ya citada.

La respuesta del TJCE en Sentencia de 20 de septiembre de 2001 es inequívoca en el sentido de que establece, sobre la base del efecto directo de los arts. 81.1 y 82, que «*cualquier particular puede invocar ante los tribunales la infracción del art. [81], ap. 1, del Tratado*». Añade, en relación a la posibilidad de solicitar una reparación del perjuicio sufrido, que «*la plena eficacia del art. [81] del Tratado y, en particular, el efecto útil de la prohibición establecida en su ap. 1 se verían en entredicho si no existiera la posibilidad de que cualquier persona solicite la reparación del perjuicio que le haya irrogado un contrato o un comportamiento susceptible de restringir o de falsear el juego de la competencia*». Es más, «*las acciones que reclaman indemnizaciones por daños y perjuicios ante los órganos jurisdiccionales nacionales pueden contribuir sustancialmente al mantenimiento de una competencia efectiva en la Comunidad*», ya que pueden actuar como factor disuasorio de prácticas anticompetitivas.

Hasta aquí, el pronunciamiento del TJCE era, en cierta medida, esperable, sobre la base de su jurisprudencia anterior²⁹, aunque es de agradecer la respuesta explícita proporcionada por el juez comunitario.

Ahora bien, la pregunta clave de este asunto iba más allá, por cuanto la duda fundamental del juez británico consistía en saber si una parte de un acuerdo ilícito y, por tanto, copartícipe de una infracción del Derecho de la competencia puede también beneficiarse de los derechos que derivan del efecto directo de los arts. 81.1 y 82 del Tratado CE.

Es en este punto donde la Sentencia *Courage* cobra toda su importancia, al contestar el TJCE en sentido afirmativo, aunque con matices. En primer lugar, el TJCE indica, en efecto, que incluso los sujetos que hayan participado en un comportamiento susceptible de infringir las normas de competencia pueden valerse de los arts. 81.1 y 82 del Tratado CE ante los tribunales nacionales.

Como explica el Abogado General Mischo, la eficacia de la nulidad de pleno derecho de las cláusulas contrarias a la competencia, prevista en el art. 81.2 del Tratado CE, quedaría en entredicho si se redujera el círculo de sujetos con facultad para invocarla. Si un acuerdo o cláusula es susceptible de verse afectado por una nulidad absoluta, de manera que deba considerarse que nunca ha existido, ni entre las partes ni respecto a terceros, una prohibición de invocar el art. 81 por cualquiera de las partes del acuerdo, equivaldría a limitar la eficacia de esta importante sanción. Esta opción conduciría, además, a la incongruencia de mantener vigente un acuerdo ilícito mientras un tercero no lo cuestione ante los tribunales.

En segundo lugar, el TJCE aborda la cuestión central e indica que «*no puede excluirse a priori que una acción de [reclamación de daños y perjuicios] sea ejercitada por una parte en un contrato que se reputa contrario*

²⁹ En este sentido, es posible pensar que, si el TS español hubiera decidido remitir una cuestión prejudicial al TJCE con ocasión del asunto *Campsá*, habríamos dispuesto de esta parte del pronunciamiento *Courage* ya en 1993.

a las normas sobre la competencia». En estas circunstancias, una norma nacional que niegue a un particular el derecho a reclamar la reparación de los daños que ha sufrido como consecuencia de una infracción a las normas de competencia únicamente por el hecho de su participación en dicha infracción no resulta, pues, conforme con el Derecho comunitario.

Ahora bien, el TJCE recuerda a continuación que, dada la inexistencia de normativa comunitaria en la materia, corresponde a los órganos jurisdiccionales internos garantizar plenamente la protección de los derechos que les confiere el Tratado CE conforme a las normas internas, materiales y procesales, de cada Estado miembro, a condición de que tales normas cumplan los anteriormente referidos principios de equivalencia y de efectividad.

Es en este marco en el que el TJCE da un paso más y reconoce que tales principios quedarían igualmente garantizados en el caso en que el Derecho nacional tomase en consideración el grado de responsabilidad en la infracción por parte de quien reclama una reparación, en la medida en que es principio reconocido por los sistemas jurídicos de los Estados miembros que «un justiciable no puede beneficiarse de su propio comportamiento ilícito, cuando este último haya sido comprobado». El TJCE reconoce, en consecuencia, la compatibilidad con el Derecho de la competencia de una norma nacional que niegue a una parte de un acuerdo ilícito el derecho a resarcimiento cuando ha tenido una «responsabilidad significativa en la distorsión de la competencia». Los jueces nacionales podrán tomar en consideración, a los efectos de este análisis, elementos tales como el contexto económico y jurídico en el que se inscribe el acuerdo, así como el poder de negociación y el comportamiento de ambas partes.

El TJCE hace así suya —lo que no deja de ser sorprendente— aquella jurisprudencia americana que entiende reparables los perjuicios sufridos por particulares que, por su reducido poder de negociación, se ven obligados a aceptar cláusulas contrarias a las normas de competencia.

Desde un punto de vista esencialmente práctico, el asunto *Courage* nos plantea, cuanto menos, dos cuestiones fundamentales a los juristas españoles.

En primer lugar, cabe preguntarse qué ha de entenderse exactamente por «responsabilidad significativa en la distorsión de la competencia». A este respecto, corresponderá a los jueces nacionales la tarea de determinar, en cada caso, si el reclamante de los daños ha tenido o no una especial responsabilidad en la comisión de la infracción. El TJCE no proporciona excesivas claves a este respecto, si bien es reveladora la cita expresa del caso de redes o conjunto de acuerdos similares, en los que, prácticamente por sistema, se utilizan acuerdos estándar.

Ahora bien, aun en tales casos, no cabe duda de que, como ordena la teoría general en materia de responsabilidad, deberá probarse la ilicitud de un comportamiento atribuible a un sujeto, la causación de un daño

derivado de tal comportamiento y el nexo de causalidad entre una y otra. En este sentido, la Sentencia *Courage* está en línea con las tradiciones de los Estados miembros en la materia³⁰, en el sentido de entender que, si quien reclama los daños ha intervenido en la causación de los mismos, no puede legítimamente considerarse perjudicado. Es más, podrá ser considerado responsable solidario junto a los demás intervinientes en el acuerdo en el caso de reclamaciones por parte de terceros.

Parece evidente que las consecuencias prácticas de la Sentencia *Courage* se harán notar únicamente en el ámbito de los acuerdos verticales, puesto que sólo en este marco es posible pensar en un contrato cuyo objeto sea lícito y se produzca la sumisión de una de las partes a la voluntad de la otra. Por el contrario, en el marco de acuerdos entre competidores, las partes adoptan necesariamente un comportamiento activo en la infracción a las normas de competencia —de lo contrario, la propia infracción no existe—, de manera que, por muy reducida que sea la intervención de una de ellas, la misma es significativa.

En segundo lugar, cabe preguntarse, tras la lectura de la Sentencia *Courage* y de la jurisprudencia por ésta citada, si es legítimo sostener, en España, que la prejudicialidad exigida por el art. 13.2 de la Ley de Defensa de la Competencia debe igualmente ser exigida en los casos de aplicación del Derecho comunitario por las autoridades de competencia españolas. En este sentido se había manifestado el TS en la Sentencia *Campsá*, sin que en *Disa* se corrigiera de manera expresa, aunque de su razonamiento puede derivarse un cambio implícito sobre la cuestión.

El mencionado precepto exige, como hemos comentado más arriba, una resolución previa y firme del Tribunal de Defensa de la Competencia constatando una infracción a las normas de competencia como requisito previo para la reclamación, ante la jurisdicción civil, de los daños que de aquélla se hayan derivado. La literalidad del precepto es clara, en el sentido de que se refiere a «*la acción de resarcimiento de daños y perjuicios, fundados en la ilicitud de los actos prohibidos por esta Ley [...]*», lo que parece excluir las reclamaciones fundadas en la norma comunitaria.

De acuerdo con la Sentencia *Courage*, toda norma nacional que dificulte u obstaculice el beneficio, por parte de particulares, de los derechos que se derivan de los arts. 81.1 y 82 del Tratado CE, entre los que se encuentra la reparación de los daños sufridos por infracciones a tales normas, deberá ser eliminada a favor del efecto directo del Derecho comunitario. Así lo indica el juez comunitario al citar los principios de equivalencia y efectividad antes mencionados. De esta manera, como ya hemos visto, la jurisprudencia del TJCE ya asentada en materia de reclamación de daños a un Estado miembro se ha confirmado, como es lógico, para las reclamaciones de daños de particular a particular.

³⁰ Y con la jurisprudencia comunitaria en materia de responsabilidad extracontractual de la Comunidad.

En este sentido, la aplicación del art. 13.2 de la LDC a procedimientos en los que se invoca exclusivamente el Derecho comunitario —que supondría retrasar el ejercicio del derecho a reclamación hasta que intervenga una resolución firme y definitiva calificando la infracción— equivaldría, pura y simplemente, a negar el principio mismo del efecto directo. Por tanto, la aplicación de este precepto a los procedimientos en los que se soliciten daños en base a las normas de competencia comunitarias se opondría, cuanto menos, al principio de efectividad en el sentido indicado por *Courage*. En consecuencia, puede entenderse que los particulares están facultados para plantear, directamente ante la jurisdicción civil, sus reclamaciones de daños basadas en las normas comunitarias de competencia sin esperar a que las autoridades de competencia analizando el asunto adquieran firmeza ³¹.

Con independencia de la postura que se tenga sobre los efectos, reprochables o no, de este precepto en el ámbito puramente nacional, debe en cualquier caso lamentarse que se siga retrasando aún más en nuestro país un correcto entendimiento de los principios de primacía y efecto directo del Derecho comunitario de la competencia. En este sentido, es de desear que la Sentencia *Courage* tenga, en España, el efecto de concluir el camino empezado por *Disa*.

4. REFORMA DEL REPARTO DE COMPETENCIAS ENTRE COMISIÓN Y JUECES NACIONALES: EL NUEVO REGLAMENTO 17

Los dos pronunciamientos que hemos comentado han tenido lugar en un momento especialmente delicado por lo que se refiere al papel de los órganos jurisdiccionales nacionales en la aplicación de las normas comunitarias de competencia.

Como hemos dicho con anterioridad, el sistema de reparto de competencias entre la Comisión Europea y las autoridades nacionales ³² se verá en breve modificado, conforme a lo manifestado por la Comisión Europea en su Libro Blanco de modernización de las normas de aplicación de los arts. 81 y 82 del Tratado CE ³³ y confirmado en el Proyecto de Reglamento en la misma materia, hecho público en el mes de septiembre de 2000 ³⁴.

³¹ En particular, en el caso del art. 82 del Tratado CE, no debe descartarse la utilización, en el marco de una reclamación de daños ante el juez civil, del análisis del mercado afectado y del abuso cometido, efectuado en una eventual Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia sobre los mismos hechos, aun no siendo esta Resolución definitiva, a título de «doctrina más autorizada».

³² Tal y como se ha explicado en el punto introductorio del presente artículo.

³³ Véase nota a pie 4.

³⁴ Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los arts. 81 y 82 del Tratado CE [Documento COM (2000) 582 final, http://europa.eu.int/comm/competition/antitrust/others/modernisation/comm_2000_582/es.pdf].

Cuatro décadas después de la entrada en vigor del primer Reglamento de aplicación de las normas de competencia y a punto de convertirse la Unión en un espacio sin fronteras de más de veinticinco países, se está procediendo a una reforma profunda del actual sistema de reparto de las competencias en la materia que nos ocupa, en la que se concederá un papel protagonista tanto a las autoridades de competencia de los Estados miembros como a sus jueces³⁵.

Esta reforma gira en torno a tres pilares esenciales: *a)* transición al llamado «sistema de excepción legal directamente aplicable»; *b)* reforzamiento de la coordinación entre la Comisión Europea y las autoridades nacionales, administrativas o jurisdiccionales, y *c)* incremento de los poderes de investigación de la Comisión³⁶.

El sistema de notificación obligatoria de acuerdos a la Comisión Europea, aún hoy vigente, ha resultado ser un obstáculo, más que un incentivo, para un efectivo control del respeto a las normas de competencia. Por otro lado, las autoridades nacionales, administrativas o jurisdiccionales, están en mejor posición que la Comisión para aplicar las normas de competencia, ya que están más cerca de los mercados afectados y de los protagonistas de las eventuales distorsiones. Con estas premisas se pretende reorientar la acción de la Comisión —que se concentrará en los grandes casos— eliminando el actual procedimiento de notificación.

En efecto, el nuevo régimen *«estaría basado en la aplicabilidad directa de la norma de excepción del ap. 3 del art. 81, lo que implica que la Comisión y las autoridades y los tribunales nacionales de competencia aplicarían el ap. 3 del art. 81 en todos los procedimientos en los que se vean llamados a aplicar la prohibición del ap. 1 del art. 81, que ya es de aplicabilidad directa»*³⁷. Hoy en día, por el contrario, ninguna autoridad nacional puede decidir si un contrato, en principio contrario a las normas de competencia, puede o no ser autorizado por desplegar efectos positivos en el mercado que compensen las consecuencias negativas de las restricciones de competencia pactadas. Este ámbito de las normas de competencia —el ap. 3 del art. 81 del Tratado CE— les ha sido vedado durante años.

Con la reforma, tanto las autoridades administrativas como las jurisdiccionales de los Estados miembros se verán reconocidas en una nueva competencia, cada una en su respectivo ámbito natural de actuación: las primeras, en la persecución, en nombre del interés público general, de infracciones de carácter administrativo; las segundas, en la protección de derechos individuales en el marco de causas de carácter privado.

Al desaparecer la obligación de notificación previa a la ejecución de los acuerdos, recaerá sobre las empresas la responsabilidad de analizar sus

³⁵ No nos referiremos, en este apartado, a la aplicación del art. 82 del Tratado CE, que, en sustancia, no experimentará variación con la reforma.

³⁶ Este último punto no será abordado en el presente artículo.

³⁷ Exposición de Motivos de la Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la aplicación de las normas sobre competencias previstas en los arts. 81 y 82 del Tratado, punto B.

acuerdos y transacciones comerciales a la luz de las normas de competencia, tarea en la que contarán con la jurisprudencia del TJCE y la práctica anterior de la Comisión, así como con las cada vez más frecuentes directrices que esta institución ha ido —y seguirá— adoptando en varios ámbitos.

Si, llegado el caso, las autoridades nacionales —administrativas o judiciales— estiman que un determinado acuerdo queda fuera del ámbito del art. 81.1 del Tratado CE o, siendo contrario a esta disposición, cumple las condiciones de su ap. 3, declararán su validez *ab initio* y, si quien conoce del asunto es un órgano jurisdiccional, denegará cualquier reclamación de daños basada en la violación de las normas de competencia y hará cumplir el acuerdo.

Si, por el contrario, las autoridades nacionales estiman que las condiciones para una autorización no se cumplen, declararán el acuerdo nulo de pleno derecho —igualmente con efectos retroactivos— y adoptarán, cada una en el ámbito de su respectiva competencia, cualquier otra decisión que se derive de la violación del art. 81.1 del Tratado CE. Las autoridades administrativas impondrán las multas correspondientes y requerirán a las partes para que no ejecuten el acuerdo de que se trate y los tribunales se pronunciarán sobre las consecuencias civiles que resulten de la infracción —reparaciones de daños y perjuicios, cesación en las conductas—.

Por último, con la finalidad de garantizar la uniformidad del Derecho comunitario, la propuesta prevé dos mecanismos: por un lado, establece que cualquier transacción transfronteriza —que afecta, por tanto, al comercio intracomunitario— quedará sometida de forma exclusiva al Derecho comunitario³⁸; por otro lado, refuerza la cooperación entre la Comisión Europea y las autoridades nacionales, tanto administrativas como jurisdiccionales. Respecto a las primeras, se propone la creación de una red de autoridades de competencia, en la que todos los miembros apliquen la misma legislación e idéntica política y en la que la información fluya fácilmente. Respecto a las autoridades jurisdiccionales, éstas podrán solicitar información a la Comisión e incluso su opinión sobre cuestiones relativas a la aplicación de las normas comunitarias de competencia³⁹ y le remitirán sus sentencias regularmente. Asimismo, sin perjuicio de la vía prejudicial ante el TJCE, se establece el derecho, tanto de la Comisión como de las autoridades nacionales de competencia, a presentar observaciones escritas u orales ante los tribunales nacionales en el marco de procedimientos judiciales en los que se apliquen las normas de competencia comunitarias.

Con la reforma, los órganos jurisdiccionales nacionales verán, sin duda, reforzado su papel en el marco de la aplicación del Derecho comu-

³⁸ Art. 3 de la Propuesta de Reglamento: «Cuando un acuerdo, una decisión de asociación de empresas o una práctica concertada a efectos del art. 81 del Tratado, o la explotación abusiva de una posición dominante a efectos del art. 82, puedan afectar al comercio entre Estados miembros será aplicable el Derecho comunitario de la competencia, con exclusión de los Derechos nacionales de la competencia».

³⁹ La Comisión emitirá una nueva Comunicación de cooperación con las autoridades jurisdiccionales de los Estados miembros, que incluso incluirá plazos para proporcionar respuestas.

nitario de la competencia. En este sentido se manifiesta la propia Comisión, al señalar que su propuesta «*aspira a fomentar la aplicación privada a través de los órganos jurisdiccionales nacionales. Tanto el ap. 1 del art. 81 como el ap. 3 del art. 81 confieren derechos a los individuos, que deben ser protegidos por los órganos jurisdiccionales nacionales. La actual división de poderes con arreglo al art. 81 no está en consonancia con el importante papel que los tribunales nacionales desempeñan en la aplicación del Derecho comunitario en general*».

Cabe concluir que este impulso a la aplicación privada del Derecho comunitario de la competencia será más notorio en España, donde, como hemos expuesto anteriormente, la aplicación directa de los arts. 81.1 y 82 del Tratado CE ha sido prácticamente testimonial durante los dieciséis años de experiencia comunitaria. Con el nuevo sistema, los jueces españoles del orden civil asumirán la competencia para autorizar acuerdos anticompetitivos prácticamente de manera simultánea al reconocimiento de la eficacia directa del art. 81.1 del Tratado CE.

5. CONCLUSIONES

Los órganos jurisdiccionales —como recuerda la Comisión en su Propuesta de Reglamento de aplicación de las normas comunitarias de competencia— constituyen el complemento necesario a la intervención de los poderes públicos —autoridades administrativas— por lo que se refiere a la defensa de la competencia. Garantes de intereses de distinta naturaleza, ambos ofrecen a los particulares distintas formas de reparación de sus derechos, que, lejos de excluirse, se complementan.

En España, esta premisa ha tardado en ser asimilada en su justa medida. La Sentencia *Disa*, dictada el 6 de junio de 2000, ha supuesto el reconocimiento, por parte de nuestro Tribunal Supremo, del principio de efecto directo de los arts. 81.1 y 82 del Tratado CE. Hasta ese momento, la aplicación en España de las normas de competencia, no sólo nacionales sino igualmente comunitarias, ha sido ejercida únicamente por nuestras autoridades de competencia, lo cual ha supuesto una importante mutilación de algunas de las consecuencias más importantes que deben derivarse de una eficaz protección de la competencia, en particular, la reparación de los efectos de la distorsión.

Así, en el ámbito de las consecuencias civiles de las infracciones a las normas comunitarias de competencia, la jurisprudencia *Campsá* ha tenido el efecto de disuadir a los particulares de acudir directamente a la vía civil para obtener la reparación de los perjuicios sufridos como consecuencia de una infracción a aquellas disposiciones.

Nuestros jueces se incorporarán ahora al tren de la descentralización casi bruscamente y habrán de hacer muestra, por ello, de un esfuerzo de cooperación con la Comisión Europea y el TDC más intenso que en otros Estados miembros. En ese contexto, pronunciamientos del TJCE como el emitido en el asunto *Courage* son de un valor inestimable.

LA SUSTITUIBILIDAD DE LA OFERTA EN EL ANÁLISIS DE LAS CONCENTRACIONES EMPRESARIALES

Inmaculada GUTIÉRREZ

NERA

Atilano Jorge PADILLA

NERA

Existe un consenso generalizado entre autoridades de competencia, economistas y expertos legales sobre la necesidad de tener en cuenta la «sustituibilidad» por el lado de la demanda en la definición del mercado relevante, tanto en el análisis de concentraciones como en los casos de abuso de posición dominante y restricción de la competencia. No ocurre lo mismo con la «sustituibilidad» por el lado de la oferta. No existe unanimidad ni sobre cuándo ni sobre cómo debe utilizarse este concepto a la hora de definir el mercado relevante, si bien la tendencia general de las autoridades de competencia suele ser la de concederle un papel secundario.

El que se tenga o no en cuenta la «sustituibilidad» de la oferta en el proceso de definición de mercados no resulta en absoluto trivial. La definición del mercado en el que la empresa opera puede condicionar el análisis competitivo de su conducta, o de decisiones empresariales como las de fusión y adquisición. Sin perjuicio de que se deban tener ineludiblemente en cuenta otros elementos en el análisis, la cuota que se atribuye a la empresa en el mercado definido se considera una *proxy* de su poder de mercado. La falta de consideración de la «sustituibilidad» por el lado de la oferta puede llevar a definir mercados relevantes excesivamente estrechos, a infravalorar las restricciones competitivas que la empresa realmente afronta y, por consiguiente, a sobrevalorar su poder. Como consecuencia de ello, puede atribuirse de partida a las empresas investigadas una posición de privilegio en el mercado de la que realmente no disfrutaban.

Resulta de interés, por tanto, analizar cuál es el papel que juega la «sustituibilidad» por el lado de la oferta en el ejercicio de definición de mercados. Ello nos permitirá determinar hasta qué punto se están

teniendo en cuenta de manera adecuada, en el análisis de control de concentraciones, las fuerzas que desde el lado de la oferta restringen el comportamiento de una empresa en el mercado, así como las consecuencias que puede tener el no hacerlo.

Con este fin, repasaremos primero el papel que la definición de mercado juega en los análisis de política de competencia, para después describir qué entiende el análisis económico por «sustituibilidad» por el lado de la oferta. Seguidamente, estudiaremos cómo se tiene en cuenta esa «sustituibilidad» en la jurisdicción comunitaria y también en la de los Estados Unidos. El repaso de estas cuestiones nos ayudará a establecer algunas conclusiones y a identificar líneas futuras de investigación y estudio.

1. LA DEFINICIÓN DEL MERCADO RELEVANTE Y SU REPERCUSIÓN PRÁCTICA

La política de competencia se interesa por aquellas situaciones en las que una o varias empresas disfrutan de un poder de mercado del que pueden abusar en detrimento del bienestar de los consumidores. El concepto de poder de mercado constituye por tanto una pieza clave en cualquier análisis de la competencia.

El poder de mercado de una empresa viene directamente determinado por la existencia o no de alternativas a los productos y servicios que ésta ofrece en el mercado. El concepto de «sustituibilidad» constituye, pues, un elemento clave en cualquier análisis de poder de mercado. La existencia de productos sustitutivos de los que una empresa ofrece restringe su capacidad de actuación, impidiendo que pueda fijar condiciones no competitivas unilateralmente y de forma sostenida en el tiempo.

Esta disciplina competitiva a la que se ven expuestos los bienes que comercializa una empresa puede provenir de la existencia en el mercado de otros productos a los que el consumidor está dispuesto a redirigir su consumo («sustituibilidad» por el lado de la demanda) o de la existencia de otros oferentes dispuestos a dedicar sus recursos a la producción de los bienes considerados («sustituibilidad» por el lado de la oferta).

Al identificar las fuentes de disciplina por el lado de la demanda y de la oferta se está de hecho delimitando el marco de actuación de la empresa o empresas cuyo comportamiento se desea analizar con el fin de determinar si es conforme o no a las reglas de competencia. En otras palabras, se está procediendo a definir lo que en política de competencia se entiende por el «mercado relevante». Así pues, la evaluación del poder de mercado de una empresa está íntimamente ligada al proceso de definición del mercado relevante.

De hecho, sea cual sea el tipo de caso al que se enfrenten, las autoridades de competencia basan su análisis en una determinada definición

de mercado relevante a los efectos de valorar el poder de mercado de la empresa o empresas analizadas. Mario MONTI, Comisario Europeo de Política de Competencia, ha señalado:

*«Tal y como sucede en la mayor parte de jurisdicciones de todo el mundo, nuestro análisis competitivo se centra en el poder de mercado. Usamos la definición de mercado y las cuotas de mercado como una variable proxy fácilmente disponible para medir el poder de mercado que disfrutaban las empresas. De hecho, el principal objetivo de la definición de mercado consiste en identificar a los competidores que pueden restringir el comportamiento de las partes afectadas»*¹.

La definición de mercado relevante constituye la primera etapa del análisis de un caso y el marco de referencia sobre el que se desarrollará el mismo. Por motivos diversos, la propia normativa de competencia tiende a magnificar el papel de la definición de mercado relevante, hasta tal punto que puede condicionar la valoración que finalmente se realice del caso.

A. LA DEFINICIÓN DE MERCADO RELEVANTE

Mientras que el concepto de *mercado* es muy familiar y comúnmente empleado, el concepto de *mercado relevante* es mucho menos conocido y puede resultar incluso contraintuitivo. Su carácter es esencialmente técnico y su uso se circunscribe principalmente al ámbito de la política de competencia.

La definición de mercado relevante constituye, al menos teóricamente, un instrumento de análisis que ayuda a valorar el impacto competitivo de un determinado comportamiento en el mercado, ya sea un posible acuerdo restrictivo de la competencia entre varios agentes, una conducta abusiva por parte de uno o varios operadores económicos o una concentración entre dos o más empresas. Las autoridades de competencia intervienen para evitar que estas actuaciones obstaculicen la competencia y reduzcan el bienestar de los consumidores, bien elevando los precios que éstos pagan por los bienes y servicios que consumen, o reduciendo la calidad de los productos ofrecidos y/o la innovación.

Como indicábamos anteriormente, la valoración de si una empresa tiene poder de mercado requiere determinar el ámbito en el que actúa y puede ejercer tal poder. Dicho ámbito competitivo es el que las autoridades definen como mercado relevante. El objeto de tal definición es acotar los bienes y servicios que ejercen una presión competitiva sobre los de la empresa u empresas analizadas. Ello exige identificar el conjunto de productos que compiten con los de las empresas analizadas para satis-

¹ Mario MONTI, *Market Definition as a cornerstone of EU Competition Policy, Workshop on Market Definition*, 15 October 2001. Texto original en inglés está reproducido en el Capítulo de Documentación de este Anuario.

facen ciertas necesidades de los consumidores —el *mercado de producto*—, el ámbito geográfico en el que operan los productores de dichos bienes —el *mercado geográfico*—, así como el conjunto de *operadores relevantes* (oferentes y demandantes) que constituyen dicho mercado.

En esencia, las restricciones competitivas que moderan el comportamiento de la empresa y le impiden ejercer un poder de mercado provienen bien de la «sustituibilidad» por el lado de la demanda o bien de la «sustituibilidad» por el lado de la oferta.

Para abordar el análisis de la «sustituibilidad» comúnmente se emplea el conocido como *test del monopolista hipotético*², que ofrece una guía teórica para orientar el razonamiento a la hora de definir un mercado. Dicho *test* considera inicialmente que la oferta de los productos objeto del análisis (llamémosles *X*) está en manos de un monopolista hipotético y que éste decide incrementar el precio de los mismos entre un 5 y un 10 por ciento, suponiendo que el resto de los productos no ve alterado su precio. Si dicho incremento es sostenible y rentable a largo plazo, estaremos ante un mercado de producto definido.

Si el consumo se dirige hacia otros productos que se han abaratado relativamente (por ejemplo los incluidos en el conjunto *Y*) de tal forma que el incremento de precios de *X* no puede ser sostenido de forma rentable, entonces se deberán incluir en el mercado que estamos definiendo los productos *Y* hacia los que el consumo se ha orientado, por ser sustitutos cercanos de los inicialmente considerados.

Este ejercicio debería repetirse considerando que el monopolista hipotético eleva sus precios para el conjunto de bienes sustitutos (*X* e *Y*), hasta que sea posible que el incremento de precios se mantenga de forma sostenible y rentable en el tiempo. El conjunto de bienes entonces considerado —y sus distintos territorios de procedencia— constituirán el mercado relevante.

A pesar de su innegable atractivo conceptual, esta metodología introduce algunos sesgos de los que conviene ser consciente. La aplicación de este tipo de *test* por las autoridades de competencia ha favorecido la consideración de factores de demanda a la hora de plantear la definición de mercados relevantes, ya que suele ser más frecuente disponer de datos fiables para el cálculo de las elasticidades de demanda que para la de oferta. El empleo de esta metodología tiende, por tanto, a potenciar el papel de la «sustituibilidad» por el lado de la demanda en la definición de mercados relevantes en detrimento del que se otorga a la «sustituibilidad» por el lado de la oferta.

En numerosas ocasiones, sin embargo, no existen datos suficientes para realizar este *test* de manera explícita, por lo que la mayor parte de las veces no se realiza una aplicación cuantitativa del mismo. Aun así, constituye una guía útil para orientar la definición de mercados rele-

² Richard Wish, *Competition Law*, Fourth Edition, London, Butterworths, cop. 2001, p. 28.

vantes, aunque, en última instancia, debemos de ser conscientes de que la definición de mercados es un ejercicio de apreciación, casuístico y a menudo no concluyente.

Resulta imprescindible tener en cuenta el carácter mayormente cualitativo y un tanto especulativo de la definición del mercado relevante cuando se pretenda extraer conclusiones de las cuotas atribuidas a las empresas en el mismo, para poner las mismas en contexto. Sin embargo, la tentación de recurrir a un instrumento de fácil manejo como son las cuotas de mercado lleva a menudo a que se les atribuya una importancia y una significación excesivas.

B. USO REGULATORIO DE LA DEFINICIÓN DE MERCADO

Aunque la definición de mercado y las cuotas que corresponden a los partícipes en el mismo se consideren una *proxi* del poder de mercado de las empresas, las propias autoridades de competencia reconocen que no se pueden extraer conclusiones definitivas de su uso por cuanto existen otros elementos que también deben ser analizados para contrastar la existencia de poder de mercado y su ejercicio en detrimento del bienestar de los consumidores. En particular, debe tenerse en cuenta que mientras que la definición de mercados es un ejercicio esencialmente estático, la evaluación del poder de mercado de una empresa y su capacidad para ejercerlo en contra de los consumidores requiere un análisis dinámico.

Sin embargo, pese a este reconocimiento de las autoridades, existen elementos que inducen a pensar que se sucumbe a la tentación de extraer conclusiones sobre el poder de mercado de una empresa a partir de la definición de mercado en el que opera y de la cuota que se detenta en el mismo. Esta deducción se fundamenta no sólo en el contenido de algunas resoluciones de las autoridades de competencia, sino también en el hecho de que la definición de mercado relevante y las cuotas que de ella se derivan se están utilizando explícitamente con fines regulatorios. Ello supone que se utilizan umbrales basados en la cuota de mercado para determinar qué empresas se ven sometidas a ciertas obligaciones o quedan exentas de ellas. El supuesto que subyace a este enfoque es que la cuota de mercado indica si la empresa tiene o no poder de mercado y debe por ello ser objeto de un tratamiento u otro.

Sin ir más lejos, y en lo que se refiere a la normativa comunitaria:

a) El nuevo Reglamento sobre restricciones verticales³ concede automáticamente la exención a los acuerdos verticales entre empresas cuando ni el comprador ni el vendedor tengan una cuota de mercado de más del 30 por ciento, y siempre que el acuerdo no incluya restricciones de

³ Reglamento (CE) núm. 2790/1999 de la Comisión, de 22 de diciembre de 1999, relativo a la aplicación del ap. 3 del art. 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas (DOCE, núm. L 336, de 29 de diciembre de 1999, p. 21).

las consideradas especialmente graves. En otros términos, si la cuota de una de las partes excede del 30 por ciento el acuerdo no se beneficiará de exención automática, sino que será objeto de análisis detallado. La razón para ello, enunciada en el propio preámbulo del Reglamento, es que «*por encima del límite de la cuota de mercado del 30 por ciento, no cabe admitir la presunción de que los acuerdos verticales que entren en el ámbito de aplicación del ap. 1 del art. 81 generarán con carácter general ventajas objetivas de tal naturaleza y dimensión que compensen las desventajas que causan a la competencia*»⁴.

b) Se ha adoptado el mismo enfoque en las Directrices sobre Acuerdos Horizontales⁵ y en los dos Reglamentos de exención por categorías relativos a acuerdos de I+D⁶ y de especialización⁷. En este caso, los umbrales para beneficiarse de la exención automática son 25 por ciento en el caso de los acuerdos de I+D y 20 por ciento en los de especialización. Las motivaciones que llevan a discernir al regulador cuándo debe ser el 20 por ciento o el 25 por ciento la cuota a considerar resultan, cuando menos, incomprensibles⁸.

c) El uso del concepto de mercado relevante con fines regulatorios va incluso más allá de la política de competencia. El 14 de febrero de 2002, el Consejo de Ministros de la UE aprobó el nuevo marco regulatorio para el sector de las telecomunicaciones que entrará en vigor en verano del 2003 y cuya principal novedad radica en que se regulará el comportamiento de aquellos operadores que se consideren dominantes en un mercado relevante definido de acuerdo a los criterios de la política de competencia⁹.

La jurisdicción española no es ajena a este uso regulatorio del concepto de mercado relevante. Sin ir más lejos, en España el control de concentraciones contempla un umbral de cuota de mercado del 25 por ciento para determinar cuándo una operación de concentración debe notificarse obligatoriamente¹⁰.

La conclusión de todo esto es que, aunque supuestamente la definición de mercados no constituye un fin en sí misma, sino un instrumento uti-

⁴ Ver Considerando 9 del Reglamento (CE) núm. 2790/1999, *op. cit.*

⁵ Commission Notice-Guidelines on the applicability of art. 81 to horizontal co-operation agreements (Published in the *Official Journal* C 3, of 6 January 2001, p. 2).

⁶ Commission Regulation (EC) No. 2659/2000, of 29 November 2000, on the application of art. 81(3) of the Treaty to categories of research and development agreements. *Official Journal* L 304, 5 December 2000, p. 7.

⁷ Commission Regulation (EC) No. 2658/2000, of 29 November 2000, on the application of art. 81(3) of the Treaty to categories of specialisation agreements (*Official Journal* L 304, 5 December 2000, p. 3).

⁸ M. A. PEÑA y J. M. RODRIGUEZ, *El nuevo marco regulatorio de las telecomunicaciones: ¿convergencia con la política de competencia?*, NERA, Papeles de Competencia, núm. 6, 2002.

⁹ COMISIÓN EUROPEA, «Telecomspackage will bring better deal for consumers», IP/02/259, de 14 de febrero de 2002.

¹⁰ Art. 14.1.a) de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, *BOE*, núm. 170, de 18 de julio.

lizado por las autoridades de competencia en el análisis de un caso, el hecho cierto es que se está poniendo un notable énfasis sobre dicho concepto, hasta el punto de que está siendo extrapolado al ámbito regulatorio. En estas circunstancias, la determinación del mercado relevante se torna una cuestión trascendente puesto que de ella puede depender que una determinada conducta sea objeto de una investigación con mayor detalle o, incluso, que determinadas empresas se vean sujetas a unas reglas de juego más exigentes.

El Comisario Mario MONTI ha señalado a este respecto:

*«La adopción progresiva de un enfoque económico más sofisticado en la aplicación de la normativa de defensa de la competencia de la Unión Europea ha supuesto, sin embargo, que la definición de mercado ha adquirido un papel cada vez más importante en el ámbito del art. 81»*¹¹.

De estas palabras se deduce que la mayor preponderancia del análisis económico en la valoración de los casos de *antitrust* se ha traducido en un mayor énfasis sobre el concepto de mercado relevante. Si ello es así, parece lógico que se propugne en justa correspondencia un análisis más sofisticado que el que se viene desarrollando para la definición de mercados relevantes. Dadas las implicaciones que tiene para las empresas, se debe aspirar a que esta definición se ajuste lo más posible a la realidad que las empresas afrontan.

A este respecto es necesario avanzar en al menos dos direcciones. De un lado, en el análisis cuantitativo de los mercados, esto es, en la utilización de técnicas econométricas para el cálculo de las elasticidades cruzadas de precios que nos permitan identificar de forma más contrastada los bienes que efectivamente actúan como sustitutivos en el mercado. Este tipo de análisis ha visto frenado su empleo en el pasado por la dificultad de disponer de datos de calidad y de capacidad para explotarlos. Sin embargo, la sofisticación de las técnicas econométricas, la utilización de medios informáticos para modelizar y la disposición de datos en soporte electrónico permiten en la actualidad recurrir al análisis cuantitativo para contribuir a la definición de mercados relevantes en un mayor número de casos y con mayor fiabilidad¹².

Por otro lado, es preciso tener en cuenta la «sustituibilidad» por el lado de la oferta de forma más sistemática y estructurada. A continuación profundizamos en este concepto y en su utilización para la definición de mercados relevantes.

¹¹ Mario MONTI, *Market Definition as a cornerstone of EU Competition Policy, Workshop on Market Definition*, 15 October 2001. Texto original: *«The progressive adoption of a more sophisticated economic approach in the application of the competition law of the European Union has meant, however, that market definition has come to play an increasingly important role under art. 81»*. http://europa.eu.int/comm/competition/speeches/index_speeches_by_the_commissioner.html.

¹² Sumanth ADDANKI, «Market Definition Using Econometrics: An Apparent Paradox Explained», NERA, *Antitrust Insights*, Nov.-Dec. 2001.

2. LA «SUSTITUIBILIDAD» DE LA OFERTA EN LOS ANÁLISIS DE COMPETENCIA

A. EL CONCEPTO DE «SUSTITUIBILIDAD» DE LA OFERTA

La «sustituibilidad» por el lado de la demanda refleja la capacidad y disposición de los consumidores a sustituir un producto por otro en respuesta a un cambio en el precio relativo. Si una empresa eleva unilateralmente el precio de sus productos y existen otros bienes sustitutivos, la respuesta de los consumidores al encarecimiento del producto será la de dirigir su demanda hacia los bienes alternativos, de manera que probablemente la estrategia de la empresa no será rentable a largo plazo y tendrá que fijar de nuevo unos precios competitivos. La existencia de bienes sustitutivos actúa como restricción efectiva al comportamiento de la empresa en el mercado, lo que lleva a la conclusión que tales bienes forman parte del mismo mercado relevante que el bien comercializado por la empresa considerada.

Pero incluso cuando no hay productos alternativos a los que los consumidores puedan redirigir su consumo, una empresa puede ver restringido su comportamiento por otro tipo de fuerzas competitivas que actúen también con cierta inmediatez. La respuesta a la elevación de precios de la empresa puede provenir del lado de la oferta, esto es, de otros productores cuya reacción constituya también una restricción al comportamiento competitivo de la empresa considerada¹³.

¿Cómo opera esta restricción procedente del lado de la oferta?

Puede ocurrir que existan productores en otros mercados que dispongan de activos que puedan ser fácilmente reasignados a la producción del bien que estamos considerando. Ante una elevación del precio de dicho bien, estos productores pueden verse incentivados a reasignar sus factores de producción hacia el mercado considerado, con el consiguiente incremento de la oferta y presión a la baja de los precios. En definitiva, nuestro hipotético monopolista vería restringido su comportamiento por la presión procedente de la «sustituibilidad» de la oferta.

Podemos determinar con mayor precisión los elementos necesarios para que dos bienes *X* e *Y* sean sustitutivos desde el punto de vista de la oferta:

a) Los productores del bien *Y* poseen los activos cruciales para la producción de *X* o se pueden hacer con ellos en un período de tiempo razonable. No se trata sólo de los activos de producción (tecnología, maquinaria, instalaciones, mano de obra cualificada...), la «sustituibili-

¹³ Por claridad expositiva estamos refiriéndonos continuamente a una empresa y un producto. Pero debe tenerse en cuenta que, de acuerdo con la metodología propuesta por el *test* del monopolista hipotético, esto resulta equivalente a considerar todo un conjunto de productos sustitutivos cuya oferta hipotéticamente estuviera controlada por un monopolista imaginario.

dad» por el lado de la oferta requiere también de la capacidad de colocar los productos en el mercado, lo cual hace necesario disponer de los activos que posibilitan la comercialización del producto (logística, *marketing*, canales de distribución, etc.).

b) La reasignación de los activos de la producción de un bien a otro —o, en su caso, la adquisición— no debe conllevar inversiones adicionales sustantivas y, especialmente, no debe suponer un coste irre recuperable.

c) La reasignación debe ser factible, tanto en términos económicos como jurídicos:

— Debe existir un incentivo económico suficiente para inducir a los productores a reasignar sus activos a la producción y comercialización del nuevo bien.

— No debe existir impedimento legal para ello, como, por ejemplo, la necesidad de licencia para producir el nuevo bien o la existencia de vínculos contractuales que comprometan la capacidad productiva disponible.

Este tipo de efecto es más común de lo que en abstracto pueda parecer. Por ejemplo, piénsese que los servicios de *catering* para hospitales estuvieran en manos de una sola empresa que monopolizara su oferta y supongamos que decide elevar sus precios de una vez, con carácter generalizado y permanente, en un 10 por ciento. Las empresas que se dedican a prestar otros servicios de *catering* para clientes de otro naturaleza, por ejemplo, escuelas, podrían verse incentivadas a entrar en el mercado de servicios de *catering* a hospitales en respuesta al aumento de precios observado. Probablemente la prestación de tales servicios requiera una cierta adaptación de sus activos y forma de operar, pero no hay duda de que sus condiciones de partida podrían permitirles la entrada en ese supuesto mercado.

La presión que ejerce la «sustituibilidad» de la oferta puede ser tanto o más efectiva que la que pueda provenir en ocasiones de la «sustituibilidad» por el lado de la demanda. Sin embargo, es cierto que la inmediatez con la que opere variará según los casos, dependiendo de una serie de factores como pueden ser:

a) La disponibilidad de activos ociosos por parte de los productores situados en otros mercados.

b) La rentabilidad relativa de las diferentes alternativas que se presentan para los activos considerados. Incluso aunque los activos estén siendo utilizados en la producción de otros bienes, el productor puede estar dispuesto a reasignarlos si el rendimiento adicional que obtiene resulta atractivo.

c) El coste de la reasignación de los activos. Cuanto mayor sea el coste de la adaptación de los activos (físicos y humanos) en términos de tiempo y dinero menor será la inmediatez y el efecto de la sustitución.

d) La existencia de barreras de entrada y salida del mercado al que se acude y su permeabilidad puede desincentivar la asignación de activos a la producción de los bienes que lo constituyen.

La inmediatez e intensidad con que la «sustituibilidad» de la oferta se produzca determinará cuán importante es la restricción competitiva que ejercerá sobre los productores del mercado considerado y, por tanto, condicionará el papel que debe jugar en la definición del mercado relevante.

B. «SUSTITUIBILIDAD» DE LA OFERTA Y DEFINICIÓN DE MERCADO

La «sustituibilidad» de oferta constituye una restricción competitiva que debe ser tomada en cuenta en cualquier análisis de competencia. La cuestión es cuándo y en qué forma debe considerarse. Son tres las respuestas posibles:

- a) En la propia definición del mercado relevante.
- b) Al identificar a los competidores una vez que se ha establecido cuál es el mercado y antes de atribuir cuotas de mercado.
- c) En el análisis de la competencia potencial.

a) *En la definición de mercado relevante*

Recordemos que al definir un mercado pretendemos delimitar aquellas fuerzas que restringen de manera efectiva el comportamiento de una empresa. Si los productores del bien Y responden a un incremento del precio de X reasignando sus recursos productivos hacia la producción de éste, debe considerarse que ejercen una restricción competitiva efectiva sobre el comportamiento de los productores de X y, en consecuencia, forman parte del mismo mercado. Por ello, en aquellos casos en los que exista un alto grado de «sustituibilidad» entre la oferta de dos bienes se deben incluir ambos en un mismo mercado relevante, aun cuando los consumidores no los perciban como sustitutivos.

La producción de zapatos constituye un ejemplo característico de este tipo de razonamiento. Si tuviéramos en cuenta sólo la «sustituibilidad» por el lado de la demanda, nunca podríamos concluir que la producción de zapatos de la talla 42 forma parte del mismo mercado que la producción de zapatos de la talla 38. Un consumidor de la talla 38 nunca comprará y utilizará zapatos de la talla 42, por lo tanto ambos productos no pueden ser considerados sustitutivos desde el punto de vista de la demanda. Sin embargo, resulta absurdo desde el punto de vista de un análisis de competencia definir tantos mercados como tallas de zapato de señora o de caballero. Un productor capaz de producir zapatos de talla 38 puede con toda probabilidad producir zapatos del 42 y, desde

luego, reasignará sus activos a la producción de zapatos de esa talla si se produce un encarecimiento relativo de éstos. Considerando que todas las tallas forman parte de un mismo mercado obtenemos una visión más realista de las condiciones de competencia en el mismo.

A menudo se presenta el papel de la «sustituibilidad» de la oferta en la definición de mercados relevantes como una forma de *corregir* la definición que se obtendría en determinados casos teniendo en cuenta solamente la «sustituibilidad» por el lado de la demanda. Parece considerarse como un mecanismo subsidiario de definición de mercados cuando el mecanismo supuestamente principal, el de «sustituibilidad» de la demanda, no arroja resultados realistas.

Este planteamiento no encuentra justificación ni en la definición de mercado relevante ni en el test del monopolista hipotético. El monopolista hipotético que pretendiera ejercer su poder de mercado sobre los bienes *X* vería restringido por igual su comportamiento tanto si desde el punto de vista de la demanda los bienes *Y* fueran sustitutivos de *X* como si los productores de *Y* respondieran reasignando sus activos a la producción de *X*. No puede considerarse que exista ningún tipo de prelación de una «sustituibilidad» sobre la otra a la hora de definir mercados.

Lo que sucede es que mientras que en el caso de la «sustituibilidad» de demanda los productos *Y* ya estarían disponibles en el mercado, la «sustituibilidad» de oferta requeriría la reasignación de los factores de producción de *Y* a la de *X*, lo que suele conllevar tiempo y da lugar a costes derivados de la necesidad de adaptar los equipos, adquirir un *know-how*, etc.¹⁴ Tiende a pensarse por ello que la «sustituibilidad» por el lado de la oferta es más difícil que se produzca y que por ello opera menos frecuentemente como una restricción competitiva efectiva. De ahí que a menudo se la sitúe en un segundo plano¹⁵.

Sin embargo, no tiene sentido plantear el asunto en términos de qué tipo de «sustituibilidad» se debe priorizar. Como se ha indicado, si existe «sustituibilidad», independientemente de dónde provenga, oferta o demanda, actuará como una restricción competitiva, lo cual debe tenerse en cuenta a la hora de definir mercados.

¹⁴ El test del monopolista hipotético se plantea en términos de largo plazo, puesto que la pregunta que se hace es si el monopolista puede mantener de manera rentable y sostenida un incremento de precios. No requiere por tanto que la respuesta ante el incremento de precios sea prácticamente simultánea al mismo, sino que permite un cierto margen temporal para que se produzca la respuesta.

¹⁵ A este respecto a menudo se olvida que la sustitución por el lado de la demanda también puede conllevar costes. El consumidor puede tener que afrontar costes de adaptación como consecuencia del cambio de un producto o servicio a otro (*switching costs*). Para un análisis más detallado, véase Paul KLEMPERER, «Competition When Consumers Have Switching Costs: An Overview with Applications to Industrial Organization, Macroeconomics, and International Trade», *Review of Economic Studies*, 62(4), October 1995, pp. 515-39, y Atilano Jorge PADILLA, «Consumer Switching Costs: A Survey», *Investigaciones Económicas*, 15(3), September 1991, pp. 485-504. Cuanto mayores sean estos costes menor será el grado de sustituibilidad entre los productos, tal y como sucede por el lado de la oferta.

Lo verdaderamente relevante será tener puntos de referencia que nos indiquen cuándo el grado de «sustituibilidad» debe ser considerado suficiente como para integrar en un mismo mercado dos tipos de productos ¹⁶.

Las US DoJ/FTC *Horizontal Merger Guidelines* tratan de responder a esta cuestión en lo que a «sustituibilidad» de oferta se refiere, manifestando lo siguiente:

«Sin embargo, si la “sustituibilidad” de oferta entre un grupo de productos es cuasi universal en lo que se refiere a las empresas que venden uno o más de esos productos, la Agencia puede definir el mercado de manera agregada si lo considera conveniente» ¹⁷.

Conforme a esto, la existencia de una «sustituibilidad» de oferta *cuasi* universal resulta condición suficiente para la agregación de mercados. Que la «sustituibilidad» de oferta entre *X* e *Y* pueda calificarse de *cuasi* universal requiere que la mayor parte, si no todos, de los productores del bien *Y* estén en condiciones de sustituir la producción del bien *Y* por la del *X*. Sólo entonces consideraremos que la oferta de *Y* ejerce una presión competitiva efectiva sobre la de *X*, de manera que nuestro monopolista hipotético no podría sostener de manera rentable una elevación de los precios de *X* a largo plazo. Consecuentemente, el mercado a considerar debe ser más amplio que *X*; debe incluir la oferta de *Y* ¹⁸.

Ésta es la situación en el caso de los productos que sólo difieren entre sí por ciertos atributos físicos, como su tamaño, color o características de determinados complementos. El caso que antes citábamos de los zapatos de diferente número es un buen ejemplo de ello. Existen otros muchos, como la producción de una gama de coches (de diferente color y prestaciones), de cereales para el desayuno (normales, con chocolate, con fibra...) o de televisiones de diferentes pulgadas.

Pero existen ejemplos de otra naturaleza. Entre otros, aquellos servicios para cuya prestación el capital humano juega un papel fundamental, como pueden ser los de consultoría. Aunque exista cierta especialización en un ámbito de actividad muy concreto, por ejemplo, asesoramiento en aspectos medioambientales de la regulación eléctrica, no procede delimitar un mercado tan estrecho. Los instrumentos de análisis desarrollados por esos especialistas podrían ser aplicados en otros ámbitos.

La edición de publicaciones es otro terreno típico de agregación de mercados por razones de «sustituibilidad» de oferta. Atendiendo estrictamente

¹⁶ De nuevo, ello debe ser así para ambos tipos de sustituibilidad. Sin embargo, la reticencia a agregar mercados en atención a la sustituibilidad de la oferta ha llevado paradójicamente a formulaciones más precisas en su caso que en el de la sustituibilidad de la demanda.

¹⁷ Department of Justice and Federal Trade Commission, *Horizontal Merger Guidelines*, 1992. Nota a pie de página 14. Texto original: «If production substitution among a group of products is nearly universal among the firms selling one or more of those products, however, the Agency may use an aggregate description of those markets as a matter of convenience».

¹⁸ Para un análisis más detallado de la elasticidad de oferta *cuasi* universal, véase Atilano Jorge PADILLA, «The role of supply side substitution in the definition of the relevant market in merger control», a Report for DG Enterprise A/4, European Commission, junio 2001.

tamente a consideraciones de demanda, no podrían considerarse sustitutivas la edición de publicaciones sobre Derecho civil y las de Derecho fiscal, por lo que procedería identificar dos mercados diferenciados. Sin embargo, la delimitación de mercado de publicaciones tan estrechos estaría obviando las consideraciones de oferta y no reflejaría adecuadamente las condiciones de competencia en la industria de la edición.

b) *Cálculo de las cuotas de mercado*

Puede ocurrir que el número de empresas capaz de reasignar sus activos a la producción del bien considerado sea significativo, aunque no suficiente como para definir la «sustituibilidad» de la oferta como *cuasi* universal. Incluso en estas circunstancias existirá una presión competitiva que ha de ser tenida en cuenta a la hora de valorar la situación competitiva en el mercado del bien considerado.

La cuestión es cómo ha de tenerse en cuenta. Una posibilidad es que a la hora de determinar el tamaño del mercado de X , identificar competidores y atribuir cuotas de mercado en el mismo se incluyan las ventas o la capacidad productiva de aquellos oferentes de Y que reasignarían sus recursos hacia la producción de X en respuesta a una subida de los precios de este bien.

Este enfoque resulta especialmente justificado en tanto en cuanto la atribución de una cuota de mercado se realice con fines regulatorios y/o tenga consecuencias directas para la empresa: obligación de notificar, exención en el ámbito de un reglamento por categorías, imposibilidad de obtener una licencia, etc.¹⁹ Si con este fin la cuota de mercado se pretende utilizar como *proxy* del poder de mercado, se estarán reflejando de forma más adecuada las presiones competitivas que la empresa enfrenta.

Es obvio, no obstante, que el mecanismo sugerido plantea serias dificultades. No es sencillo identificar quiénes son los entrantes en el mercado a considerar como competidores efectivos. Incluso una vez identificados, no resulta trivial determinar cuál es la capacidad productiva o las ventas de esos posibles entrantes que deben ser incorporadas en el cálculo de las cuotas de mercado.

Este tipo de planteamiento introduciría en el análisis un elevado grado de incertidumbre y de discrecionalidad, razón por la cual no suele utilizarse por las autoridades de competencia ni por los reguladores.

¹⁹ Esto último sucede, por ejemplo, en el ámbito de la distribución comercial en España, donde algunas Comunidades Autónomas —como Cataluña y el País Vasco— establecen en su normativa que aquellas empresas cuya cuota de mercado supere un cierto umbral —de manera simplificada, 20 por ciento en el caso del País Vasco, 25 por ciento en el caso catalán— tienen posición de dominio y no pueden obtener una licencia comercial específica para la apertura de un nuevo establecimiento.

c) *Competencia potencial*

El hecho de que no pueda hablarse de «sustituibilidad» por el lado de la oferta tal y como se ha definido no quiere decir que la entrada en el mercado no sea posible. Pueden existir empresas dispuestas a entrar en el mercado bajo ciertas condiciones, lo que también supone una presión competitiva sobre los operadores del mercado, si bien dicha presión no puede ser considerada lo suficientemente fuerte e inmediata como para ser tenida en cuenta a la hora de definir mercados.

¿Cuáles son los principales elementos que diferencian la «sustituibilidad» de la oferta de la competencia potencial? Básicamente:

— *Inmediatez*. En el caso de la «sustituibilidad» de oferta hemos exigido que la entrada en el mercado en respuesta a un incremento de precios se produzca con rapidez. La entrada potencial no tiene por qué ser inmediata. Habitualmente se considera que la entrada es rápida si se produce en el horizonte de un año.

— *Costes hundidos*. La «sustituibilidad» de oferta requiere que la entrada se produzca sin incurrir en costes significativos y siempre que los mismos sean recuperables (*uncommitted entry*). Si los costes de entrada son sustanciales o son irrecuperables estaremos en un caso de entrada potencial. La necesidad de incurrir en costes irrecuperables lleva a los entrantes a adoptar su decisión de entrada no sobre la base de los precios existentes, sino de los que prevalecerán una vez la entrada se produzca, lo cual requiere tener en cuenta la capacidad de reacción de los instalados, su capacidad de disciplinar al entrante y, en definitiva, si las características del mercado permitirán el mantenimiento de precios elevados.

— *Impacto de la entrada*. La entrada potencial deja sentir su efecto sobre los precios primordialmente una vez que se produce. La «sustituibilidad» de oferta en cambio afecta a los precios del mercado considerado no sólo una vez que se produce la entrada, sino también antes. La amenaza de entrada, dada su certidumbre, impone una restricción competitiva tan efectiva como la propia entrada que se refleja en el nivel de precios del mercado. Cuando nos enfrentemos al análisis de un caso resulta necesario distinguir la existencia de competencia potencial de la «sustituibilidad» de la oferta entre bienes y el alcance de ésta. Sólo esta última cuando es *cuasi* universal nos permitirá agregar mercados a la hora de delimitar el mercado relevante o, llegado el caso, tener en cuenta a los entrantes a la hora de identificar a los participantes en el mercado y calcular sus cuotas.

La competencia potencial constituye una presión competitiva que, ineludiblemente, debe tenerse en cuenta. Pero, probablemente, lo más acertado sea hacerlo en la valoración del caso, siempre y cuando tal decisión no condicione injustificadamente el resultado del mismo.

3. LA SUSTITUIBILIDAD DE OFERTA EN LA NORMATIVA COMUNITARIA

La definición del mercado relevante constituye en la jurisdicción comunitaria un requisito indispensable en el análisis de cualquier caso. En palabras del Comisario MONTI:

*«La necesidad de definir mercados y la metodología para hacerlo han sido parte de la política de competencia de la UE desde su nacimiento. La definición del mercado relevante ha constituido siempre un prerrequisito tanto para la valoración de la dominancia bajo el art. 82 del Tratado como para la evaluación conforme al art. 81.3 de si un acuerdo notificado permite a las partes la eliminación de la competencia. La mayor parte de nuestra práctica y experiencia en los años recientes procede, sin embargo, de la aplicación de la normativa de control de concentraciones»*²⁰.

Esta práctica acumulada ha posibilitado la publicación por la Comisión Europea de su Comunicación sobre la definición del mercado relevante²¹, que sienta los principios que orientan la definición de mercado de producto y geográfico en el ámbito comunitario.

A continuación analizaremos el papel otorgado por esta Comunicación en la «sustituibilidad» de oferta y la competencia potencial en la definición de mercados. Analizaremos, asimismo, cuál es la práctica comunitaria a este respecto, refiriéndonos principalmente a los casos de control de concentraciones que, tal y como el Comisario MONTI indica, constituyen el ámbito en el que el análisis de mercado relevante ha alcanzado un mayor desarrollo y profusión.

A. LA COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN

Para la Comisión, la definición de mercados relevantes consiste en delimitar las fuentes alternativas de suministro para los clientes de las empresas consideradas, tanto en términos de productos/servicios como de localización geográfica de los oferentes²². El objetivo último de este ejercicio es identificar a los competidores efectivos de las empresas impli-

²⁰ Mario MONTI, *Market Definition as a cornerstone of EU Competition Policy*, Workshop on Market Definition, 15 October 2001. Texto original: «*The necessity of defining markets, and the methodology for doing so, have been parts of the competition policy of the EU from its inception. Indeed, the definition of a relevant market has always been a pre-condition both to assess dominance under art. 82 of the Treaty and for the evaluation under art. 81(3) of whether a notified agreement afforded the parties the possibility of eliminating competition. Most of our current practice and expertise in recent years comes, however, from the application of the Merger Control Regulation*». http://europa.eu.int/comm/competition/speeches/index_speeches_by_the_commissioner.html.

²¹ EUROPEAN COMMISSION, «Commission Notice on the definition of the relevant market for the purposes of Community competition law», *Official Journal*, C 372, December 1997.

²² Comunicación de la Comisión, § 13.

cadadas, es decir, aquellos capaces de restringir el comportamiento de éstas y de prevenir que actúen de manera independiente ²³.

La Comisión considera que las fuerzas competitivas que restringen el comportamiento de los operadores económicos y delimitan el mercado relevante proceden de tres fuentes: la «sustituibilidad» de la demanda, la «sustituibilidad» de la oferta y la competencia potencial. El peso que se atribuye a cada una de ellas es, sin embargo, muy distinto. En la Comunicación explícitamente manifiesta que la «sustituibilidad» de demanda constituye la fuente de presión competitiva más efectiva e inmediata para restringir el comportamiento de los productores de un determinado bien, especialmente en lo que a sus decisiones de precios se refiere ²⁴. No en vano la Comisión describe el mercado relevante de producto como aquel que comprende todos los productos y/o servicios que pueden ser considerados sustitutivos por el consumidor por razón de sus características, sus precios o la finalidad de su uso ²⁵.

La propia forma en la que se considera la «sustituibilidad» de oferta no hace sino corroborar este énfasis en la «sustituibilidad» de demanda. Según la Comunicación:

«La “sustituibilidad” de la oferta también puede tenerse en cuenta al definir mercados 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 riesgos en costes o riesgos adicionales significativos, en respuesta a pequeñas variaciones permanentes de los precios relativos ²⁶».

De esta declaración contenida en la Comunicación se deduce que:

1) *La «sustituibilidad» de oferta se tiene en cuenta a la hora de definir mercados.* El propio Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha establecido la importancia de las consideraciones de oferta en la definición de mercados. En el conocido caso *Continental Can* ²⁷ el Tribunal rechazó la definición de mercados realizada por la Comisión por no tener en cuenta la existencia de sustitutos por el lado de la oferta. El Tribunal ha confirmado su postura en casos posteriores.

2) *Aunque sólo bajo determinadas condiciones.* La Comisión considera que para que la «sustituibilidad» de oferta nos lleve a definir un mercado relevante más amplio es necesario que existan productores capaces de dirigir sus recursos productivos a la producción de los bienes considerados con *inmediatez* e incurriendo en un *coste poco significativo*.

Aunque la Comisión no lo enuncia explícitamente como una condición, la agregación de otros productos al mercado del bien considerado

²³ Comunicación de la Comisión, § 2.

²⁴ Comunicación de la Comisión, § 19.

²⁵ Comunicación de la Comisión, § 7.

²⁶ Comunicación de la Comisión, § 20.

²⁷ Case 85/76 (1972) ECR 215; (1973) CMLR 1999; (1972) OJ L 7/25.

relevante todavía requeriría un requisito más: que las condiciones de inmediatez y bajo coste en la reasignación de la producción se cumplan por *la mayor parte de los productores* de esos bienes a incluir en el mercado relevante. Según la Comunicación:

«Estas situaciones se producen generalmente cuando las empresas comercializan una amplia gama de calidades o tipos de un mismo producto; aun cuando para un consumidor o grupo de consumidores finales determinados las distintas calidades no sean sustituibles, esas distintas calidades se agruparán en un mercado de producto siempre que la mayoría de los proveedores puedan ofrecer y vender las diversas calidades inmediatamente y sin incrementos significativos de los costes. En tales casos, el mercado de producto de referencia comprenderá todos los productos sustituibles en la demanda y en la oferta, y para calcular el valor total o el volumen del mercado se añadirán las ventas de esos productos. El mismo razonamiento puede llevar a agrupar diferentes mercados geográficos»²⁸.

Si bien de manera poco sistematizada e implícita, la Comisión parece exigir como requisito para la agregación de mercados por consideraciones de oferta lo que hemos definido anteriormente como «sustituibilidad» de oferta *cuasi* universal. No se debe perder de vista, sin embargo, que la Comisión no explicita en ningún momento este criterio ni especifica qué condiciones debe cumplir la «sustituibilidad» para ser tenida en cuenta en la definición de mercados. Esta indefinición no carece de efectos. Se refleja en la resolución de los casos, en donde a menudo se detecta una falta de principios claros que guíen el análisis.

B. COMPETENCIA POTENCIAL

Cuando la asignación de factores productivos a la producción del bien considerado relevante conlleve costes de adaptación de los activos productivos, inversiones significativas y un período de tiempo relevante para comenzar su comercialización, no se podrá hablar de «sustituibilidad» de oferta a efectos de la definición de mercados. Pero sí se puede considerar la existencia de una competencia potencial que, recordemos, constituye según la propia Comisión otra de las fuentes de presión competitiva a tener en cuenta. Sin embargo, el momento adecuado para hacerlo no es, según la práctica comunitaria, la definición del mercado, sino la valoración de los efectos sobre la competencia del caso.

La propia Comunicación lo advierte:

«La “sustituibilidad” de oferta no se tendrá en cuenta para definir el mercado cuando implique la necesidad de ajustar de forma significativa los activos materiales e inmateriales existentes, las inversiones adicionales, las decisiones estratégicas o los plazos (...). En estos casos, los efectos de la

²⁸ Comunicación de la Comisión, § 21.

“sustituibilidad” de la oferta y otras posibles formas de competencia potencial se examinarían en una fase posterior»²⁹.

Lo que a todas luces se descarta es la posibilidad de que se puedan identificar los potenciales entrantes a efectos del cálculo de cuotas en el caso de que exista «sustituibilidad» de oferta pero no sea de carácter *cuasi* universal. El texto de la Comunicación es claro:

«La tercera fuente de presiones, la competencia potencial, no se tiene en consideración para la definición de los mercados (...). En caso necesario, este análisis 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 competencia»³⁰.

En definitiva, si se considera que la «sustituibilidad» de oferta constituye una restricción competitiva suficiente, similar a la de demanda, se tendrá en cuenta en la definición de mercados. Si no es así, su consideración se pospondrá a la valoración, como «atenuante» frente a los problemas de competencia que la actuación de las partes plantee y no como característica intrínseca del mercado que condiciona la posición de las partes.

Este planteamiento presenta algunos inconvenientes porque:

1) Ningún mecanismo legal asegura que sistemáticamente se analice el grado de «sustituibilidad» de la oferta en la etapa preliminar de análisis del caso, de manera que se esclarezca si procede tenerla en cuenta en la definición de mercados o en otra etapa posterior.

De la lectura de las decisiones se desprende que en algunos casos la «sustituibilidad» de oferta es objeto de análisis en la definición de mercados, independientemente de que se concluya a favor o en contra de la agregación de mercados. En muchos otros casos no se menciona. Se desconocen los criterios que determinan cuándo proceder a su análisis y cuándo no.

2) No se han enunciado unos parámetros o criterios claros sobre cuándo la «sustituibilidad», ya sea de demanda o de oferta, debe considerarse «suficiente» para tenerla en cuenta en la definición del mercado.

3) Cuando sus efectos nos se consideran similares a los de la «sustituibilidad» de demanda, la consideración de la «sustituibilidad» de oferta se retrasa hasta la etapa de la valoración, con posterioridad a la determinación de la posición en el mercado de las partes según establece el párrafo 24 de la Comunicación (*«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 competencia...»*). Ello supone que tras la definición del mercado se atribuye a las partes

²⁹ Comunicación de la Comisión, § 23.

³⁰ Comunicación de la Comisión, § 24.

una posición en el mismo, presumiblemente basándose en su cuota. Supone también que la competencia potencial se ve como un elemento que contrarresta el poder de mercado de las partes y no como un elemento necesario en la determinación de si éste existe o no.

Este enfoque olvida que la *competencia potencial es un elemento definitorio del poder de mercado de una empresa*. Tomarla como un elemento compensatorio de dicho poder no supone una diferencia de matiz.

Si se considera tan sólo como un elemento compensatorio, se habrá atribuido a las partes un poder que resultará excesivo, puesto que no se habrán tenido en cuenta las verdaderas condiciones de competencia en el mercado y, en concreto, la competencia potencial. Posiblemente al final se concluya que las partes no podrán ejercer tal poder gracias a la existencia de esa competencia potencial. Pero inicialmente se habrá asignado a las empresas una posición de la que no disfrutaban e, incluso, puede que se haya iniciado una segunda fase en una investigación que no hubiera sido necesaria.

C. LA PRÁCTICA DE LA COMISIÓN

En la práctica de la Comisión Europea la «sustituibilidad» de oferta ocupa un papel secundario. Sus efectos no se tienen en cuenta en la definición de mercados a no ser que se tengan por equivalentes a los de la «sustituibilidad» de demanda, que constituye la principal herramienta para la delimitación de mercados.

Tal y como hemos transcrito, la Comunicación en su párrafo 20 declara que la «sustituibilidad» de la oferta *puede* tenerse en cuenta en la definición de mercados cuando se cumplan ciertos requisitos. Esto deja un cierto margen de discrecionalidad a la hora de tener en cuenta las consideraciones de oferta en el análisis.

Esta falta de compromiso a la hora de aplicar la «sustituibilidad» de oferta en la definición de mercados propicia que la práctica de la Comisión a este respecto haya sido poco uniforme. En el pasado, las cuestiones de oferta fueron a menudo relegadas en el análisis de la Comisión. La Profesora KORAH (1997) así lo ha destacado:

*«Aunque, al igual que el Tribunal de Justicia en Continental Can, muchos economistas consideran que la “sustituibilidad” tanto por el lado de la demanda como de la oferta definen el mercado, determinadas decisiones adoptadas al final de los años 70 y 80 en la Comunidad Europea emplearon un test diferente (...) sólo la “sustituibilidad” de demanda se tuvo en cuenta para definir el mercado»*³¹.

³¹ Valentine KORAH, *EC Competition Law and Practice*, Hart Publishing, 1997, p. 80. Texto original: «Although, like the Court (of Justice) in Continental Can, many economist consider that substitutability on both the demand and supply side of the market define it, some decisions in the European

Más recientemente y, en concreto, con posterioridad a la publicación de la Comunicación se ha venido prestando una mayor atención hacia las cuestiones de oferta en el análisis de los casos de control de concentraciones. Es frecuente que la decisión, en la sección sobre definición del mercado relevante, mencione la «sustituibilidad» de oferta. Son incluso varios los casos en los que recientemente la Comisión ha declarado la existencia de una «sustituibilidad» de oferta que ha contribuido a definir un mercado más amplio³².

Sin embargo, el análisis que se viene realizando a este respecto no puede considerarse del todo satisfactorio:

1) El tratamiento de la «sustituibilidad» de oferta no es todo lo sistemático que debiera. En algunas decisiones se menciona, para decir que procede o no procede su consideración. No es que se decida que no representa una restricción competitiva de importancia, sino que no se menciona en absoluto, sin mayor explicación.

2) Desconocimiento de los criterios aplicados. En la mayor parte de los casos en que aparece una mención a la «sustituibilidad» de oferta, tal mención es tremendamente simple y escueta. La Comisión se limita a decir que a la vista de la investigación realizada la «sustituibilidad» de oferta permite o no permite definir un mercado más amplio.

Dada la carga de trabajo es evidente que no se puede aspirar a que cada una de las decisiones de la Comisión Europea constituya un tratado de aplicación de la normativa de competencia. Sin embargo, no es menos cierto que en la situación actual se desconocen los criterios aplicados para determinar cuándo la «sustituibilidad» permite la definición de un mercado relevante más amplio. Dada la importancia atribuida a la definición de mercados en el contexto de la modernización de la normativa de competencia y a la extrapolación de este concepto más allá del ámbito de la política de competencia, resulta necesaria una mayor clarificación de estos principios.

3) Sesgo en los criterios considerados. Del conocimiento que se tiene de los criterios empleados para decidir cuándo la «sustituibilidad» de oferta es «suficiente» para intervenir en la definición de mercados, parece que el análisis de la Comisión tiene más en cuenta las consideraciones tecnológicas, relegando las consideraciones sobre incentivos económicos a la modificación de la producción.

Community adopted in the late 1970s and 1980s used a different test, ... demand substitution alone was used to define the market».

³² Entre otros, COMP/M.2542, SCHMALBACH-LUBECA/REXAM (28 de septiembre de 2001); COMP/M.2627, OTTO VERSAND/SABRE/TRAVELOCITY JV. (19 de diciembre de 2001); COMP/M.2499, Æ NORSKE SKOG/PARENCO/WALSUM. (21 de noviembre de 2001); COMP/M.2382, USINOR/ARBED/ACERALIA (see ECSC.1351) (19 de julio de 2001); COMP/M.2602, GERLING/NCM. (11 de diciembre de 2001); COMP/M.2567, NORDBANKEN/POSTGIROT (8 de noviembre de 2001); COMP/M.1939, REXAM (PLM)/AMERICAN NATIONAL CAN (19 de julio de 2000); COMP/M.2567, NORDBANKEN/POSTGIROT (8 de noviembre de 2001). http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/cases/#by_event_date.

En concreto, la presencia de los productores en las diferentes modalidades de producto consideradas constituye un factor determinante, lo que confirma el papel secundario que se atribuye a la «sustituibilidad» de oferta en el análisis, utilizada para corregir definiciones de mercado allí cuando la «sustituibilidad» de la demanda arroja resultados demasiado estrechos y poco realistas.

4. «SUSTITUIBILIDAD» DE OFERTA EN LA NORMATIVA AMERICANA

En 1992 el Departamento de Justicia de los Estados Unidos de América y la Federal Trade Commission publicaron conjuntamente las conocidas *Horizontal Merger Guidelines*³³, en las que se define el concepto de mercado relevante en el ámbito del control de concentraciones. El mercado relevante vendrá constituido por aquel grupo de productos y aquel área geográfica más pequeños posibles en los que se satisfaga el test del monopolista hipotético:

«A product or group of products and a geographical area in which it is produced or sold such a hypothetical profit-maximizing firm, not subject to price regulation, that was the only present and future producer and seller of those products in that area likely would impose at least a small but significant and non-transitory increase in price, assuming the terms of sale of all other products are held constant».

También las *Guidelines* americanas atribuyen a la «sustituibilidad» de la demanda un papel preponderante en la definición de mercado, mientras que la «sustituibilidad» de oferta juega un papel relevante en la identificación de los competidores a tener en cuenta en el análisis del mercado. Como señala HOVENKAMP (1999)³⁴:

«La “sustituibilidad” del consumo (elasticidad de demanda) define el producto mientras que la “sustituibilidad” de oferta identifica a las empresas que son capaces de producir el producto».

Una vez determinado el mercado relevante, de acuerdo con las *Guidelines* debe procederse a identificar a los *participantes en el mercado*, lo que incluye no sólo a los operadores actualmente presentes en el mercado definido, sino también a aquellos productores de otros bienes capaces de entrar en el mercado rápidamente, sin incurrir en costes irre recuperables sustanciales, en respuesta a un incremento de los precios en el mercado considerado significativo y no transitorio (*small but significant non-transitory price increase*). Estos competidores potenciales (*uncommitted entrants*) pueden disponer de antemano de la mayor parte de los acti-

³³ 1992 *Horizontal Merger Guidelines*, 57 Fed. Reg. 41522; 4 Trade Reg. Rep. (CCH) 13, 104.

³⁴ Herbert HOVENKAMP, *Federal Antitrust Policy*, Minnesota, West Group, 1999, p. 129. Texto original: «Customer substitution (elasticity of demand) defines the product while producer substitution identifies the firms that are capable of producing the product».

vos necesarios para producir y comercializar los bienes considerados o estar en disposición de adquirirlos con facilidad, de tal manera que sean capaces en el plazo indicativo de menos de un año de estar presentes en el mercado como reacción al incremento de precios descrito.

El cómputo de las cuotas de mercado debería tener en cuenta a todos los participantes en el mercado, actuales o potenciales (*uncommitted entrants*). Para ello debería agregarse no sólo la capacidad productiva actualmente disponible en el mercado, sino también aquella otra que los potenciales entrantes considerados serían capaces de aportar en el tiempo y condiciones descritas siempre y cuando esta aportación sea económica y legalmente factible. Esto supone que si la capacidad de productor está comprometida en la producción de otro bien o si no le resulta económicamente rentable su reasignación, no procederá considerarle como entrante efectivo a efectos de la identificación de los participantes en el mercado y, consecuentemente, el cálculo de cuotas. Si el entrante no cumple las condiciones enunciadas, su efecto sobre la competencia en el mercado considerado se tendrá en cuenta a la hora de valorar la competencia potencial.

Las *Guidelines* americanas tienen en cuenta, al menos teóricamente, de forma más sistematizada la «sustituibilidad» de oferta en el análisis. Se recomienda el examen individualizado de la capacidad de entrada de los potenciales entrantes y si esta capacidad de entrada resulta lo suficientemente efectiva e inmediata se tiene en cuenta en la determinación de los participantes y el grado de concentración del mercado. Caso contrario, se pospone su consideración al análisis de los efectos de la operación.

Este análisis individualizado de la capacidad de entrada hace que la «sustituibilidad» de oferta no se plantee como un instrumento para la agregación de mercados, como sucede en el caso de la «sustituibilidad» de demanda. No obstante, la nota a pie de página 14 de las *Guidelines* plantea una excepción:

*«If production substitution among a group of products is nearly universal among the firms selling one or more of those products (...) (the authorities) may use an aggregate description of those matters as a matter of convenience»*³⁵.

Aunque se trata sólo de una nota a pie en la que no se definen los conceptos empleados, de ella se deduce que en el caso de que la capacidad de comenzar a producir y vender un bien por parte de la mayoría de los oferentes de otro bien responda a lo que hemos denominado *uncommitted entry*, se estará en disposición de considerar que ambos bienes forman parte de un mismo mercado. En estas circunstancias la «sustituibilidad» de oferta se emplearía para determinar los productos que integran el mercado y no sólo para identificar a los participantes en el mismo.

³⁵ 1992 *Horizontal Merger Guidelines*, nota a pie de página 14.

5. CONCLUSIONES

El análisis de las condiciones de oferta resulta de capital importancia para valorar la competencia en un mercado. Este análisis debe referirse no sólo a los operadores que actualmente producen y comercializan el bien o servicio intercambiado en dicho mercado, sino también a aquellos otros que podrían comercializarlo en respuesta a un cambio en las condiciones de oferta y/o demanda. La «sustituibilidad» de oferta no es sino una forma de entrada, cuyas características de inmediatez y bajo coste la convierten en una fuente de presión competitiva especialmente efectiva.

Las autoridades de competencia tienden, a la hora de definir mercados, a centrarse en la «sustituibilidad» de demanda, postergando la consideración de la «sustituibilidad» de oferta a una fase posterior del análisis competitivo y restringiendo su importancia a la de mero elemento compensatorio del poder de mercado de la empresa.

Las implicaciones de esta práctica distan de ser triviales. En gran medida, buena parte de la regulación en vigor —desde la que afecta a la distribución comercial hasta la que aspira a dirigir el proceso competitivo en los sectores de comunicaciones electrónicas—, y de la propia política de competencia, tiene como piedras angulares la definición del mercado relevante y la utilización de las cuotas de mercado como *proxy* del poder de mercado. La falta de consideración apropiada de las cuestiones de oferta puede llevar a estrechar el mercado injustificadamente y exagerar el poder de la empresa en el mismo; lo que, a su vez, puede conducir a que se le impongan obligaciones y cautelas que restrinjan su capacidad de actuación de manera injustificada.

La falta de puntos de referencia a la hora de plantear en la práctica qué requisitos se le exigen a la «sustituibilidad» de oferta entre productos con el fin de agregar mercados compromete la coherencia de los ejercicios de definición del mercado. Este hecho, que no es privativo de la jurisdicción comunitaria, genera inseguridad jurídica y puede comprometer la toma de decisiones empresariales; en particular, de todas aquellas que supongan un cambio en la estructura del mercado como resultado de procesos de concentración empresarial.

Parece, pues, necesario que se proceda a sistematizar los criterios que deben presidir el análisis de la «sustituibilidad» por el lado de la oferta a la hora de definir los mercados, de forma que se pueda dilucidar con mayor claridad y consistencia cuándo procede agregar en un mismo mercado diferentes productos o cuándo, por el contrario, la «sustituibilidad» de oferta debe tenerse en cuenta tan sólo a efectos de la valoración del poder de la empresa en el mercado previamente definido. El estudio de cuáles deben ser esos criterios y la elaboración de *tests* que permitan su puesta en práctica de forma sistemática y predecible merecen por sí mismos de un tratamiento separado y serán, obviamente, el objeto de nuestra investigación futura.

LOS FICHEROS COMUNES DE LAS ENTIDADES FINANCIERAS SOBRE SOLVENCIA PATRIMONIAL Y CRÉDITO DESDE LA PERSPECTIVA DE LA LDC

Juan Manuel FERNÁNDEZ LÓPEZ

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

La sanidad del sistema financiero pasa indudablemente porque las entidades que participen en el mismo establezcan una política de concesión de créditos basada en no sobrepasar los límites que pongan en peligro su liquidez y un análisis de riesgos que habilite la concesión de créditos sólo a aquellos que tienen capacidad de cumplimiento puntual de las obligaciones pactadas. No cumplir con estas elementales reglas puede suponer no sólo graves perjuicios para una entidad en concreto, sino también para todo el sistema que se verá comprometido si como consecuencia de incumplimientos generalizados las entidades financieras devienen a una situación de simple liquidez o la aún mas grave de insolvencia. Para impedir estas situaciones, nunca deseables, en todos los países se va a ocupar de velar por la estabilidad del sistema financiero una autoridad pública, funciones que en nuestro país vienen atribuidas al Banco de España con carácter particular y con independencia de las que ahora también corresponden al Banco Central Europeo. Pero además cada entidad financiera va a tener ficheros de información respecto de aquellos que son o han sido sus clientes y en algunos países se van a constituir ficheros comunes de carácter privado a los que proporcionan cada uno información sobre solvencia patrimonial y crédito de sus clientes, especialmente sobre incumplimiento de obligaciones dinerarias, y a su vez van a recibir cuando lo precisen la información común que contengan estos ficheros.

1. FICHEROS SOBRE SOLVENCIA PATRIMONIAL Y CRÉDITO DE NATURALEZA PÚBLICA Y PRIVADA EXISTENTES EN NUESTRO PAÍS

Para facilitar el ejercicio de las funciones que tiene encomendadas el Banco de España en el control y supervisión del sistema financiero y de las entidades que participan en el mismo se creó la Central de Infor-

mación de Riesgos (CIR), gestionada por el propio Banco de España. Así el art. 16 del Decreto-ley 18/1962, de 7 de junio, de nacionalización y reorganización del Banco de España, que crea y regula la CIR, señala:

«El Banco de España establecerá un Servicio Central de Información de Riesgos en relación con las operaciones de crédito de la Banca, Cajas de Ahorro y demás entidades de crédito.»

«Todos los Bancos privados y las entidades de crédito, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, remitirán periódicamente al Banco de España todos los datos sobre la concesión de créditos que reglamentariamente se determine y en los formularios que se establezcan...»

Estas comunicaciones que bancos y demás entidades de crédito deben realizar al Banco de España harán referencia a circunstancias tales como insolvencia, moratoria u otras análogas, así como la relación de aquellos créditos que por su importancia puedan significar una concentración de riesgo ¹.

De estos datos se servirá el Banco de España para elaborar la estadística general del crédito en España y también el control de la sanidad del sistema financiero, así como para notificar a las entidades de crédito aquellas situaciones que puedan significar un riesgo excepcional o exceder de los límites prudenciales de la política de crédito. A tales conclusiones podrá llegar el Banco de España precisamente por conocer a través de las distintas notificaciones que deben realizar todas aquellas entidades los endeudamientos que hubiesen alcanzado algunas empresas y que pudiendo comprometer su solvencia pongan en peligro consecuentemente la estabilidad del sistema financiero.

Independientemente de estas notificaciones que reciban del Banco de España ante situaciones excepcionales de riesgo, los bancos podrán solicitar de la CIR los antecedentes e informes que consideren necesarios para su normal desarrollo, quedando sometidos a secreto bancario.

El art. 16 del Decreto-ley 18/1962 sobre la CIR ha sido desarrollado por diversa normativa menor ² que viene, entre otras cuestiones, a concretar, de un lado, la información a facilitar por las entidades bancarias y/o crediticias y, por otro, la que pueden obtener. Así el Banco de España viene a fijar los riesgos declarables por las entidades crediticias en un mínimo de un millón de pesetas en riesgo directo total y en diez millones de pesetas los indirectos en cómputo también total ³.

Por otra parte, los bancos para acceder a información de la CIR necesitan autorización del titular de los datos, refiriéndose la información

¹ Párrafo tercero del mismo art. 16.

² Orden del Ministerio de Hacienda de 13 de febrero de 1963 sobre funcionamiento de la CIR; Circular del Banco de España núm. 4/1994, de 22 de julio, modificada por Circular núm. 10/1996, de 27 de septiembre; Circular 3/1995, de 25 de septiembre, que deroga la anterior Circular 7/1989.

³ Normas segunda y quinta de la Circular 3/1995 del Banco de España.

únicamente al nivel de endeudamiento y sin indicación del nombre de las entidades que hubiesen concedido los créditos ⁴.

La regulación de la CIRBE hace tiempo que demanda su actualización. De ahí que venga a ocuparse de la misma el Proyecto de Ley Financiera que por diversos motivos se ha ido retrasando desde 1999 en que conoció una primera versión. En el Proyecto se confirma su carácter de servicio público ⁵, ocupándose todo el Capítulo sexto a su detallada reglamentación y manteniéndose el acceso restringido de las entidades bancarias al conocimiento de los datos incorporados a la CIR.

Las entidades financieras han creado por su parte diversos ficheros de titularidad privada, con el fin de responder a su mejor información sobre solvencia patrimonial y crédito tanto de empresas como de particulares. Estos ficheros gestionados por empresas privadas recogen la información que les transmiten las entidades financieras adheridas a cada uno de ellos respecto de sus clientes, en principio sobre incumplimiento de obligaciones dinerarias, los conocidos como ficheros de morosos, y proporcionan a aquéllos la información que se contienen en el fichero común respecto de una empresa o particular determinado sobre el que se solicite tal información. Se diferencian del CIR fundamentalmente en que responden a intereses privados, los de las entidades financieras, aunque indirectamente contribuyen también a una mayor transparencia y estabilidad del sistema financiero. También se diferencian porque no existe límite mínimo de la cuantía de datos crediticios que se incorporan al fichero común ni exigencia de relación entre la entidad que solicita información del fichero común y la entidad o particular respecto de la que se pide esta información. En definitiva, no tienen una regulación específica y sus limitaciones sólo las van a encontrar en tanto pueda considerarse una práctica prohibida por el art. 1 LDC y por las limitaciones que establece la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD) ⁶, aunque la misma alcanza al objeto y ámbito de aplicación de la misma, esto es, respecto de los datos de personas físicas ⁷.

2. PRÁCTICAS PROHIBIDAS POR EL ART. 1 LDC, CONDUCTAS AUTORIZADAS Y AUTORIZACIONES SINGULARES

Los arts. 1 y 6 de la LDC tipifican en términos similares a los arts. 85.1 y 86 TCEE, hoy arts. 81 y 82, las denominadas prácticas colusorias y abuso de posición de dominio, aunque con concretas diferencias sustanciales, cuyo análisis excede el objetivo del presente trabajo ⁸. Además el art. 7

⁴ Norma octava, b), de la Circular 3/1995.

⁵ Art. 37.1 del Proyecto.

⁶ Art. 29 de la misma. Antes era de aplicación el art. 28 de la LORTAD, vigente hasta la entrada en vigor de la antes citada.

⁷ Arts. 1 y 2 LOPD.

⁸ Ver al respecto L. BERENGUER FUSTER, «Reflexiones sobre la tipificación de las conductas prohibidas en la Ley de Defensa de la Competencia», *Gaceta Jurídica de la CE*, GJ-D-29.

LDC también considera sancionables por la Autoridad Nacional de Defensa de la Competencia los actos de competencia desleal que distorsionen gravemente las condiciones de competencia en el mercado afectando con ello el interés público ⁹.

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

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

A. CONDUCTAS AUTORIZADAS POR LA LEY

Según establece el art. 2.1 LDC las prohibiciones del art. 1 no se aplicarán a los acuerdos, decisiones, recomendaciones y prácticas que resulten de aplicación de una ley o de disposiciones reglamentarias que se dicten en aplicación de una ley ¹⁰.

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

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

⁹ Según redacción dada a dicho artículo por Real Decreto-ley 52/1999, de reforma de la LDC. Pero ya antes el TDC había considerado que conocería de los actos de competencia desleal en virtud del art. 7 LDC, siempre y cuando concurren las siguientes circunstancias: a) que los comportamientos denunciados sean constitutivos de un acto de competencia desleal; b) que puedan producir un falseamiento sensible de la libre competencia en todo o en parte del mercado nacional, y c) que por su propia dimensión afecten al interés público: Resoluciones de 30 de noviembre de 1991 en Expediente 295/1991, de 8 de julio de 1992 en Expediente 294/1991 y de 18 de diciembre de 1992 en Expediente 314/1992, entre otras.

¹⁰ La limitación del amparo legal a una norma con rango de ley formal lo estableció el Real Decreto-ley 52/1999, de reforma de la LDC.

que establece una cláusula general de intervención al subordinar toda la riqueza del país al interés general ¹¹.

La defensa de la competencia tampoco constituye un absoluto ni es el único mecanismo a disposición de los poderes públicos para ordenar el comportamiento de las empresas en el mercado ¹².

Pero en todo caso la competencia es siempre un importante parámetro a tener en cuenta en un régimen de libertad de empresa en el marco de economía de mercado y la afectación o restricción que a la misma pueda implicar cualquier norma, máxime si ésta tiene rango de ley. Por ello el art. 2.2 LDC establece la facultad del TDC de formular propuestas motivadas al Gobierno para que adopte en su caso la modificación o supresión de las situaciones restrictivas de la competencia establecidas de acuerdo con normas legales ¹³.

B. EXENCIONES POR CATEGORÍAS

La incorporación de otros valores colectivos y la consideración ya antes señalada de que la competencia no es un valor absoluto son las claves explicatorias de la tesis que abona en nuestro Derecho y en el Derecho comparado el otorgamiento de excepciones a la aplicación generalizada de la prohibición de realizar prácticas que puedan alterar el régimen de competencia perfecta entre distintos competidores ¹⁴. Si bien en el supuesto contemplado antes de las conductas autorizadas por la Ley la facultad de excepcionar viene establecida a favor del poder legislativo, en este supuesto tal facultad corresponde al poder ejecutivo. Ello tiene además su razón de ser porque al Gobierno corresponde en definitiva el establecimiento y dirección de la política de competencia del país, para lo cual tendrá en cuenta no sólo el propio interés del Estado en la competencia, sino también otros valores colectivos como son la atención de los intereses de los consumidores y usuarios y la elevación del nivel económico de sectores deprimidos, así como también valores de tipo económico como son la mejora del comercio exterior y la corrección de los fallos que se produzcan en el mercado.

El art. 5 LDC establece en su ap. 1 que el Gobierno mediante Reglamentos de exención podrá autorizar las categorías de acuerdos, decisiones, recomendaciones, prácticas concertadas o conscientemente paralelas previstos en el art. 3.1 y en el ap. 2 de aquel precepto se le faculta para el empleo del mismo medio reglamentario para autorizar las categorías

¹¹ El Tribunal Constitucional en Sentencia de 16 de diciembre de 1981 señala que la libertad de empresa «en todo caso ha de ser compatible con el principio declarado en el ap. 1 del art. 128...».

¹² Lluís CASES PALLARÉS, *Derecho Administrativo de la Defensa de la Competencia*, Marcial Pons, 1995, p. 400.

¹³ Art. 2.2 LDC. Crítica a la actual redacción proponiendo su reforma parcial, ver L. BERENGUER FUSTER, *op. cit.*, pp. 151 a 156.

¹⁴ S. E. SORIANO GARCÍA, *Derecho público de la competencia*, Ico-Marcial Pons, 1998, p. 560.

de acuerdos, decisiones, recomendaciones y prácticas a que se refiere el art. 3.2.¹⁵ Para ambos supuestos se prevé el informe preceptivo, no vinculante, del TDC. De otro lado, es de resaltar que la facultad que concede el comentado art. 5 LDC no es absoluta o indefinida, sino reglada por los supuestos del art. 3 a que debe concretarse. Ambas previsiones van a condicionar el que la norma no suponga un medio para posibilitar prácticas anticompetitivas, sino, por el contrario, para adecuar el mercado que es algo dinámico a las circunstancias que se den en cada momento, máxime si el Gobierno hace uso de esa facultad como hasta ahora, dando entrada al TDC en la elaboración del Reglamento de exención y contando además con su informe favorable¹⁶.

El Gobierno ha hecho uso de la facultad que le delega el art. 5 LDC por primera vez, por Real Decreto 157/1992, de 21 de febrero, por el que se desarrolla la Ley 16/1989, de 17 de julio, en materia de exenciones por categorías, autorización singular y registro de defensa de la competencia.

La nota más característica de esta norma de desarrollo es la constante referencia a los Reglamentos comunitarios de competencia para la consideración de las conductas cubiertas por la exención, reconociéndose las categorías que se autorizan en su formulación a las condiciones para cada caso establecidas en las normas comunitarias dictadas en desarrollo de los arts. 85 y 86 del Tratado¹⁷.

¹⁵ «Art. 3. Supuestos de autorización: 1. Se podrán autorizar los acuerdos, decisiones, recomendaciones y prácticas a que se refiere el art. 1, o categorías de los mismos, que contribuyan a mejorar la producción o la comercialización de bienes y servicios, o a promover el progreso técnico o económico, siempre que: a) Permitan a los consumidores o usuarios participar de forma adecuada de sus ventajas; b) No impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para la consecución de aquellos objetivos, y c) No consientan a las empresas partícipes la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos o servicios contemplados.

2. Asimismo se podrán autorizar, siempre y en la medida en que se encuentren justificados por la situación económica general y el interés público, los acuerdos, decisiones, recomendaciones y prácticas a que se refiere el art. 1, o categorías de los mismos, que: a) Tengan por objeto defender o promover las exportaciones, en cuanto sean compatibles con las obligaciones que resulten de los Convenios internacionales ratificados por España, o b) Tengan por objeto la adecuación de la oferta a la demanda cuando se manifieste en el mercado una tendencia sostenida de disminución de ésta, o cuando el exceso de capacidad productiva sea claramente antieconómico, o c) Produzcan una elevación suficientemente importante del nivel social y económico de zonas o sectores deprimidos, o d) Atendiendo a su escasa importancia, no sean capaces de afectar de manera significativa a la competencia.»

¹⁶ En la Exposición de Motivos del Real Decreto 157/1992, de 21 de febrero, se señala que el TDC participó en su elaboración y emitió su informe favorable al mismo. Además el art. 2 del Real Decreto posibilita al TDC a suprimir la aplicación de la exención contenida en un Reglamento si se comprueba que un acuerdo exento produce efectos no compatibles con las condiciones previstas en el art. 3 LDC, con lo que se propicia un importante freno para el caso de excesos. Esta facultad que se atribuye al TDC comporta una importante herramienta en pro de la defensa de la competencia, no suficientemente resaltada.

¹⁷ LI. CASES PALLARÉS, *op. cit.*, p. 351. El art. 1 del Real Decreto dice: «Art. 1. Exenciones por categorías. De conformidad con lo dispuesto por el art. 5.1.a) de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, quedan autorizados los acuerdos en que participen únicamente

El adecuado uso que se ha hecho de la facultad que otorga el art. 5 LDC por el Real Decreto 157/1992 tiene a mi juicio un fallo que ya se puso de manifiesto por el TDC en sus resoluciones. El ser el Derecho de la competencia algo dinámico que se manifiesta lógicamente en los cambios de los Reglamentos comunitarios y la no puesta al día del Real Decreto ha supuesto que desde hace algún tiempo algunos estén modificados, sustituidos por otros e incluso derogados. Tal es la situación que afronta el TDC en su Resolución de 23 de mayo de 1996 en el Expediente 177/1996, «La Casera». En este expediente se solicitaba del TDC que declarara que los contratos tipo que se presentaban relativos a una franquicia industrial y distribución, y otro contrato de distribución exclusiva de bebidas refrescantes podían acogerse a las exenciones por categorías previstas en los Reglamentos (CEE) 240/96 y 193/83. Subsidiariamente se solicitaban al TDC que concediera autorización singular para el empleo de los citados contratos. Por lo que respecta al contrato de distribución exclusiva, el TDC señala que cumple todos los requisitos del Reglamento (CEE) 1983/83 y está amparado por la exención por categorías nacional prevista en el art. 1.1.a) del Real Decreto 157/1992¹⁸. El problema surge al examinar el contrato de franquicias por cuanto que el Reglamento 240/1996 no está incluido entre los mencionados en el Real Decreto, al ser aquél de fecha muy posterior, y los Reglamentos sobre la materia contemplados por el Real Decreto no se encontraban vigentes. Al analizar las diversas alternativas, el Tribunal considera que aplicar los Reglamentos derogados constituye un sin sentido y perjudica el logro del efecto útil perseguido por el Derecho comunitario derivado¹⁹. De otro lado, el aplicar el nuevo Reglamento, no contemplado por el Real Decreto, ni existiendo en el mismo una remisión más genérica a los Regla-

dos Empresas y que, perteneciendo a alguna de las siguientes categorías, afecten únicamente al mercado nacional y cumplan las condiciones que para cada una de ellas a continuación se establecen: a) Acuerdos de distribución exclusiva, en los que una parte se comprometa con la otra a entregarle únicamente a ella determinados productos para su reventa en la totalidad o en una parte determinada del mercado nacional, siempre que el acuerdo cumpla las disposiciones establecidas en el Reglamento (CEE) núm. 1983/83 de la Comisión, de 22 de junio de 1983. b) Acuerdos de compra exclusiva, en los que una parte se comprometa con la otra a comprar para su reventa determinados productos únicamente a ella, a Empresas vinculadas a ella o a terceras Empresas distribuidoras suyas, siempre que el acuerdo cumpla las disposiciones establecidas en el Reglamento (CEE) núm. 1984/83 de la Comisión, de 22 de junio de 1983. c) Acuerdos de licencia de patentes y acuerdos mixtos de licencia de patente y comunicación de *know how*, siempre que el acuerdo cumpla las disposiciones establecidas en el Reglamento (CEE) núm. 2349/84 de la Comisión, de 23 de julio de 1984. d) Acuerdos de distribución y de servicio de venta y de postventa de vehículos automóviles, siempre que el acuerdo cumpla las disposiciones establecidas en el Reglamento (CEE) núm. 123/85 de la Comisión, de 12 de diciembre de 1984. e) Acuerdos de franquicia, siempre que el acuerdo cumpla las disposiciones establecidas en el Reglamento (CEE) núm. 4087/88 de la Comisión, de 30 de noviembre de 1988. f) Acuerdos de licencia de *know how* y acuerdos mixtos de licencia de *know how* y licencia de patente no declarados exentos en la letra c), así como aquellos acuerdos de licencia de *know how* que contengan cláusulas accesorias sobre marcas comerciales y otros derechos de propiedad industrial siempre que el acuerdo cumpla las disposiciones establecidas en el Reglamento (CEE) núm. 556/89 de la Comisión, de 30 de noviembre de 1989.»

¹⁸ FJ 2.

¹⁹ FJ 4.

mentos comunitarios que pudieran sustituir a los vigentes tampoco es posible²⁰. En consecuencia el TDC opta por considerar que cumpliendo el contrato de franquicia todos los requisitos establecidos por el Reglamento (CEE) 640/96²¹ pero no siendo posible aplicarle la exención vía art. 5 LDC, procede conceder una autorización singular.

C. AUTORIZACIONES SINGULARES

De acuerdo con lo establecido en el art. 4 LDC, los acuerdos, decisiones, recomendaciones y prácticas prohibidas por el art. 1 pueden ser autorizadas por el TDC siempre que concurren los supuestos y requisitos enumerados en el art. 3 de la propia Ley²².

Del sistema elegido por nuestro legislador para exceptuar de la prohibición del art. 1 de la Ley a determinados acuerdos y otros supuestos contrarios a la libre competencia se deduce que no ha querido establecer en el mismo texto legal unos supuestos tasados a los que no alcance la prohibición, sino que ha optado por excepcionar, de un lado, de forma genérica, mediante excepciones por categorías, y de otro, por el camino de posibilitar que de forma específica por la autorización singular, aquellos supuestos que no obstante estén prohibidos por el art. 1 de la LDC podrían ser autorizados.

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

El mecanismo que establece el legislador para la autorización singular es distinto del anterior. En este supuesto no existe una exención de carácter general, sino que el art. 4 de la Ley permite al TDC autorizar excepcionalmente y de forma individual un acuerdo, decisión, recomendación o práctica, que estando prohibida por el art. 1, concurren ciertas circunstancias y se cumplen determinados requisitos que señala el art. 3, cuya concurrencia ha de probar el solicitante y que ha de valorar el propio Tribunal. La expresión «se podrán autorizar...» con que comienza el art. 3 y «el TDC podrá autorizar...» con que principia el art. 4 significa que se podrá igualmente no autorizar e introducen la valoración del elemento de oportunidad. De este texto se deriva el indiscutible carácter de excepcionalidad de la autorización, lo que obliga al TDC a analizar las características del supuesto concreto para determinar si concurren las circunstancias y requisitos que justifiquen que un acuerdo contrario a la com-

²⁰ FJ 3.

²¹ Según se analiza en el FJ 1.

²² Ver al respecto mi trabajo «Conductas prohibidas, autorizadas y autorizaciones singulares», *Anuario de la Competencia 1998*, Fundación ICO, pp. 97 ss.

petencia sea autorizado. Así concreta el TDC las diferencias entre la exención por categorías y la autorización singular y pone de relieve el carácter individual y excepcional de esta última en su Resolución de 3 de junio de 1996 ²³, recordada en Resolución de 4 de noviembre de 1997 ²⁴.

Recordadas sintéticamente las previsiones de nuestro legislador respecto de las prácticas prohibidas por la LDC y la posibilidad de que en determinadas circunstancias se autoricen algunos de forma general o particular, se analizarán en las siguientes páginas las circunstancias en que pueden encontrarse los conocidos como ficheros de morosos y los ficheros de solvencia patrimonial o ficheros positivos a los que proporcionan información y la reciben de aquéllos las entidades financieras.

3. ¿LOS FICHEROS COMUNES SOBRE SOLVENCIA PATRIMONIAL Y CRÉDITO ESTÁN EXCLUIDOS DE LA PROHIBICIÓN DE ART. 1.1 LDC?

Cabe preguntarse si estos ficheros no comportan ninguna de las conductas que prohíbe el art. 1 LDC. En los últimos tiempos se ha suscitado esta cuestión, que es en todo caso fundamental y previa su resolución. Sobre todo, la discrepancia se ha producido con motivo de las solicitudes presentadas más recientes respecto de los registros de solvencia denominados positivos, es decir aquellos que exceden del contenido de los registros de morosos y contienen datos relativos a créditos y su desarrollo, solvencia, etc. Recordemos que toda vez que nuestra legislación sobre competencia no comporta la posibilidad de una declaración previa por parte de las autoridades de competencia, tal como ocurre en el Derecho comunitario europeo, por el momento, ante la duda, la única posibilidad legal para evitar ser sancionado, es el solicitar una autorización singular. También a nivel comunitario europeo parece que va a desaparecer la posibilidad de que se pueda acceder a este tipo de declaraciones negativas según se deriva de la Propuesta de Reglamento del Consejo relativa a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los arts. 81 y 82 del Tratado, y por el que se modifican los Reglamentos (CEE) núm. 1017/68, núm. 2988/74, núm. 4056/86 y núm. 3975/87.

Analizaremos a continuación, a la luz de la doctrina del TDC y de la Audiencia Nacional, que revisa las resoluciones de aquél en vía jurisdiccional, la posible calificación como práctica no prohibida de ambos registros.

A. REGISTRO DE MOROSOS

Es requisito previo para la concesión de una autorización singular el que la actividad que constituye su objeto sea un acuerdo, decisión,

²³ Expediente A164/96, Servicio Trip/Asnef.

²⁴ Expediente A201/97, Impagos Alquiler Vehículos, FJ 4.

recomendación o práctica prohibida por el art. 1 LDC para posteriormente comparar si la concurrencia de los requisitos enumerados en el art. 3 LDC, que representan otros tantos intereses dignos de protección jurídica, hace que «la restricción se vea compensada y se justifique...»²⁵.

Es doctrina reiterada y constante del TDC que si un registro de morosos tiene vocación sectorial constituye una forma de concertación entre empresarios para transmitirse información sobre sus clientes que en cuanto pueda servir para establecer su estrategia comercial frente a éstos quedan incluidos en el art. 1 LDC, por lo que precisarán consecuentemente de la autorización del TDC²⁶.

Pero estas circunstancias no concurrirán generalmente en la creación de registros de morosos por empresas independientes, cuando no haya un acuerdo entre competidores y no exista una vocación sectorial²⁷.

En Resolución de 11 de marzo de 1999, referida a un expediente de renovación de la autorización de un registro de morosos²⁸, al que se acumuló un escrito del SDC sobre vigilancia de la Resolución de 1992 que autorizó originalmente el registro de morosos, en el que se argumenta por el SDC incumplimiento de las condiciones de la autorización y se propone que no se conceda la prórroga, el TDC, después de resolver sobre el posible incumplimiento, se pronuncia respecto de la petición de la entidad solicitante que argumentaba que el registro ha dejado de necesitar autorización. En esta Resolución el TDC, haciendo suyo lo manifestado por el SDC en su informe, afirma que los registros de morosos sobre los que el Tribunal ha manifestado que no precisan autorización son los que tienen vocación multisectorial, que el mismo TDC define como aquellos en los que la información se obtenía de registros o archivos públicos o se trataba de información facilitada por empresarios que no se encontraban en relación de competencia por no suministrar bienes o servicios equivalentes. Pero en el caso examinado de la prórroga de la autorización del registro de morosos, pese a la participación hipotética de otras entidades, no se varía el contenido esencial del registro, puesto que el núcleo central de información está constituido por la comunicación de operaciones financieras y crediticias y por tanto sigue constituyendo un intercambio de información entre competidores.

Es, pues, constante la doctrina del TDC en relación a los registros de morosos de vocación sectorial el que constituyen una forma de concertación entre empresarios para transmitirse información sobre sus clientes en cuanto puedan servir para establecer su estrategia comercial frente a éstos, quedando incluidos en las prácticas prohibidas por el art. 1 LDC, y que su establecimiento sólo pueda lograrse con la autorización del TDC.

²⁵ Resolución TDC de 2 de abril de 1997, Expediente A194/96, Morosos Información Bancaria (2), FJ 1.

²⁶ Ver por todas Resolución TDC cit. *ut supra*.

²⁷ Ver Resoluciones TDC de 27 de febrero de 1995, Expediente 114/95; 20 de julio de 1995, Expediente A136-95; 21 de noviembre de 1995, Expediente A154-95, entre otras.

²⁸ Expediente 33/92, Asnef-Equifax.

Por Resolución también de fecha 11 de marzo de 1999, referida a la autorización de otro registro de morosos relativo a bancos, cajas y entidades financieras²⁹, el TDC analiza una vez más las circunstancias que determinan la necesidad de autorización de dichos registros de morosos, toda vez que la propia solicitante había manifestado en su petición el pronunciamiento del Tribunal sobre la no inclusión del registro en el art. 1 LDC. La entidad solicitante argumentaba al efecto que al tipificarse en el art. 1 acuerdos interempresariales, el acuerdo infractor de la Ley sería el celebrado por la compañía titular del registro y cada uno de sus clientes y en el presente caso no existe vinculación contractual directa ni indirecta de ninguna clase ni intercambios bilaterales. Por otro lado, si se sostiene que la razón de calificar a los contratos de adhesión al registro como acuerdo del art. 1 radica en que los empresarios adheridos aceptan tácitamente con la adhesión un pacto de unificación de sus conductas consistente en no conceder crédito a los morosos que el registro anota, tal presunción no tiene base en un sector en que el dato de la morosidad no es el único para la valoración de la solvencia del cliente y la concesión del crédito.

A estas argumentaciones da respuesta el TDC afirmando de forma contundente, en el FJ 2 de su Resolución, que aunque en algún momento haya considerado que los registros que se gestionan como negocio por un empresario no están incluidos en el art. 1 LDC, ha prevalecido la postura que toma en consideración el círculo de empresarios a quienes va dirigido el registro, de modo que sólo cuando éste tiene «vocación plurisectorial» queda fuera del art. 1. A continuación el TDC afirma que si bien en el caso concreto que se analiza la multisectorialidad podría discutirse en relación con la petición inicial de la solicitante, ya que según la misma el registro estaba abierto a todas las entidades que prestasen servicio o formalicen ventas con pago aplazado, al haberse eliminado estos posibles clientes y quedar reducido al ámbito subjetivo del registro a bancos, cajas y entidades financieras no hay duda de la vocación sectorial del registro.

No conozco sentencia alguna del Tribunal Supremo ni de la Audiencia Nacional que contradiga esta doctrina del TDC, pues si bien la citada Resolución de 11 de marzo de 1999 ha sido impugnada en vía jurisdiccional no parece que haya sido resuelto el recurso cuando se redactan estas líneas y sí en cambio se ha pronunciado la Audiencia Nacional sobre los recursos contra Resoluciones del TDC de fecha posterior que se examinan mas adelante al tratar los registros de información de crédito, conocidos vulgarmente como de información positiva.

Pero además, desde la perspectiva del art. 1 LDC, que prohíbe incluso toda práctica concertada o conscientemente paralela con que simplemente se aprecie que «puede producir el efecto de impedir, restringir... la competencia», lo que excede de la consideración que de las conductas

²⁹ Expediente A232/97, Registro Mora Interprés.

prohibidas hace el art. 81.1 del Tratado CE, difícilmente se va a poder considerar que los registros comunes de morosos creados por las entidades financieras no resultan contrarios a aquel precepto y que por tanto sólo una autorización podrá posibilitarlos.

B. FICHEROS SOBRE SOLVENCIA PATRIMONIAL

Diversos han sido los intentos de las entidades que tradicionalmente gestionan registros de morosos de ampliar las autorizaciones a otra serie de datos sobre riesgos concedidos por sus clientes a empresas y ciudadanos. También ha sido variada la amplitud a que han tratado de extender la información del fichero con intentos sucesivos incluso por una misma entidad en sus solicitudes. Ello ha determinado la presentación de las correspondientes solicitudes de autorización singular y los correspondientes pronunciamientos del TDC al respecto, e incluso los de la Audiencia Nacional al revisar en vía jurisdiccional los de aquél.

En su Resolución de fecha 3 de junio de 1996³⁰ el TDC da respuesta a una solicitud de autorización singular para la creación de un fichero en el que se recogerían los datos de carácter positivo relativos al cumplimiento o incumplimiento por parte de personas físicas y jurídicas de sus obligaciones financieras y crediticias. Después de precisar las diferencias entre las excepciones por categorías y las autorizaciones singulares, la citada Resolución señala que en aquel concreto expediente «se solicita una autorización para la puesta en marcha de un fichero que conlleva el intercambio de información entre competidores que puede restringir o falsear la competencia, circunstancia ésta que reconoce el mismo solicitante por el hecho de presentar la solicitud»³¹.

La misma entidad solicitante de la autorización singular que dio lugar a la anterior Resolución del TDC planteó con posterioridad otra sobre petición de autorización de un registro similar al anterior aunque con alguna limitación respecto de aquél. Durante la tramitación del expediente también se produjo una modificación de la solicitud inicial consistente en abrir la posibilidad de que los usuarios de la información sean no sólo las entidades de crédito y financiación sino que la información pueda ser abierta a cualquier persona jurídica. El TDC resolvió este expediente mediante Resolución de 7 de julio de 1997³².

Se plantea al Tribunal la necesidad de pronunciarse sobre si el fichero precisa de autorización, toda vez que la modificación antes señalada que se introduce por la solicitante durante la tramitación del expediente parece querer aplicar la doctrina del TDC según la cual los registros de morosos que suponen intercambio de información entre empresarios que no se encuentran en relación de competencia entre sí no precisan de la auto-

³⁰ Expediente A164/96, Servicio Trip Asnef.

³¹ FJ 1, último párrafo.

³² Expediente A209/97, Fichero Asnef-Sic.

rización a que se refiere el art. 4 LDC. Considera el Tribunal que aquella doctrina no es aplicable al supuesto que examina toda vez que la cantidad y calidad de la información que se intercambia en un registro de morosos es inferior a la que ahora se pretende comunicar. Por el registro al que se refiere la petición «se trata de crear una central de riesgos de titularidad privada que permite poner en conocimiento de las entidades de crédito una información total sobre el peticionario del crédito, lo cual facilitará la respuesta homogénea de los competidores frente al cliente»³³. A continuación recuerda el Tribunal que los registros de morosos sobre los que ha manifestado que no precisan de autorización son aquellos en los que la información se obtiene de registros o archivos públicos o bien se trata de información facilitada por empresarios que no se encontraban en relación de competencia por no suministrar bienes o servicios equivalentes. Mas en el supuesto concreto del expediente, hace notar el TDC, no concurren aquellas circunstancias toda vez que son empresas competidoras entre sí las que facilitan los datos a los que ellas pueden acceder, y el hecho de que existan terceros que hipotéticamente accedan a los datos del registro no cambia el que el fundamento del registro lo constituye el intercambio de información entre entidades de crédito, que son las únicas además que aportan los datos al registro común y constituyen, en todo caso, el núcleo fundamental de entre los usuarios del mismo.

La Audiencia Nacional ha revisado en vía jurisdiccional la anterior Resolución del TDC³⁴. En relación con la cuestión que estamos examinando, vulneración por la actividad que se pretende realizar de la prohibición contenida en el art. 1.1 LDC, la sentencia de la Audiencia Nacional llega a la conclusión de que efectivamente ello es así³⁵. Tal conclusión la sustenta sobre la consideración de que el registro contiene una información relativa a un sector de la actividad económica que será puesta a disposición de las entidades que en él operan, suponiendo ello un traspase de información uniforme a todas ellas sobre un elemento esencial de la actividad empresarial que desarrollan, cual es el riesgo. Un registro de tales características y acceso supone una decisión que potencialmente es apta para impedir restringir o falsear la libre competencia en todo o parte del territorio nacional.

En similares términos a la Resolución que se acaba de examinar se pronuncia el TDC en su posterior Resolución de fecha 3 de noviembre de 1999³⁶. También la Audiencia Nacional en su Sentencia de fecha 28 de noviembre de 2001³⁷, al revisar aquella Resolución mantiene su criterio y argumentación ya expresados en la anterior sentencia. Esta sentencia tiene un voto particular, que en similares términos se mantiene también en la anteriormente analizada. El voto particular en primer lugar

³³ FJ 3, párrafo 4.

³⁴ Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sentencia 821, de fecha 7 de diciembre de 2001.

³⁵ Ver FJ 2.º.

³⁶ Expediente A239/98, Crédito Asnef-Equifax.

³⁷ Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Sexta, Sentencia 791.

cuestiona desde la perspectiva procesal el que la sentencia se pronuncie sobre si la actividad que se pretende realizar vulnera el art. 1.1 LDC cuando el objeto de la controversia debiera ser la revisión de la decisión de autorización, y emitir sólo una opinión sobre la procedencia de la declaración del TDC como práctica prohibida, no como cuestión de fondo sino como una manifestación sobre los requisitos cuya concurrencia es imprescindible para pronunciarse sobre la corrección de la calificación de la conducta como prohibida. En cuanto a los aspectos sustantivos, se mantiene que sin la realización de una profunda investigación sobre el mercado afectado por la decisión de prohibir no puede emitirse pronunciamiento válido en uno ni en otro sentido.

Al hilo de las consideraciones de las sentencias de la Audiencia Nacional bueno es recordar una vez más que el art. 1.1 LDC prohíbe toda práctica con que simplemente «pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia...», situación ésta no contemplada por el art. 81.1 del Tratado CE. No parece discutible que el establecimiento de este tipo de registros con amplia información no sólo sobre morosidad sino también sobre riesgos financieros de todo tipo contraídos por empresarios y particulares y su evolución facilitado por entidades financieras, quienes además son las que pueden acceder a la misma, supone una práctica que al menos comporta el riesgo potencial de producir el efecto de restringir la competencia, lo que desde la perspectiva del art. 1.1 LDC las convierte en práctica prohibida.

4. POSIBLE AMPARO LEGAL O EXENCIÓN

Alcanzada la conclusión de que ambos tipos de ficheros resultan prohibidos por el art. 1 LDC, habrá que analizar si gozan de amparo legal o pueden encontrarse en algún supuesto de exención por categorías.

El TDC se ha pronunciado, *obiter dicta*, con ocasión de rebatir la alegada semejanza, por la solicitante, entre el fichero privado de la misma y la CIRBE, sobre la legalidad de éste último. A este respecto ha señalado que «la Central de Información de Riesgos del Banco de España obedece a razones de interés público y además su creación y normas básicas de funcionamiento se contienen en el art. 16 del Decreto-ley 18/1962, de 7 de junio, normas cuya finalidad está relacionada con la seguridad del sistema financiero y la regulación de provisiones al mismo exigibles y, por lo tanto, aun en el hipotético caso de que se pudiera pensar que su funcionamiento pudiera resultar restrictivo para la competencia, no incurriría en prohibición, pues así lo dispone el art. 2.1 de la Ley de Defensa de la Competencia»³⁸.

En definitiva se viene a considerar que el fichero CIR del Banco de España no incurre en las conductas que proscribe el art. 1 LDC o, en todo caso, tendrá amparo legal.

³⁸ Resolución de 3 de junio de 1996, Expediente A164/96, Servicio Trip Asnef, FJ 6.

Cuestión distinta son los ficheros comunes de titularidad privada, tanto los que contienen datos sobre morosidad como los que incorporan otros positivos sobre solvencia patrimonial y crédito.

En innumerables ocasiones ha señalado el TDC que sus pronunciamientos sobre este tipo de ficheros lo son desde el punto de vista de la competencia y sin que quepa extensión a otro tipo de legislación que establezca sus propias competencias sobre su control tal y como ocurre con la legislación sobre protección de datos de carácter personal.

En Resolución de 11 de marzo de 1999³⁹ el TDC da respuesta a la alegación de la solicitante de la renovación respecto de que con posterioridad a la autorización, que ahora se pretende renovar, se promulgó la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal —LORTAD—, que ha venido a señalar los límites de la licitud del tratamiento de datos de carácter personal en ficheros de titularidad privada, sustrayendo esta materia a la prohibición del art. 1 LDC, al dotarla de amparo legal conforme al art. 2.1 LDC.

El TDC responde a la alegación manifestando que como viene señalando el Tribunal en repetidas Resoluciones «la LDC conserva un campo propio de aplicación —los efectos sobre el mercado de la utilización de los datos— sin inmiscuirse en el terreno de la LORTAD y su agente ejecutivo que es la Agencia de Protección de Datos». A continuación se destaca que, no obstante lo anterior, la LORTAD ha venido a cubrir un flanco que motivó la inquietud del Tribunal y también del Servicio que ha hecho llegar a aquél múltiples quejas de personas indebidamente inscritos o no dadas de baja como morosos.

En el mismo sentido de considerar la resolución de autorización de un registro de morosos circunscrita a las exclusivas competencias del TDC y sin que la LORTAD pueda dar amparo legal a efectos del art. 1 LDC, en Resolución de 2 de abril de 1997⁴⁰ se advierte expresamente que la autorización se contrae exclusivamente a la materia encomendada al conocimiento del Tribunal y por tanto no se extiende al cumplimiento de las condiciones que exige la Ley Orgánica 5/1992.

En Resolución de 11 de marzo de 1999⁴¹ se hace constar que el TDC entiende que la LORTAD persigue una finalidad específica y tiene un campo propio de aplicación que el Tribunal deja a salvo. Así si aquella Ley exige la indicación de quién es el acreedor deberá cumplirla el cliente notificante⁴². Lo que el Tribunal prohíbe es la comunicación por el registro del nombre del acreedor al cliente consultante al mismo. Ambas legis-

³⁹ Expediente de Renovación de Autorización, Expediente 33/92, Asnef-Equifax.

⁴⁰ Expediente 194/96, Morosos Información Bancaria (2), FJ 7.

⁴¹ Expediente A232/97, Registro Mora Interpretés.

⁴² El art. 29.2 de la vigente Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, exige, en el supuesto de tratamiento de datos de carácter personal facilitados por el acreedor, el que se notifique al interesado en el plazo de treinta días desde su inclusión en el registro una referencia de los datos que hubiesen sido incluidos, informándole de sus derechos. Por ello es preciso que al afectado se le comunique quién es el acreedor que le incluye en el registro

laciones, como puede apreciarse, deben y pueden ser cumplidas sin interferencias.

Por lo que respecta a los ficheros sobre solvencia patrimonial y crédito, conocidos como positivos, también han sido claros los pronunciamientos del TDC sobre la necesidad de ejercer sus funciones de acuerdo con la LDC sin que la legislación sobre protección de datos pueda dar cobertura legal a dichos ficheros desde aquella perspectiva.

En el supuesto de uno de estos ficheros positivos la solicitante, entre otros argumentos, adujo que el fichero había sido registrado por la Agencia de Protección de Datos, e incorporaba al expediente, como prueba, documento acreditativo de ello. El TDC en su Resolución de fecha 3 de junio de 1996, por la que deniega la autorización, valora esta prueba señalando al respecto que «este Tribunal ha reiterado en innumerables Resoluciones que sus autorizaciones se refieran exclusivamente a los efectos sobre la competencia, puesto que no es de su incumbencia aplicar la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de Regulación del Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal...». No obstante estas afirmaciones el TDC llega incluso a considerar a continuación que algunas de las informaciones que pretende incorporar el fichero, tales como las relativas al consumo de energía eléctrica, o al consumo en telecomunicaciones y factura de tarjeta de crédito, parece que resultarían datos excesivos y podrán por tanto producir incumplimientos de lo establecido en el art. 4.1 de la LORTAD⁴³.

A las apreciaciones del TDC cabría añadir que tanto bajo la vigencia de la LORTAD como con la vigente Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal, la notificación e inscripción de un fichero en el Registro General de Protección de Datos de la APD tienen efectos meramente declarativos⁴⁴.

Finalmente cabe señalar que en el supuesto, que se analiza más adelante, en que el TDC concedió autorización singular para la constitución de un fichero con datos positivos hace constar que se limita a considerar el caso desde la óptica del derecho a la competencia, aunque se advierte que «no se le oculta al Tribunal que el hecho de que el comportamiento pasado de un determinado sujeto quede ampliamente registrado en una base de datos pueden llegar a constituir una lesión para su intimidad. No obstante, el Tribunal constata el amplio desarrollo que ha tenido recientemente la legislación y la jurisprudencia en materia de protección de la vida privada, lo que permite afirmar que tales problemas se encuentran adecuadamente tratados por otras ramas del Derecho y tutelados por instituciones propias».

común para poder ejercer ante éste, en su caso, sus derechos. Similar previsión se derivaba del art. 28 de la LORTAD, a la que aquella Ley sustituye.

⁴³ Expediente A164/96, Servicio Trip/Asnef, FJ 7.

⁴⁴ Art. 26 LOPD, art. 24 del Real Decreto 428/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Estatuto de la Agencia de Protección de Datos, y art. 7 del Real Decreto 1332/94, de 20 de junio.

Hay otro aspecto en el que las entidades que solicitan autorización para la creación de registros comunes de morosos tratan de encontrar amparo legal en la legislación de protección de datos. Me refiero a la permanencia en el fichero del que pagó, posteriormente, con referencia saldo «0» y por período de hasta seis años.

El TDC por Resolución de 18 de septiembre de 1992 autorizó la creación de un registro de morosos y el saldo «0», pero con la reserva de que si la situación creciente de morosidad existente entonces cambiaba se reconsideraría la permanencia en el registro con saldo «0». Al examinar la petición de renovación de la autorización de aquel registro, el Tribunal da respuesta, entre otras cuestiones debatidas, a la alegación de la solicitante de que el llamado saldo «0», su mantenimiento y comunicación, es práctica que goza de amparo legal —art. 28.3 de la Ley 5/1992—. A la misma responde el TDC señalando que «el Tribunal entiende que el art. 28.3 de la LORTAD no constituye un supuesto de amparo legal del art. 2.1 LDC, que legitimaría su utilización, porque los fines pretendidos por la LORTAD, que definen su aplicación, son distintos de los que persigue la LDC, que sigue teniendo aplicación»⁴⁵.

También se alegó el mismo amparo legal para el saldo 0 por la solicitante en el expediente A232/97⁴⁶ y se rechaza por el TDC en su Resolución de 11 de marzo de 1999.

Sustituida la LORTAD por la vigente Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, cabe señalar que tampoco desde la perspectiva de la legislación de protección de datos resulta posible mantener en un registro de morosos con referencia saldo «0» a quien pagó, según ha puesto de manifiesto la Agencia de Protección de Datos en sus Resoluciones.

Por lo que hace a la posible exención de estas prácticas, se comprueba fácilmente que no existe ningún Reglamento de exención que las habilite.

5. SUPUESTOS Y CONDICIONES EN QUE PROCEDERÁ AUTORIZAR LOS REGISTROS DE MOROSOS Y LOS DE INFORMACIÓN POSITIVA

Al tratarse de conductas prohibidas por el art. 1.1. LDC y no gozar de exención por categorías ni autorización por medio de ley, habrá como único remedio para su puesta en práctica que acudir a la autorización del TDC.

Si bien la doctrina del TDC está muy consolidada respecto de los registros comunes de morosos de las entidades financieras, no ocurre lo mismo en el supuesto de aquellos otros registros que quieren extender la infor-

⁴⁵ Resolución de 11 de marzo de 1999, Expediente Renovación de la Autorización, Expediente 33/92 Asnef-Equifax, FJ 4.

⁴⁶ Registro Mora Interprés.

mación a otros datos positivos que permiten la evaluación de la solvencia de sus respectivos clientes, sean éstos empresarios o particulares (créditos, avales, tarjetas de crédito, hipotecas, etc.).

A. REGISTRO DE MOROSOS

Sobre la materia que tal vez más veces se ha pronunciado el TDC es sobre las condiciones y requisitos que deben cumplir los registros de morosos para merecer ser autorizados por dicho Tribunal, a quien nuestro legislador encomienda con carácter exclusivo tal función sólo revisable jurisdiccionalmente por la Audiencia Nacional al conocer en su caso por vía de recurso las Resoluciones del TDC ⁴⁷.

En el supuesto de los registros comunes sobre morosidad de las entidades financieras también ha tenido el TDC ocasión de pronunciarse en diversas ocasiones, en donde destacan las precisiones sobre la vocación sectorial de aquéllos, la participación en las mismas, tanto proporcionando como obteniendo información, de la inmensa mayoría de las entidades financieras de nuestro país, principalmente bancos y cajas, y el gran volumen de datos sobre morosidad acumulados, dado que se comprenden no sólo los referidos a empresarios sino también a particulares.

El TDC tiene señalado que «... considera acreditado por la práctica que los citados registros cumplen una función de saneamiento y clarificación del tráfico mercantil que contribuye a la mejora de la comercialización de bienes y servicios, permitiendo a los consumidores y usuarios participar en las ventajas que de ellos se derivan, siendo así susceptibles de autorización conforme al art. 3.1 LDC ⁴⁸.»

De otro lado también «viene reiterando el TDC en numerosas resoluciones que en el marco de la LDC para que pueda otorgarse autorización a los registros de morosos deben asegurarse las siguiente condiciones:

1. Que la adhesión por parte de los usuarios al registro sea voluntaria.
2. Que los asociados al registro sean libres para fijar su política comercial frente a cualquier deudor moroso.
3. Que se den condiciones que aseguren que los datos incluidos en los mismos no se manipulen ni utilicen para fines distintos de los propios del registro que se somete a autorización.

⁴⁷ Sobre la competencia de los órganos judiciales en el conocimiento del derecho de la competencia ver mi trabajo «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», *Anuario de la Competencia 2000*, Fundación ICO, pp. 125 ss. Sobre los términos en que debe concretarse la revisión jurisdiccional de las Resoluciones del TDC ver el criterio del voto particular a la Sentencia de la AN núm. 791, de 28 de noviembre de 2001.

⁴⁸ Resolución de 3 de abril de 1997, Expediente A194/96, Morosos Información Bancaria (2), FJ 3.

4. Que la información que se transmite a los usuarios del registro sea objetiva
5. Que los afectados al registro tengan acceso a éste para conocer los datos que a los mismos se refieren
6. Que la responsabilidad de la gestión del registro quede claramente delimitada en el Reglamento»⁴⁹.

Parecen claras las condiciones y requisitos exigidos para la autorización de los registros de morosos, si bien el avance pretendido en la inclusión de datos por algunos solicitantes y la indefinición que en algunos supuestos pretenden dar a las cláusulas del Reglamento del registro, de forma que permitan interpretaciones más amplias, ha determinado que el TDC haya tenido que establecer unas determinadas precisiones para la clarificación y límites de la autorización. Así la necesidad de incorporar al Reglamento la definición de moroso: «Se considera moroso al titular de una deuda vencida y no pagada»⁵⁰.

Cuestión mas polémica que ha precisado su concreción por parte del TDC en diversas Resoluciones ha sido el mantenimiento en el registro del conocido como «saldo 0»: mantener en el fichero de morosos con referencia «saldo 0» a aquellos que habiendo incurrido en mora pagaron.

Por Resolución de fecha 18 de septiembre de 1992⁵¹ a que se hace referencia antes, el TDC autorizó un registro de morosos de entidades financieras permitiendo que el deudor que paga permanezca en el registro de morosos con referencia «saldo 0» por período de cinco años, atendiendo a la situación de morosidad por la que atravesaba el mercado en el momento de conceder la autorización, pero advirtiendo en la misma Resolución que «si la situación [de creciente morosidad en el mercado] fuese distinta y se demostrara que el plazo de cinco años con saldo cero impide realmente la recuperación de la capacidad crediticia encontraríamos un índice de práctica abusiva» que sería un obstáculo para su autorización⁵². Con motivo de resolver, sobre la petición de la renovación del citado registro de morosos, concedida inicialmente por cinco años, el TDC por Resolución de 11 de marzo de 1999, según se señala mas arriba, accedió a conceder la renovación de la autorización del fichero por otro período de cinco años, pero, entre otras cuestiones, limitando la permanencia en el registro del moroso que cumple a tres meses, dado que «la previsión de la Resolución de 1992 se ha cumplido y que la situación actual del mercado exige que el tiempo máximo en que pueden mantenerse en el registro los datos del moroso que cumple es de tres meses»⁵³.

En otro expediente de autorización singular de un registro de morosos de similares características al que se acaba de analizar, y en el que se

⁴⁹ Ver para todas las Resoluciones citada *supra*.

⁵⁰ Ver Resolución citada, FJ 4.

⁵¹ Expediente A33/92, Asnef-Equifax.

⁵² FJ 7, Resolución citada *supra*.

⁵³ Ver núm. 3 del Resuelve y FJ 3.5 de la Resolución de 11 de marzo de 1999, de Expediente de Renovación de Autorización (Expediente 33/92, Asnef-Equifax).

pretendía el mantenimiento del «saldo 0» por seis años, el TDC rechaza tal petición de la solicitante limitando su permanencia al límite de tres meses: «El expediente a que se refiere la Resolución de 1992 invocada por Trans Unión España Credit Bureau, S. L., ha sido objeto de otra Resolución por la que se concede la prórroga y en ella el Tribunal ha decidido que es admisible el saldo cero, pero por un período máximo de tres meses. Teniendo efectivamente los dos registros una misma vocación sectorial y pudiendo estar entre sí en relación de competencia, el Tribunal, fundado en las mismas razones del expediente citado, decide aceptar el saldo cero para el fichero de Trans Unión España Credit Bureau, S. L., pero con el límite máximo de tres meses⁵⁴». El mismo TDC había sido incluso más riguroso a este respecto en su Resolución de 2 de abril de 1997, en donde impone que se modifique previamente, el Reglamento del registro, para posibilitar su autorización, en el sentido de «que la información sobre cada moroso contenida en el fichero desaparezca de éste una vez cancelada la deuda⁵⁵.»

B. REGISTROS DE INFORMACIÓN DE CRÉDITO («POSITIVOS»)

Este tipo de ficheros que tratan de implantar principalmente las mismas empresas que explotan registros comunes de morosos de entidades financieras contienen una amplitud diversa de situaciones personales de cumplimiento e incumplimiento de obligaciones financieras y crediticias en relación de gran variedad de productos: financiación de automóviles, financiación consumo, *leasing* inmobiliario, *factoring*, crédito hipotecario, préstamos personales, pólizas de créditos, tarjetas de crédito, seguros, descuentos comercial, descubierto en cuenta corriente, avales y garantías, telefonía móvil, telecomunicaciones, financiación de equipos, tarjeta privada, tarjeta de pago, *renting*, alquiler, energía, otros. A todos ellos se contrae la solicitud de autorización para la creación de un fichero que motivó la Resolución de 3 de junio de 1996 del TDC⁵⁶ por la que deniega la autorización singular solicitada. Para ello parte la Resolución de analizar las características del fichero, resaltándose no sólo la amplitud de referencias, sino también los datos de las obligaciones que obrarían en el fichero relativos al importe del crédito, número de cuotas y su importe, la fecha de inicio y terminación de la operación, «en definitiva, un conjunto de datos que (...), permite no sólo conocer determinados datos relativos a empresas y ciudadanos que no obran en fichero alguno (...), sino que refleja claramente el crédito que una persona o empresa determinada merece a los competidores e incluso el tipo de productos que éstos ofrecen al mercado⁵⁷.» A continuación se reflexiona por el Tribunal cómo un fichero con tal información no cumple los supuestos del art. 3 LDC. Así

⁵⁴ Resolución de 11 de marzo de 1999, FJ 6, Expediente A232/97, Registro Mora Interprés.

⁵⁵ FJ 8, Expediente A194/96, Morosos Información Bancaria (2).

⁵⁶ Expediente A164/96, Servicio Trip/Asnef.

⁵⁷ Ver FJ 3.

se afirma que no se desprende que la puesta en marcha del fichero contribuya a mejorar la comercialización de los servicios que prestan las entidades destinatarias de la información recopilada, sino que se trata de unificar la información disponible por todos ellos sobre el nivel de renta de cada usuario, el nivel de su crédito y sus respuestas respecto del cumplimiento de las obligaciones. Tal intercambio de información no contribuye a ningún progreso sino que evita a las entidades de financiación y crédito realizar ellas mismas sus propias indagaciones toda vez que evita factores de riesgo que van implícitos en toda decisión empresarial. En definitiva, como ha señalado la Comisión Europea en su Comunicación relativa a los acuerdos, decisiones y prácticas concertadas sobre cooperación entre empresas, no son autorizables aquellos acuerdos que supongan intercambio de información sobre aspectos que constituyen normalmente secretos de negocio. También, como tiene declarado la Comisión, no es lícito reemplazar los riesgos de la competencia y los azares de las reacciones espontáneas de los competidores por la cooperación entre éstos. El fichero para el que se solicita autorización facilitaría una respuesta uniforme de las entidades de crédito y financiación dado el volumen y variedad de la información que contiene respecto de la mayoría de los productos financieros, aumentándose con ello en tal grado la transparencia del mercado que se facilitaría de forma considerable la posibilidad de colusión tácita. Tampoco observa el Tribunal que la puesta en marcha del fichero permita de forma adecuada a los usuarios participar en ventaja alguna, lo que podría acontecer si se produjera una rebaja en los intereses, circunstancia que no se deduce ni directa ni indirectamente.

Vemos, pues, por las argumentaciones de la Resolución, que examina los requisitos y circunstancias que han de concurrir para que el registro resulte autorizable conforme al art. 3 LDC, cómo no se dan en el presente caso, lo que determina el que la petición de autorización se deniegue. A ello debe añadirse que la prueba de su concurrencia, en términos del citado precepto de la LDC, debió además ser acreditada por la solicitante según se deriva del art. 13 del RD 157/1992⁵⁸.

A los pocos meses de producirse la Resolución denegatoria que acabamos de comentar, la misma solicitante produce una nueva petición de autorización de un registro aunque ahora limita lo que denomina tipo de productos a los relativos a la financiación, *leasing*, *factoring*, crédito hipotecario, préstamo, pólizas, de crédito, descuento comercial y avales y garantías. Aunque amplio, bastante más limitado si se compara con el anterior.

El TDC, al examinar la nueva petición de autorización, comienza por señalar que «desde el análisis de la defensa de la competencia el hecho de que el registro se extienda a más o menos productos no resulta determinante, porque el elemento esencial a tales efectos lo constituye la pue-

⁵⁸ BOE, núm. 52, de 29 de diciembre de 1992.

ta en común de información de competidores dedicados al sector del crédito y financiación y ello no varía de una versión a otra, sobre todo si se tiene en cuenta que los datos que se intercambian constituyen el núcleo más importante de la información». Recuerda el Tribunal los argumentos de la anterior resolución denegatoria, en particular los referidos a que el acuerdo cuya autorización se pretende supone un intercambio de información sobre aspectos que constituyen normalmente «secretos de negocios». A lo anterior debe añadirse que el funcionamiento del registro no contribuirá a mejorar la comercialización de los servicios, ni contribuye al progreso ni permite a los consumidores participar de las ventajas. Por todo ello se denegó la autorización singular solicitada, por Resolución de 7 de julio de 1997⁵⁹.

La Audiencia Nacional al conocer del recurso planteado por la solicitante contra la Resolución del TDC, la confirma por su Sentencia de 7 de diciembre de 2001, desestimando la demanda de aquélla⁶⁰. Se pone de relieve en la sentencia que un registro de las características del que pretende poner en funcionamiento la demandante, con acceso a él de las entidades financieras, supone un trasvase de información uniforme a todas ellas sobre un elemento esencial de la actividad crediticia que desarrollan, cual es el riesgo. Esta decisión es potencialmente apta para impedir, restringir o falsear la libre competencia en todo o en parte del territorio nacional en relación con un concreto sector económico al eliminarse al menos en gran medida el riesgo. Examinada la práctica a la luz de la Sentencia de 28 de mayo de 1998 del TJCE se llega a la conclusión que en el caso objeto de la petición de autorización la información que se pretende ofrecer es uniforme para todos los operadores, se encamina a una disminución del riesgo en la toma de decisiones, siendo además la oferta de información más amplia y con menores requisitos para su difusión que la facilitada por el Banco de España (CIRBE), lo que supone una mayor transparencia de la existente en la actualidad y por tanto tiende a alterar la situación anterior con incidencia directa sobre la competencia. En tales circunstancias concreta el Tribunal sentenciador la necesidad de encontrar justificación para poder autorizar la puesta en práctica del registro en la concurrencia de los presupuestos y requisitos establecidos al efecto por el art. 3.1 LDC. Como señala la sentencia, se requiere la concurrencia de un presupuesto: que la práctica limitadora de la libre competencia se justifique en una mejora, bien en la producción o comercialización de bienes y servicios, bien en el progreso técnico o económico. Pero además el propio precepto requiere el cumplimiento de tres requisitos que necesariamente han de serlo de forma conjunta y que operan, el primero como un mandato, y los dos restantes como límites: es necesario que de las ventajas de la práctica prohibida participen los usuarios y consumidores, sin que en tal caso no pueda ser nunca objeto de ese límite la prohibición de establecimiento de restricciones innecesarias a

⁵⁹ Expediente A209/97, Fichero Asnef-Sic.

⁶⁰ Sentencia 821 de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo.

las empresas interesadas y la prohibición de eliminar la libre competencia respecto de una parte sustancial de los productos o servicios.

A continuación la sentencia analiza la concurrencia o no del presupuesto y requisitos.

Respecto de la mejora en la producción y comercialización de bienes y servicios o progreso tecnológico o económico, señala que si bien los datos que proporciona el registro disminuyen el riesgo en la concesión de créditos, la eliminación del mismo no es deseable en un sistema de libre competencia, aunque el riesgo excesivo puede llevar al colapso del mercado, por lo que una equilibrada limitación del mismo justifica la autorización de conductos anticompetitivas en cuanto un menor nivel del mismo puede producir el efecto beneficioso que exige el art. 3.1 LDC. Pero el límite en el riesgo hasta el nivel que resulta adecuado para proporcionar suficiente seguridad al mercado financiero ya se encuentra asegurado por los registros de morosos autorizados y fundamentalmente por la CIR del Banco de España. También se destaca que la solicitante de la autorización no concreta en qué mejora para el mercado se traduciría una mayor disminución del riesgo, y ha de justificarse en términos concretos que ese menor nivel de riesgo será causa de una mejora en el mercado o de mayor progreso económico o tecnológico, todo lo cual ni se expresa por la actora ni se deduce del expediente.

Faltando el presupuesto exigido por el art. 3.1 la autorización no puede ser concedida, sin otras comprobaciones, pero no obstante, la sentencia, a fin de dar respuesta a las alegaciones de las partes, analiza a continuación la posible concurrencia de los requisitos que marca el art. 3.1 LDC.

Respecto de la participación de los usuarios y consumidores en la mejora del mercado se afirma por la sentencia que es imposible en cuanto no existe mejora alguna en la disminución del riesgo. Pero aun partiendo de la afirmación de la solicitante de que una disminución del riesgo se traducirá en una menor prima para el consumidor también debe rechazarse. Si bien la disminución del riesgo es un factor que determina un menor interés en el préstamo no es éste el único e incluso su incidencia es mínima, pues la bajada de interés ha venido obedeciendo en los últimos tiempos a decisiones del órgano regulador en el sector. Además la incidencia en la bajada del tipo de interés se producirá, en su caso, respecto de los solicitantes con escaso índice de riesgo pero no de los que presentan un perfil de mayor riesgo. Por otra parte, está por acreditar que la diferenciación en el trato a los usuarios —más allá del nivel de riesgo que garantice la corrección del mercado— sea positivo para el mercado financiero y para la economía en general, pues el establecimiento de primas más gravosas a usuarios de mayor riesgo puede producir efectos perniciosos tales como barreras de acceso al crédito que hagan de facto imposible su obtención, mayor coste a usuarios cumplidores en atención a su nivel de endeudamiento, etc.

En relación con el límite que establece el art. 3.1 LDC a las autorizaciones de prácticas contrarias al art. 1, que la limitación a la libre competencia nunca puede afectar a restricciones innecesarias y la prohibición de eliminación de la competencia respecto de una parte sustancial del mercado, también merecen su análisis por la sentencia de la Audiencia Nacional. Si bien se parte de la afirmación de que nada existe en el expediente administrativo de lo que pueda deducirse que la actuación que se pretende realizar imponga restricciones innecesarias a las empresas afectadas, la información del fichero que se pretende crear provoca la necesidad de adherirse al mismo, pues los que prescindan de ello tendrán menos datos a la hora de valorar el riesgo.

La sentencia es contundente en afirmar, finalmente, que la actividad que nos ocupa tiene aptitud para eliminar la competencia de una parte sustancial del mercado, toda vez que la uniformidad de la información en el mercado coloca a todas las empresas que en él operan en posición semejante para afrontar y decidir sus estrategias comerciales; el idéntico conocimiento sobre el riesgo hace posible la actuación conscientemente paralela de las empresas del sector; por último, tal situación puede impedir la entrada de nuevos competidores en el mercado en cuanto la eliminación de riesgo y conocimiento uniforme de la información relevante se traduzca en una posición de predominio de los operadores más fuertes.

En resumen, la sentencia comentada rechaza la petición de autorización del registro de solvencia positivo por cuanto no concurre el supuesto de que contribuya a mejorar la producción o comercialización de bienes y servicios ni promueve el progreso técnico ni económico, además de no permitir a los usuarios participar de sus ventajas y eliminar la competencia de una parte sustancial del mercado.

El TDC había dado un primer paso en la autorización de ficheros de entidades financieras que contengan datos más allá de los estrictos referidos a morosidad en su Resolución de 11 de marzo de 1999⁶¹. Así en la misma se manifiesta que respecto de los datos a anotar en el registro, que deben comunicar los clientes, el Servicio ha objetado el que se incluya el importe total del crédito en el que se ha producido un incumplimiento y las cantidades amortizadas del mismo. La solicitante justifica su mantenimiento en que para la buena marcha de un sistema financiero las entidades que conceden créditos necesitan una información lo más completa posible que permita valorar la solvencia del prestatario, apoyándose en un informe del Banco de España, al que añade que ambos datos sirven para valorar la trascendencia del incumplimiento y la posible solvencia del peticionario del nuevo crédito. A estas observaciones el Tribunal responde de forma sucinta y sin ninguna otra consideración: «El Tribunal entiende que es admisible la inclusión de ambos datos»⁶², permitiendo su inclusión en el fichero de morosos que autoriza. Es decir, este fichero

⁶¹ Expediente A232/97, Registro Mora Interprés.

⁶² FJ 4.

va a contener no sólo los datos referentes concretamente al incumplimiento de obligaciones dinerarias, sino también el importe total del crédito y de las cantidades que estuviesen amortizadas. En este contexto parece que estos datos sólo acompañarán al de la morosidad que se hubiese producido, no pudiendo en cambio anotarse los créditos y sus amortizaciones de aquellos que cumplan puntualmente.

Finalmente pasamos a analizar la Resolución del TDC de 3 de noviembre de 1999⁶³, por la que autoriza un fichero con datos positivos a entidades financieras, y la Sentencia de la Audiencia Nacional de fecha 28 de noviembre de 2001⁶⁴ que anula aquélla.

En el fichero se van a contener además de los datos relativos a morosos, también datos positivos tales como saldo crediticio, los avales, cauciones y garantías y las operaciones de arrendamiento financiero o la disposición temporal de activos⁶⁵.

El TDC, tras considerar que el registro para el que se solicita autorización incurre en la prohibición del art. 1 LDC, pasa a continuación a examinar si resulta autorizable a tenor del art. 3.1 de la misma Ley.

Se comienza así por examinar la necesidad de evaluación del riesgo por las entidades financieras, señalándose la existencia de una correlación entre riesgo e interés, y la recopilación de datos relativos al comportamiento pasado de un deudor permite realizar ciertas inferencias racionales respecto a su comportamiento futuro, lo que en principio facilita los registros de morosos. Pero esta información no deja de ser limitada y susceptible de aumentarse con otros datos como los relativos al puntual pago de otras obligaciones o al riesgo que se tiene pendiente con otras instituciones que ofrecen orientación sobre ciertas pautas de futuro, por lo que el TDC entiende que esta información «es útil para el buen funcionamiento de los mercados financieros, ya que permite a quienes operan en él realizar un análisis más refinado del riesgo que entrañan las operaciones en las que intervienen»⁶⁶. Dicha información a juicio del Tribunal contribuye a mejorar la producción y comercialización de servicios, tal y como exige el art. 3, por lo que el registro resulta catalogable como autorizable.

El mejor funcionamiento de los mercados financieros redundará en beneficio de los usuarios a juicio del Tribunal, dado que, en primer lugar, cabe temer que una institución financiera prudente opte por una prima de riesgo excesivamente elevada, lo que supondrá un tipo de interés más elevado, y el registro al contribuir a una mejor evaluación de los riesgos debe traducirse en una reducción general del coste de las operaciones. Por otra parte, el mejor conocimiento del mercado del riesgo debe tra-

⁶³ Expediente Crédito Asnef-Equifax.

⁶⁴ Sentencia 791 de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo.

⁶⁵ Así se deduce del FJ 2, párrafo 2.º, ya que a diferencia de otras Resoluciones sobre registros de información de crédito, no se relacionan concretamente los datos que se pretende incluir.

⁶⁶ FJ 5.

ducirse en un descenso de primas para los buenos pagadores y correlativo aumento para los mediocres, por lo que a juicio del Tribunal descenderán las primas medias y resultará beneficioso para la economía en general y para los propios usuarios. Además la comercialización de estas bases de datos a la generalidad de las empresas del sector supone que será así también accesible a los que entran de nuevo en el negocio, lo que contribuirá a reducir barreras de entrada y así serán favorables a la competencia.

Sentado lo anterior la Resolución pasa a analizar si el registro que examina no desvirtúa la competencia al poner a disposición de las empresas un exceso de información respecto a la situación del mercado, señalando que el riesgo constituye uno de los elementos esenciales con los que opera el mercado financiero, y el hecho de que las instituciones que operan en él traten de obtener un conocimiento más refinado del mercado del riesgo no entraña necesariamente una conducta anticompetitiva, que sí en cambio se producirá si enfrentadas con un determinado conocimiento del mercado de riesgo, las empresas tratan de establecer una respuesta común.

Para evitar lo que podría constituir un descubrimiento de la política comercial de las entidades individuales, a través de la información sobre la política de riesgos que han seguido en el pasado, el Tribunal considera conveniente que el registro al informar sobre posiciones deudoras de distintos agentes no suministre datos sobre su contrapartida acreedora.

Finalmente se señala que si bien el TDC ha apreciado en el pasado que acuerdos como los que constituyen los registros de morosos pueden dar lugar a prácticas de colusión, la experiencia acumulada en un número creciente de tales registros permite poner en contexto esa apreciación inicialmente negativa y concluir que la probabilidad de colusión no resulta tan elevada como inicialmente se había estimado.

De esta Resolución del TDC discrepan dos de sus vocales, que formulan voto particular.

Un cambio tan drástico en la doctrina sustentada hasta dicha Resolución por el TDC parece que hubiese merecido una justificación más puntual, lo que conllevaría a un análisis actual del mercado sobre el que la práctica incide y su comparación con el existente con anterioridad, en donde el criterio del Tribunal era otro. Sin embargo, el TDC se limita a exponer consideraciones de teoría económica de una forma generalista y sin buscar su apoyo y deducción del análisis de un mercado concreto y los efectos que la práctica produce en la actualidad y sus diferencias con los que derivaban en la situación de mercado en un pasado, no tan lejano, en el que la doctrina del Tribunal era la contraria.

El voto particular discrepante se plantea la falta de concurrencia de las condiciones exigidas por el art. 3.1 LDC para otorgar la autorización singular.

La Resolución de la que se discrepa considera que el registro se encuentra prohibido por el art. 1 LDC en cuanto que supone un intercambio de información entre las entidades financieras sobre el nivel de renta de cada usuario, el nivel de su crédito y sus respuestas respecto al cumplimiento de sus obligaciones, reemplazando el riesgo de la competencia y los azares de las reacciones espontáneas entre competidores, facilitando una respuesta uniforme de las entidades de crédito. Pero, pese a este reconocimiento, opta por autorizar el registro al considerar que la información obtenida va a permitir a aquellas entidades una estimación más correcta del riesgo, contribuyendo a mejorar la producción y comercialización de los servicios financieros con el consiguiente beneficio para los usuarios por una reducción del interés que acarreará.

Pero como se afirma en el voto particular dichas consecuencias beneficiosas, que la Resolución sólo se atreve a señalar como eventualmente posibles, únicamente se explican desde la teoría económica y se hacen depender de la voluntad de las propias entidades financieras. En definitiva, las consecuencias beneficiosas no están acreditadas pese a que el intercambio de información entre operadores económicos resulta pernicioso cuando con ello se proceda a sustituir los riesgos inherentes a la competencia de un determinado sector. Y el intercambio de información entre operadores económicos de un determinado sector puede hacer un mercado tan sólo artificialmente transparente, aumentando las ganancias del propio sector sin contribuir a incrementar el bienestar social del conjunto.

Además de lo anterior el registro autorizado tiende a eliminar la competencia de una parte sustancial de los productos o servicios contemplados, como es el riesgo, no desvirtuándose los argumentos de los anteriores Resoluciones del TDC que denegaban registros similares.

La Resolución del TDC fue recurrida en vía jurisdiccional ante la Audiencia Nacional, quien por Sentencia de 28 de noviembre de 2001⁶⁷ estimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios y declara aquella Resolución no ajustada a Derecho y en consecuencia la anula.

La Audiencia Nacional fundamenta su fallo con los mismos argumentos y razonamientos señalados en su también Sentencia de 7 de diciembre de 2001 que se analiza antes, por lo que se obvia aquí repetirlos, refiriendo al lector a los señalados en aquella sentencia.

Desde la perspectiva del art. 1 no parece poder apreciarse que los registros de morosos ni menos aquellos que contienen mayor información —los conocidos como positivos— estén fuera de las prácticas prohibidas por aquel precepto. No gozando de amparo legal ni de un reglamento de exención por categorías, el único medio para su puesta en práctica es en la actualidad el recurrir a autorización singular del TDC. En este

⁶⁷ Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sentencia 791.

criterio coinciden hasta ahora todas las Resoluciones del TDC y las sentencias de la Audiencia Nacional.

Existiendo respecto de los conocidos como registros de morosos una amplia doctrina consolidada, fundamentalmente por las Resoluciones del TDC, como práctica que resulta autorizable en determinadas circunstancias, parece lo más indicado de cara a un futuro su regulación mediante un Reglamento de exención, sobre todo si se tiene en cuenta las previsiones de la Propuesta de Reglamento que modificaría determinados Reglamentos CEE, a que antes se ha hecho referencia. De esta forma se mantendría nuestra legislación interna sobre competencia en consonancia con los criterios de la Unión Europea.

Los registros que pretenden incorporar mayor tipo de información, que la práctica demuestra además de amplitud muy variable, deberán en todo caso someterse a la obtención de una autorización singular. En este supuesto parece que no resultarán autorizables de acuerdo con los criterios sustentados tradicionalmente por el TDC y por la Audiencia Nacional en las dos sentencias que se analizan más arriba, sin que en los criterios generalistas con que se ha pronunciado el TDC en la autorización concedida a uno de estos registros, que posteriormente revoca la Audiencia Nacional, parezca pueda fundamentar su autorización ante la falta de argumentos aplicables al supuesto, ya que, según se constata, el TDC emplea en aquel supuesto de autorización criterios de teoría económica general sin sustento en el supuesto examinado.

En todo caso al solicitante de la autorización singular corresponderá probar la concurrencia de todos y cada uno de los requisitos que establece el art. 3.1 LDC para que una práctica contraria al art. 1 de dicha Ley resulte autorizable, situación ésta que a mi juicio no se ha producido en ninguna de las Resoluciones examinadas, sin que los argumentos que señala el TDC en el supuesto en que concurrió la autorización, como se ha dicho, sean suficientemente justificativos de la concurrencia de aquellos requisitos ni del cambio en su anterior doctrina.

ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE EN MERCADOS CONEXOS: DOCTRINA RECIENTE DEL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Julio PASCUAL Y VICENTE

Vocal del Tribunal de Defensa de la Competencia
Doctor en Ciencias Económicas y Empresariales

1. PLANTEAMIENTO GENERAL DEL ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE

A. PROHIBICIÓN DE EXPLOTAR ABUSIVAMENTE UNA POSICIÓN DE DOMINIO

a) *Normativa*

La explotación abusiva de una posición dominante se prohíbe tanto por el Tratado de la Comunidad Europea (TCE) como por la Ley de Defensa de la Competencia española (LDC). El primero prohíbe esta conducta en su art. 82 (*ex 86*) y la segunda en su art. 6.

El art. 82 del TCE establece en su primer párrafo lo siguiente:

Será incompatible con el mercado común y quedará prohibida, en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, 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.

Seguidamente y con fines explicativos, el texto del art. 82 incorpora una lista abierta de supuestos constitutivos de abuso desde una posición de dominio en el mercado. Continúa, en este sentido, el art. 82:

Tales prácticas abusivas podrán consistir, particularmente, en:

- a) *imponer directa o indirectamente precios de compra, de venta u otras condiciones de transacción no equitativas;*
- b) *limitar la producción, el mercado o el desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores;*
- c) *aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva;*
- d) *subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según*

los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos.

Por su parte, el art. 6 de la LDC, cuyo título es «Abuso de posición dominante», en la redacción resultante de la modificación introducida por la Ley 52/1999, de 28 de diciembre, prohíbe en su párrafo 1:

*La explotación abusiva por una o varias empresas: a) De su posición de dominio en todo o en parte del mercado nacional. b) De la situación de dependencia económica en la que puedan encontrarse sus empresas clientes o proveedores que no dispongan de alternativa equivalente para el ejercicio de su actividad*¹.

Con anterioridad a la Ley 52/1999, el párrafo 1 del art. 6 de la LDC sólo contenía la prohibición ahora señalada en el apartado a), lo que la hacía textualmente equivalente a la prohibición del art. 82 del TCE. Ahora el art. 6 de la Ley española ha incorporado, también como prohibición, la explotación abusiva de la situación de dependencia, que figuraba con anterioridad y sigue figurando ahora como prohibición específica de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (LCD).

Ciertamente, la inclusión del *abuso de posición de dependencia* entre las prohibiciones de la Ley de Defensa de la Competencia sólo puede entenderse como una modalidad de conducta abusiva de posición de dominio, pues no otra cosa cabe deducir de su inclusión en el art. 6 de la LDC que, como se dijo antes, lleva por título, precisamente: «Abuso de posición dominante»².

En el texto del art. 6 de la LDC española, a imitación del art. 82 del TCE, también figura una lista abierta de supuestos que serían constitutivos de abuso llevados a cabo desde una posición de dominio en el mercado. El apartado 2 de dicho art. 6 dice, en este sentido, lo siguiente:

El abuso podrá consistir, en particular, en:

- a) *La imposición, de forma directa o indirecta, de precios u otras condiciones comerciales o de servicio no equitativas.*
- b) *La limitación de la producción o el desarrollo técnico en perjuicio injustificado de las empresas o de los consumidores.*
- c) *La negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra de productos o de prestación de servicios.*

¹ El párrafo 1.b) del art. 6 de la LDC española concluye señalando que: «Esta situación se presumirá cuando un proveedor, además de los descuentos habituales, debe conceder a su cliente de forma regular otras ventajas adicionales que no se conceden a compradores similares».

² La explotación de la situación de dependencia económica era en nuestra legislación antes de la reforma, y sigue siéndolo después de la misma, una figura típica de la legislación de competencia desleal recogida en el art. 16 de la LCD. Es más, en la Disposición Adicional tercera de la Ley 52/1999 comentada se modifica dicho art. 16 de la LCD, añadiendo dos nuevos supuestos al mismo y precisando la figura de la explotación de dependencia económica en los mismos términos con que aparece definida en la nueva redacción del art. 6 de la LDC. Pero lo ocurrido después de la reforma es que ha pasado a estar también tipificada como una conducta abusiva de posición dominante prohibida por el art. 6 de la LDC.

d) *La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros.*

e) *La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio, no guarden relación con el objeto de los contratos.*

f) *La ruptura, aunque sea de forma parcial, de una relación comercial establecida sin que haya existido preaviso escrito y preciso con una antelación mínima de seis meses, salvo que se deba a incumplimientos graves de las condiciones pactadas por el proveedor o en caso de fuerza mayor.*

g) *Obtener o intentar obtener, bajo la amenaza de ruptura de las relaciones comerciales, precios, condiciones de pago, modalidades de venta, pago de cargos adicionales y otras condiciones de cooperación comercial no recogidas en las condiciones generales de venta que se tengan pactadas*³.

Dejando aparte la anomalía de haber incorporado al art. 6 de nuestra LDC la prohibición expresa de explotar la situación de dependencia económica, el paralelismo entre el tratamiento dado a la prohibición en el Tratado de la Comunidad Europea y en nuestra Ley de Defensa de la Competencia es pleno, por lo que respecta a la explotación abusiva de una posición de dominio en el mercado, como se desprende del análisis de los textos respectivos, art. 82 del TCE y art. 6 de la LDC.

Así, el ámbito material de la prohibición en ambas normas es idéntico (el abuso de una posición de dominio) y únicamente es distinto el ámbito geográfico que es *el mercado común o una parte sustancial del mismo*, para el TCE, y *todo o parte del mercado nacional*, para la LDC.

b) *Objeto y aplicación de la prohibición*

El art. 6 de la LDC y el art. 82 del TCE prohíben la explotación abusiva de una posición de dominio o, en otras palabras, el *abuso* de una posición dominante en el mercado, pero no la posición de dominio en sí. Tampoco prohíben la creación de una posición dominante mediante concentración o de cualquier otro modo.

La situación descrita para la Comunidad Europea y España difiere de la norteamericana *Sherman Act*, cuya sección 2 prohíbe la *monopolización* y la *tentativa de monopolización*⁴, diferencia debida a la diversidad

³ Como puede apreciarse, comparando las aquí reproducidas listas explicativas del art. 82 del Tratado y del art. 6 de nuestra Ley, el contenido de ambas es prácticamente idéntico, con excepción del punto c) del art. 6 de la LDC, que es genuino, y los puntos f) y g), que en la redacción original de la LDC no figuraban y que han sido incorporados a su art. 6 tras la reforma de la misma que se hace mediante la Ley 52/1999.

⁴ La sección 2 de la *Sherman Act* dice textualmente: «Toda persona que monopolice, o intente monopolizar, o se combine, o conspire con cualquier otra persona, o personas, para monopolizar cualquier parte del comercio o de la industria entre los diversos Estados, o con naciones extranjeras,

de orígenes de la legislación europea de defensa de la competencia y de la legislación *antitrust* norteamericana⁵.

La prohibición contenida en el art. 82 del Tratado de la Comunidad Europea es incondicional y surte efecto sin que sea necesaria una decisión previa⁶, por lo que es susceptible de ser aplicada directamente por los jueces nacionales, que pueden verificar si las condiciones para su aplicación se dan y deducir, si es el caso, las consecuencias derivadas en el Derecho interno⁷. Es decir, por ser parte del TCE, goza de la denominada *aplicabilidad directa*⁸.

c) *Generalidad e irrevocabilidad de la prohibición*

La prohibición del art. 6 de la LDC es general para todos los operadores económicos, privados o públicos, cualquiera que sea el medio por el que la posición de dominio haya sido alcanzada, afectando incluso a quienes disfruten de una posición de dominio en el mercado que haya sido otorgada por el Estado. En efecto, el apartado 3 del art. 6 de la LDC especifica que «se aplicará también la prohibición a los casos en que la posición de dominio en el mercado de una o varias empresas haya sido establecida por disposición legal», generalidad que el Tratado de la Comunidad Europea incorpora también, aunque en su art. 86 (*ex* 90).

será considerado culpable de una falta, y convicto de la misma será penado con una multa (...) o con prisión hasta un año o con ambas penas a discreción del Tribunal».

⁵ Ciertamente, el rigor de la *Sherman Act*, en esta materia como en otras, se ha venido moderando, a lo largo de su más de un centenar de años de existencia desde su promulgación en 1890, mediante la aplicación de la *rule of reason* por los jueces norteamericanos, siendo ilustrativo a este respecto constatar cómo uno de los organismos antitrust de los Estados Unidos, la *Federal Trade Commission*, interpretando actualmente la Jurisprudencia, concreta en su vigente *Manual de operaciones* la prohibición de alcanzar o mantener una posición de dominio en el mercado de la *Sherman Act* a cuando se hace «por medios ilícitos». En Europa la legislación de defensa de la competencia aparece más tarde, como Alemania como país pionero, que dicta en 1923 una *Ordenanza contra el abuso de las posiciones de poder económico* que, frente al norteamericano principio de la prohibición, instauro el principio del abuso, es decir, no se prohíbe la posición de dominio, sino sólo el abuso que se haga de al misma. Este enfoque es el que luego habría de incorporarse al Tratado de la Comunidad Europea del que pasa a la Ley de Defensa de la Competencia española de 1989, con un art. 6 entonces fiel trasunto del art. 86 del Tratado (actual 82). Véase, en este sentido, J. PASCUAL Y VICENTE, «La defensa de la competencia: un objetivo político de hoy», en *Gaceta Jurídica y de Defensa de la Competencia*, núm. 207, mayo-junio 2000, pp. 11-12.

⁶ Art. 1 del Reglamento 17. Véase M. WAELBROECK y A. MIGNANI, *Derecho Europeo de la Competencia*, tomo I, Barcelona, Bosch, 1998, p. 298.

⁷ Sentencias *BRT-SABAM I* (30 de enero de 1974), *BRT-SABAM II* (21 de marzo de 1974) y *Ahmed Saeed* (11 de abril de 1989).

⁸ La aplicabilidad directa constituye un mecanismo del que se dota a ciertas normas comunitarias, por el cual éstas son de aplicación en cada uno de los Estados miembros, sin necesidad de que exista ninguna norma nacional al efecto. Así, las normas comunitarias se aplican en los Estados miembros como si de una norma interna propia se tratara. Esta característica la posee tanto el TCE como los Reglamentos que lo desarrollan, en virtud del art. 189 del mismo que establece: «Tendrá carácter general, será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en todos los Estados miembros».

Además de la *generalidad*, otro rasgo que caracteriza a la prohibición de la explotación abusiva de una posición de dominio en España y en la Comunidad Europea es la de la *irrevocabilidad*. Es decir, frente a la posibilidad que el TCE y la LDC conceden para la aplicación de exenciones a las conductas colusorias prohibidas por sus respectivos arts. 81 y 1, las conductas abusivas de una posición de dominio no admiten exención alguna en la normativa europea ni en la española. Aquí no caben, por eso, exenciones plurales, de carácter legal o reglamentario, por categorías; ni tampoco autorizaciones singulares, contrariamente a como, en determinadas condiciones, sí se pueden otorgar a ciertas conductas colusorias.

d) *Elementos de la prohibición*

Los elementos de la prohibición son tres, tanto en el art. 82 del TCE como en el art. 6 de la LDC: 1) existencia de una posición de dominio; 2) comportamiento abusivo, y 3) afectación al mercado.

La normativa europea y la española no aportan precisiones sobre estos tres elementos, por lo que ha sido sobre todo la doctrina del Tribunal de Justicia Europeo (TJE) y, en España, la del Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC) las que han configurado el contenido y el alcance de los mismos, que serán seguidamente analizados.

B. LA POSICIÓN DE DOMINIO

a) *Concepto*

El art. 82 del TCE no define la posición de dominio. El Tratado CECA, en su art. 66, señala que la posición dominante es la que *sustrae de la competencia efectiva* a la empresa que la ostenta. La LDC nada dice al respecto.

En el proceso de ir concretando en el ámbito de la Comunidad Europea el concepto de posición dominante pueden distinguirse varios hitos.

El primero es el *Memorandum* de la Comisión sobre el problema de las concentraciones en el mercado común de 1 de diciembre de 1965⁹, en el que se afirmaba: «La posición de dominio es, en primer lugar, un poder económico; es decir, la facultad que tiene cada empresa dominante de ejercer sobre el funcionamiento del mercado una influencia notable y en principio previsible»¹⁰.

⁹ «Le problème des concentrations dans le marché commun», *Etudes, Série Concurrence*, núm. 3, 3.ª parte, Bruxelles, 1966.

¹⁰ Véase A. PASCUAL SEQUEROS, «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, septiembre-octubre 2000, p. 94.

El TJE, inicialmente inspirado sobre todo en el apartado 2 del art. 66 del Tratado CECA, dijo en la Sentencia *Sirena* de 18 de febrero de 1971 que una empresa se encuentra en posición dominante cuando «tiene la facultad de oponerse al mantenimiento de la competencia efectiva» en el mercado. Lo mismo sostuvo unos meses más tarde en la Sentencia *Deutsche Grammophon* de 8 de junio de 1971.

Sin embargo, poco después, la Comisión, en su Decisión *Continental Can* de 9 de diciembre de 1971, consideró que las empresas están en posición dominante: «cuando tienen una posibilidad de determinar sus comportamientos con independencia que les permita actuar sin tomar en consideración a los competidores, compradores o proveedores».

En esta misma dirección se pronuncia años después el TJE en la Sentencia *Metro-SABA I* de 25 de octubre de 1977. En su Sentencia *United Brands* de 14 de julio de 1978, el TJE eclécticamente combinó su definición de la Sentencia *Sirena* con la definición de la Comisión en la Decisión *Continental Can* y, un año más tarde, la Sentencia *Hoffman-La Roche* de 13 de febrero de 1979 afirmaba que una posición de dominio era:

Una posición de fuerza económica mantenida por una empresa, que le proporciona el poder de obstaculizar el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado de referencia, proporcionándole la posibilidad de comportamientos independientes, en una medida apreciable, frente a sus competidores y clientes y, finalmente, frente a los consumidores.

Posteriormente el Tribunal de Justicia Europeo se ha venido pronunciando en la misma dirección en numerosas Sentencias.

La Comunicación de la Comisión Europea de 9 de diciembre de 1997 incorpora la doctrina de la Sentencia *Hoffmann-La Roche* y, en su punto 10, define la posición dominante como aquella que permite al que la ostenta «comportarse con relativa independencia respecto de sus competidores, clientes y, en último término, consumidores».

En España, el TDC ha venido incorporando explícitamente en algunas de sus Resoluciones recientes esta consolidada doctrina comunitaria sobre el concepto de la posición dominante. A efectos de dejar referencia de este proceso, es obligado hacer referencia a sus siguientes tres Resoluciones de 1999: *Aluminios Navarra* de 10 de mayo, *Electra Avellana* de 7 de julio y *Bacardí* de 30 de septiembre. Esta última precisaba:

Se diría que una empresa disfruta de posición de dominio en un mercado cuando tuviera en éste poder económico e independencia de comportamiento suficientes como para poder actuar sin tomar en consideración las posibles reacciones de los competidores o los consumidores y, de esta manera, ser capaz de modificar en su provecho el precio u otra característica del producto.

De análoga manera lo ha seguido diciendo el TDC en sus Resoluciones posteriores.

Es de destacar que, en el proceso de creación doctrinal sobre el concepto de posición dominante, el elemento que se ha ido decantando como

la clave definitoria es la *independencia de comportamiento* en el mercado. Sólo desde una relativa independencia de comportamiento respecto de competidores, proveedores y clientes resultará hacedera una posición de dominio en el mercado, mientras que sin esa independencia, aunque la empresa abarque gran parte de dicho mercado, no podrá actuar en él al margen de las leyes de la oferta y la demanda, y el precio o cualquier otra característica del producto vendrán determinados por las fuerzas del mercado.

b) *Identificación*

Las autoridades comunitarias, en la aplicación del art. 82 del Tratado a los casos concretos, utilizan diversos enfoques para identificar la existencia de una posición dominante. En general, parten de un análisis estructural del mercado y de la posición en el mismo de la empresa considerada. En ocasiones, además estudian el comportamiento de la empresa en cuestión y el de sus competidores. Ocasionalmente, se analiza también la posible dependencia en que se encuentra la víctima del supuesto abuso respecto de la empresa investigada. El primero es un análisis que se lleva a cabo normalmente en todos los casos, mientras que el segundo y el tercero son habitualmente complementarios del primero¹¹. Seguidamente se comentarán brevemente estos tres métodos de aproximación para determinar la existencia de una posición de dominio.

Son los criterios estructurales generalmente los que proporcionan a la Comisión y al TJE los primeros instrumentos de análisis para determinar si una empresa ostenta una posición dominante. Ya en 1978, el Tribunal de Justicia Europeo, en la Sentencia *United Brands*, había declarado que la investigación sobre si una empresa está en posición dominante «debe hacerse examinando, en primer lugar, su estructura y, después, la situación competencial en dicho mercado». Y el Tribunal añadía que: «La existencia de una posición dominante resulta en general de la reunión de varios factores que, considerados aisladamente, no serían necesariamente determinantes». Los factores de estructura que el TJE considera relevantes para el análisis son los siguientes: recursos y métodos de producción, métodos de presentación, transporte y venta, tecnología e integración vertical. Y, en lo relativo a factores de situación competencial en el mercado, la Sentencia señala que hay que tener en cuenta los siguientes: número y fuerza de los competidores, cuotas de mercado y volúmenes de venta, precios y barreras de entrada.

Por lo que respecta al análisis de los comportamientos, cabe decir que desde tan temprana fecha como 1965, en que hace público su *Memo-randum* sobre el problema de las concentraciones en el mercado común, la Comisión atribuye al comportamiento de la empresa y de sus competidores una importancia de primer orden para dilucidar si existe una

¹¹ Véase M. Waelbroeck y A. Frignani, *op. cit.*, p. 308.

posición de dominio. Es en términos de *comportamiento en el mercado*, principalmente por la capacidad de la empresa de ejercer una influencia en el mismo, como la Comisión definía allí la *posición de dominio*¹². La Comisión hizo uso de esta interpretación en su Decisión *Continental Can* de 9 de diciembre de 1971. El TDC, por su parte, no dejó de atribuir importancia a los factores de comportamiento cuando, no obstante afirmar la necesidad de examinar la situación concurrencial en el mercado, señalaba que «al hacerlo, puede ser útil eventualmente el tomar en consideración hechos evocados a título de comportamientos abusivos sin que al hacerlo haya de reconocérseles necesariamente ese carácter». Y en la Sentencia *Hoffman-La Roche*, el TJE se reafirma en el reconocimiento de la importancia de los criterios conductistas al señalar que la posición dominante «no excluye que se dé una cierta competencia, pero coloca a la empresa que se beneficia de ella en condiciones si no de decidir, por lo menos de influir notablemente sobre las condiciones en que la referida competencia se desarrolla y, en cualquier caso, de *comportarse* [la cursiva es nuestra] en gran medida sin necesidad de tenerla en cuenta y sin que, no obstante lo cual, esta actitud le perjudique»¹³. En todo caso, los criterios de comportamiento se aplican para confirmar las conclusiones derivadas del análisis estructural y para completar éstas cuando no resultan concluyentes.

En cuanto al análisis de dependencia, la Comisión Europea ha utilizado en diversas ocasiones el concepto de *dependencia económica* en expedientes incoados por el art. 82 del Tratado para caracterizar como tal al vínculo entre dos empresas cuando una de ellas se presenta como el *contratante obligatorio* de la otra. Así, entre otras, en la Decisión *General Motors* de 19 de diciembre de 1974, la Comisión consideró que esta empresa disponía en Bélgica de una posición dominante al estar cualquier importador paralelo belga obligado a dirigirse a ella para obtener el certificado de conformidad necesario para que el vehículo importado pueda circular en Bélgica¹⁴. En el mismo sentido se pronunció el TJE en la Sentencia *British Leyland* de 11 de noviembre de 1986.

En España, la ya comentada reciente modificación del art. 6 de la Ley de Defensa de la Competencia, llevada a cabo mediante la Ley 52/1999, de 28 de diciembre, ha situado en primera fila esta modalidad de análisis.

C. EL ABUSO

a) *Concepto*

El TCE y la LDC no definen el abuso que prohíben, sin embargo, en sus arts. 82 y 6, respectivamente. Ha sido el TJE mediante sus Sentencias

¹² *Ibidem*, p. 317.

¹³ M. WAELBROECK y A. FRIGNANI, *op. cit.*, p. 318.

¹⁴ El mercado relevante definido por la Comisión fue, en este caso, el de «los certificados de conformidad para vehículos General Motors importados paralelamente en Bélgica».

quien ha precisando el concepto. Ya en la Sentencia *Continental Can* de 21 de febrero de 1973, asignó al abuso un concepto objetivo, considerando innecesaria la existencia de una relación causal entre la posición dominante y el abuso. La misma posición fue mantenida en la Sentencia *Hoffman-La Roche* de 13 de febrero de 1979. La doctrina inherente a esta concepción objetiva es que el comportamiento de una empresa dominante puede ser contrario al art. 82 aunque no suponga el ejercicio del poder económico que le da su posición de dominio. Es decir, según esta doctrina, para poder imputar abuso de posición de dominio no es necesario que la empresa dominante aproveche que lo es para practicar una conducta explotativa que sería imposible en otro caso, sino que bastaría con que la empresa dominante llevara a cabo una conducta, inocua en otro caso, pero que resultara explotativa desde su posición de dominio. Es el sentido de la declaración contenida en la Sentencia *Hoffman-La Roche*, cuando se refiere al abuso que se da cuando «una empresa dominante, que recurre a métodos diferentes de los que rigen una competencia normal en las transacciones comerciales, amenaza el mantenimiento de la competencia existente en el mercado o el incremento de tal competencia». En el mismo sentido se pronuncia también el TJE en su Sentencia *L'Oreal* de 11 de diciembre de 1980 y otras posteriores. La doctrina que de esta posición del TDC se deriva es que numerosas conductas, que serán consideradas como normales si las adopta una empresa cualquiera en el mercado, pueden resultar prohibidas para una empresa dominante.

Pero, el que se asigne un concepto objetivo al abuso no excluye que sea considerado como tal también el que sea fruto de la relación de causalidad apuntada. Es decir, no es necesario que haya una relación causal para que exista abuso de posición dominante, mas cabe que exista el abuso también cuando se explota causalmente la posición de dominio.

Por lo que respecta a la posición del TDC en esta materia, su Resolución *Revisión/Telefónica* de 8 de marzo de 2000 implica la completa asimilación de la doctrina jurisprudencial comunitaria descrita en el acervo del órgano administrativo español. Así, de modo más claro a cómo antes lo había hecho, expresamente el TDC declara, citando la doctrina de la Sentencia *Hoffmann-La Roche*, que el abuso, con independencia de la forma de adopte, «es un concepto objetivo por el que la empresa dominante, recurriendo a métodos diferentes a los que constituyen la competencia normal en las transacciones comerciales, amenaza el mantenimiento de la competencia existente en el mercado».

b) Responsabilidad de la empresa dominante

De la concepción objetiva del abuso se deriva como consecuencia necesaria la idea de que una empresa dominante tiene, por serlo, una especial responsabilidad en su comportamiento, a la que son ajenas las empresas no dominantes. Es ésta una doctrina muy asentada en la Juris-

prudencia comunitaria. Así, en la Sentencia *Michelin* de 1981, donde el TJE estableció que a la empresa que ostenta una posición dominante le incumbe una especial responsabilidad en el mantenimiento de unas condiciones no distorsionadas de competencia en el mercado, o en una de las más recientes tomas de posición de los órganos jurisdiccionales comunitarios, cual es la declaración del Tribunal de Primera Instancia (TPI) en su Sentencia *Irish Sugar* de 7 de octubre de 1999 donde se precisa que a la empresa en posición dominante «le incumbe una responsabilidad especial de no impedir con su comportamiento el desarrollo de una competencia efectiva y no falseada en el mercado común».

La Comisión Europea, en su Decisión *Copa del Mundo de Fútbol 1998* de 20 de julio de 1999, señaló que esta responsabilidad debe evaluarse teniendo en cuenta las particulares circunstancias que reflejen una situación de debilidad competitiva en el caso concreto, lo que exige examinar el grado de dominación de las partes y cualquier peculiaridad específica del mercado que pueda afectar a la situación concreta de la competencia en el mismo. De este planteamiento se deriva que cuanto más débil sea la competencia en un mercado, una responsabilidad mayor corresponderá asumir a la empresa dominante ¹⁵.

En España, el TDC ha dejado constancia de esta doctrina en diversas Resoluciones recientes. Así, por ejemplo, en sus Resoluciones *Airtel/Telefónica* de 26 de febrero de 1999, *Polvorines* de 26 de enero de 2000, *Gas Sabadell* de 14 de febrero de 2000 y *Retevisión/Telefónica* de 8 de marzo de 2000.

Particular interés tiene la doctrina de esta última sobre una manifestación concreta de esta responsabilidad de las empresas dominantes: la obligación que tienen de seguir manteniendo una actitud competitiva en el mercado. El TDC declara así en la Resolución *Retevisión/Telefónica* «la necesidad de que la empresa dominante mantenga su esfuerzo competitivo, reaccionando con eficacia a las acciones de sus competidores, ya que sólo así se derivarán los efectos beneficiosos de la competencia». Esta idea refresca el debate sobre cuál es la actitud exigible a las empresas con posición dominante. En esta perspectiva se tiene en cuenta particularmente que la competencia puede verse debilitada meramente por permanecer pasiva, anestesiando su afán de superación, la empresa dominante ante las acciones del resto de los operadores en el mercado. En esta Resolución se hace una advertencia a las empresas con una posición de dominio para que sigan comportándose con espíritu empresarial, tratando de superarse a sí mismas y a los competidores. No se trata de un enfoque nuevo, por otra parte. Como en tantos temas, el TJE en época temprana había lanzado ya las ideas seminales. En efecto, en la Sentencia *United Brands* de 14 de febrero de 1976 había afirmado que la existencia de una posición dominante no puede privar a la empresa que la ostenta del derecho de preservar sus propios intereses comerciales cuando éstos

¹⁵ A. PASCUAL SEQUEROS, *op. cit.*, pp. 102-103.

son atacados y que es preciso concederle, en una medida razonable, la facultad de realizar los actos que juzga apropiados con miras a proteger dichos intereses, advirtiéndole, eso sí, que tales comportamientos no se pueden admitir cuando tienen por objeto el reforzar la posición dominante y abusar de ella.

c) *Comportamientos objetivamente justificables de la empresa dominante*

En la Sentencia *United Brands*, el TJE utiliza por primera vez el término de *lo razonable* como baremo para medir la licitud de los actos de la empresa dominante. Es decir, se advierte que ésta debe reaccionar ante sus competidores para proteger sus intereses particulares siempre que sea razonable hacerlo, y lo será cuando su comportamiento no implique reforzar la posición de dominio que esta empresa tiene en el mercado o no abuse de otro modo de su posición de dominio. Esta doctrina es recogida también por el TPI en su reciente Sentencia *Irish Sugar* de 7 de octubre de 1999. Como se ha hecho notar, «las empresas con posición dominante tienen que mantener un difícil equilibrio, conjugando la obligación de ser competitivas en el mercado con un especial cuidado a fin de evitar la restricción de una competencia que por su presencia ya puede verse limitada»¹⁶.

El TDC, en su Resolución *Retevisión/Telefónica*, distingue en la empresa dominante los comportamientos lícitos, que son los que pueden considerarse propios del espíritu competitivo que se espera de ella, y los comportamientos ilícitos, que son los que falsean la competencia en el mercado, y señala como clave para determinar la licitud de la conducta el que ésta tenga una *justificación objetiva*. Posteriormente, en su Resolución *Gas Sabadell* de 14 de febrero de 2000, el TDC ha vuelto a precisar que «hay abuso cuando se impone una condición que no es objetivamente necesaria».

Como A. PASCUAL SEQUEROS ha señalado acertadamente, «la falta de justificación objetiva es una característica propia de las conductas abusivas y una de las razones fundamentales para considerar a éstas contrarias a la competencia», observando que ya la Ley 110/1963, antecesora de la actual Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia, afirmaba expresamente que, para que hubiera abuso, era necesario que la conducta no estuviera fundamentada en razones objetivas¹⁷.

D. EL MERCADO RELEVANTE

a) *Concepto*

El mercado afectado por el comportamiento objeto de interés se conoce, indistintamente, por *mercado relevante*, *mercado en causa* o *mercado*

¹⁶ A. PASCUAL SEQUEROS, *op. cit.*, p. 102.

¹⁷ *Ibidem*.

pertinente. Se trata, en definitiva, del mercado «a tener en cuenta». El punto de partida de todo análisis de competencia y, como es natural, del correspondiente a una conducta presuntamente abusiva de posición de dominio es la definición del mercado relevante, que ha de ser contemplado desde la doble perspectiva del producto y del espacio, lo que se traduce en dos distintas consideraciones del mismo: por una parte, el *mercado de producto*, que habrá que delimitar por el conjunto de productos que se integran en él, y, por otra, el *mercado geográfico*, configurado por los territorios que son partes del mismo.

La delimitación del mercado relevante ha de hacerse tanto desde el punto de vista de la demanda como de la oferta. En lo que concierne a la demanda, los productos integrantes en el mismo deben ser sustituibles desde la perspectiva del consumidor. Del lado de la oferta, se tendrán que considerar las empresas que produzcan o puedan fácilmente producir el producto considerado. En el mercado relevante se consideran habitualmente comprendidas a las empresas que producen efectivamente los bienes o servicios (vendedoras efectivas) y a las empresas que pueden rápidamente modificar sus líneas de producción para proveer los productos de referencia si el precio es suficientemente atractivo (vendedoras potenciales). Que la delimitación del mercado relevante sea muy amplia o muy estrecha produce desiguales resultados en el análisis de competencia que se lleve a cabo. Así, una definición amplia o demasiado estrecha del mercado conducen, respectivamente, a una subestimación o a una sobreestimación de las cuotas de mercado de las empresas y de la tasa de concentración que hay en dicho mercado.

b) *Definición*

La Comisión, en su Comunicación de 9 de diciembre de 1997, considera que las empresas se ven sometidas a tres fuentes principales de presiones en materia de competencia: sustituibilidad de la demanda, sustituibilidad de la oferta y competencia potencial, las cuales inciden de modo diferente en cuanto a eficacia e inmediatez en sus respectivos comportamientos.

La *sustituibilidad de la demanda* es, en opinión de la Comisión, el medio más inmediato y eficaz de condicionar el comportamiento del suministrador de un determinado producto, especialmente en materia de precios, ya que las empresas se verán impedidas de influir en las condiciones de venta reinantes si los clientes pueden fácilmente recurrir a productos sustitutivos o a suministradores situados en otro lugar. Por eso, para definir un mercado habrán de identificarse las fuentes alternativas reales de suministro, tanto por lo que se refiere a productos o servicios como a la situación geográfica de los suministradores.

Las presiones derivadas de la *sustituibilidad de la oferta* considera la Comisión que son, en principio, menos inmediatas y lo mismo ocurre

con las presiones de la *competencia potencial*, por lo que otorga a estos elementos una importancia menor y un tratamiento distinto que a la sustituibilidad de la demanda.

En la Comunicación de diciembre de 1997, la Comisión también precisa los elementos que considera pertinentes para definir un mercado. En cuanto al mercado de producto, son, en primer lugar, las características y utilidades previstas, cuyo análisis permite acotar el ámbito de los productos sustitutivos. Pero como la intercambiabilidad de funciones y la similitud de características pueden no constituir en sí criterios suficientes, ya que las reacciones de los consumidores a una variación de los precios relativos pueden deberse también a otros factores, al análisis previo se añade la consideración de otros elementos, como son comportamientos sustitutivos anteriores ante variaciones de los precios relativos, utilización de ensayos cuantitativos del tipo de modelos de elasticidad y elasticidad cruzada de la demanda con respecto de los precios¹⁸, análisis de series temporales de precios y de relaciones de causalidad entre éstos, o estudios de mercado aportados por las empresas que, en el caso de bienes de consumo, permitan revelar las preferencias de los consumidores o usuarios. Finalmente, la Comisión considera, cuando procede, los obstáculos y costes relacionados con el desplazamiento de la demanda hacia productos sustitutivos, los cuales pueden ser de muy distinto origen, como impedimentos reglamentarios o barreras técnicas, económicas o financieras asociadas.

En cuanto a los elementos que la Comisión considera pertinentes para definir un mercado geográfico, la Comunicación referida señala primeramente las características básicas de la demanda, que pueden en sí mismas determinar la extensión del mercado geográfico. Eventualmente, también utilizará elementos de prueba de desvíos de pedidos a otras zonas en el pasado, se analizará la localización geográfica de las compras por parte de los consumidores o se tendrán en cuenta los flujos comerciales y se examinarán las barreras y costes asociados al desvío de pedidos hacia empresas de otras zonas.

2. ABUSO EN UN MERCADO CONEXO

A. MERCADOS CONEXOS

Hasta ahora, cuando se ha hecho referencia al abuso de posición de dominio por parte de una empresa, siempre ha sido con relación a un

¹⁸ La elasticidad cruzada de la demanda es un instrumento que el análisis económico proporciona para estimar la intercambiabilidad o sustituibilidad entre dos productos que pertenecen a un mismo mercado relevante. Se define como el cociente de variaciones relativas de la demanda de cada uno de ellos al variar el precio del otro y mide el desplazamiento que experimenta la demanda de uno al variar el precio del otro, de tal modo que cuanto mayor sea este desplazamiento ante una pequeña variación del precio, mayor será esa elasticidad y, en consecuencia, la sustituibilidad entre los dos productos.

mercado en el que la empresa en cuestión ostenta la posición dominante y en el que se producen todos los efectos de la explotación abusiva de la misma. Pero en la realidad puede acontecer que una empresa con posición de dominio en un mercado se aproveche de la misma para tratar de producir efectos en otro mercado relacionado. Es a estas situaciones a las que se refiere la conocida como *doctrina de los mercados conexos*, que ha ido configurándose a partir de la orientación seguida en sus Sentencias por el Tribunal de Justicia Europeo y determina en qué circunstancias es abusiva la conducta de una empresa dominante en un mercado cuando su actuación produce efectos en un mercado conexo.

B. CONDUCTAS ABUSIVAS EN MERCADOS CONEXOS

El TJE, en la citada Sentencia *Commercial Solvents* de 1974, había declarado abusiva la negativa de suministro del productor dominante de aminobutanol a una empresa con la que competía en el mercado conexo de un medicamento antituberculoso para cuya fabricación se utilizaba como materia prima el aminobutanol.

La Comisión, por su parte, en su Decisión *ECS/AZCO* de 14 de diciembre de 1985, declaró que la empresa *AZCO*, dominante en el mercado de los peróxidos orgánicos, había abusado de su posición dominante en este mercado al tratar de eliminar a la empresa *ECS* del mercado conexo de los aditivos para harina, en el que esta última había intentado entrar, criterio luego confirmado por el Tribunal de Justicia en su Sentencia de 3 de julio de 1991. En la Decisión *BPB Industries* de 5 de diciembre de 1988, confirmada por las Sentencias de 1 de abril de 1993 (del Tribunal de Primera Instancia) y de 6 de abril de 1995 (del Tribunal de Justicia), se declaró aplicable el art. 86 del Tratado a una conducta de una empresa dominante en el mercado de planchas de yeso consistente en conceder una ventaja en el mercado conexo del yeso a quienes sólo a ella le compraban las planchas.

En todos estos casos, la empresa dominante se proponía extender a otro conexo la posición dominante que ostentaba en un mercado o consolidar su posición de dominio en un mercado mediante acciones en otro conexo.

El TDC, por su parte, acaba de dictar dos Resoluciones ilustrativas al respecto, que posteriormente serán comentadas como representativas de su más reciente doctrina en materia de abuso de posición dominante en mercados conexos. Una es la Resolución *TUBOGÁS/REPSOL* de 7 de marzo de 2002 y la otra, la Resolución *Tabacalera/Mc Lane* de 24 de abril de 2002.

C. EL CASO PARTICULAR DE LAS *ESSENTIAL FACILITIES*

Un caso particular de explotación abusiva en mercado conexo de una posición de dominio se produce cuando una empresa dominante en un mercado dispone en exclusiva de un servicio que es esencial para poder actuar en un mercado conexo y niega su utilización a un competidor.

La Comisión Europea aplicó esta doctrina a las conductas de ciertas compañías aéreas dominantes, que consideró anticompetitivas porque habían negado a nuevos operadores en el mercado el acceso a sus sistemas de reserva o la conexión con sus líneas (Decisiones *London European c. Sabena*¹⁹ y *British Midland c. Air Lingus*²⁰).

En 1993, la Comisión aplicó la doctrina de las *facilidades esenciales* en la Decisión *B & I Line PLC c. Sealink Harbours, Ltd., and Sealink Stena, Ltd.*, de 21 de diciembre, donde estableció que una empresa de transporte portuario que dispone en exclusiva de ciertas instalaciones imprescindibles para el mismo abusa de su posición de dominio en el mercado si sólo permite el uso de esas instalaciones a otras empresas de transporte portuario en condiciones abusivas, como resultó serlo al ofrecer el uso únicamente en horarios no comerciales. Textualmente, la Decisión precisaba:

Una empresa que ocupa una posición dominante no puede efectuar discriminaciones en favor de sus propias actividades en un mercado conexo. Se produce un infracción del art. 86 (actual art. 82 del Tratado de la Comunidad Europea) cuando el propietario de instalaciones básicas utiliza su poder en un mercado para proteger o reforzar su posición en un mercado conexo, en particular, negando el acceso a un competidor o concediéndoselo en condiciones menos favorables que aquellas de que disfrutaban sus propios servicios e imponiendo, así, una desventaja a su competidor desde el punto de vista de la competencia.

Por otra parte, la doctrina de las *essential facilities* es incorporada por la Comisión en su Comunicación sobre aplicación de las normas de competencia en los acuerdos de acceso en las telecomunicaciones²¹, estableciendo las siguientes condiciones para su aplicación: 1) El acceso a la infraestructura ha de ser esencial para competir. 2) La infraestructura debe tener capacidad suficiente para ofrecer el acceso a terceros. 3) El titular de la infraestructura, mediante su negativa de acceso, debe haber impedido la aparición o el desarrollo de competidores. 4) La empresa que solicite el acceso a la infraestructura debe pagar un precio razonable y no discriminatorio a su titular. 5) No ha de haber una razón justificada para la denegación del acceso a la infraestructura.

¹⁹ DOCE, núm. L 317 (1988).

²⁰ DOCE, núm. L 96 (1992).

²¹ DOCE, núm. C 265/2 (1998).

El Tribunal de Justicia Europeo, por su parte, podría considerarse que aplicó por primera vez esta doctrina en la ya citada Sentencia *Comercial Solvents* (1974), en la que, tras examinar la negativa de un fabricante de determinados medicamentos y de una materia prima indispensable para elaborar éstos a suministrar dicha materia prima a otros fabricantes de los mismos medicamentos, consideró que tal negativa de suministro constituía un abuso de posición dominante al darse las siguientes circunstancias: 1) La negativa de suministro provocaba un perjuicio en las condiciones de competencia del mercado de fabricación de medicamentos. 2) El negado servicio de suministro de la materia prima no suponía ninguna dificultad para su fabricante. 3) No había razones que justificaran la negativa.

Entre otros casos que también jalonan la doctrina comunitaria de las *essential facilities*, cabe destacar los siguientes: el caso *Decca Navigation System* (1989), en el cual se declaró el abuso de posición dominante de esta empresa por no informar de los cambios de las señales electrónicas producidas por sus equipos de navegación marítima; el caso *Magill* (1991), en el que se declaró que tres compañías de televisión habían abusado de su posición dominante al negar los detalles de su programación a un editor de guías de programas de televisión que competía con las guías editadas por las propias cadenas de televisión; el caso *ITT/Promedia/Belgacom* (1997), en donde se declaró abusiva la negativa por la empresa telefónica dominante de proporcionar información a un nuevo competidor en el mercado conexo de las guías telefónicas.

El más reciente pronunciamiento del Tribunal de Justicia Europeo a propósito de la doctrina de las *essential facilities* ha sido en la Sentencia *Oscar Bronner* de 26 de noviembre de 1998. En la misma, el Tribunal de Justicia Europeo responde a una cuestión prejudicial, presentada por un tribunal austriaco, sobre si la negativa a distribuir un periódico competidor de la única empresa editora de Austria que dispone de una red de suministro de prensa a domicilio constituye un abuso de posición de dominio según la legislación comunitaria. El Tribunal de Justicia Europeo consideró que habrían de concurrir los siguientes tres requisitos para que estuviera justificada la obligación de la empresa dominante a ofrecer el acceso de sus servicios a un competidor: 1) Que la negativa implique la eliminación de toda competencia en el mercado de referencia. 2) Que la negativa no tenga ninguna justificación objetiva. 3) Que el acceso sea imprescindible para el desarrollo de las actividades del competidor solicitante. El Tribunal consideró en este caso que únicamente de existir obstáculos técnicos, reglamentarios o económicos que hicieran imposibles las actividades del competidor, y además si no hubiera otra alternativa real o potencial al citado reparto a domicilio para vender periódicos, estaría justificada la imposición de conceder acceso a la red de distribución del operador dominante, circunstancias que no parecían concurrir en el caso referenciado, por lo que Tribunal declaró como no acreditado el supuesto abuso de posición dominante en relación con el cual era requerido.

D. CONDUCTAS QUE NO EXTIENDEN O CONSOLIDAN EL DOMINIO EN EL MERCADO CONEXO

La cuestión se presenta más resbaladiza cuando no resulte probado que la empresa encausada se propone extender a un mercado que no domina el dominio de que dispone en otro mercado conexo, o cuando la conducta probada de la empresa dominante en un mercado no esté acreditado que sirva para consolidar su dominio en otro mercado conexo.

El asunto *Tetra Pak II* es ilustrativo al respecto. La Comisión, en su Decisión de 24 de julio de 1991, condenó a esta empresa, dominante en el mercado del envasado aséptico de alimentos líquidos, por precios predatorios practicados en el mercado del envasado no aséptico, al considerar que Tetra Pak gozaba en este último mercado de una posición «preeminente», aunque sin llegar a declarar que fuera dominante. La relación existente entre ambos mercados y el hecho de que la empresa pudiera financiar las ventas a pérdida de los envases no asépticos con los beneficios obtenidos en los envases asépticos llevaron a considerar a la Comisión que la conducta de Tetra Pak en el mercado del envasado no aséptico infringía el art. 86 del Tratado. En Sentencia de 6 de octubre de 1994, el Tribunal de Primera Instancia confirmó el criterio de la Comisión y señaló:

Las prácticas llevadas a cabo por Tetra Pak en los mercados (de envases) no asépticos pueden estar comprendidas en el ámbito de aplicación del art. 86 del Tratado, sin que sea necesario demostrar la existencia de una posición dominante (...), en la medida en que la preeminencia de esta empresa en los mercados (de envases) no asépticos, combinada con la conexión existente entre dichos mercados y los mercados (de envases) asépticos, confiere a Tetra Pak una independencia de comportamiento frente a los demás operadores económicos presentes en los mercados (de envases) no asépticos que puede justificar su responsabilidad particular, con arreglo al art. 86, en el mantenimiento de una competencia efectiva y no falseada en estos mercados.

Esta posición del Tribunal de Primera Instancia, que confirmaba la condena de Tetra Pak por la Comisión, en aplicación del art. 86 del Tratado, sin haber declarado la posición dominante de esta empresa en el mercado de los envases no asépticos, sino meramente considerando que tenía una posición «preeminente» en el mismo, ha sido severamente discutida por varios autores, que consideran que, al ignorar el Tratado el concepto de posición «preeminente» o «casi dominante», el mismo sólo limita la libertad de las empresas cuando existe previamente posición dominante en el mercado conexo o se puede alcanzar mediante la conducta probada²².

²² Vid. M. WAELBROECK y A. FRIGNANI, *op. cit.*, pp. 372-374; L. SANFILIPPO, «Abuse of Freedom of Conduct: Neighbouring Markets and Application of Article 86», *European Business Law Review*,

Como perspicazmente hacen notar WAELBROECK y FRIGNANI, el Tribunal de Justicia Europeo, en su Sentencia de 14 de noviembre de 1996 sobre el asunto Tetra Pak, ha tenido en cuenta en cierta medida estas objeciones. En efecto, el Tribunal ha señalado que la aplicación del art. 86 a una conducta en un mercado distinto del dominado sólo será justificable en presencia de «circunstancias especiales» —dadas en este caso, a juicio del Tribunal— que prueben que la empresa encausada goza de una libertad de acción que no tienen sus competidores en este mercado distinto²³.

En definitiva, un abuso en un mercado distinto del dominado sólo ha de ser tomado en consideración desde la perspectiva del art. 82 del TCE (o del art. 6 de la LDC) si presenta una conexión con la posición dominante, bien porque ostente esta posición también en el segundo mercado y la conducta constituya una explotación de la misma, o porque conduzca a alcanzarla o, en su caso, a reforzarla²⁴.

3. DOCTRINA DEL TDC SOBRE ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE EN MERCADOS CONEXOS

No ha tenido el TDC muchas oportunidades en su historia de casi cuarenta años de pronunciarse sobre conductas anticompetitivas que hayan significado el abuso en un mercado por parte de una empresa dominante en otro mercado conexo con el primero. Las oportunidades han sido más bien escasas y se han presentado recientemente. De las mismas, destacan dos que acaban de producirse. La primera ha tenido como protagonista de la conducta declarada abusiva en el mercado conexo de revisión periódica de instalaciones a Repsol Butano, S. A., que ostenta una posición de dominio en el mercado principal del suministro de gas butano. En la segunda, la protagonista de la infracción de la LDC ha sido la empresa Tabacalera, S. A., que, siendo dominante en el mercado de fabricación de labores de tabaco en la Península y Baleares y en el mercado conexo de distribución mayorista de dichas labores en el mismo ámbito geográfico, ha aprovechado la posición dominante en el primer mercado, donde ostenta todavía el monopolio legal de fabricación, para conservar su posición de dominio en el segundo mercado después de que el legislador decidiera retirarle el monopolio legal que durante muchos años le había permitido disfrutar. Seguidamente se ofrece una breve descripción de estas recientes Resoluciones del TDC, dictadas ambas en el primer trimestre de 2002.

1995, p. 71; N. LEVY, «Tetra Pak II: Stretching the Limits of Article 86?», *European Competition Law Review*, 1995, p. 104.

²³ *Ibidem*, p. 374.

²⁴ *Vid.*, en este sentido, H. E. AKYÜREK-KIEVITS, *Nota sobre la Sentencia «Michelin, Social Economische Wetgeving»*, 1984, pp. 737-741.

A. RESOLUCIÓN *TUBOGÁS/REPSOL*

El TDC, en la Resolución *TUBOGÁS/REPSOL* de 7 de marzo de 2002, declara acreditada la realización por parte de Repsol Butano, S. A., de una conducta prohibida por el art. 6 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, consistente en la explotación abusiva de la información que posee como empresa suministradora de gas en beneficio de sus Servicios Oficiales que revisan las instalaciones, que prestan este servicio en régimen de franquicia.

El Tribunal ha considerado que Repsol Butano, S. A., ostenta una posición dominante en el mercado de la distribución de gases licuados de petróleo y que es receptor de la información que deben transmitirle todos los usuarios sobre las fechas en que realizan las revisiones periódicas que, por motivos de seguridad, impone la legislación vigente. En el mercado conexo de servicios de revisiones periódicas obligatorias, la franquicia Servicio Oficial Repsol Butano, S. A., de la que Repsol Butano, S. A., es franquiciador, cuenta con 388 empresas distribuidas por todo el país, recibiendo por ello un canon de franquicia que se establece sobre el importe de las revisiones realizadas por las empresas franquiciadas.

La información sobre este mercado, de la que es depositaria la empresa Repsol Butano, S. A., por disposición legal, resulta de importancia estratégica para las empresas que ofrecen los servicios de revisión, ya que no sólo proporciona el censo de usuarios, sino que permite ofrecer el servicio a cada cliente precisamente en el momento en que lo necesita. Dicha información sólo está disponible para las empresas franquiciadas por Repsol Butano, S. A., que gozan así de una ventaja sustancial sobre sus competidores, que sólo disponen del censo de usuarios a los que han realizado una instalación inicial o a los que han revisado su instalación recientemente.

En estas condiciones, el Tribunal ha estimado que Repsol Butano, S. A., al ignorar desde su posición dominante en el mercado de la distribución la solicitud que otras empresas de revisión le hicieron de esa información estratégica sólo disponible para ella y su red de franquicias, ha cometido un abuso de posición dominante prohibido por el art. 6 de la Ley de Defensa de la Competencia.

B. RESOLUCIÓN *MC LANE/TABACALERA*

En su Resolución *TABACALERA/MC LANE* de 24 de abril de 2002, el TDC declara la comisión por parte de Tabacalera, S. A., de una conducta abusiva de posición dominante prohibida por el art. 6 de la Ley de Defensa de la Competencia, consistente en haber negado injustificadamente el suministro de sus labores de tabaco a la empresa Mc Lane España, S. A.,

para su posterior distribución mayorista, actividad para la que esta última había obtenido la licencia administrativa correspondiente.

Resultó acreditado que Tabacalera, S. A., ostentaba en la fecha de autos una posición de dominio en los dos mercados conexos de fabricación y distribución mayorista de labores de tabaco en el territorio peninsular y balear, disponiendo del monopolio de fabricación y siendo el único distribuidor mayorista que operaba de hecho en dicho mercado.

El Tribunal consideró que la negativa de Tabacalera, S. A., a suministrar a Mc Lane España, S. A., sus propias marcas de labores de tabaco, para que ésta posteriormente distribuyera al por mayor las mismas, estaba impidiendo la entrada de nuevos operadores en este mercado de distribución y significaba por parte de Tabacalera, S. A., un aprovechamiento de su posición de dominio en el mercado de fabricación con el fin de impermeabilizar la posición dominante de que también disponía en el mercado de distribución.

Esta conducta, según el TDC consideró, constituye una explotación abusiva de posición de dominio por parte de Tabacalera, S. A., prohibida por el art. 6 de la LDC, en este caso además precisada en el párrafo 2.c) de dicho artículo de la Ley.

Por lo que se refiere a la modalidad y alcance de esta conducta de Tabacalera, S. A., el TDC ha considerado muy grave la misma porque ha implicado una obstrucción efectiva por parte de Tabacalera, S. A., al proceso de liberalización del mercado de distribución mayorista de labores de tabaco querido por el legislador, hasta el punto de haber logrado impedir que todavía no exista competencia en este mercado de distribución mayorista. En la Resolución del TDC se destaca esta cuestión con las siguientes palabras:

En cuanto a la modalidad y alcance de la restricción de la competencia, se impone reputar como de muy grave la conducta de TABACALERA, y de consecuencias determinantes para que aún no exista competencia en el mercado de distribución mayorista de labores de tabaco como ha querido el legislador. No resulta ocioso insistir en la gravedad que tiene una conducta como la que aquí se declara que ha practicado TABACALERA, consistente en aferrarse mediante prácticas ilegales a la condición de monopolista que antes la Ley le otorgaba y que después le retiró. Esta conducta significa una obstrucción inadmisibles a un proceso de liberalización que el legislador ha querido.

En esta Resolución el TDC recoge una alegación de Tabacalera, S. A., mediante la que esta compañía pretende justificar su negativa de suministro a otra empresa invocando «la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado» que consagra la Constitución Española en su art. 38. Es ésta una cuestión de gran interés porque ciertamente el ámbito de libertad de empresa que para ser desarrollada en el marco de la economía de mercado garantiza la Constitución de modo expreso ha de impedir cualquier tipo de decisiones de los poderes públicos que

vulnere ese espacio de libertad reconocido. Pero el espacio de libertad que un sistema de economía de mercado implica no equivale a un ámbito de autonomía ilimitada para las personas y empresas, sino, muy al contrario, es un espacio normado en el que la autonomía de la voluntad queda sometida al imperio de la ley, aunque ésta haya de constreñirse fundamentalmente a establecer las reglas de juego y hacerlas cumplir, tratando de impedir al propio tiempo cualquier acción que impida al propio mercado funcionar.

La mencionada alegación de Tabacalera, S. A., ofrece al TDC la oportunidad, que no desaprovecha, de hacer una declaración al respecto que, por su interés, merece ser reproducida. Dice así el TDC:

En cuanto a que la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado que consagra la Constitución Española ampare una ilimitada libertad de contratación, como argumenta TABACALERA, resulta bien lejano de la realidad. Por lo que respecta al Derecho de la competencia, al que se refiere este expediente, bastaría señalar que gran parte de su contenido consiste precisamente en prohibiciones limitativas de la libre contratación, en beneficio del mercado, para cuyo correcto funcionamiento es imprescindible que la libre competencia sea salvaguardada de las conductas de los operadores económicos que la perturben o que pretendan perturbarla porque, cuando la competencia se destruye o se aquieta, el mercado deja de funcionar adecuadamente y ya no puede cumplir bien sus funciones entre las que destaca el asignar óptimamente los siempre escasos recursos de la sociedad. Es precisamente la consagración constitucional de la economía de mercado lo que justifica la represión desde los poderes públicos de las conductas que atentan contra la libre competencia, en perjuicio frecuentemente de la libre contratación.

El TDC intima a Tabacalera, S. A. (a Altadis, S. A., nuevo nombre de la antigua empresa tabaquera), para que cese en esa conducta y, si Mc Lane España, S. A., lo desea, proceda a efectuar los suministros pedidos en condiciones no discriminatorias, así como para que en lo sucesivo se abstenga de conductas semejantes.

Además le impone la publicación de la parte dispositiva de la Resolución en el *Boletín Oficial del Estado* y en la Sección de Economía de dos diarios de circulación nacional de entre los cinco de mayor tirada.

Finalmente, el TDC sanciona a Altadis, S. A., con una multa de tres millones de euros y le impone multas coercitivas para el caso en que retrasare el cumplimiento de su obligación de suministro y de cada una de sus obligaciones de publicar la parte dispositiva de la Resolución.

LA EXPERIENCIA DE LA REGULACIÓN DE LAS TELECOMUNICACIONES FIJAS EN ESPAÑA. UNA REFLEXIÓN PARA EL FUTURO

José LÓPEZ-TAFALL BASCUÑANA

Director de Relaciones Institucionales y Regulación
RETEVISIÓN

Durante los últimos cuatro años, desde el inicio efectivo del proceso de liberalización de las telecomunicaciones fijas en España, en enero de 1998¹, el sector ha adquirido una importante presencia en casi todas las áreas de la sociedad. En efecto, las telecomunicaciones se han convertido en una de las principales apuestas de futuro de todas las Administraciones Públicas (con el Plan INFO XXI como ejemplo más representativo); las nuevas tecnologías y servicios, con Internet a la cabeza, han entrado en nuestros hogares y lugares de trabajo; y, en general, la idea de vivir los inicios de lo que se llama la Sociedad de la Información está plenamente extendida.

Los mensajes sobre el sector son, sin embargo, confusos. Frente al optimismo de los que creen que la Sociedad de la Información ya está aquí y sólo queda sentarnos a ver cómo florece a nuestro alrededor, otros indican que hay graves riesgos de que se retrase o, peor aún, que sólo llegue para algunas capas de la sociedad. En paralelo, el sector no deja de producir todo tipo de noticias y polémicas: desde el «boom de las .com» al «pinchazo de la burbuja tecnológica», pasando por generalizaciones de nuevos servicios como la tarifa plana o la televisión digital, conflictos regulatorios, congelaciones o cierres de proyectos empresariales, retrasos tecnológicos (como el de UMTS), etc.

Todo ello, sin duda, da para escribir no uno, sino varios libros. Sin embargo, la intención de este artículo es más modesta (y su extensión, por respeto al editor, también ha de serlo), pues sólo pretende reflexionar sobre cómo está influyendo la política de regulación en esta evolución. En definitiva, tanta polémica y tan elevados conceptos oscurecen, muy a menudo, los elementos básicos que conforman el sector. Entre ellos, pocos hay más importantes que el hecho de ser un sector de red, desarrollado exclusivamente con capital privado y sometido a una fuerte incer-

¹ El 23 de enero de 1998 se produjo el lanzamiento de los servicios de telefonía de RETEVISIÓN.

tidumbre tecnológica, y donde la regulación activa es básica para su desarrollo, del mismo modo que lo ha sido para su nacimiento.

Para ello, en primer lugar el artículo repasa cuál es la lógica de la regulación del sector y su necesidad económica, haciendo especial énfasis en el modelo seguido en nuestro país. En segundo lugar, se analiza cómo ha funcionado este modelo y qué se plantea como posible evolución a medio plazo. En tercer lugar, repasa cuáles son las causas de la situación actual. Por último, se destacan algunas propuestas relativas a la regulación que necesita el sector para consolidar la competencia a largo plazo.

1. LA LÓGICA DE UNA POLÍTICA LIBERALIZADORA

A. EL EMPUJE DE EUROPA

Sin necesidad de repasar hechos de sobra conocidos, como las características de la normativa comunitaria o su evolución en el tiempo, sí es conveniente recordar que la liberalización y regulación del sector de las telecomunicaciones es un fenómeno que no hubiera sido posible sin el impulso tanto de la Comisión como del Consejo y Parlamento Europeo, y ello sobre la base de una sólida reflexión de lo que tal liberalización debía significar.

En concreto, la actual regulación del sector no es sino una consecuencia más de la preocupación que a lo largo de los años ochenta y primeros noventa existía en Europa respecto a la pujanza económica y tecnológica de los otros dos bloques económicos mundiales, los EEUU y Japón. En la década de los ochenta, esta preocupación se tradujo en hechos como el avance del mercado interior, con el Acta Única y su evolución posterior, o, por ejemplo, en la aparición de los grandes programas de I+D paneuropeos.

En la década de los noventa, este impulso horizontal, que culmina con el proyecto de la Unión Económica y Monetaria, necesitaba sin embargo profundizar en aspectos sectoriales, y la atención de Europa pronto se orientó hacia el sector de las telecomunicaciones, hasta entonces uno de los «monopolios sagrados» del continente.

Dos hechos fueron para ello relevantes. En primer lugar, el progresivo adelanto que los EEUU estaban adquiriendo respecto a Europa en el uso de Internet, fenómeno reforzado por la aparición de un nuevo tejido empresarial en los EEUU con base en las operadoras que aparecen tras el desmantelamiento de la ATT a inicios de los ochenta.

En segundo lugar, la progresiva convicción en el campo de la regulación de que la liberalización y la re-regulación del sector era posible, y que esto no sólo traería beneficios inmediatos sobre el nivel de precios (la inflación era ya entonces una de las preocupaciones europeas) sino también sobre el nivel de eficiencia en la prestación de servicios por parte

de los antiguos monopolios, así como la aparición de nuevos servicios. Las experiencias norteamericana y británica, como la australiana o, posteriormente, la sueca, servían de argumento a quienes apostaban por una apertura del sector.

Ésta fue, finalmente, la solución adoptada, y para ello Europa se dotó de un marco normativo común que, conocido con carácter general como Directivas ONP, constituye la base para la posterior evolución del sector y la normativa en todos los países europeos.

Así pues, de aquí cabe obtener una primera enseñanza: la liberalización del sector no buscaba, en ningún momento, una mejora temporal de la situación en Europa, sino un cambio estructural. No bastaba con bajar los precios (pues para eso ya funciona, y muy bien, el monopolio regulado), sino que se pretendía poner en marcha todo un nuevo sector que, basado en la inversión e innovación, garantizara una competencia efectiva a medio plazo.

B. LA NECESIDAD ECONÓMICA DE LA REGULACIÓN

Planteado, pues, el debate de abrir a la competencia un sector como las telecomunicaciones, la reflexión a hacer era obvia: ¿cómo hacerlo? Pues bien, sólo existe una manera de intentar obtener una respuesta, y no es otra que analizando las características económicas y estructurales del sector. En definitiva, se debía evitar caer en un error muy generalizado, que no es otro que pensar que el papel lo aguanta todo y, por consiguiente, el sector que se regula también. Antes al contrario, no hay nada más perjudicial para un proceso regulador que realizarlo sin conocer en detalle la realidad económica sobre la que se actúa.

El modelo europeo elegido constata lo que es evidente: el sector de las telecomunicaciones es, como el de los transportes, la electricidad, etc., un ejemplo de lo que se denomina «industria de red», cuya principal característica es el hecho de ser intensivas en el uso de infraestructuras. Esto, en consecuencia, exige realizar cuantiosas inversiones, crea importantes barreras de entrada al sector y otorga importantes economías de escala y alcance a los operadores en él instalados. De hecho, esta estructura económica fue la que motivó su consideración históricamente como un monopolio natural y su organización como un monopolio legal. Los cambios tecnológicos experimentados en los ochenta y noventa demostraron, sin embargo, que numerosos campos del sector no disfrutaban de tal característica o, incluso, que aun subsistiendo partes en las que se podría generar (como la red de acceso), los beneficios de la regulación superaban a los del modelo de monopolio.

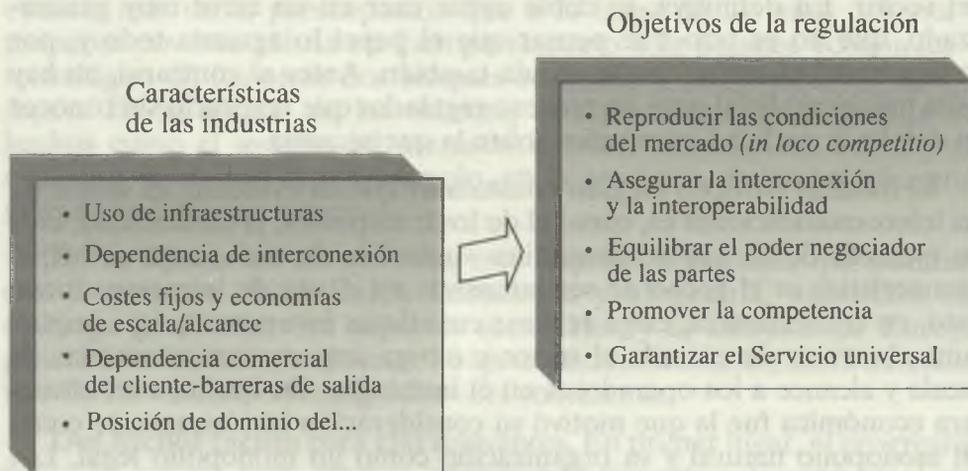
Adicionalmente, la configuración del sector como un monopolio legal durante muchas décadas no hacía sino reforzar las barreras de entrada al mismo. La posición de dominio en redes se veía acompañada de una posición similar en el ámbito comercial, que incluso llegaba a aspectos

industriales (se configuraba en cada mercado como un cuasi-monopsonio de la industria nacional) o de recursos humanos (prácticamente el 100 por ciento de los ingenieros de telecomunicaciones de un país trabajaban en el monopolio o empresas vinculadas a él), por no citar los relativos a la relación con el cliente o la propia Administración (en muchos países, como en España, ni siquiera existían estadísticas públicas sobre el sector más allá de las publicadas por el monopolista).

Enfrentada a esta estructura económica, los objetivos del regulador pasan por conseguir emular en el sector la situación de competencia. Para ello, y como se recoge en el gráfico 1, resultaba fundamental establecer unas condiciones de mercado que restablecieran el equilibrio entre los operadores y evitara que los monopolistas usaran su posición de dominio para, sencillamente, expulsar a los entrantes del nuevo sector. Las ventajas obtenidas de la libre competencia en innovación, inversión y eficiencia justificaban así la adopción de una política regulatoria sectorial, mucho más extensa y detallada que la política horizontal de defensa de la competencia, y que se debía basar en un concepto muy simple pero, a la vez, muy fácil de malinterpretar y, también, por qué no, de tergiversar. Me refiero a la regulación asimétrica.

GRÁFICO 1

LA LÓGICA REGULATORIA EN TELECOMUNICACIONES



Para los incumbentes, como se llama hoy a los ex monopolios, este concepto no es más que la ayuda artificial e ineficiente que se da a los entrantes y que, siguiendo su argumentario, lo único que hace es fomentar operadores parásitos² o, en el mejor de los casos, ineficientes. Frente

² Declaraciones del Presidente de Telefónica en la Asociación para el Progreso de la Dirección, 1998.

a esta visión, debe destacarse que la regulación asimétrica, pese a lo que su nombre indica, es precisamente el paradigma de la simetría, pues sólo pretende reequilibrar las condiciones de partida en un mercado en el que uno de los jugadores, el ex monopolio, disfruta de una posición de dominio no por haberla ganado lícitamente en competencia, sino tan sólo por haber tenido un monopolio legal durante décadas. En estas circunstancias, permitir que el uso de esta ventaja artificial consiga su (lógico) objetivo, que no es otro que impedir la entrada en el mercado de nuevos operadores, sería no sólo injusto sino, peor aún, posiblemente ineficiente y negativo para el conjunto de la sociedad, que vería cómo una parte muy importante de su futuro (la llamada Sociedad de la Información) depende de un único proveedor.

Pues bien, en el marco regulador europeo y español la regulación asimétrica es la clave fundamental, y de ella cuelgan las distintas herramientas que componen la regulación del sector. Aspectos como la necesidad de interconexión, la orientación a costes de los precios del operador incumbente, el mantenimiento de la regulación de precios finales y mayoristas, la herramienta del alquiler del bucle o la propia existencia de Autoridades Reguladoras Nacionales (ARN's) son, como las propias directivas comunitarias o la normativa española, desarrollos concretos de este principio, sin el cual la única regulación del sector sería la horizontal de defensa de la competencia.

De nuevo cabe obtener de todo lo anterior una segunda enseñanza, necesaria para cuando valoremos posteriormente cómo ha evolucionado el sector en nuestro país. El éxito en la regulación del sector reside en mantener su coherencia con la estructura económica del mismo, y si bien el regulador o el político pueden acelerar o frenar ese proceso o sus resultados, o incluso modificarlo radicalmente (por ejemplo, decidiendo legalmente una vuelta al monopolio), no pueden regular en contra de esa lógica económica. Si eso se produce, los objetivos buscados y las herramientas regulatorias no son coherentes entre sí, y todo el proceso se pone a riesgo.

C. EL MODELO ESPAÑOL

a) *Planteamiento y objetivos*

Este análisis sobre la liberalización del sector y sus efectos se reprodujo, naturalmente, en España, donde rápidamente se observó que el proceso de liberalización permitiría conseguir un resultado clave: acelerar la introducción de las nuevas tecnologías y la Sociedad de la Información en nuestro país y participar en primera fila, desde su inicio, en una de las mayores revoluciones tecnológicas previsibles (a diferencia de lo que sucedió en las anteriores, a las que España se incorporó con demora). El debate respecto a la viabilidad de la competencia en el sector y sus

efectos positivos sobre el conjunto de la economía se inicia ya en 1993, cuando el Informe Anual del Tribunal de Defensa de la Competencia, en un capítulo cuyo ponente fue el (por aquel entonces) vocal Pedro de Torres, plantea a la opinión pública un importante debate sobre la liberalización como política estructural, debate que se extiende durante los años 1994 y 1995 sin grandes resultados prácticos.

Finalmente, las tesis liberalizadoras son asumidas por el conjunto de fuerzas políticas, al constatarse las grandes ventajas que un adecuado proceso liberalizador y re-regulador podría aportar a nuestro país. En definitiva, se constata que en España no existen redes alternativas ni servicios avanzados (por ejemplo, no hay redes de cable ni una normativa que las regule), y se considera que una adecuada política sectorial puede conseguir no sólo que nuestro país no perdiera competitividad y dinamismo respecto a otras sociedades avanzadas sino que, en la medida de lo posible, España figura a la cabeza de Europa en el inicio del cambio.

Se inicia así un cambio radical en la estructura normativa del sector, cuyo primer y más claro ejemplo es el Real Decreto-ley 6/1996, que prevé la creación de nuevos operadores en telefonía fija y crea la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, iniciando así una clara línea de actuación.

¿Cuáles eran los resultados básicos buscados? En mi opinión, los siguientes:

1. En primer lugar, la introducción de nuevos servicios y el abatamiento de los existentes: no vale sólo reducir el coste de lo que había. Se buscan nuevos servicios, nuevas opciones útiles, distintas, variadas.
2. En segundo lugar, la generalización de mayores anchos de banda. La Sociedad de la Información no se crea sobre banda estrecha, sino que exige mayores capacidades en nuevas redes que se han de construir.
3. En tercer lugar, la cobertura generalizada a todos los usuarios. El modelo diseñado no debe crear islas tecnológicas, sino que ha de conseguir que las nuevas tecnologías lleguen a Madrid y Barcelona, sí, pero también a Lleida o Huelva, a Orense o Murcia. Del mismo modo, los efectos de la liberalización han de alcanzar a todos los usuarios, y no sólo a las grandes empresas.
4. El cuarto y último objetivo es la inmediatez del proceso. El modelo busca generar efectos rápidos, y adelantar en lo posible, para todos y en cualquier lugar, los efectos de la liberalización.

b) *La exigencia de coherencia objetivo-marco regulador*

Ahora bien, estos objetivos, impecables en lo político, social y económico, sólo son alcanzables si el sector, las empresas que lo componen, alcanzan unos determinados resultados y todo esto simplemente para guardar la coherencia económica del modelo. Así, la exigencia de nuevos servicios y precios requiere la existencia de distintos operadores. La expe-

riencia económica demuestra que sin competidores no hay ni descensos de precios ni, lo que es peor, voluntad de innovación. Por tanto, una primera exigencia del modelo es la persistencia de operadores alternativos.

En segundo lugar, el objetivo de lograr mayores anchos de banda sólo es alcanzable se construyen nuevas redes, nuevas inversiones. La modernización de las infraestructuras de telecomunicaciones es un requisito del modelo planteado y, sobre este punto, es conveniente recordar un aspecto básico: a diferencia del resto de infraestructuras, como los puertos, autovías, aeropuertos, etc., el proceso de construcción de infraestructuras de telecomunicaciones se ha financiar exclusivamente con dinero privado (las ayudas comunitarias o nacionales se limitan a aplicaciones, pero no a financiar las redes imprescindibles para sustentar tales aplicaciones). La conclusión es, pues, inmediata: si se desean nuevas redes sobre las que crear la Sociedad de la Información, la regulación debe garantizar un mínimo retorno y estabilidad al capital que debe financiar ese proceso. De lo contrario, la voluntad política será inútil frente a la lógica económica, que asignará los recursos financieros a otros sectores (o países) más atractivos.

En tercer lugar, el objetivo de conseguir una cobertura generalizada en todo el territorio y a todos los usuarios exige que estas inversiones sean cuantiosas, pero también más cosas: dotación de personal, redes comerciales extensas, herramientas de *marketing* y publicidad masivas, sistemas de información y gestión complejos, etc. En definitiva, exige un tamaño mínimo y, también, un modelo económico concreto, en el cual deben coexistir todo tipo de operadores, naturalmente, pero debe garantizarse que exista un número de operadores con un tamaño mínimo. Esto es, la regulación debe garantizar un marco pensando en la financiación de importantes inversiones, y no tan sólo en un modelo de meros revendedores u operadores sin red, puesto que mientras que el primer marco permite la existencia de todo tipo de operadores, el segundo tiene un efecto inmediato: la desaparición de los agentes inversores o la drástica reducción de su actividad.

Por último, el objetivo de la inmediatez exige que el mercado de acceso indirecto, esto es, aquel en el que los clientes mantienen inicialmente su bucle de abonado con el operador tradicional, pero pueden marcar un prefijo (activamente o por defecto, en lo que es la preselección) para indicar que sus llamadas sean cursadas y facturadas por un segundo operador, funcione. Este modelo, también muy denostado por los ex monopolios, tiene, sin embargo, un doble papel fundamental en el proceso de construcción de la competencia, que no debe ni puede obviarse.

En primer lugar, es el modelo que permite que desde el día 0 de la liberalización todos los ciudadanos tengan al menos una oferta alternativa para sus servicios tradicionales de telefonía, y que también desde el momento 0 se cree una dinámica de competencia, a la cual responden las bajadas de precios y las nuevas formas de vender y comercializar.

Si este modelo no funciona, y la competencia se deja exclusivamente a bucles nuevos (proceso que tardó más de setenta años en hacerse en España... ¡y bajo un modelo de monopolio y retorno garantizado de la inversión!), sus beneficios sólo afectarán a unos pocos³.

En segundo lugar, el modelo de acceso indirecto permite contribuir a financiar la construcción y explotación de nuevas redes de telecomunicaciones, siendo el trampolín sobre el cual los nuevos operadores pueden construir también una base de clientes. De nuevo, si este modelo no existe, el único camino posible es la financiación ajena casi con carácter exclusivo, modelo mucho más arriesgado y lento, y que además impide, entre otras cosas, la inmediata creación de efectos externos como la generalización de una cultura de competencia en el consumidor, el fomento en la investigación de nuevas tecnologías, la creación de nuevo empleo en un sector de futuro, etc.

En definitiva, todo lo anterior configura un modelo, el modelo del que se ha dotado nuestro país desde el inicio de la liberalización, y que se caracteriza por primar el medio y largo plazo, por perseguir una competencia estable en el tiempo, y todo ello sin olvidar el corto plazo. Lo relevante de esta exposición es que, como modelo, está integrado por un conjunto de actuaciones interrelacionadas, y sustentadas todas sobre la lógica económica, de modo que esa lógica debe respetarse si se quiere que el modelo funcione. El modelo no puede ni debe sustentar operadores ineficientes, ni siquiera definir qué tipo de operadores deben existir, pero tiene unas servidumbres propias de los objetivos definidos, y así, por ejemplo, de poco vale insistir en que se desean redes alternativas si el modelo impide que sean rentables, del mismo modo que tampoco puede fomentarse la pervivencia de nuevos operadores si las herramientas que deben garantizar el reequilibrio de las condiciones de mercado no se implantan o se hace tarde.

A partir de este punto, dedicaré el resto de este artículo a analizar si el marco regulador ha funcionado y cómo puede evolucionar en el futuro.

2. LA EVOLUCIÓN DEL MODELO Y TENDENCIAS DE FUTURO

A. EL COMPORTAMIENTO DEL SECTOR REGULADO

Si se analiza el funcionamiento del sector cuatro años después, la conclusión necesariamente ha de ser positiva respecto a la evolución de la competencia y, fundamentalmente, en sus efectos a corto plazo.

³ A 30 de junio de 2001, dos años y medio después de la liberalización completa, tan sólo había 727.000 líneas alternativas a las del ex monopolio, sobre un total de 17.4247.298 líneas en España, *Informe Primer Semestre 2001*, CMT, p. 33.

Obviando para ello la referencia al número de operadores con licencia, que no tiene nada que ver con la evolución real del mercado, y analizando las cifras económicas del sector de telecomunicaciones fijas, los resultados son, sin duda, espectaculares.

Si nos atenemos a los últimos datos oficiales, correspondientes al informe de la CMT del primer semestre de 2001, se pueden aportar ejemplos concretos:

— En cuatro años se ha incentivado el aumento del consumo y del mercado: el tráfico fijo ha aumentado un 99 por ciento, pasando de 57.343 millones de minutos en 1997 a los 114.000 millones estimados para el 2001.

— En paralelo, los precios han disminuido de modo notable: así, la facturación media por minuto en la telefonía fija se ha reducido en un 47 por ciento, pasando de 9,7 céntimos de euro en 1997 a 5,1 céntimos en el primer semestre de 2001, en un proceso generalizado a todo tipo de llamadas.

— Por último, los nuevos operadores han realizado un importante esfuerzo inversor: la inversión en telefonía fija y cable ha aumentado en un 67 por ciento, pasando de 571.768 millones de pesetas en 1997 a 955.080 millones de pesetas en el 2000⁴, último año con datos disponibles, y durante el cual dos de cada tres pesetas que se invirtieron en el sector se realizaron por los nuevos operadores.

Pero a su vez, estos datos, que para sí quisieran otros procesos liberalizadores, se han acompañado de otros resultados más cualitativos. Ha cambiado la forma de consumir telecomunicaciones, aparecido nuevas formas de comercialización y tarificación y, lo mejor de todo, nuevos servicios. El ejemplo más ilustrativo es la evolución de Internet, cuyos usuarios en España, desde la introducción del acceso gratuito en 1999, se han multiplicado por tres, pasando de 2.440.000 a 7.400.000⁵.

Incluso el propio Estado se ha beneficiado de la competencia. Se han realizado nuevas inversiones, se ha ayudado a la contención de los precios y del IPC, se ha creado un capital humano especializado en las nuevas tecnologías e, incluso, se ha contribuido al déficit público a través de la recaudación de impuestos y tasas, entre las cuales quizá la más significativa es la tasa del espectro radioeléctrico.

En definitiva, la competencia ha funcionado, haciendo crecer el mercado, reduciendo los precios y creando nuevos servicios. Y esto, recordemos, es fruto de la iniciativa privada, de operadores financiados con recursos privados que, al actuar en competencia, están contribuyendo a crear aquello que se buscaba.

En este contexto, la tentación de caer en la autosatisfacción es muy grande. Tan grande que comienza a aparecer así el tópico de que ya

⁴ Informe Anual 2000 de la CMT, p. 36

⁵ Fuente: AUI según estadísticas EGM (<http://www.aui.es>).

está todo hecho, la apertura del sector ha sido un éxito y ahora sólo queda desregular. Antes al contrario, y como veremos a continuación, la base económica del proceso es cada vez más débil, y existen problemas importantes que deben resolverse si se desea la continuidad del mismo a medio plazo.

B. LOS PROBLEMAS ACTUALES Y LAS PERSPECTIVAS DE FUTURO

A pesar de lo positivo de los datos anteriores, cualquier persona mínimamente interesada en la evolución reciente del sector habrá constatado la enorme cantidad de noticias y conflictos que, con un sesgo negativo, revelan las dificultades que pasa el sector de las telecomunicaciones en nuestro país. Lejos de acudir al análisis simplista, aunque muy socorrido al no exigir ninguna actuación correctora ni de autoanálisis, de imputar todos los males del sector a la crisis financiera, la realidad es que existen numerosos datos que avalan cómo, pese al esfuerzo de los operadores, la situación del mercado es cada vez más difícil para la permanencia de la competencia.

El indicador quizá más claro de que algo no funciona es la evolución de la cuota de mercado en España. Atendiendo a la última comparación oficial y homogénea disponible ⁶, en el año 2000, Telefónica de España mantenía la mayor cuota de mercado de los operadores dominantes en Europa e, incluso, caso único, en dicho año recuperó cuota en llamadas interprovinciales. Así, Telefónica conservaba una cuota del 91,57 por ciento de mercado por ingresos y del 89,10 por ciento en tráfico, y en torno al 85 por ciento para llamadas de larga distancia. A modo de comparación, basta destacar que la cuota en larga distancia de Deutsche Telekom era del 50 por ciento, de France Telecom del 66,7 por ciento, de British Telecom del 55,4 por ciento o de Telecom Italia del 76 por ciento, distancias que, con toda seguridad, se habrán mantenido durante el año 2001.

Un segundo indicador, tan importante como el anterior, lo da la propia evolución empresarial de muchos de los nuevos operadores. Así, a lo largo del último año y medio se ha observado un abandono progresivo del mercado por muchos de los entrantes, o el abandono de actividades de inversión y/o segmentos de mercado. Esto es especialmente grave y debería llamar la atención de cualquier Gobierno y regulador, pues la salud del modelo no busca el deterioro del operador instalado, pero sí, como se ha visto anteriormente, la consolidación de alternativas que garanticen la competencia a medio plazo y, con ella, de sus ventajas (inversión, menores precios, nuevos servicios, innovación comercial y de producto, etc.).

A modo de ejemplo, y sin hacer referencia a casos concretos, existen muy diversas casuísticas que reflejan la evolución reciente del mercado.

⁶ *Informe Anual 2000*, CMT, p. 130.

Entre ellas destaca el abandono directo del mercado de operadores con licencia; el abandono de proyectos por parte de socios inversores y tecnológicos, muchos de ellos empresas multinacionales; el anuncio por varios operadores de su concentración en el mercado empresarial y el abandono del segmento residencial; la renuncia de muchos operadores a prestar servicios metropolitanos sobre acceso indirecto, dado el escaso margen; la reducción directa de los planes de inversión; las dificultades crecientes para el cierre de operaciones de financiación, etc.

Todos estos comportamientos, pese a no estar identificados, responden a casos concretos y fácilmente rastreables en la prensa económica, y reflejan, de nuevo, que el modelo no está funcionando adecuadamente y, sobre todo, que su base para el futuro es muy débil.

En este sentido, el tercer indicador al que quiero hacer referencia es relevante, precisamente, porque indica que esta tendencia se está fortaleciendo cara al futuro, lo que la hace mucho más preocupante. Me refiero aquí a la evolución de la cuota de mercado en banda ancha y, más específicamente, en el mercado ADSL.

Existe un consenso generalizado en que la evolución de la Sociedad de la Información sólo es posible mediante la generalización de redes de banda ancha, y éste era precisamente uno de los objetivos de la regulación y liberalización del sector. Desde el punto de vista de mercado, asimismo estos servicios eran la base para la expansión futura de las telecomunicaciones fijas, al representar una fuente nueva de ingresos que contribuyeran a rentabilizar las nuevas redes.

En este contexto, lo primero que llama la atención es cómo, pese a no existir estos servicios al inicio de la liberalización, y estar todo el proceso supervisado desde entonces por las autoridades nacionales de regulación, a enero de 2002 la posición de dominio de que disfrutaba el ex monopolio en las telecomunicaciones de voz se ha extendido al mercado de la banda ancha y ADSL. Así, según datos de la CMT⁷, el Grupo Telefónica ostenta una cuota del mercado del 82 por ciento en el servicio final, aún más fuerte en el servicio mayorista, donde el 95 por ciento de las conexiones se realizan exclusivamente a través de su red⁸.

Si analizamos esos datos con otros igualmente irrefutables, como son que catorce meses después de su regulación el alquiler de bucle, herramienta que necesitan los entrantes para competir en este mercado, sólo ha sido capaz de conseguir el alquiler de 30 pares, o que de los 17 operadores interesados en enero de 2001 sólo siete continúan interesados en marzo de 2002, la conclusión es clara: existe un riesgo de volver a

⁷ Análisis de mercado a 31 de diciembre de 2001 recogido en el informe de los Servicios en el marco del expediente OM 2001/5678, sobre posible comportamiento anti competitivo del Grupo Telefónica en la comercialización de servicios ADSL minorista (aún por concluir a la fecha de elaboración de este artículo).

⁸ Bien directamente por TESAU, Telefónica Data o Terra, o bajo la modalidad no regulada del servicio MEGAVÍA.

consolidar una posición de monopolio *de facto* en los nuevos servicios de futuro, lo que sin duda es radicalmente contrario a los objetivos que el modelo regulatorio y liberalizador buscaba en su inicio.

Si, además, conjugamos esta situación de mercado con el debate sobre el nuevo marco regulador comunitario, aprobado en diciembre de 2001, los riesgos futuros son aún mayores. Y esto porque, si bien no se analizará en detalle en este artículo, existe una visión errónea, aunque muy generalizada y apoyada sin duda por los grandes operadores tradicionales, de que la nueva regulación ha de tender cada vez más al *laissez faire*, *laissez passer*, en este caso aplicado a la normativa y regulación sectorial. Algunos de los reguladores sectoriales, y buena parte de la opinión pública, identifican el progresivo mayor protagonismo de la regulación horizontal de defensa de la competencia con el paralelo abandono de la regulación sectorial, asumiendo la incompatibilidad de ambas. En este contexto, y con cuotas de mercado del 90 por ciento en mercados nuevos, todo abandono de la normativa *ex ante* sólo puede llevar de nuevo al «cuasi-monopolio» y, sin duda, supondría una vuelta atrás de todo el proceso.

3. CAUSAS DE LA SITUACIÓN ACTUAL

Existen múltiples causas de la situación actual y, sin duda, factores como la capacidad de los agentes involucrados, la crisis financiera o el necesario aprendizaje en un sector que nunca había actuado en competencia forman parte de ellas. Sin embargo, las telecomunicaciones son un sector regulado, y asumir que la regulación ha sido perfecta y los problemas son ajenos a la misma sería más de lo que el sentido común permite. Por otro lado, y dado que éste es el objetivo de este artículo, me centraré en este apartado exclusivamente en las causas de tipo regulatorio.

En mi opinión, para comprender las causas de la situación actual, y su relación con la política regulatoria, basta con volver la atención a un factor que, casi siempre, se olvida pero que es crucial: el factor tiempo, el tiempo como determinante último de las decisiones que el regulador debe tomar. Se olvida en muchos libros de texto, apenas aparece en las resoluciones de los reguladores o de los políticos, pero puede ser quizá el factor más importante de cualquier regulación. En definitiva, podemos tener la receta adecuada ante un problema, pero si la aplicamos a des-tiempo o por un período incorrecto, el tratamiento será ineficaz.

Y el tiempo sigue siendo el factor fundamental en la regulación de las telecomunicaciones. Y esto es inmediatamente constatable volviendo, de nuevo, a la lógica económica, para lo cual basta con responder a una única pregunta: ¿cambian las características estructurales de un sector de red en apenas tres años?

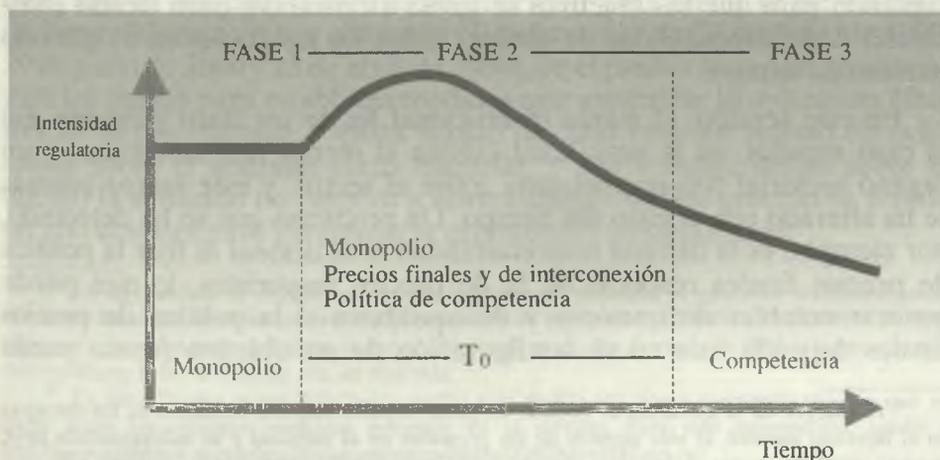
Y la respuesta es, claramente, no: las telecomunicaciones siguen siendo un sector que exigen importantes inversiones materiales e inmateriales, que siguen generando importantes barreras de entrada, y que sólo se eliminan a medio plazo. Siguen, pues, existiendo importantes rentas de posición de las que sólo disfrutaban los antiguos monopolios, y no porque los entrantes sean ineficientes, sino porque el grado de eficiencia que se les exige es materialmente imposible que lo adquieran antes de un determinado plazo.

Crear una marca, una red comercial o una red alternativa exige unos costes iniciales que, por eficientes que sean, difícilmente serán menores en esta primera etapa a los de un operador ya instalado, con costes amortizados y los ahorros que aporta la escala y el alcance. Poco importa que el entrante pueda ser más eficiente: lo relevante es que necesita tiempo para serlo, y si no dispone de ese tiempo no sobrevivirá.

A pesar de que este enfoque temporal pocas veces se escucha, sin embargo está presente en la teoría de la regulación desde su inicio. Quizá su mejor expresión es el enfoque planteado en 1998 por el *Centre for Economic Policy Research*, visualmente representado en el gráfico 2. Frente a la visión, seguramente interesada, de quienes intentan identificar este gráfico con una mera función matemática (esto es, la intensidad regulatoria o variable Y tan sólo depende del mero paso del tiempo, recogida en el eje X), lo que llevaría a una relajación automática de la regulación sectorial, la realidad es que la intensidad regulatoria y, sobre todo, la duración del tiempo T_0 , depende únicamente del éxito del regulador para eliminar las barreras de entrada que impiden la existencia de competencia equilibrada.

GRÁFICO 2

EVOLUCIÓN DE LA INTENSIDAD REGULATORIA



A su vez, este éxito es función de múltiples variables, cuyo análisis ayudará a comprender, en un país y momento determinado, por qué finalizó el período T_0 o por qué, como en el caso español, estamos aún lejos de haber conseguido una competencia efectiva y saneada y, por tanto, lejos de poder relajar la intensidad regulatoria.

Así, por ejemplo, T_0 dependerá, entre otros muchos factores, de:

- la coherencia y estabilidad en los objetivos regulatorios;
- la eficacia de las herramientas regulatorias;
- la orientación al mercado de la actividad regulatoria;
- la intensidad de la posición de dominio del operador instalado, así como su capacidad de *lobby*;
- por supuesto, el grado de eficacia de los nuevos operadores.

Explicar cuáles son las causas de la situación del sector en nuestro país que exigiría, sin duda, analizar todas y cada unas de las variables anteriores. No obstante, me centraré en los tres primeros⁹, que considero los más relevantes para justificar la situación del sector en nuestro país.

A. LA COHERENCIA Y ESTABILIDAD DE LOS OBJETIVOS REGULATORIOS

En el caso español, el modelo persigue la creación de redes alternativas. Como hemos visto, éste es un objetivo de lento cumplimiento, que necesariamente hace que T_0 tenga una duración superior a la de, por ejemplo, un modelo basado en una única red sobre la cual actúan un número importante de agentes que, en su gran mayoría, simplemente revenden los servicios del dominante (tal y como hemos visto que sucede ya en España en el ámbito del ADSL).

Si la regulación mantiene este objetivo, quizá el más difícil de alcanzar, debe también mantener una coherencia y estabilidad a lo largo del tiempo, vigilando para que los objetivos se vayan alcanzando, pero siendo conscientes de la imposibilidad de obtener todos los resultados en un período mínimo de tiempo.

En este sentido, el marco institucional ha de ser claro y estable. En el caso español, en la actualidad existen al menos dos ministerios y un órgano sectorial con competencia sobre el sector, y este marco además se ha alterado con el paso del tiempo. Un problema que se ha detectado, por ejemplo, es la distinta responsabilidad institucional al fijar la política de precios finales respecto de la de precios mayoristas, lo que puede generar notables disfunciones y desequilibrios si la política de precios finales depende más en su configuración de un objetivo (como puede

⁹ Al margen de la dificultad de realizar un juicio objetivo sobre la actuación de los entrantes en el mercado español, el alto número de los presentes en el mercado y su independencia lleva, siquiera estadísticamente, a descartar que exista una mala gestión generalizada, algo que sólo sería admisible con carácter individual. Sin embargo, la existencia de problemas comunes sí revela que el marco en el que actúan influye de modo común en su evolución.

ser la lucha contra la inflación) radicalmente independiente del de una política sectorial centrada en animar la inversión de los agentes.

Otro ejemplo de los problemas que se generan son las disfunciones temporales. Quizá el ejemplo más evidente fue la introducción por el Real Decreto-ley 7/2000, de 23 de junio, de nuevas ofertas de bonos metropolitanos para el operador tradicional justo quince días antes de que, tal y como preveía esa misma norma, se liberalizara el acceso de terceros operadores a esas mismas llamadas¹⁰. En este caso, la regulación actuó en sentido contrario a lo que la asimetría justificaba, puesto que el operador que obtuvo una ventaja de partida fue el tradicional, lo que aprovechó para comenzar un intenso proceso de fidelización de sus clientes para evitar el trasvase hacia los nuevos operadores¹¹.

B. LA EFICACIA DE LAS MEDIDAS REGULATORIAS

El sentido de esta variable es claro: a mayor eficacia de las herramientas regulatorias, menor será la duración de T_0 o, lo que es lo mismo en términos de mercado, antes se consolidará una competencia efectiva y duradera. En el caso español, resulta evidente que uno de las grandes explicaciones de la situación del sector radica, en gran medida, en el relativo fracaso de las herramientas regulatorias, que han sido objeto de un permanente bloqueo. Tan sólo aportaré algunos ejemplos.

En primer lugar, la enorme demora para garantizar la existencia de la preselección en larga distancia y metropolitana, fundamental para fidelizar clientes en acceso indirecto y construir así una base mínimamente estable de clientes. Pese a que la normativa ya preveía la implantación de la preselección en noviembre de 1998¹², la constatación del incumplimiento de esta fecha llevó incluso a que un Real Decreto-ley de 15 de octubre de 1999¹³ la corrigiera posponiéndola a enero de 2000. Pues bien, aun en ese caso la CMT debió intervenir para forzar la preselección de larga distancia *en tres ocasiones* (Resoluciones de 20 de julio de 2000, 29 de junio de 2000 y 13 de abril de 2000), en el primer caso para sancionar y en los demás para establecer medidas que garantizar la aplicación efectiva de la preselección, y hasta agosto de 2000 (con un retraso de ocho meses sobre el segundo plazo marcado, y casi veintiún meses sobre el inicial) la situación no empezó a normalizarse. Similar proceso se repitió un año después para garantizar la preelección metropolitana.

¹⁰ En la realidad, el retraso fue mucho mayor, pues mientras el operador tradicional efectivamente lanzó sus servicios en la fecha prevista —1 de noviembre de 2000—, la selección de operador para llamadas metropolitanas no fue posible hasta mediados de enero de 2001, y la preselección metropolitana hubo de esperar aún un mes más.

¹¹ En tan sólo dos meses Telefónica vendió más de 695.641 bonos metropolitanos sin que en dicho plazo los entrantes pudieran competir en el servicio. Para más información, acudir a <http://www.telefonica.com/ir/esp/documentos/resultados/2000/rdos4t00-esp.pdf>.

¹² Orden Ministerial del Ministerio de Fomento de 18 de julio de 1997.

¹³ Real Decreto-ley 15/1999.

En segundo lugar, el retraso sufrido para lograr la apertura del bucle que, como hemos indicado, catorce meses después de su regulación tan sólo ha conseguido abrir 30 bucles a la competencia. De hecho, en menos de un año la CMT ha debido adoptar tres medidas cautelares (Resoluciones de 15 de febrero, 5 de julio y 8 de noviembre) con el único objetivo de forzar la aplicación y definición estricta del proceso de apertura del bucle, y soslayar así las continuas trabas desarrolladas por el operador tradicional, y aún hoy (en marzo de 2002) se está elaborando una nueva Oferta de Bucle de Abonado por parte de la CMT que pueda eliminar definitivamente los numerosos problemas.

En tercer lugar, la falta de herramientas regulatorias para competir en términos rentables en el negocio de más futuro, la banda ancha y el ADSL. Basta leer la Resolución de la CMT de 5 de julio para ver claramente hasta qué punto los entrantes se han visto penalizados en este servicio, base para el mercado de banda ancha, cuando en sus páginas 1 y 2 indica que la aprobación de la oferta minorista de TESAU en el servicio ADSL generaría un grave perjuicio a la competencia, haciendo abstracción de que tal oferta contenía los mismos precios que los otras filiales del Grupo Telefónica venían realizando en el mercado desde hacía ya meses¹⁴. En esta misma línea, el permiso para el lanzamiento de los servicios minoristas de ADSL del operador tradicional, pese a la constatación en paralelo de que ese mismo operador estaba bloqueando la herramienta mayorista necesaria para competir en ese mercado (el alquiler de bucle), o su comercialización antes de que los entrantes hubieran podido readaptar su estrategia geográfica a las nuevas condiciones dictadas por la CMT (TESAU comercializó el servicio antes de que expirara el plazo de que, regulatoriamente, disponía para responder a las peticiones de los nuevos operadores de apertura de nuevas demarcaciones geográficas), no son sino ejemplos de herramientas regulatorias que no han funcionado con la calidad que el mercado exige.

Así pues, han existido, y existen, múltiples problemas para desarrollar las herramientas regulatorias, y todos y cada uno de ellos han tenido un efecto directo sobre el mercado que no puede obviarse. La enseñanza aquí, para valorar por qué no hemos finalizado aún el proceso T_0 , es de nuevo que el BOE o una Resolución no son sino el inicio de la solución de un problema, pero nunca su eliminación.

C. LA ORIENTACIÓN AL MERCADO DE LA ACTIVIDAD REGULATORIA

Por último, una tercera variable que también influye en la duración de T_0 es la orientación al mercado de la regulación. Teniendo en cuenta que éste es un sector con alta incertidumbre tecnológica, elevados volúmenes de inversión y una gran posición de dominio del operador tradicional, así como un elevado desequilibrio en la relación negociadora

¹⁴ <http://www.cmt.es/cmt/document/decisiones/RE-01-07-05-07.pdf>.

de los agentes, la regulación ha de garantizar una clara orientación a mercado: esto exige rapidez al resolver conflictos y proactividad para prevenirlos.

Así, frente a la regulación horizontal de la competencia, más centrada en resolver conflictos *ex post*, normalmente en expedientes cuya resolución se demora en el tiempo, la normativa sectorial en un sector de red que se abre a la competencia debe caracterizarse por su rapidez y capacidad de prevención.

En la experiencia española, la realidad es que los plazos de resolución de conflictos no han logrado satisfacer la necesidad del mercado, y el escaso recurso a la adopción de medidas cautelares no ha favorecido la solución de este problema. Del mismo modo, apenas se han adoptado las Circulares o Instrucciones *ex ante* que la norma permite¹⁵, y la actuación de oficio del regulador ha sido también escasa.

Todo lo anterior ha provocado que los tiempos de resolución de conflictos no alcanzaran el nivel que un mercado tan dinámico como las telecomunicaciones exigía, y la ausencia de reglas *ex ante* ha empeorado la situación, generándose en ocasiones una dinámica donde, a pesar de los perjuicios, resulta para los entrantes más favorable asumir un mal menor que plantear un conflicto regulatorio. En este contexto, los nuevos operadores resultan, de nuevo, directamente afectados en su actuación en el mercado (se retrasan lanzamientos de servicios, se asumen costes innecesarios, etc.).

4. PROPUESTAS PARA EL FUTURO

La principal conclusión de la exposición anterior es que el sector de las telecomunicaciones en España está lejos de haber alcanzado un nivel adecuado de competencia efectiva, y que esta afirmación se basa en la observación real del mercado, radicalmente distinta a los que consideran que el mero paso del tiempo o la existencia formal de herramientas regulatorias (como, por ejemplo, formalmente existe alquiler de bucle en España desde diciembre de 2000) significa que el sector está plenamente liberalizado y no existen problemas regulatorios.

Existe, por el contrario, mucho trabajo por hacer, y quizá el primero es lograr la convicción de que es así. No existe oposición a ir relajando progresivamente la regulación sectorial; antes al contrario, el mantenimiento *sine die* de una política sectorial podría acabar generando ineficiencias injustificadas, y penalizando a los más eficientes. Ahora bien, todo indica que aún queda mucha tarea por realizar antes de llegar a esa relajación, tan deseada por los ex monopolios. ¿Cómo realizar esa

¹⁵ En casi cinco años de existencia la CMT tan sólo ha emitido cinco circulares, siendo tres de ellas relativas a preselección.

tarea y cómo enfocar la regulación a futuro? En mi opinión, existen distintas enseñanzas que derivan de la experiencia pasada.

En primer lugar, la necesidad de la existencia de un marco claro y definido de la política sectorial con relación a la evolución de la competencia y la construcción de redes alternativas. Esta tarea corresponde a la Administración, pues la existencia de un marco de libre competencia no debe obviar la necesaria reflexión sobre el modelo de sector a que se aspira. A su vez, este modelo debe ser público y estable, y al serlo ayudará a definir claramente las expectativas de los agentes que desean entrar en el sector y, en paralelo, definirá claramente al regulador un marco dentro del cual adoptar sus decisiones, en plena coherencia con la normativa y el respeto al libre mercado.

En segundo lugar, la necesidad de la CMT como órgano regulador, dadas las ventajas de su estatuto administrativo. Sin embargo, la actuación en un mercado tan rápido como las telecomunicaciones, y con barreras de entrada tan poderosas, exige una mayor rapidez y proactividad. En concreto, la nueva regulación debe basarse diferencialmente en mayor medida en:

- Circulares;
- Instrucciones;
- Apertura de procedimientos de oficio;

herramientas todas ellas que permiten anticipar los problemas.

Asimismo, el reforzamiento de la capacidad de inspección de la CMT, la agilización en su proceso en la toma de decisiones o, seguramente, una modificación de su estructura organizativa son actuaciones igualmente positivas cara a la actuación regulatoria futura.

En esta misma línea, es imprescindible que el regulador utilice todas sus herramientas, algo que hasta ahora no ha hecho. La capacidad sancionadora de la CMT es una poderosísima herramienta disuasoria, pero sólo funciona cuando ha demostrado su alcance, algo que en España no ha sucedido. En un contexto de mercado como el que se vive en España, y ante la imposibilidad (y falta de lógica) de regular todas las actividades del sector, la única manera de garantizar los resultados en el tiempo requerido es lograr la aceptación de todos los jugadores de las reglas de juego marcadas. Mientras este apoyo es claro por parte de los nuevos entrantes, el operador tradicional sólo actuará por beneficio propio, esto es, cuando incumplir sea más caro que cumplir, y un regulador que no utiliza esta lógica activamente queda condenado a perseguir continuamente *ex post* actuaciones que, de otro modo, hubieran sido fácilmente evitables.

En tercer lugar, se debe aplicar a futuro una regla muy sencilla, pero básica: jamás se debe abrir un mercado minorista al incumbente sin antes comprobar que existe una herramienta mayorista que permita la competencia efectiva de terceros operadores. De haberse aplicado esta regla

a problemas como la preselección o el alquiler de bucle, seguramente el mercado habrá crecido igual pero de un modo más equilibrado, lo que favorecería sin duda la competencia a medio plazo, objetivo también de la liberalización.

En cuarto lugar, la regulación y los poderes públicos han de ser coherentes con el protagonismo que otorgan al sector («el motor de la Sociedad de la Información») y a su realidad económica. Las telecomunicaciones no son El Dorado ni el País de Jauja; antes al contrario, son un sector de un alto esfuerzo inversor, rentabilidad limitada e incertidumbre tecnológica creciente. Sin embargo, son también un sector necesario para el futuro y donde, paradójicamente, no hay un solo céntimo de euro público para la construcción de redes.

Pues bien, en este contexto no se debe penalizar al sector por realizar su actividad, sino todo lo contrario. En este sentido, parece necesario revisar la conveniencia de que el servicio universal del sector sea financiado, como el resto de políticas sociales, por el Presupuesto General del Estado, y no por los operadores. Si queremos que el sector tire de la Sociedad de la Información, innove en servicios y realice cuantiosísimas inversiones, no puede pretenderse que también asuma los costes de un servicio universal que se define por parámetros sociales y que, como corresponde en el resto de políticas públicas, debiera financiarse con cargo a los Presupuestos Generales del Estado. En este mismo sentido, el sector, que no solicita ayudas, no puede tampoco ser considerado como un arca fiscal, imponiéndosele cargas fiscales diferentes y adicionales al del resto de sectores económicos.

Finalmente, el Gobierno debe mantener una política activa de vigilancia y guía del sector, garantizando que todo el marco funcione. En los libros de Política Económica aún figura la «persuasión moral» como herramienta de política económica, y seguramente aún con la misma dificultad para definir su alcance. No obstante, el que su definición sea difícil no significa que esta herramienta no funcione, y es responsabilidad del Estado que el marco establecido funcione y sea coherente, y que las propias políticas del sector público sean coincidentes en sus objetivos y actuaciones.

5. CONCLUSIONES

A lo largo de este artículo se ha analizado la realidad económica del sector de las telecomunicaciones fijas, quizá el sector económico en competencia con mayor nivel de regulación y donde ésta, además, es más inexperta.

Frente a la tesis de que todo está hecho y poco más queda por hacer, he intentado demostrar que, salvo el mero paso del tiempo, no existen argumentos con base económica ni real que avalen tal tesis. Antes al contrario, y como era previsible, es el momento intermedio del proceso,

una vez pasado el *boom* inicial, cuando se debe gestionar lo más arriesgado del proceso liberalizador, que no es sino la transición desde un modelo de corto plazo hacia un modelo duradero de competencia a largo plazo.

Lo que subyace en el fondo del debate es, precisamente, la necesidad o no de atender al tiempo como factor relevante en la regulación. La defensa de una u otra postura lleva, sin ninguna duda, a resultados muy distintos a largo plazo, y cualquier decisión debe sopesarse con gran detenimiento. El riesgo a asumir es, ni más ni menos, si estamos dispuestos a que sea una única empresa la que gestione la base sobre la cual debe construirse la Sociedad de la Información: ciertamente, es una decisión que no puede permitirse el lujo de resultar equivocada. Y lo relevante es que esta decisión la estamos tomando día a día, y la política de competencia y regulación es su instrumento.

GUÍA DE LOS PROBLEMAS DE COMPETENCIA EN EL SECTOR ENERGÉTICO

Miguel A. FERNÁNDEZ ORDÓÑEZ

Ex Presidente del Tribunal de Defensa de la Competencia
y de la Comisión Nacional del Sistema Eléctrico

1. INTRODUCCIÓN

No hay sector productivo en el que los estudiosos de la competencia se pierdan más que en el sector energético¹. Son muchas las características técnicas y económicas que lo diferencian del resto de los sectores productivos y esta complejidad estructural hace necesaria la existencia de numerosas regulaciones para ordenarlo, lo que acaba resultando en complejidad regulatoria. Además, y al revés de lo que sucede en los demás sectores, donde la regulación, al menos la económica, se simplifica e incluso desaparece cuando se liberalizan, en el sector energético el número y complejidad de las regulaciones aumenta con la liberalización. Ésta es la razón por la que aquellos que examinan este sector desde fuera, aplicando categorías desarrolladas para otros sectores, suelen cometer errores colosales tanto en el análisis como en las recomendaciones. En el extremo opuesto contamos con la aproximación de los especialistas que, conscientes de la importancia de los detalles, suelen hacer una relación exhaustiva de todos ellos con lo que el lector no experto acaba aburriéndose de la descripción de tantos «árboles» y tira la toalla. El objetivo de este artículo es dar una guía de los problemas más importantes y las soluciones que se están aplicando para resolverlos que sirva para adentrarse en el «bosque» de la competencia en el sector energético. Esta guía es un resumen, del que yo soy el único responsable, de las ideas extraídas de los documentos reseñados en la bibliografía.

¹ El artículo se dedica al sector eléctrico y al del gas, en los que las «redes» son un elemento central a la hora de estudiar los problemas de competencia. Los sectores de hidrocarburos o del carbón tienen algunos elementos de redes pero lo suficientemente lejanos como para tratarlos separadamente. Por otra parte, el artículo se centra en los problemas de reestructuración, porque en el momento actual siguen siendo más importantes que los de defensa de la competencia. Los interesados en esta parte pueden leer el artículo de S. CISNAL citado en la bibliografía.

2. LOS PROBLEMAS PRINCIPALES

Los principales problemas de competencia en el sector energético se pueden agrupar en dos áreas. La primera, la referente a la relación entre las actividades monopolísticas —los negocios de red, de transporte, distribución, etc.— y las actividades que pueden ser prestadas en competencia —los negocios de generación, suministro, aprovisionamiento, etc.—. La segunda área de problemas agrupa a aquellos que surgen en los propios mercados liberalizados y que derivan del poder de mercado que pueden detentar algunas empresas y que impiden que haya competencia en los mercados liberalizados.

Después de quince años de experiencia se tiene ya alguna idea de cómo afrontar estos dos grupos de problemas. En primer lugar, debe haber una separación de propiedad entre los negocios monopolísticos y los negocios en competencia. En segundo lugar, se debe evitar que ninguna empresa tenga poder de mercado en los negocios liberalizados. Las recetas parecen simples pero en otros sectores con «redes» como, por ejemplo, el de telecomunicaciones, no parece que haya sido necesario utilizar una separación radical de propiedad entre negocios monopolísticos y negocios en competencia, y tampoco ha sido necesario ser demasiado estricto en reducir el poder de mercado en los negocios en competencia. ¿Por qué en el sector energético no se puede hacer lo mismo y es necesario adoptar actuaciones más radicales?

Las razones que justifican las soluciones que se han expuesto para el caso del sector energético tienen fundamentos teóricos y empíricos. En efecto, por lo que se refiere a la separación entre negocios monopolísticos y negocios en competencia, la razón por la cual en otros sectores no es necesario ser tan riguroso como para exigir separación de propiedad y suele ser suficiente con exigir simplemente separación jurídica o contable, es que en esas actividades, como las telecomunicaciones, es posible una cierta competencia entre redes. En estos sectores basta con la vigilancia de los órganos reguladores sectoriales o de defensa de la competencia para evitar los problemas de contaminación entre las actividades monopolísticas y las actividades en competencia. Basta con fijar unas tarifas de interconexión adecuadas y vigilar los problemas de acceso. Las fórmulas de separación «blandas» (contable, jurídica, de gestión, etc.) no resuelven totalmente los problemas en esos sectores y, para comprobarlo, no hay más que seguir los conflictos planteados ante los órganos reguladores de las telecomunicaciones, que expresan los problemas que subsisten por no haber separado la propiedad de ambos negocios. Pero aunque la competencia sea «sucia», existe. Sin embargo, en el caso del sector energético no hay competencia posible entre redes, y por tanto es un suicidio dejar que algunos de los competidores de los negocios liberalizados puedan controlar o simplemente influir en los negocios de redes. El resultado de no separar la propiedad en el caso del sector energético

no es el de una competencia con problemas sino el de que, simplemente, no hay competencia.

En cuanto a los problemas que plantea el poder de mercado sabemos que hay muchos sectores económicos en los cuales las empresas que operan en los mismos disfrutan de un cierto poder de mercado y, sin embargo, la competencia funciona razonablemente bien. No hay una competencia perfecta, pero existe un grado de competencia razonable. ¿Por qué no debería suceder lo mismo en los sectores de gas y electricidad? Esto puede ser verdad para algunos negocios eléctricos que se abren a la competencia que no tienen características especiales, como por ejemplo la comercialización, que justifiquen preocuparse en exceso del poder de mercado. Las barreras de entrada no son muy grandes y si el mercado de generación funciona adecuadamente, la comercialización funcionará también razonablemente.

Sin embargo, hay otros negocios que se abren a la competencia como la generación eléctrica, cuyas características técnicas y económicas son tales que llevan a que la existencia de un mínimo poder de mercado pueda tener efectos destructivos sobre la competencia. El caso de la generación eléctrica es quizá el más claro, porque todas las características de esta actividad llevan a potenciar y extremar los problemas habituales que provoca la existencia del poder de mercado en otros sectores. Conviene, pues, hacer un repaso de estas características, algunas de las cuales pueden encontrarse en otros sectores productivos, pero quizá en ninguno, como en el de la generación eléctrica, se dan conjuntamente:

1.º *La rigidez de la demanda.* Mientras en la mayoría de los sectores económicos la demanda es elástica y se retrae cuando los precios suben, en el sector eléctrico y de gas la demanda es más rígida, lo cual permite a quienes tienen poder de mercado aprovecharse al máximo del mismo. Esta característica que hoy es común a la mayoría de los sistemas eléctricos no hay que verla como una maldición permanente de la que no se pueda escapar, sino más bien como una herencia del monopolio. Siempre habrá segmentos del mercado donde la demanda será siempre bastante rígida (pocos apagarán el televisor en medio del partido de fútbol porque suban los precios), pero habrá otros grupos importantes de consumidores que tendrán interés en poder aumentar o disminuir sus consumos en función de los precios, si tuvieran instrumentos para ello. El problema es que, cuando no hay competencia, es muy difícil que aparezcan estos instrumentos, fundamentalmente contractuales, que harían más elástica la demanda.

2.º *Las barreras de entrada.* Hay pocos sectores donde las barreras de entrada al negocio correspondiente sean mayores que en el sector de generación eléctrica y el aprovisionamiento de gas. Las barreras no se deben sólo a las grandes inversiones que se necesitan para construir las facilidades correspondientes, sino por todo el cúmulo de licencias, conexiones, etc., que hacen que la entrada efectiva en el mercado sea muy difícil. En este sentido, no se puede aplicar al sector eléctrico la

teoría de la «contestabilidad» que, como se sabe, está basada en que, si los monopolistas o quienes tienen un gran poder de mercado abusan, inmediatamente entrarán otros operadores que no están ahora en el mercado pero que pueden entrar con relativa facilidad.

3.º *Los costes de salida.* Otra de las razones que explican la dificultad de entrada de nuevos competidores en el sector energético son los enormes costes de salida (*sunk costs*). Las empresas no entran no sólo por los altos costes de entrada sino también por los altos costes que tienen que afrontar en el caso en que los resultados de su inversión no resulten ser los esperados. Aunque el precio de mercado actual sea muy alto debido a la conducta oligopolística de las empresas que dominan el mercado y por tanto sea muy remunerativo como para decidirse a invertir, si los nuevos operadores sospechan que los costes reales de las empresas dominantes están por debajo de los de las nuevas inversiones, no invertirán para evitar arruinarse cuando las empresas establecidas ajusten sus precios de oferta a sus costes reales.

4.º *Escaso comercio internacional.* El porcentaje medio de importaciones de una economía como la española oscila alrededor del 35 por ciento del consumo interno para la mayoría de los sectores productivos. En el caso de la electricidad ese porcentaje apenas llega al 3 por ciento, y aunque otros países cuentan con un mayor grado de interconexión, en general los estrangulamientos físicos impiden o dificultan gravemente el comercio internacional de electricidad y suelen ser una de las pesadas herencias que deja haber vivido el sector bajo el monopolio durante décadas. En efecto, los monopolios trataron de obtener el máximo rendimiento de sus inversiones y minimizaron las interconexiones al nivel necesario para cubrir problemas de seguridad. Tenemos, pues, interconexiones pensadas para evitar problemas de seguridad, pero no tenemos interconexiones pensadas para comerciar.

5.º *No se puede almacenar.* En la mayoría de los sectores el almacenamiento es una amenaza a la que se enfrentan aquellos que tienen poder de mercado, ya que los almacenistas pueden evitar que las empresas se aprovechen en exceso de los momentos delicados en que surja un desequilibrio entre oferta y demanda. En esos momentos el almacenista gana dinero sacando al mercado la mercancía que fue almacenada previamente y, de esa forma, reduce los efectos del poder de mercado de las empresas que operan en el mismo. Esto en electricidad es prácticamente imposible, con lo cual el poder de mercado se encuentra sin el elemento compensador del poder de mercado que juegan los *stocks* en otros sectores. En el sector del gas el almacenamiento es posible, pero es muy limitado en relación a otros sectores.

6.º *La predicibilidad de la demanda.* En la mayoría de los sectores económicos los productores desconocen la evolución de la demanda y de esa forma pueden equivocarse a la hora de decidir qué efecto tendrán sus movimientos de reducción de la producción en orden a conseguir obtener el máximo precio de los consumidores. Sin embargo, en el sector

eléctrico la demanda es predecible casi minuto a minuto, con lo cual las posibilidades de ajustar al máximo los beneficios de los generadores moviendo la cantidad ofrecida son mucho mayores que en otros sectores.

7.º El *conocimiento de los competidores*. En casi todos los sectores económicos hay siempre un cierto conocimiento de los competidores, pero no hasta el extremo de saber cómo van a reaccionar en el mercado. En el caso del sector eléctrico se puede decir respecto a la oferta lo mismo que hemos dicho respecto a la demanda, ya que las empresas conocen exactamente la curva de costes de sus competidores y, por tanto, con modelos relativamente sencillos pueden predecir su reacción en el mercado, con lo que las conductas oligopolísticas tienen muchas posibilidades de éxito.

3. SOLUCIONES REALISTAS

Aparte de las consideraciones teóricas que derivan del análisis de los factores estructurales del sector energético, durante los últimos años se han acumulado ya muchas experiencias prácticas que nos permiten afirmar que, si se aplican las dos políticas —separación de propiedad y reducción del poder de mercado— explicadas más arriba, es posible que surja la competencia en el sector eléctrico. Tenemos ya varios ejemplos, pero quizá la forma con que Gran Bretaña ha afrontado los dos grupos de problemas mencionados, tanto en gas y electricidad, es la mejor prueba de lo que estamos diciendo. Los británicos se han enfrentado, pues, de una forma realista a los dos grupos de problemas que he enunciado y lo han resuelto con soluciones pragmáticas.

En cuanto a la solución de los problemas verticales, el mejor ejemplo es el de la evolución de la regulación del mercado del gas en Gran Bretaña. Desde la Ley de 1986 hasta 1996, en que se aprobó la nueva Ley con separación radical de propiedad, la competencia prácticamente no existió y, sin embargo, a partir de la Ley de 1996 que obligó a British Gas a separar la propiedad de ambos negocios se generó una fuerte competencia. En el caso de la electricidad, el modelo arrancó con la separación total entre transporte, encomendado a *National Grid*, y generación, con lo cual no se puede comparar sus beneficios con la experiencia de la integración de ambos negocios.

Respecto a las soluciones a los problemas planteados por el poder de mercado en los negocios, es muy interesante seguir la evolución de la estructura de generación del mercado eléctrico británico y comprobar cómo en Inglaterra y Gales sólo se ha podido acabar con el control de precios cuando las cuotas de mercado de los principales productores cayeron por debajo del 10 por ciento del mercado. Lo más interesante del ejemplo británico es que las soluciones prácticas a los problemas mencionados se aplicaron después de iniciado el proceso de liberalización, con empresa privatizadas y cotizadas en Bolsa, lo cual invalida los argu-

mentos de los defensores de los monopolios que plantean que este tipo de soluciones sólo son posibles antes de iniciar los procesos de privatización, no siendo posible aplicarlas a empresas privadas porque son vistas como atentados al derecho de propiedad privada.

4. SOLUCIONES UTÓPICAS

No obstante las justificaciones teóricas y la evidencia empírica disponible suponen que todavía haya muchos países que por distintas razones² han decidido no separar la propiedad entre los negocios monopólicos en competencia y no afrontar el problema del poder de mercado en los negocios liberalizados. Denomino a este tipo de soluciones, soluciones «utópicas» o «escapistas» porque no quieren afrontar la realidad, pretenden ignorar las características especiales del sector eléctrico que lo distinguen de otros sectores. Los defensores de las políticas «utópicas» consideran que los problemas de integración vertical o de poder de mercado no son importantes o que los beneficios de la competencia no compensan los costes de la desintegración, y que basta con que las autoridades vigilen, persigan y sancionen las conductas contra la competencia. Suponen que el sector energético no es distinto de los demás. Desgraciadamente los problemas que surgen cuando se adoptan este tipo de soluciones utópicas son numerosos.

Los problemas derivados de la falta de separación de propiedad están muy bien expuestos en el artículo de OCAÑA y LAFUENTE:

1. La *información asimétrica* que permite a las empresas integradas conocer los clientes de las empresas competidoras.

2. La *ventaja estratégica* que permite a la empresa integrada conocer los planes de sus rivales, pues éstos demandan con antelación el uso de las redes.

3. Los problemas de *transferencia de costes* de las actividades no reguladas a las reguladas.

4. Los derivados de la *negación* o la *dificultad de acceso*. Simplemente con retrasar o dar servicios de mala calidad a los competidores se consigue evitar que capturen clientes.

5. Finalmente los problemas que surgen de *frenar la expansión de las infraestructuras* permitan la importación de energía de otros países. Como hemos dicho, mientras las empresas que actúan en negocios en competencia controlen, estén presentes o influyan en las empresas dedicadas a expandir la red de transporte, hay poco que esperar en cuanto a un avance sustancial en las interconexiones.

En lo que se refiere a la separación de negocio, las soluciones utópicas —aquellas que ingenuamente creen que basta con la separación jurídica

² El análisis de las causas por las cuales algunos gobiernos eligen no afrontar los problemas de competencia del sector energético es una tarea fascinante que excede el objetivo de este artículo.

o la separación contable— fracasan porque suponen que las empresas van a funcionar como almas caritativas dispuestas a facilitar que sus competidores aumenten la cuota de mercado y hundan su negocio. Desde Adam SMITH sabemos que la regulación debe partir del supuesto realista de que las empresas van a tratar de maximizar beneficios y por ello los sistemas de regulación basados en la benevolencia de los empresarios llevan al fracaso. Por otro lado, aquellos que no se preocupan del poder de mercado se suelen encontrar con dos órdenes de problemas. En primer lugar, un problema de precios, que usualmente lleva a que las autoridades diseñen algún tipo de regulación de precios máximos para evitar los abusos, con lo cual se pierden los beneficios de la competencia. Pero también aparecen problemas de garantía de suministro, ya que para maximizar sus beneficios la inversión debe ser la mínima posible. Una vez que aparecen los problemas de haber dejado a las empresas poder de mercado las autoridades tratan de corregirlos con soluciones a medias, las que no afrontan el problema original, el del poder de mercado. Por ejemplo, la política de establecer límites al crecimiento de los grandes grupos empresariales ha fracasado por la simple razón de que el mercado energético no crece como otros mercados, como el de telecomunicaciones, a tasas muy altas que permiten una reducción de las cuotas de mercado de las empresas establecidas y, a la vez, un aumento de la cifra de negocios muy grande de los competidores. Han fracasado también las soluciones que buscan mitigar los efectos del poder de mercado a través de diseños ingeniosos de los mercados. El ejemplo más flagrante es el de California, cuyos diseñadores pensaron que, teniendo un mercado absolutamente transparente y diario, el poder de mercado no se ejercería. Hoy sabemos que, si hay poder de mercado, da igual las fórmulas técnicas de organización del mercado, ya que el poder de mercado será ejercido por las empresas que cuenten con él, pasado un tiempo de aprendizaje de las nuevas reglas de funcionamiento.

5. MATICES

Las dos áreas de problemas y los dos tipos de soluciones sirven de guía para adentrarse en los problemas que plantea la competencia en el sector eléctrico, pero requieren ser matizadas al aplicarse a casos concretos. Las soluciones denominadas «realistas» que han sido descritas anteriormente están pensadas para sistemas eléctricos grandes con unidades empresariales relativamente grandes. Si los sistemas no responden a estas características, las recomendaciones cambian, lógicamente, como veremos al examinar algunos ejemplos. Piénsese, por ejemplo, en sistemas pequeños como los que existen en pequeñas islas o países pequeños muy alejados de otros sistemas eléctricos. Los beneficios de la competencia en estos casos no pueden compensar los costes de la desintegración vertical. La mejor fórmula para regular el sector eléctrico o el del gas en estos sistemas no es la de la competencia sino la del monopolio regulado.

Otro caso es el de aquellos países en los que el número de empresas que regentan monopolios de redes es muy alto, o si se quiere decir de otra forma, el tamaño de estas empresas es muy pequeño. Éste es el caso, por ejemplo, de Noruega, donde la fragmentación empresarial —60 empresas sirven a 4 millones de personas— es enorme. En estos casos las posibilidades de ejercer el poder de dominio por parte de los dueños de las redes son muy limitadas y basta con la vigilancia de los órganos reguladores sectoriales o generales para resolver los problemas que se planteen sin ser necesario proceder a la desintegración vertical de propiedad.

A la hora de matizar se debe señalar también que no todas las redes son iguales. Hasta ahora hemos hablado de «redes» sin distinguir sus distintos niveles. El lector debe saber que, desde el punto de vista de los problemas que plantea la integración vertical, no son lo mismo las redes de transporte de gas y electricidad que las redes de más bajo nivel, las denominadas redes de distribución. La integración del transporte perjudica el funcionamiento de los mercados de generación y aprovisionamiento y, en consecuencia, también acaba perjudicando a la competencia en el suministro. Por ello en el caso del transporte no caben dudas sobre la necesidad de la separación de propiedad entre ambos tipos de negocios. Sin embargo, la integración con las redes de distribución perjudica exclusivamente al negocio del suministro y, en principio, no daña al funcionamiento de los mercados mayoristas, con lo que las denominadas soluciones «utópicas» aplicadas a las redes de distribución infligen un daño menor al sistema que en el caso de permitir la integración con el transporte.

Finalmente, en lo que respecta a las recomendaciones de evitar el poder de mercado de las empresas, caben también muchos matices, como, por ejemplo, que las medidas de concentración que se fijan en la cuota del mercado nacional dependen crucialmente del tamaño de las interconexiones. Es evidente que unas interconexiones del 3 por ciento de la demanda máxima exigen índices de Herfindhal muy inferiores a 1.800, mientras que si las interconexiones suponen el 150 por ciento de la demanda máxima se pueden aceptar concentraciones muy altas en el mercado de generación de un país. En definitiva, por importantes que sean los problemas de poder de mercado en el sector energético no por ello se deben declarar inservibles conceptos como el de «mercado relevante» contruidos por la teoría y la práctica de la defensa de la competencia.

6. LOS ÚLTIMOS PROBLEMAS

El sector energético es resistente a operar bajo un sistema de incentivos basado en la competencia. Los problemas de competencia no terminan aunque se hayan aplicado las que he denominado soluciones «realistas», las que afrontan los problemas reales de competencia que plantea

este sector. Incluso en aquellos países, como la Gran Bretaña, que han optado por separar los monopolios de las actividades en competencia y que han conseguido estructuras empresariales muy competitivas en el mercado de generación, comprueban que los problemas de competencia, aunque limitados en el tiempo, vuelven a aparecer en dos tipos de ocasiones.

En primer lugar, como consecuencia de las congestiones en la red de transporte. En el momento en que aparece una congestión en la red de transporte, el mercado «relevante», esto es, aquel que forman las empresas que componen el mismo, deja de ser el mercado nacional y pasa a ser una parte de ese mercado, concretamente, la parte que ha quedado aislada del resto del mercado nacional. Esto significa que el número de operadores queda reducido sustancialmente porque el resto de los operadores que quedan al otro lado de la congestión dejan de competir con los aislados. Un ejemplo claro de ello en España son las congestiones que se producen en verano en España que dejan «aislada» la región andaluza, en la que prácticamente opera una sola empresa y que, por tanto, puede fijar el precio donde quiera.

En segundo lugar, y aun suponiendo que hay un exceso de capacidad en las redes de transporte que impide que aparezcan los problemas de congestiones mencionados, pueden aparecer problemas serios de poder de mercado al acercarse la capacidad máxima de generación a la demanda en un momento determinado. En estos casos, como nadie tiene capacidad ociosa para ofrecer, incluso empresas con muy bajas cuotas de mercado, por ejemplo del 5 por ciento, pueden obtener sustanciosos beneficios retirando cantidades mínimas del mercado. Esto significa que incluso con un sector empresarialmente muy fragmentado no desaparecen los problemas de poder de mercado.

Obsérvese lo que tienen en común estos dos tipos de problemas. Ambas situaciones reflejan que el volumen de inversión —en transporte o en generación— fue insuficiente para cubrir la demanda en un momento determinado. La experiencia muestra que los sistemas desregulados pueden tener problemas debidos a la «subinversión», a que se invirtió menos de lo necesario para atender a una de las primeras cualidades que se le debe exigir a todo sistema de regulación: la seguridad en el suministro. No deja de ser curioso que este problema de «subinversión» sea justamente el contrario del que aparece en los sistemas de monopolio, regulado con arreglo a fórmulas clásicas de remuneración de acuerdo al coste del servicio. En efecto, el principal problema de la regulación de los monopolios era su tendencia a la «sobreinversión» que era justamente una de las causas de su ineficiencia y mayor coste y que ha sido una de las razones para proceder a introducir competencia en el sector.

Por ello es interesante preguntarse por las causas que llevan a esa subinversión. Una de las causas es la esperada, la buscada con el cambio regulatorio. Justamente se buscaba que las empresas no hicieran inversiones inútiles, de tal forma que, distribuyendo entre todos una menor

cantidad de costes fijos, los precios al consumidor pudieran ser menores y los recursos humanos, de capital, etc., pudieran destinarse a otros sectores aumentando de esa forma la tasa de crecimiento de la economía. Este efecto debería esperarse no sólo en los mercados liberalizados sino también en aquellos regulados con arreglo a fórmulas IPC-X que, en principio, están diseñados con el mismo objetivo de minimizar también los costes de inversión.

Pero el problema de la subinversión no surge exclusivamente por el incentivo a mejorar la eficiencia sino también por el incentivo de los agentes a ejercer el poder de mercado. En los dos casos expuestos se producen situaciones donde se puede ejercer con facilidad el poder de mercado. En las congestiones, porque los generadores que quedan cerrados al suministro de otras áreas son los dueños del submercado correspondiente. En las situaciones en que la capacidad instalada total llega apenas a cubrir la demanda porque cualquier generador, incluso con cuotas de mercado muy bajas, puede ejercer su poder de mercado sin arriesgar nada.

Las empresas saben mejor que nadie que en el sector eléctrico se producen estas situaciones donde se puede ganar dinero con gran facilidad y, por tanto, tratarán de producirlas en la medida de sus posibilidades. Si no se han aplicado las soluciones de desintegración vertical y desconcentración horizontal, las posibilidades de las empresas de generar situaciones en las que puedan ejercer con facilidad su poder de mercado son muy grandes. En lo que respecta al transporte es evidente la mayor facilidad de crear congestiones, o de no poner los medios para evitar que aparezcan, que proporciona la integración vertical. En lo que respecta a la tendencia a reducir el margen extra de capacidad en el negocio de generación, se ha probado que en sistemas concentrados el incentivo de las empresas a reducir capacidad se refleja, por ejemplo, a través de un proceso de achatarramiento de plantas que no se hubiera producido de no existir ese incentivo a limitar capacidad para aumentar el poder de mercado.

Por decirlo de otra forma, los problemas de poder de dominio vertical y poder de mercado horizontal en el sector eléctrico y del gas no acarrear sólo problemas de mayores precios para los consumidores sino también problemas de suministro. Todo esto está llevando a los estudiosos del sector energético a mostrar que, si no se consigue un exceso de capacidad en el transporte y un cierto exceso de capacidad en la generación, los mercados energéticos no pueden funcionar en competencia sin que aparezcan problemas de precios o de suministro. En cuanto a las soluciones a estos «últimos» problemas, no son difíciles de encontrar en el caso del transporte. Siempre que se haya separado el transporte de los otros negocios basta con remunerar ese exceso de capacidad de interconexión. Como dice algún autor, hay que ver ese exceso de capacidad como un bien público. Pagamos más por mantener ese exceso, porque nos interesa a todos que no surjan problemas locales de poder de mercado.

En cuanto a la necesidad de contar con un margen de capacidad no usada en generación para hacer frente a momentos de dificultad, la solución no es tan fácil porque se trata de una actividad que, a diferencia del transporte, no tiene regulada su remuneración sino que la obtiene del mercado. En mercados con estructura empresarial dispersa, el problema puede aparecer pero no hay un incentivo a que aparezca, y, sin embargo, en mercados donde existe un cierto poder de mercado (en situaciones incluso alejadas de la máxima demanda) hay incentivos a reducir capacidad. Ésta es, pues, una razón adicional para buscar estructuras empresariales muy desconcentradas o sistemas fuertemente interconectados.

Es posible que incluso en sistemas con estructuras empresariales muy fragmentadas pudiera surgir un problema de falta de suministro como consecuencia de la rigidez de la demanda y de la falta de almacenamiento. Para resolver los problemas de rigidez de la demanda, las soluciones deben ir por promover o facilitar fórmulas contractuales a través de las cuales los consumidores menos rígidos puedan reaccionar adecuadamente y de esta forma impidan que surjan los problemas de falta de suministro. En esta cuestión la sofisticación de fórmulas de cobertura de riesgo desarrolladas en los mercados financieros pueden servir de gran ayuda. No obstante, hay que añadir una vez más que nada de esto sirve si, en condiciones normales, el mercado de generación no funciona en competencia, pues la mayoría de los mercados de derivados y demás coberturas de riesgo exigen que los movimientos de las cantidades y precios de los mercados que deben cubrirse no dependan de la manipulación de quienes tienen poder de mercado.

7. GAS Y ELECTRICIDAD

Prácticamente todo lo dicho hasta ahora se puede aplicar tanto al gas como a la electricidad. Pero el lector debe saber que el gas tiene algunas características que hacen que los problemas de competencia en el mismo puedan ser menores que en el caso de la electricidad, y estas características son las siguientes:

1. Existe una posibilidad de almacenamiento que no existe en el caso de la electricidad.
2. El cierre a las fronteras de importación no es tan fuerte, porque si bien a las interconexiones a través de gasoductos se les puede aplicar lo mismo que a las del transporte eléctrico, el gas tiene la posibilidad de la regasificación y la importación a través de barcos.
3. Los crecimientos de la demanda del gas, especialmente en España, son mayores y, por tanto, la posibilidad de que la empresa establecida quede menos afectada por un crecimiento grande de las ventas de los nuevos entrantes no es tan grande. Todo esto ha llevado a algo sorprendente y es que, incluso habiéndose liberalizado el gas en España más

tardíamente que la electricidad, *de facto* el porcentaje cubierto por los nuevos entrantes es mucho mayor que en el caso de la electricidad. Todo ello no quita, por supuesto, para que las dos grandes directrices deban ser aplicadas también al gas, cosa que en España no se ha hecho, por ejemplo, en el caso de la separación entre los negocios monopólicos y los que se han abierto a la competencia.

8. LAS ÚLTIMAS ACTUACIONES DE LA UNIÓN EUROPEA

Sugiero al lector que, para probar la utilidad de la guía desarrollada en este artículo, la utilice para juzgar las últimas actuaciones (Cumbre de Barcelona, Proyecto de Directiva, etc.) de la Unión Europea (UE) en el terreno energético. Si aplica lo que la guía considera cuáles son los problemas principales y las soluciones realistas, comprobará el inmenso retraso con que camina la Unión en relación a experiencias como la británica, la nórdica o la australiana y cómo sigue en la línea de aplicar soluciones «utópicas». En efecto, en lo que se refiere a la separación de negocios, la UE se propone pasar de la separación contable a la jurídica, que, como se sabe, no evita los conflictos de interés ni altera el sistema de incentivos perverso que plantea el mantenimiento de los dos tipos de negocios bajo una misma propiedad. En cuanto al problema del poder de mercado que, como se ha señalado, es crucial para el buen funcionamiento del mercado eléctrico, simplemente se ignora. Solamente en lo que se refiere a las interconexiones hay un avance filosófico en el sentido en que, al menos, se admite su importancia. Sin embargo, desde el punto de vista práctico poco se puede esperar del compromiso de avanzar en la construcción de interconexiones, ya que el mantenimiento de monopolios integrados mantiene un sistema de incentivos contrario a la construcción de las mismas.

El debate en la opinión pública sobre la regulación del sector eléctrico en la Unión Europea ha ignorado los problemas de reestructuración expuestos en este artículo y se ha centrado en la liberalización, esto es, en la ampliación de la condición de consumidores elegibles, lo cual se explica por qué el concepto de liberalización es un concepto más comprensible que el de desintegración vertical o el del poder de mercado, pero también por qué la cumbre se planteó como una batalla entre Francia y el resto de los países miembros y no hay nada que interese más a los medios de comunicación que las controversias. Es evidente que la liberalización es una condición necesaria para que haya competencia, pero no está claro si tiene ventajas avanzar en este área antes de que la demanda liberalizada pueda enfrentarse a una oferta en competencia. Algunos autores, en vista de la experiencia alemana, llegan a sugerir que, si se suprime la tarifa antes de que el mercado de generación sea suficientemente competitivo, no sólo se corre el riesgo de aumento de precios sino que, además, se puede desatar un proceso de absorción del negocio del suministro liberalizado por parte de los generadores, de tal forma

que el oligopolio de la generación acabe con los anteriores comercializadores a tarifa, con la consecuencia perversa de que se cierra la entrada de nuevos operadores a un mercado, el de la comercialización, que en principio era más abierto que el de la generación.

BIBLIOGRAFÍA

- ATIENZA, L.; DE QUINTO, J., y WATT, R., *Análisis de los efectos económicos y sobre la competencia de la concentración Endesa-Iberdrola*, Instituto de Estudios Europeos, Universidad San Pablo-CEU, 2001.
- BEATO, P., y LAFFONT, J. J., *Competition and Regulation in Infrastructure Services in Developing Countries: Some Experiences from Latin-America*, 2001.
- CISNAL DE UGARTE, S., «The role of competition law in infrastructure industries: The case of the liberalised European energy market», *Competition and Regulation in Infrastructure Services in Developing Countries: Some Experiences from Latin-America*, Banco Interamericano de Desarrollo.
- COMISIÓN EUROPEA, *Hacia un Mercado Único de Energía en 2005*, Bruselas, 2001.
- *Communication from the Commission to the Council and the European Parliament*, European Energy Infrastructure, 2001.
- *Commission Staff Working Paper, Progress report on the response to the Green Paper «Towards a European strategy for the security of energy supply»*, 2000-2001.
- *Explanatory Memorandum: Regulation on conditions for access to the network for cross-border exchanges in electricity*.
- *Explanatory Memorandum: Revision of the Electricity and Gas Directives*.
- COMISIÓN NACIONAL DE ENERGÍA, *Informe marco sobre la demanda de energía eléctrica y gas natural, y su cobertura*.
- DE QUINTO, J., y WATT, R., *Wholesale natural gas markets in countries without production: The case of Spain*.
- INTERNATIONAL ENERGY AGENCY, *Energy Market Reform. Competition in Electricity Markets*.
- *Regulatory Reform: European Gas*.
- KAHN, E., *Mercados de electricidad: El caso de California*, Analysis Group.
- NEWBERRY, D. M., *Economic reform in Europe: Integration and liberalizing the market for services*, Cambridge, Department of Applied Economics, 2001.
- *European Deregulation. Problems of liberalising the electricity industry*, Cambridge, Department of Applied Economics.
- *Regulating Electricity to ensure efficient competition*, Cambridge, Department of Applied Economics.
- *Regulating Unbundled Network Utilities*, Cambridge, Department of Applied Economics, 2001.
- OCAÑA y LAFUENTE, «Panorama de las Industrias de Red», *Revista Vasca de Economía*, Gobierno Vasco.
- OCDE, Directorate for Financial, Fiscal and Enterprise Affairs, Committee on Competition Law and Policy, *Structural Separation in Regulated Industries*, DAFFE/CLP, 2001, 11.
- *Promoting Competition in the National Gas Industry*, 2000.
- PÉREZ ARRIAGA, J. I., *Tratando de hacer luz*.
- ROSE, K., *Market Power in the Emerging Competitive Electric Supply Industry*, The National Regulatory Research Institute Ohio State University, May 1999.

THE WORLD BANK, «Energy and Mining Sector Board», *The California Power Crisis: Lessons for Developing Countries*, 2001.

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA, *Expediente de Concentración Económica C60/00 Endesa/Iberdrola*, 2001.

— *Expediente de Concentración Económica C54/00 Unión Eléctrica Fenosa-Hidroeléctrica del Cantábrico*, 2000.

LA IDEOLOGÍA AGRO-FILOSÓFICA DE LA PAC

Pedro FRAILE BALBÍN

Universidad Carlos III de Madrid *

«Espero que me perdonen aquellos que nada nuevo encuentren en lo que voy a decir, por aventurarme a discutir una vez más un asunto que con tanta frecuencia ha sido discutido desde hace tres siglos».

(John STUART MILL, *Sobre la libertad*)

1. INTRODUCCIÓN: PROS Y CONTRAS DE LA PAC

A los economistas de la historia y los historiadores de las ideas económicas la Política Agraria Comunitaria se nos presenta como un arma de doble filo, como una bendición y al mismo tiempo un desgracia intelectual. Por una parte, la red infranqueable de regulaciones, precios mínimos, garantías estatales, subvenciones, controles burocráticos y comités de la PAC ha llegado a ser un conglomerado tal de leyes e instituciones que su sola comprensión implica un grado de especialización teórica sólo alcanzable por un experto, y los procesos redistributivos que ha dado lugar son, quizá, los más grandiosos de la historia y requieren un grado de formación económica considerable para analizar todas sus consecuencias. Esta colosal complejidad no sólo da trabajo a una legión de buscadores profesionales de rentas, sino que asegura nuestro futuro de economistas y nos indica que nuestra disciplina, lejos de ser olvidada por sabida, será en el futuro cada vez más necesaria.

Pero, por otra parte, el hecho de que una parte muy minoritaria de Europa se haya erigido en el objeto de predilección de los políticos, haya podido crear el entramado más complejo de regulaciones arbitrarias y

* Éste es un borrador muy, MUY tentativo de un trabajo en curso sobre la evolución histórica de los *lobbies* europeos en el contexto de los nacionalismos de entreguerra. Por favor, no citar sin permiso. Cualquier comentario o crítica será recompensado con la máxima influencia que este autor pueda ejercer en la consecución de favores estatales para el comentarista. Este ensayo forma parte del proyecto de investigación CGYCIT: PB98-0141.

haya recibido cantidades ingentes y astronómicas de recursos confiscados a los consumidores y contribuyentes son factores que desazonan a los seguidores de Adam SMITH. ¿Por qué no podrían haber sido los banqueros, los industriales o los mercaderes de siempre? Es cierto que la fuerza de esta minoría confirma gratamente las ideas de Mancur OLSON, pero es aún peor lo mal que encaja con la descripción smithiana. Aquí el escocés no fue capaz de ver a los pobres, dispersos, ignorantes, vulnerables y manipulados agricultores convertidos en predadores. Para los que seguimos admirando a SMITH ésta es una circunstancia dolorosa porque toda la teoría de la manipulación interesada desarrollada por el escocés estaba construida al revés: «Los habitantes del campo, dispersos en lugares apartados, no pueden ponerse de acuerdo fácilmente»¹, y más tarde:

«los hacendados y granjeros, dispersos a lo largo del país, no se combinan con tanta facilidad como los mercaderes y los fabricantes, que al estar agrupados en ciudades y acostumbrados al espíritu corporativo que prevalece entre ellos, procuran naturalmente obtener contra sus compatriotas los mismos privilegios exclusivos que habitualmente poseen contra los habitantes de sus ciudades respectivas».

Por todo esto, los campesinos de SMITH no sólo «son las personas menos imbuidas del miserable espíritu del monopolio»², sino que su consideración social es injusta y errónea:

La condición de los materiales sobre los que trabaja es tan variable como la de los instrumentos que usa, y ambos requirieren ser tratados con mucho talento y cuidado. El labrador, considerado generalmente como estúpido e ignorante, pocas veces carece de dicho talento. Lógicamente está menos acostumbrado al trato social que los manufactureros que viven en la ciudad. Su voz y su lenguaje son más rudos y más difíciles de ser entendidos por los que no están acostumbrados a ellos. Sin embargo, al estar acostumbrado a considerar una variedad de objetos, por lo general disfruta de una comprensión muy superior a la de aquellos cuya actividad total, de la mañana a la noche, se reduce a una o dos operaciones sencillas³.

Si Adam SMITH hubiese podido ver no sólo el poderío de los *lobbies* agrarios europeos para la extracción de rentas estatales, sino la furia y agresividad con las que dos siglos después sus inocentes granjeros ocupan las calles, acosan a los ciudadanos y, sobre todo, amedrentan a los políticos, habría tenido que revisar una buena parte de su obra, en concreto la relativa a la mayor facilidad de los mercaderes para la formación de coaliciones. Sin embargo, habría podido mantener sus argumentos pioneros sobre la embaucación necesaria que los buscadores de renta

¹ A. SMITH, *La Riqueza de las Naciones* (edición de Carlos RODRÍGUEZ BRAUN), Madrid, Alianza, 1994, libro I, cap. X, p. 166.

² *Ibid.*, libro IV, cap. II, p. 557.

³ *Ibid.*, libro I, cap. X, parte 2, p. 189.

tienen siempre que hacer de las voluntades de aquellos a los que quieren expropiar.

Este ensayo hace hincapié sobre este último aspecto. Después de esta introducción, se describe la historia de la formación de la PAC; a continuación se pasa revista a la ideología agro-filosófica, es decir, a los argumentos usados para justificar la colosal transferencia de recursos que supone; en cuarto lugar, se analiza el mercado de rentas de la PAC; el quinto epígrafe presenta los costes de la redistribución, y un breve apartado final resume y concluye el ensayo.

Es importante señalar que este ensayo tiene como objetivo aclarar el proceso de eliminación de la competencia agraria interna, y por lo tanto no se ocupa del impacto, del devastador impacto, de la PAC sobre el comercio internacional y sobre todo sobre las economías del Tercer Mundo. Sobre este asunto y sus calamitosos efectos el lector cuenta con multitud de fuentes alternativas.

2. LA «VICTORIA FRANCESA» EN LA FORMACIÓN DE LA PAC

La economía política de los problemas rurales europeos anteriores a la Primera Guerra Mundial han sido siempre una fuente de debate entre los economistas de la historia. La estructura interna de los grupos de presión agrarios fue lo que determinó la respuesta de cada país europeo a la «invasión» de productos agrarios de bajo precio antes de la Primera Guerra⁴. La atención de los analistas y de los políticos de la época estaba bien guiada. Más tarde, la agricultura fue el mayor desencadenante en la década de 1920 de las tensiones que después llevarían a la Gran Depresión, y no es de extrañar que los encargados de reconstruir el orden internacional de la segunda posguerra quisiesen darle prioridad. Así pues, la política agraria que los primeros seis Estados firmantes siguieron durante los años de entreguerra, e incluso antes, tuvo un peso decisivo en los acuerdos agrarios iniciales del Mercado Común, especialmente desde el punto de vista de los representantes franceses que acudían a las negociaciones con un marcado interés en hacer de la agricultura una de las bases de la Unión Europea. Esto, sin embargo, no fue fácil. Junto

⁴ C. KINDLEBERGER, «Group Behavior and International Trade», *Journal of Political Economy*, 59, No. 1, 1951, pp. 30-47; otros enfoques posteriores, como el de A. MCCALLA o K. O'ROURKE, entre otros muchos, han añadido complejidad institucional y buena econometría al análisis de las relaciones entre grupos de interés y las políticas agrarias europeas durante la misma época. O'ROURKE, por ejemplo, argumenta que además de los *lobbies* agrarios, fueron decisivos los distintos *shocks* de precios producidos por los nuevos productos agrarios en cada país, de manera que fueron éstos, más que la influencia de los grupos, los que en cada caso determinaron la respuesta (librecambista o proteccionista) de las economías agrarias de Europa. Ver K. H. O'ROURKE, «The European Grain Invasion, 1870-1913», *The Journal of Economic History*, 57, No. 4, December 1997, pp. 775-801. Ver también A. F. MCCALLA, «Protectionism in International Agricultural Trade, 1850-1968», *Agricultural History*, No. 44, 1969, pp. 329-344.

con la agricultura, los intereses industriales alemanes (la otra gran fuente de influencia en los primeros acuerdos comunitarios) querían dar a las manufacturas un protagonismo indiscutido. La primera propuesta para la creación de una Alta Autoridad en materia agraria vino de Francia durante la creación del Consejo de Europa en 1949. Se trataba de controlar la producción, los precios y la circulación de productos entre los quince países firmantes⁵. Pero no fue hasta el Tratado de Roma (1957) cuando se recogieron los puntos básicos del Informe Spaak (1956) —mantenimiento de las explotaciones familiares, garantías de oferta en caso de emergencia (guerra), estabilidad de precios, incremento de la productividad— que se había elaborado un año antes. Sin embargo, el compromiso de desmontar las políticas agrarias nacionales a favor de la nueva entidad no fue asumido por todos con la misma intensidad, y el acuerdo final de las negociaciones de Val Duchesse en 1957 especificaba que «la política agraria común será más una cuestión de adaptación de los intereses nacionales que un cambio radical impuesto»⁶. Así, los Estados miembros no quedaron obligados a poner en práctica una política agraria común hasta el final de un período de transición de doce años, y fue solamente a lo largo de la década siguiente cuando la actual estructura de la CAP tomó forma.

El art. 38 del Tratado establecía los fines, el art. 40 hacía una referencia vaga a los instrumentos, en el 43 se perfilaban los mecanismos de contacto entre la Comisión y el Consejo para asuntos agrarios. Pero en general, la especificación detallada de la CAP tuvo lugar en la conferencia de Stresa en 1958. Allí se perfilaron con más detalle los principios del Tratado: la agricultura habría de formar una parte integral de toda la estrategia económica, se crearía un mercado libre interno, se promocionaría el cambio estructural para el incremento de la productividad, se seguiría una política racional de precios estables, se ayudaría a los agricultores en situación de desventaja, se protegería a las granjas y, en general, se trataría de que los ingresos agrarios fuesen iguales a los de otros sectores de la economía. La CAP apareció formalmente en junio de 1960 cuando se sometieron estos criterios —junto con varios instrumentos como aranceles agrarios y precios mínimos— al Consejo. Al mes siguiente se creó el Comité Especial de Agricultura (SCA) como órgano asesor de la Comisión en la materia. De allí emanaron las políticas de precios de apoyo, los aranceles, los reembolsos por exportaciones, las compras de excedentes, y casi todos los demás instrumentos interventores⁷.

⁵ A. FEARNE, «The History and Development of the CAP, 1945-1985», en C. RITSON y D. HARVEY (eds.), *The Common Agricultural Policy and the World Economy. Essays in Honour of John Ashton*, Wallingford, CAB International, 1991, pp. 22-23.

⁶ J. PEARCE, «The Common Agricultural Policy: the Accumulation of Special Interest», en H. WALLACE, W. WALLACE y C. WEBB (eds.), *Policy-Making in the European Community*, London, Wiley, 1983, p. 147.

⁷ A. FEARNE, «The History and Development...», cit., p. 29.

Es importante recordar que el Tratado de Roma se firmó tan sólo una década después del final de las hostilidades. Sin este trasfondo, es difícil entender la postura alemana con respecto a la política agraria del MC. Tanto el *lobby* agrario como el industrial estaban en contra de lo que, con razón, percibían como un peligro. El primero, porque gozaba de los precios agrarios más altos de Europa y temía que una política comunitaria de precios rebajaría sus ingresos. El segundo porque temía que la relación con respecto a terceros países de la nueva entidad privaría a las manufacturas alemanas de fuentes baratas de aprovisionamiento de alimentos que mantuviesen los salarios reales y las exportaciones a niveles competitivos. Solamente la determinación política del Canciller Konrad Adenauer⁸ y su grupo dentro de la CDU lograron (no sin concesiones compensatorias millonarias al *lobby* agrario DBV) que Alemania participase en la nueva política.

Los otros dos grandes productores agrarios que firmaron en Roma —Francia e Italia— vieron desde el principio una gran oportunidad en la futura CAP. Los grupos de interés italianos en el sector agrario, especialmente la *Associazione Italiana dei Coltivatori Diretti*, estaban muy ligados —y por lo tanto disciplinados— por los partidos políticos, y veían, además, una doble oportunidad en el MC: explotar su ventaja comparativa de productos mediterráneos y parar en la frontera europea las importaciones de terceros países. Pero los que podían derivar una mayor ventaja de la CAP eran los agricultores franceses y sus representantes políticos. Para éstos, las garantías agrarias significaban un área de poder en la nueva Europa simétrico al industrial de Alemania, y aseguraba una hegemonía en su mercado político doméstico. En el mercado de poder de los nuevos burócratas comunitarios, la inferioridad con respecto a Alemania que implicaba la debilidad relativa de las manufacturas francesas era compensada por el poder en cuestiones agrarias. Francia contaba con casi la mitad de toda la superficie cultivable de los seis firmantes, producía el 40 por ciento de toda la comida y era, con diferencia, el mayor exportador. No es extraño que el acuerdo de la CAP fuese considerado la «Victoria Francesa»⁹. En efecto, en aquel momento el líder, la FNSEA, el mayor *lobby* agrario francés, lo puso en términos claros: «sería un grave error no beneficiarnos de esta ocasión»¹⁰. Más recientemente el resultado histórico de la experiencia francesa ha sido resumido de forma clara: «Francia aprovechó los presupuestos agrarios al máximo para su agricultura. El *lobby* agrícola francés ha funcionado correctamente»¹¹.

⁸ K. ADENAUER (1876-1967) refundó el partido demócrata cristiano alemán tras la Segunda Guerra Mundial y fue elegido canciller en 1949, 1953, 1957 y 1961. Abandonó voluntariamente la cancillería en 1963 y fue una figura clave para la re inserción alemana en Europa: firma del Tratado de Roma, ingreso en la OTAN, postura hacia la Unión Soviética.

⁹ F. CLERC, «Attitudes françaises vis-a-vis de la politique agricole commune», en M. TRACY e I. HODAC (eds.), *Prospect for Agriculture in the European Economic Community*, Brussels, College of Europe, 1979, pp. 353-363.

¹⁰ Citado en L. LIMBERG, *The Political Dynamics of European Economic Integration*, Oxford, Oxford University Press, 1963, p. 280.

¹¹ J. NONON y M. CLAMEN, *Europa y sus pasillos. Lobbying y lobbistas*, Barcelona, Marcombo, 1993.

3. LA IDEOLOGÍA AGRO-FILOSÓFICA

Por muy lento y difícil que fuese, la formación de la CAP fue un montaje institucional preciso y cuidadoso, pero sobre todo discreto y silencioso, de uno de los tinglados redistributivos más colosal de la historia. Sería arduo para cualquier economista encontrar en el pasado un paralelo de transferencia legal y no violenta de recursos entre consumidores y productores que rivalice con el expolio de la CAP. ¿Cómo ha podido llegar a producirse esta situación?, y sobre todo ¿cómo explicar la ausencia de oposición a esta gran maquinaria institucional? En el apartado siguiente este ensayo se ocupa de analizar la estructura de los grupos de presión agrarios y el mercado de favores en los que participan. Pero aquí se esbozan los argumentos que se han venido usando para justificar estas ingentes transferencias.

Cualquier juego redistributivo —no digamos un expolio de la magnitud de la CAP— requiere «un cierto grado de confusión y embaucamiento»¹² o de ofuscación, como lo denomina MAGEE¹³, para rebajar el coste de la puesta en marcha y lograr la aceptación e incluso la legitimidad del saqueo. El proceso por el que los grupos de interés anestesian el conocimiento de la mayoría para el logro de sus propios fines fue ya objeto de estudio en SMITH, ROUSSEAU, TOCQUEVILLE y muchos otros¹⁴, y ha dado lugar hoy en día a una rama de la economía sociológica que se ocupa de la «falsificación de las preferencias» colectivas¹⁵. En casi todos los casos, y el de la extracción de rentas de la PAC no es excepción, los *lobbies* tratan de crear lo que TOCQUEVILLE llamaba un sistema de reputación o AKERLOF denomina un marco moral de referencias. Esto puede hacerse con la participación interesada de terceros (los grupos políticos, por ejemplo) o la simple alianza desinteresada que por motivos de principio mantienen las mismas ideas, como es el caso de los pensadores y propagandistas religiosos o de muchos académicos.

El caso de la ideología agro-filosófica presenta la curiosidad de que según ha ido disminuyendo la importancia numérica de los agricultores con el proceso de industrialización, más intenso ha sido el esfuerzo por parte de las poblaciones agrarias de extender la *bauerntumideologie*, la mística de lo rural¹⁶. Ésta quedó reflejada y sirvió de justificación, como

¹² G. TULLOCK, «How to do well while doing good!», en D. COLANDER (ed.), *Neoclassical Political Economy. The Analysis of Rent-seeking and DUP Activities*, Cambridge, Mass., Ballinger, 1984, p. 238.

¹³ S. M. W. BROOK y L. YOUNG, *Black hole tariffs and endogenous policy theory. Political economy in general equilibrium*, Cambridge, Cambridge University Press, 1989, p. 134.

¹⁴ Además de los conocidos pasajes de SMITH en *La Riqueza de las Naciones*, este asunto puede verse, entre otros muchos, en J.-J. ROUSSEAU, *El contrato social o principios de Derecho político*, Barcelona, Fontana, 1994 (1760-1761), p. 46, y en A. DE TOCQUEVILLE, *La democracia en América*, vol. II, Madrid, Alianza, 1996 (1835), pp. 13-14.

¹⁵ Véase, por ejemplo, T. KURAN, *Private Truths, Public Lies. The Social Consequences of Preference Falsification*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1995.

¹⁶ Ver G. HENDRIKS, *Germany and European Integration. The Common Agricultural Policy: an Area of Conflict*, New York, Berg, 1971, pp. 148-155.

ya se ha mencionado, en los arts. 39 y 40 del Tratado y en la Conferencia de Stresa para conseguir los objetivos de los agricultores: precios razonables y estables, paridad de ingresos con otras actividades, fomento de las explotaciones familiares, fomento de la vida rural, garantías de oferta alimentaria suficiente y protección contra las importaciones procedentes de países competidores. Para la defensa de esos objetivos se fue creando un clima de opinión que aunque no nuevo —el proteccionismo agrario y su retórica son tan antiguos como el industrial y pueden encontrarse ya en los mercantilistas del siglo XVII— ha llegado a adquirir carta de naturaleza en la prensa y las intuiciones populares sobre economía.

El marco moral de referencia que soporta este entramado se compone básicamente de cuatro elementos, todos relacionados unos con otros: *a*) el autarquismo agrario; *b*) el pesimismo exportador; *c*) la visión moral de la granja familiar, y *d*) el énfasis antiurbano del ruralismo religioso, especialmente católico. El mito de la autosuficiencia alimentaria tiene sus raíces en el más puro casticismo nacionalista y es una de las intuiciones más arraigadas en el saber económico popular. Fue una parte fundamental de la primera Escuela Histórica Alemana¹⁷ e influyó en todos los regeneracionismos europeos de la entreguerra y también después. Se trataba de no solamente presentar a la agricultura como el pozo sagrado del que bebe la ciudadela sitiada por el enemigo, sino del mercado «natural» (y por lo tanto reservado) para las manufacturas modernizadoras¹⁸. El antiguo y arraigado pesimismo agrario no es sino una variedad del folklore popular sobre el comercio exterior y el intercambio desigual cuyas raíces están en el mercantilismo regeneracionista¹⁹ pero cuyas formulaciones modernas adquirieron recientemente categoría de «escuela»²⁰. La objeción más frecuentemente aducida en contra de la libre competencia agraria es una versión «a la Prebisch-Singer» de la tendencia a largo plazo de la relación real de intercambio para los granjeros, es decir, que los precios pagados por los empresarios agrarios tienen una tendencia secular a subir, mientras que los recibidos por ellos la tienen a bajar. Lograr la igualdad de estos precios, lo que en la literatura proagraria norteamericana se conoce como «paridad»²¹, se convirtió desde la entreguerra en un argumento a los dos lados del Atlántico para la consecución de apoyo público. Su veracidad, sin embargo, es cuestionable. Como en todas las series cíclicas —desde las de KONDRATIEFF a las de PREBISCH—

¹⁷ Sobre todo a través de W. ROSCHER (1817-1894) y su *Tratado de Economía Política Rural* (1888).

¹⁸ En este segundo aspecto, la aportación de los geógrafos económicos de fin de siglo —también asociados al pensamiento alemán— fue decisivo para legitimar a la agricultura como factor de independencia nacional.

¹⁹ Recuérdese que R. ALTAMIRA proponía a J. COSTA un «pesimismo metódico» como sistema de análisis de los males de España. Véase G. J. G. CHEYNE (ed.), *El renacimiento ideal: epistolario de Joaquín Costa y Rafael Altamira*, Alicante, Diputación de Alicante, 1992, p. 103.

²⁰ Ver, por ejemplo, H. HUGES (ed.), *The Dangers of Export Pessimism. Developing Countries and Industrial Markets*, San Francisco, ICS Press, 1992.

²¹ Véase, por ejemplo, J. PENSON, R. POPE y M. COOK, *Introduction to Agricultural Economics*, Englewood Cliffs, NJ, Prentice Hall, 1986.

es realmente difícil identificar una tendencia inequívoca de carácter permanente. Pero aunque así lo fuese, la comparación de dos series establece una ratio que depende, como es obvio, de la base que se elija. Pues bien, en las reclamaciones iniciales agrarias de la entreguerra, el arranque de las series que se usaban para demostrar el deterioro de la paridad era el promedio de los años 1910-1914, en los que los precios agrarios estaban inusualmente altos como consecuencia de la Gran Guerra. De cualquier forma, parece razonable aceptar que los precios del sector cayeron durante los años anteriores a la Depresión, y probablemente en épocas más recientes también. Pero una caída de precios no significa necesariamente la crisis de un sector —piénsese en la electrónica o las telecomunicaciones, por ejemplo— si no se tiene en cuenta el avance de la productividad. La función de producción de la agricultura norteamericana (y de la europea también) cambió radicalmente desde el final de la Segunda Guerra Mundial a los años setenta. Mientras que la cantidad total de recursos dedicados a la producción permaneció más o menos constante, la participación del capital se dobló y la del trabajo bajó a la mitad. Como consecuencia, la productividad por factor unitario dio un salto espectacular, creciendo casi un 100 por ciento durante las tres décadas posteriores a la guerra²². La caída de precios, por lo tanto, no denota un sector en crisis sino, por el contrario, un empresariado dinámico que sabe adaptar su producción a los cambios técnicos y financieros para rebajar costes y que, si bien no se distingue por su alta rentabilidad, no está sumido, por otra parte, en la trampa de pobreza en la que usualmente se nos presenta, especialmente si se tiene en cuenta que la riqueza agraria suele ser siempre mucho mayor que los ingresos, y que los campesinos —como buenos empresarios— han aprendido no sólo a recibir trato fiscal favorable, sino a presentar sus ingresos de la manera más desfavorable posible.

Por ser menos técnico, es de mejor aceptación el argumento sobre la superioridad ético-social de la explotación familiar agraria. Aquí los argumentos sociales se mezclan con los religiosos. No es solamente la amenaza del *statusangst* de los agricultores potencialmente desplazados, ni tampoco la idea hábilmente vendida a los políticos según la cual la población campesina constituía un baluarte contra la infiltración comunista²³. A esto hay que añadir el valor moral de la connotación religiosa de la agricultura. No se puede olvidar la estrecha relación de muchos movimientos agrarios de finales del siglo XIX con la Iglesia Católica, y la influencia de ésta a través de su Doctrina Social (DSI). La DSI mostró su antiindustrialismo desde la primera formulación en la encíclica *Rerum Novarum* de 1891, y más de medio siglo después Pío XII mantenía aún que «el trabajador del campo representa todavía el orden natural querido por Dios», especialmente si trabaja en unidades familiares. Allí es donde mantiene una relación natural con su medio, se relaciona con sus compañeros de trabajo amparado por los lazos afectivos y éticos de los

²² *Ibid.*, pp. 25-28.

²³ G. HENDRIKS, *Germany and European...*, *op. cit.*, pp. 148-151.

vínculos familiares, permanece en contacto directo con el fruto de su labor, y establece, en palabras de Pío XII, «una tensión continua» que incrementa su dignidad y el bien de la comunidad²⁴. Así pues, el antiurbanismo y el antimaquinismo fueron durante el siglo XIX, y son todavía²⁵, dos pilares del catolicismo agrario, y la granja familiar el mejor remedio contra los males del capitalismo industrial urbano.

Seguramente el vilipendio de lo urbano-industrial y la exaltación de lo rural-agrario tiene orígenes culturales más remotos y difíciles de rastrear para un economista. Recuérdese que fue Caín el que se dedicó a la fundación de ciudades y Abel a la vida solitaria y virtuosa del campo²⁶, de manera que el antiurbanismo seguramente es un fenómeno multiconfesional. La convicción católica de que «hay algo de protestante en las máquinas»²⁷ no impide que también en el mundo anglosajón protestante el mito de la superioridad moral agraria, sobre todo de la granja familiar, se haya usado como justificación de trato preferencial. El mismo Thomas JEFFERSON decía que «aquellos que trabajan la tierra son los elegidos de Dios... que ha escogido sus corazones para depositar en ellos la genuina virtud». Y añadía: «nunca deseemos que nuestros ciudadanos trabajen en los obradores de las factorías o que tengan que hacer girar las ruedas, perdidos entre las multitudes de las grandes urbes»²⁸. De igual manera, Jim HIGHTOWER usaba más recientemente la nostalgia *country-western* para defender la explotación agraria familiar: «Las luces de la granja se apagan por toda América. Y cada vez que se apaga una luz, este país pierde algo. Pierde los maravillosos conocimientos y tradiciones del sistema de granja familiar. Y pierde hombres libres»²⁹.

Aparte de la dudosa superioridad moral de explotación familiar, el argumento presenta puntos débiles que raramente se discuten. Qué es, con precisión, una explotación agraria familiar: ¿Una granja pequeña? ¿Una explotación empresarial que no tiene la forma legal de sociedad? ¿Una empresa en la que el empresario se dedica sólo a su explotación y además reside en ella? El sector agrario en el mundo occidental es uno de los más dinámicos y su capacidad de adopción de nuevas técnicas reductoras de costes rivaliza con cualquier otra actividad. Pero como en

²⁴ Pío XII, «Alocución a los congresistas de la Confederación Italiana del Comercio», 17 de febrero de 1956.

²⁵ En una acertada frase, mi colega C. RODRÍGUEZ BRAUN denomina «Síndrome Mozart» a la extendida visión del progreso industrial del XIX como una catástrofe apocalíptica en comparación con el plácido e idílico mundo rural del XVIII.

²⁶ Véase a este respecto R. DEL ÁGUILA, «De los males políticos», *Revista de Libros*, núm. 59, noviembre 2001, pp. 3-7.

²⁷ F. SCHABEL, *Deutsche Geschichte im 19 ten Jahrhundert*, citado en A. DAUPHIN-MEUNIER, *La Doctrina Económica de la Iglesia*, Valencia, Fomento de la Cultura, 1956, p. 142.

²⁸ Citado en S. CHAPMAN, «The Farmer on the Dole», *Harper's*, octubre 1982. Reproducido en T. R. SWARTZ y F. J. BONELLO (eds.), *Taking Sides. Clashing Views on Controversial Economic Issues*, Guilford, Conn., Dushkin, 1986, p. 50.

²⁹ J. HIGHTOWER fue un conocido populista de Texas que durante mucho tiempo ocupó el cargo de Texas Agricultural Commissioner en la administración estatal de Texas. Su relación con los lobbies agrarios era notoria. *Ibid.*, p. 51.

cualquier otra actividad, la escala mínima eficiente de las empresas agrarias aumenta con la cantidad de capital en uso y esto —como en cualquier otro sector— imprime una dinámica de crecimiento en el tamaño de la empresa, familiar o no. Por lo tanto, ni el aumento de tamaño ni la forma legal de la explotación implican que estén desapareciendo las granjas familiares. Lo que están desapareciendo son las granjas pequeñas en las que el agricultor reside en el campo y explota sólo una parcela.

Otro tipo de argumento, éste quizá de más peso, es el papel cultural de la agricultura. La actividad agraria, se arguye, preserva no sólo un modo de vida que define la identidad (o parte de ella) de un país, sino que ayuda además a frenar la desertificación de zonas apetecibles a los habitantes urbanos y así a mantener el equilibrio ecológico y la armonía entre campo y ciudad. Una variedad reciente de este argumento es la relativa a zonas especiales —como las de alta montaña— en las que por alguna razón nunca explicada es necesario mantener una densidad mínima de población. Aquí se ponen en juego viejos argumentos centro-periferia y teorías de la dependencia de bajo crédito científico.

En lo relativo a la identidad cultural, sin embargo, es frecuente apelar a las externalidades generadas no precisamente por los aspectos económicos del sector, sino por el modo de vida. Es muy posible que este argumento tenga una base firme, pero presenta ciertas dudas que deberían hacer obrar con cautela a los responsables públicos. La consideración del agricultor como un generador de identidad, como un «artista», está basada aquí en la existencia posible de efectos beneficiosos de lo rural sobre lo urbano. Pero la vinculación entre vida rural y virtudes personales ha sido llevada demasiado lejos (incluso al terreno lábil y engañoso de la multiculturalidad). Los defensores de los subsidios agrarios norteamericanos (la versión europea es muy similar) mantienen que las *pioneer virtues* se conservan sólo en las poblaciones rurales del Medio Oeste, que son las que más población están perdiendo: «la crisis de las pequeñas ciudades y la pérdida de su capacidad cultural se ve reemplazada por una mentalidad industrial que es a la vez simplista y simplificadora»³⁰. Pero además, si consideramos a la agricultura como un bien cultural e identitario público, ¿por qué no incluir también otras actividades, como la minería del carbón, la actividad académica, o los cantantes de *rock-and-roll*, por ejemplo, entre los grupos que a través de su actividad contribuyen al carácter distintivo de barrios, ciudades o regiones? El razonamiento se enfrenta, además, al problema de deslindar lo rural de lo agrario. Si es cierto que hay zonas rurales que preservan nuestra herencia cultural común³¹, queda todavía por determinar por qué tiene que hacerse necesariamente a través de la agricultura. La vida rural, especialmente en un mundo de comunicaciones rápidas y buenas infraestructuras, no es sinónimo de cultivo de los campos y cría de ganado. La actividad terciaria se hace cada vez más compatible con los núcleos de población

³⁰ *The Economist*, 15 de diciembre de 2001, p. 44.

³¹ En el caso de que, realmente, queramos y nos sea conveniente preservarla.

pequeños, e intentar mantener, por lo tanto, las explotaciones agrarias a cualquier coste no parece la mejor opción, teniendo en cuenta, además, que se hace cada vez más difícil determinar cuántos agricultores-aficionados que realmente residen en poblaciones urbanas y se dedican como actividad principal a otras tareas se han incorporado a los censos agrarios en busca de las rentas públicas.

4. LA PAC COMO MERCADO DE FAVORES

La Política Agraria Comunitaria no se puede entender si no es en el contexto del inmenso mercado de favores estatales que es Bruselas:

Bruselas ha creado... un filón de recursos gracias a esta industria poco intensiva en capital y nada contaminante cuyo impacto en términos de empleo directo e indirecto es notable: 84.000 personas en el año 2005 —un 56 por ciento más que en 1994— y un flujo financiero de gasto de dicho colectivo impresionante (vivienda, colegios, servicios...) que llegará a 183.000 millones de francos belgas en ese mismo año (un 53 por ciento más que en 1994). Y todo sin contar con la numerosísima población flotante que viene a Bruselas a papeleos durante todo el año.

Dentro de este enorme mercado central —al que habría que añadir los respectivos mercados nacionales de favores del Estado a la agricultura— se reparten más de 50.000 millones de euros al año, es decir, alrededor de la mitad de todo el presupuesto comunitario ¿Cómo está organizado ese mercado?

A. LA DEMANDA: LOS LOBBIES

La puesta en marcha de la PAC durante los años sesenta fue una tarea laboriosa y ardua. En ella participaron los nuevos burócratas comunitarios, pero se enfrentaron y tuvieron que colaborar con viejos representantes de intereses cuya tradición en la búsqueda de rentas estatales venía desde muy lejos. A pesar de lo laborioso de los acuerdos, los resultados fueron realmente brillantes: a mitad de los años sesenta, la casi totalidad del tiempo y el interés de los líderes comunitarios estaba dedicado a la agricultura, y sus apoyos económicos se llevaban el 95 por ciento del presupuesto del Mercado Común Europeo³². A pesar de que todos los signatarios participaron en las conversaciones, los tres países más influyentes fueron aquellos cuyos sectores agrarios eran de más peso, y de ellos la representación italiana, por las razones antes apuntadas, nunca llegó a desempeñar un papel político tan importante como los agricultores franceses y alemanes, de manera que los primeros años de la agricultura comunitaria estuvieron dominados por el triángulo Alemania-Francia-Comisión.

³² U. KITZINGER, «Problems of a European Political Economy», en S. WARNECKE (ed.), *The European Community in the 1970s*, New York, Praeger, 1972, p. 31.

En el caso alemán, el establecimiento de la República Federal en el tercio occidental del antiguo Reich dio lugar a una estructura económica muy intensiva en industria y fuertemente religiosa. En este contexto, la creación de la Unión de Agricultores Alemanes (*Deutscher Bauerverband*, DBV) en 1946 vino asociada desde el principio al partido Cristiano Demócrata, con el que llegó a formar un frente parlamentario en el Bundestag: de los 260 parlamentarios en la legislatura de 1953 más de 23 eran representantes de varias asociaciones agrarias encuadradas en el DBV³³. El compromiso político de la unión con la democracia cristiana, la falta de rivalidad seria en la representación agraria parlamentaria y la existencia de intereses rivales por parte del *lobby* industrial hizo que los objetivos de la DBV nunca llevaran el peso y la influencia de sus colegas franceses, y que la política agraria comunitaria se adoptase sin que lograsen las mismas (aunque sí otras muchas) compensaciones que sus colegas franceses.

Los agricultores franceses eran beneficiarios de una más larga tradición de intervención estatal en materia agraria. Había sido siempre el objetivo del dirigismo mercantilista francés el mantener una población rural abundante sin que las migraciones hacia las ciudades creasen inestabilidad política, y este hecho, junto con la falta de lealtad clara en el voto de los agricultores franceses hacía de ellos una clientela muy atractiva para los políticos. Los agricultores franceses respondieron en la segunda posguerra agrupándose en cuatro grandes organizaciones buscadoras de rentas: la cámaras agrarias, la unión nacional de cooperativas, el *Centre National des Jeunes Agriculteurs* (CNJA) y la *Fédération Nationale des Syndicats d'Exploitants Agricoles* (FNSEA)³⁴. Esta última, fundada en 1946, era, con diferencia, la más importante y estaba dominada por los grandes productores de trigo y remolacha del Norte. La CNJA, por el contrario, fue creada, o por lo menos propiciada³⁵, más tarde por el propio gobierno francés para contrarrestar el poder de FNSEA.

Además de estas organizaciones, existía toda una red de asociaciones especializadas por productos, y que venían funcionando desde décadas. La AGPB fue fundada en 1924 y agrupa a los productores de trigo. Su influencia en la FNSA es decisiva, y financia (coopta) a la *Confédération Nationale de l'Élevage* (ganaderos), que agrupa a FNB (vacuno) y FNPL (lácteos), con financiación generosa para que, a pesar de la oposición de intereses, apoyasen sus programas de *lobby*. Esta impresionante red quedaría incompleta sin los organismos secundarios pero decisivos —ONIC (cereales, 1936); FORMA (carne y lácteos, 1969); ONIVEB (carne, 1972); CNIEL

³³ W. F. AVERYT, JR., *Agropolitics in the European Community. Interest Groups and the Common Agricultural Policy*, New York, Praeger, 1977, p. 10.

³⁴ Otros grupos disidentes pero minoritarios comprendían: el *Comité Guerét* (1953), de pequeños ganaderos independientes; el MODEF (1959), *Mouvement de Défense des Exploitants Familiaux*, vinculado al Partido Comunista Francés; la FFA (1969), *Fédération Française de l'Agriculture*, compuesta de grandes agricultores de inclinación política conservadora. *Ibid.*, p. 24.

³⁵ La forma más efectiva de legitimación era la concesión de *représentativité*, es decir, la sanción legal para participar en discusiones de política agraria con el gobierno. *Ibid.*, p. 27.

(leche, 1974)— que se ocupan de los aspectos comerciales y preceden en algunos casos a la PAC.

Desde su puesta en marcha esta estructura se ha mantenido y acrecentado no sólo en Francia. Junto a la DBV alemana, la FNSA francesa y las italianas *Coldiretti* (cristiano-demócratas), CIA (comunista) y *Confagricultura* (grandes terratenientes), la incorporación inglesa añadió la *National Farmers Union* (NFU), y la española las conocidas ASAJA, COAJ y UPA³⁶. Sin embargo, el fuerte corporativismo agrario francés ha sabido conservar la tradición centenaria de la *jacquarie*, de la revuelta y el descontento, y han sabido combinar de manera magistral la maniobra política, la cooptación interna y la amenaza para erigirse como el grupo de presión más importante en toda la Unión.

Puesto que la PAC cambiaba el mercado de favores desde lo nacional al nivel comunitario, esto no hubiese sido posible sin: a) una nueva organización supranacional de *lobbies*, y b) un nuevo oferente de favores estatales que actuase con una cierta independencia de los Ministerios nacionales de Agricultura. De este último elemento del mercado se trata en el siguiente apartado, el primer elemento lo suministró COPA, el Comité de las Organizaciones Profesionales Agrarias³⁷.

COPA se fundó durante la Conferencia de Stresa en 1958 y fue reorganizado un año más tarde como aglomeración de los *lobbies* nacionales de los seis firmantes³⁸. Se compone de la Asamblea, el Comité Ejecutivo, la Presidencia y el Secretariado. La Presidencia es el órgano de decisión más alto y junto con el Secretariado permanente son el centro neurálgico del *lobby*. COPA es consustancial a la PAC y como no podía ser menos ha representado mayoritariamente (aunque de manera decreciente con la incorporación de nuevos miembros) a los intereses franceses. En sus primeros años de existencia sus recursos propios se multiplicaron por quince como consecuencia de las aportaciones de las organizaciones integrantes³⁹.

Por sus proporciones y consecuencias, las acciones de *lobby* de los grupos agrarios en Bruselas ha atraído mucha atención. La estrategia de los *lobbies* agrarios comunitarios no excluye, por supuesto, las grandes técnicas de comunicación social —prensa, coloquios, libros blancos, cam-

³⁶ W. GRANT, *The Common Agricultural Policy*, London, MacMillan, 1997, pp. 165-166.

³⁷ Junto con COPA existen COCEGA, Comité General para la Cooperación Agrícola de los Países de la Comunidad; CEJA, Comité Europeo de Jóvenes Agricultores, y CPE, Coordinación Campesina Europea.

La organización más influyente, sin embargo, sigue siendo COPA.

³⁸ Las organizaciones más importantes incluían: por Alemania, la DBV; por Francia, la FNSA; por Bélgica, la *Alliance Agricole Belgique*, la *Belgisches Boerenbond* y la *Fédération Nationale des Unions Professionnelles Agricoles*; por Luxemburgo, la *Centrale Paysanne Luxembourgeoise*; por Holanda, la *Katholieke Nederlandse Boeren*, la *Nederlandse Christelijke Boeren* y el *Koninklijk Nederlands Landbouwwcomite*; y finalmente, por Italia, *Cultivatori Diretti*, la *Confederazione Generale dell'Agricoltura Italiana* y la *Federazione Italiana dei Consorzi Agrari* (J. MEYNAUD y S. SIDJANSKI, *Les groupes de pression dans la communauté européenne, 1958-1968*, Brussels, Institut d'Etudes Euroéennes, 1971, pp. 164-170).

³⁹ W. F. AVERYT, Jr., *Agropolitics in the European...*, cit., pp. 74-77.

pañas—. Pero se basa sobre todo en lo que se ha denominado la «estrategia silenciosa y paciente de la tela de araña» que se cierne con cautela para usar en un momento dado la «artillería pesada» de contactos, gestiones, presiones y amenazas⁴⁰. El especialista en estrategias de *lobbies* europeos VAN SCHENDELEN de la Universidad Erasmus (Róterdam), distingue entre métodos (directos e indirectos), técnicas y rutas. Entre los primeros figuran, entre otros, las visitas y cartas personales, las asesorías, los contactos informales; las técnicas más eficaces son la manipulación de la presentación pública que se haga de los asuntos a debatir, la construcción lenta de coaliciones internas dentro de la burocracia, la manipulación de la agenda de discusiones, la coerción, las amenazas; y en cuanto a las rutas de los *lobbies*, VAN SCHENDELEN distingue, además de los propios eurogrupos, entre las plataformas agrarias transnacionales, las redes interregionales, y acciones individuales, entre muchas otras posibilidades⁴¹. Por su parte, el profesor de Administración Pública Justín GREENWOOD, de la Universidad de Aberdeen, enumera el decálogo del buen buscador de rentas en Bruselas: 1) tener una estrategia clara; 2) establecer relaciones duraderas con las autoridades y desarrollar una reputación de informador fiable (si el *lobbista* se encuentra en la necesidad de establecer una relación cuando el problema ya ha surgido, probablemente sea ya demasiado tarde); 3) enterarse de quién es el que elabora los borradores (si el buscador de rentas no ha podido intervenir en las primeras redacción de las propuestas, es difícil que lo haga en las versiones finales); 4) prepararse bien para las reuniones llevando siempre asesoría técnica y cerciorándose de dejar un documento escrito que fije la posición y los objetivos del *lobby*; 5) hacer las presentaciones breves y claras; 6) estar al tanto de todos los ángulos del problema y mantener la propuesta propia con un énfasis moderado: nunca presionar demasiado; 7) mantener todos los canales de comunicación con los burócratas abiertos; 8) conocer bien el sistema burocrático, en especial, las «puertas de entrada» a los ámbitos de decisión; 9) estar siempre alerta, y 10) comprender las diferencias culturales entre Bruselas y el lugar de origen del buscador de rentas⁴².

El poder de los *lobbies* agrarios para influenciar la política pública no es, por supuesto, exclusivo de Europa. Todos los países, especialmente los desarrollados, han caído en los mismos problemas redistributivos de la PAC. Aunque el poder de los grupos europeos y japoneses sea mucho mayor que el de los norteamericanos, la comparación de los *lobbies* agrarios europeos y su poder con los de los otros dos grandes bloques económicos ilustra el funcionamiento de los mercados de favores en todos los bloques comerciales y añade una duda más sobre la supuesta internacionalización de los mercados a la que estamos asistiendo. En Japón,

⁴⁰ E. A. PELEGRÍN, *El lobby en la Unión Europea. Manual del buen uso de Bruselas*, Madrid, ESIC, 1995, pp. 50-51.

⁴¹ M. P. C. M. VAN SCHENDELEN, «Introduction: Studing EU Public Affairs Cases: Does it Matter?», en R. H. PEDLER y M. P. C. M. VAN SCHENDELEN (eds.), *Lobbying the European Union. Companies, Trade Associations and Issue Groups*, Aldershot, Dartmouth, 1997, pp. 3-20.

⁴² J. GREENWOOD, *Representing Interest in the European Union*, London, MacMillan, 1997, p. 8.

la economía agraria de guerra —fundamentalmente la asociación de cooperativas en la agencia estatal *Nogyokai*— encontró su continuación en la asociación general de cooperativas, *NOKYO* (*Nogyo Kyodo Kumiai*), que asocia a más de cuatro mil participantes y emplea un *staff* permanente de trescientas mil personas. Su forma piramidal incluye el *ZENNOH* para la distribución comercial, el banco agrario (*CHUKIN*), el *ZENKYOREN* para los seguros, y el *ZENCHU* como rama política. Sus cinco millones de miembros, sus monopolios de distribución tanto de *inputs* como de productos y su estrecha implicación en la política (especialmente en el contexto de un sistema electoral que otorga a las comunidades agrarias tres veces el peso electoral que al voto urbano) hacen del caso japonés un ejemplo de captura en el que dado el grado de implicación es difícil distinguir entre el capturado y el capturador⁴³.

El caso norteamericano, por el contrario, representa un panorama menos halagüeño para los grupos de interés. No se trata en absoluto de un fracaso, pero su capacidad de organización palidece en comparación con el caso europeo y, sobre todo, japonés. Aunque la ayuda estatal cuenta también en los EEUU con una larga tradición⁴⁴, los *lobbies* agrarios no son de la misma naturaleza ni poseen la misma organización. La *American Farm Bureau Federation* (*AFBF*) fue fundada en 1914 y es, con mucho, la mayor organización agraria. Pero su implicación con el Partido Republicano y su énfasis ideológico en el libre comercio han hecho de ella una organización mucho menos efectiva en la extracción de rentas que lo que su tamaño y veteranía harían suponer⁴⁵. La asociación *The Grange*, a pesar de ser el grupo agrario más antiguo de los Estados Unidos, ha llegado a convertirse en un club social con poca fuerza política, especialmente por su cercanía al *AFL-CIO*. La *NFU*, *National Farmers Union*, cuenta también con una larga tradición (1902), pero su sistema de cooperativismo asociativo no ha sido capaz de mantener una estructura coherente, ni un liderazgo estable y efectivo. Su afiliación ha ido bajando y, sobre todo, su implicación con el Partido Demócrata la hacen prácticamente indistinguible de éste, de manera que su agenda, además de ocuparse de la búsqueda de rentas, disipa la energía con asuntos secundarios como la guerra del Vietnam, la degradación medioambiental y otros asuntos impropios de un buscador de rentas. Así pues, los políticos americanos no tienen el mismo miedo que sus colegas europeos a los agricultores: sus votos son casi siempre descontados como seguros⁴⁶. Esto no quiere decir que sus esfuerzos hayan sido infructuosos. Como se verá en el siguiente apartado, la presencia de nuevos grupos —como la *National Farmers' Orga-*

⁴³ J. HAYAMI, *Japanese Agriculture under Siege. The Political Economy of Agricultural Policies*, London, MacMillan, 1988, pp. 45-47.

⁴⁴ La *Agricultural Adjustment Act* y la *Commodity Credit Corporation* fueron la piedra angular de la política intervencionista del *New Deal* en agricultura durante la década de 1930, y formaron después la base para la estrategia pública en este sector durante toda la posguerra.

⁴⁵ G. K. WILSON, *Special Interests and Policymaking. Agricultural Policies and Politics in Britain and the United States of America, 1956-70*, London, John Wiley and Sons, 1977, pp. 77-88.

⁴⁶ *Ibid.*, pp. 91-101.

nisation (NFO), nacida para oponerse al desmontaje de la política agraria que se intentó durante toda la posguerra— han logrado un mercado de rentas activo, y aunque no tan próspero como el japonés o el comunitario, suficientemente distorsionante y beneficioso para sus miembros.

B. LA OFERTA: LOS BURÓCRATAS

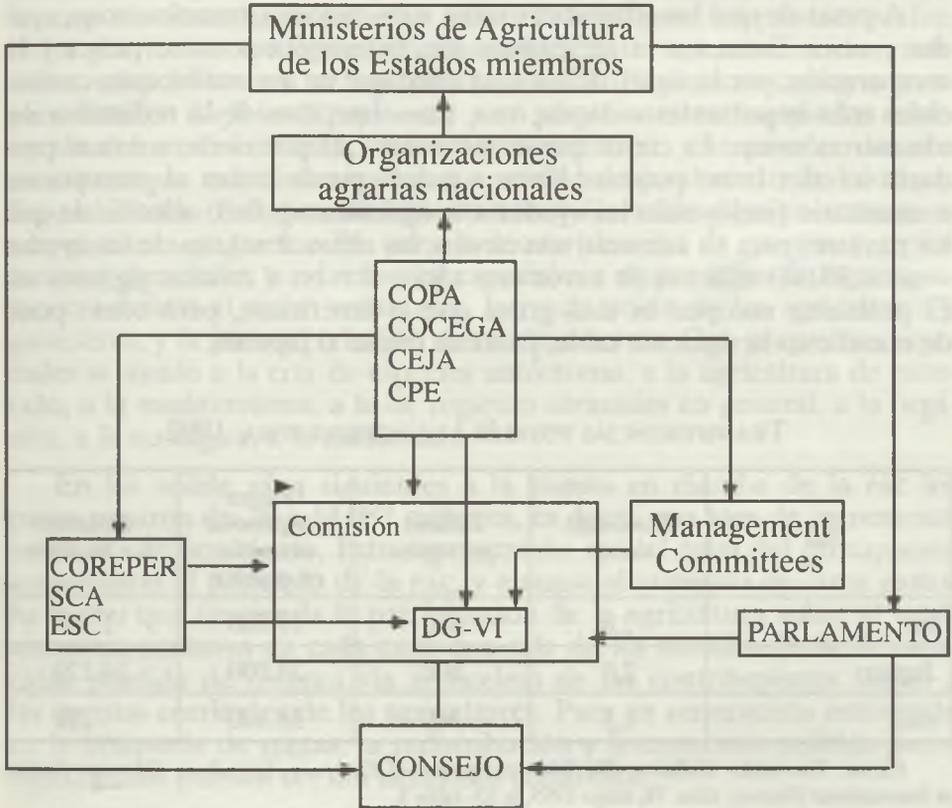
La otra parte del mercado —la oferta de favores— está centrada, como es sabido, en el Consejo y en la Comisión, siendo ésta la fuente habitual de propuestas para que sean aprobadas por aquél. El conocimiento de la composición interna de la Comisión, su funcionamiento, accesibilidad e interrelación entre sus órganos es, pues, básico para cualquier buscador de rentas en Europa. La Comisión consta de veintitrés Direcciones Generales (DGs), de las cuales la DG-VI es la que se ocupa de agricultura⁴⁷. Junto con la Comisión, una larga serie de puestos y oficinas canalizan las ofertas y demandas de este mercado. Estas instituciones quedan reflejadas en el gráfico 1. En el centro de este proceloso laberinto están, por supuesto, los grupos de interés, COPA sobre todo. Pero los «oferentes» de favores son tan interesantes o más que los demandantes. Las decisiones finales son primero recomendadas con la Comisión. En este nivel los argumentos son aún de tipo económico y técnico, pero para cuando el proceso de la toma de decisiones pasa al Consejo, las decisiones se vuelven puramente políticas. En este momento los eurogrupos dejan de tener tanta importancia como demandantes de favores, y los oferentes buscan sus clientes en los ámbitos puramente nacionales, especialmente en los Ministerios de Agricultura (preocupados por sus votos y su permanencia) y las organizaciones agrarias domésticas (preocupadas por sus rentas)⁴⁸. Es importante, sin embargo, señalar aquí que la Administración comunitaria se precia de ser más abierta que las Administraciones nacionales. «Esta disposición permanente de los funcionarios comunitarios a mantener un diálogo fluido con los verdaderos actores de la vida económica... se explica en parte por el aislamiento que sufren los eurócratas»⁴⁹, de manera que los funcionarios de Bruselas son siempre proclives a abandonar su torre de marfil para obtener información necesaria y de primera mano de aquellos a los que venden sus favores.

⁴⁷ El resto comprende, como es sabido, Relaciones Exteriores (DG-I), Asuntos Económicos y Financieros (DG-II), Mercado Interno y Asuntos Industriales (DG-III), Competencia (DG-IV), Empleo, Asuntos Sociales y Educación (DG-V), Transporte (DG-VII), Desarrollo (DG-VIII), Personal y Administración (DG-IX), Información, Comunicación y Cultura (DG-X), Medio Ambiente y Seguridad Nuclear (DG-XI), Ciencia, Investigación y Desarrollo (DG-XII), Telecomunicaciones, Industria de la Información y de la Innovación (DG-XIII), Pesca (DG-XIV), Instituciones Financieras y Derecho de Sociedades (DG-XV), Política Regional (DG-XVI), Energía (DG-XVII), Crédito e Inversiones (DG-XVIII), Presupuestos (DG-XIX), Control Financiero (DG-XX), Unión Aduanera y Fiscalidad Indirecta (DG-XXI), Coordinación de los Instrumentos Estructurales (DG-XXII) y Política de Empresa, Comercio, Turismo y Economía Social (DG-XXIII).

⁴⁸ A. FEARNE, «The CAP Decision-Making Process», en C. RITSON y D. HARVEY (eds.), *The Common Agricultural Policy and the World Economy. It.*, pp. 109-1110.

⁴⁹ «Guía para hacer lobby en Bruselas», *Boletín CEE/5*, noviembre 1990, p. 11.

FIGURA 1

CANALES DE INFLUENCIA DE LOS *LOBBIES* AGRARIOS EN BRUSELAS

Las posibilidades de intercambio entre la Comisión y los *lobbies* son prácticamente infinitas. De hecho es casi imposible presentar un panorama actualizado de todos los posibles canales de contactos y transacciones de lo que seguramente es el mercado de favores más intenso del mundo. Esta descripción, por lo tanto, ha de tomarse tan sólo con carácter tentativo. La Comisión vende favores a su cliente COPA bien directamente a través de una serie de encuentros reglados —desde reuniones periódicas mensuales entre el comisario agrario y el presidente del *lobby* hasta encuentros entre miembros del Comité consultivo de la Comisión con expertos de COPA en áreas concretas— o bien indirectamente a través de intermediarios técnicos como el SCA, el Comité Especial de Agricultura, establecido en 1960, y cuya función es el informe sobre asuntos tan importantes como aranceles, precios de apoyo, subvenciones a la exportación y compra de excedentes, o los *Managements Committees*, que se encargan de la correcta aplicación de las directrices. En cualquier caso, a partir de los años setenta COPA tiene también acceso oficial directo al Consejo, de manera que la fluidez y transparencia de este mercado quedan bien garantizadas.

5. EL COSTE DE LOS FAVORES

A pesar de que las estadísticas sobre subvenciones, transferencias, ayudas y otros favores a la agricultura son heterogéneas entre países y la comparación, por lo tanto, difícil, está claro que en los tres bloques comerciales más importantes —Japón, USA, UE— las cifras de la redistribución son astronómicas. Es cierto que el techo del 1,27 por ciento sobre el producto interior bruto pone un límite a cuánto puede crecer el presupuesto comunitario (incluyendo las ayudas a la agricultura). Pero además de que los rumores para su aumento son obvios, las cifras absolutas de las ayudas —unos 50.000 millones de euros este año— son en sí mismas gigantescas. El problema europeo es más grave que el americano, pero como pone de manifiesto la siguiente tabla, palidece frente al japonés.

TRANSFERENCIAS TOTALES A LA AGRICULTURA, 1992

País	Porcentaje del PIB	Dólares per cápita	Dólares por persona ocupada en el sector	Dólares por hectárea
UE	2,0	450	17.700	1.120
Japón	2,0	600	24.000	14.120
USA	1,5	360	36.100	210

Fuente: Thorvaldur Gylfason, *The Macroeconomics of European Agriculture*, *Princeton Studies in International Finance*, núm. 78, mayo 1995, p. 13, tabla 3.

Estos datos, sin embargo, ocultan quizá la parte más importante que es el monto de todas las ayudas —lo que en la jerga se llama *Producer-subsidy equivalents* o PSEs— sobre el producto interno agrario. Al ser el uso de factores tan distinto en los tres bloques, la ayuda por persona puede aparecer muy abultada en los Estados Unidos, donde la tierra es abundante y la mano de obra escasa, sin embargo los PSEs sobre el producto interno agrario es más de tres veces mayor en la Unión Europea que en los Estados Unidos⁵⁰, y más de tres veces en Japón que en la Unión Europea⁵¹.

A. EQUILIBRIO PARCIAL

Estas cifras muestran que el inmenso tinglado descrito antes dio sus frutos. Para mantener los precios mínimos de sus productos se conce-

⁵⁰ *The Economist*, 12 de junio de 1997 («Farming»).

⁵¹ Y. HAYAMI, *Japanese Agriculture Under Siege. The Political Economy of Agricultural Policy*, London, MacMillan, 1988, p. 60.

dieron a los empresarios agrarios aranceles variables, compras garantizadas de excedentes y subsidios a la exportación. Se establecieron además aranceles complementarios para situaciones especiales y restricciones a las importaciones de incontables características; para los productos afectados por los compromisos internacionales (GATT) se establecieron subsidios extraordinarios, se inventaron otros artilugios como pagos complementarios (*deficiency payments*) para situaciones en las que los internacionales se distanciasen de los de intervención, y se puso en marcha un sistema de subsidios simples por unidad de producto o de hectárea. Bajo el Fondo Europeo de Orientación y Garantía Agraria (FEOGA) se empezaron a pagar fondos para la modernización de granjas y explotaciones ganaderas, y a dar fondos especiales a empresarios de bajo ingreso; se subsidió el retiro voluntario, la reeducación de los agricultores y ganaderos, y la puesta en baldío de muchas tierras. Con programas especiales se ayudó a la cría de especies autóctonas, a la agricultura de montaña, a la mediterránea, a la de regiones atrasadas en general, a la orgánica, a la ecológica, a la medicinal...⁵²

En los veinte años siguientes a la puesta en marcha de la PAC los pagos pasaron de 28 a 14.087 millones, es decir, una tasa de incremento anual del 36 por ciento. Esto representaba casi el total del presupuesto comunitario al principio de la PAC, y aunque el aumento de otros gastos ha hecho que descienda la participación de la agricultura sobre el total, cincuenta centavos de cada euro que sale de los bolsillos (o de la capacidad perdida de compra vía aranceles) de los contribuyentes llegan a las cuentas corrientes de los agricultores. Para un economista interesado en la búsqueda de rentas, la redistribución y la economía política pocos espectáculos pueden ser tan hermosos como éste.

Aunque con teoría económica rudimentaria, el análisis de este logro histórico se intenta esbozar en la figura núm. 2, en la que se han tratado de esbozar los programas de subvenciones más importantes de la PAC. En el panel (A) la Comunidad se compromete a mantener los precios por encima de lo que desea el mercado a través de una política de compras garantizadas de excedentes. Bruselas mantiene los precios P2 a un nivel superior al de equilibrio P1. Los agricultores responden a este incentivo moviéndose por su curva de oferta desde E1 a E3 e incrementando por tanto la producción desde Q1 a Q2. Al mismo tiempo los consumidores reaccionan a los precios más altos desplazándose por su curva de demanda desde E1 a E2. Por lo tanto, a este alto precio se crea un exceso de oferta de Q3-Q2 que tiene que ser comprado por Bruselas y sufragado por el contribuyente. Este programa incrementa el ingreso para el empresario agrario en la diferencia de los rectángulos E1 hacia el sudoeste y el determinado por E3 hacia el sudeste.

⁵² Este ensayista conoce a un prestigioso economista que, además de gran académico, es un consumado buscador de rentas comunitarias: sus subsidios por la cría de burros zamoranos casi se aproxima al pago por sus servicios como catedrático. Aunque superar la retribución de un catedrático español es cosa fácil, este ejemplo demuestra lo tentador que es el abandono de las tareas productivas a favor de las actividades DUP.

En el programa (B) Bruselas no intenta mantener los precios por encima del de equilibrio por medio de compras de excedentes, sino que deja que el mercado se ajuste al precio marcado (P2), y por lo tanto los agricultores llevan al mercado Q2, que dado su volumen sólo puede vender a P3. Bruselas entonces paga a los agraciados un subsidio P3-P2 por cada unidad vendida, y el ingreso total de los agricultores no cambia con respecto al caso anterior (el rectángulo al suroeste de E3). No es necesario advertir que los dos sistemas han implicado unas ineficiencias gigantescas y unas pérdidas colosales para los consumidores desde que la PAC se puso en marcha.

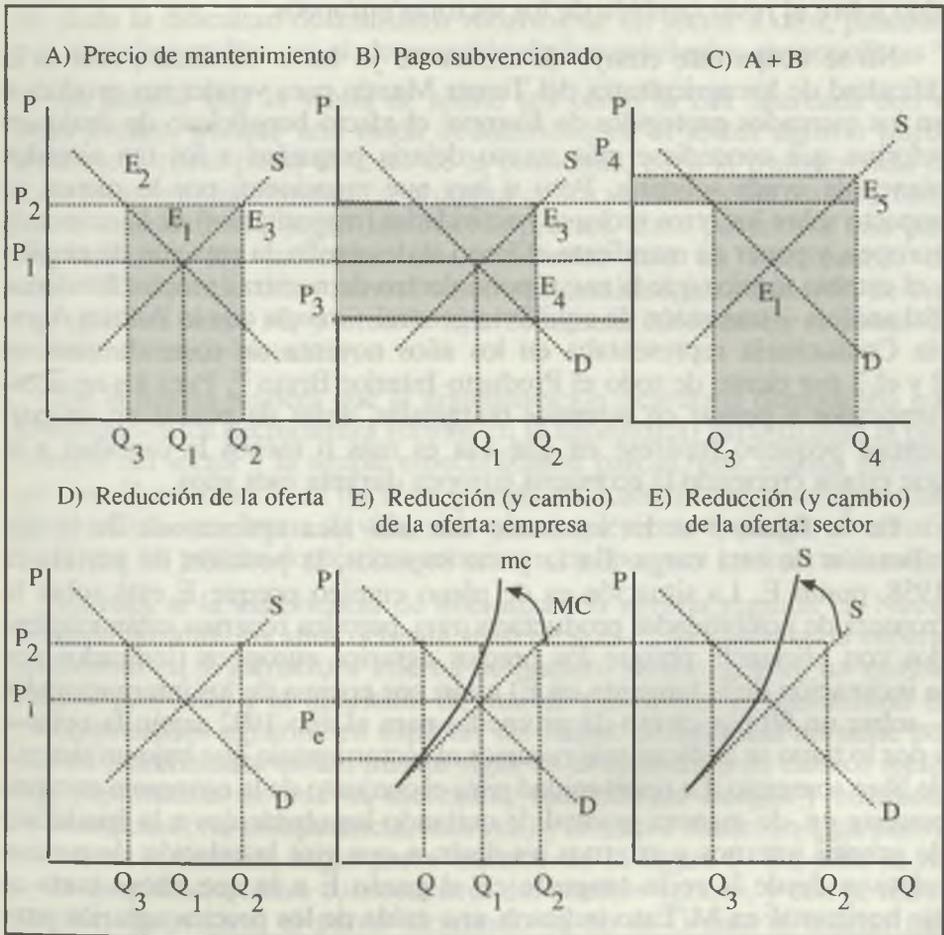
Pero ¿cuál de los dos sistemas es mejor para los beneficiados?, ¿qué es lo que COPA y las organizaciones nacionales han perseguido desde la fundación de la PAC hasta ahora? La respuesta es obvia: las dos cosas a la vez. La combinación —señalada en el panel (C)— de subsidios a la producción con compras garantizadas. Es cierto que los subsidios pueden causar una sensación de caridad pública en comparación con un sistema (más indirecto y discreto) de compras de excedentes, pero es dudoso que la tradición predatora de los grupos de presión agrarios se dejen influir por problemas de conciencia⁵³. En la opción (C) la Comisión en Bruselas garantiza un precio P2. Éste es el precio al que los productos agrarios se compran y venden en el mercado (por supuesto: los consumidores sólo Q3). Pero aquí está lo mejor: Bruselas ofrece ahora un precio-objetivo más alto, tal como P4 a los granjeros. Para cumplir con su palabra, la Comisión y el Consejo tienen que garantizar a sus clientes-lobbistas un incremento de precio subsidiado de P2-P4. Pero ahora, con P4, los empresarios producen Q4. Con los consumidores comprando Q3 y los empresarios llevando al mercado Q4, los burócratas de Bruselas tienen que comprar un excedente Q3-Q4. Los agricultores recolectan no sólo sus campos sino las rentas del rectángulo al suroeste de E5. ¿Quién puede dar más?

Otra posibilidad, ésta más moderna, se presta también a los juegos que los *lobbies* agrarios de Bruselas (y los domésticos) juegan con los eurócratas (y los ministerios de agricultura nacionales). Se trata de reducir la oferta agraria para minimizar los excedentes, pero sin renunciar a un precio. Esto es lo que aparece reflejado en la parte inferior de la figura 2 (paneles D al F). Al restringir la superficie cultivada —supongamos que a una superficie que produce Q3— se espera que el excedente Q2-Q3 desaparezca. Pero la función de producción agraria de cada empresario cambia, y también lo hace la del sector. Con un *input* fijo, la función de costes marginales crece más rápidamente ahora, y genera una nueva situación diferente de la esperada, es decir, diferente de la eliminación

⁵³ La opción del consumidor es también obvia: bajo los dos sistemas los compradores tienen que poner de su bolsillo el incremento del bienestar del empresario agrario, pero con el sistema (B) el comprador al menos disfruta de una cantidad mayor ($Q2 > Q3$) en el mercado. Para los que disfrutamos comprando, por ejemplo, queso de Cabrales (de difícil localización) esto sería, a pesar del expolio, una gran relativa ventaja.

de los excedentes. Pero, además, con este programa se producen dos consecuencias no buscadas por los burócratas (aunque es de suponer que sí por los *lobbies* agrarios): a) la complejidad de la función de producción agraria en casi todos los subsectores permite seguir incrementando la producción aunque se mantenga fija la superficie cultivada (piénsese en los abonos, pesticidas, maquinaria, riegos), y b) al mantener los precios de garantía, el empresario tiene todos los incentivos para no restringir su producción a Q3 sino a Q1, que es donde su coste marginal iguala al ingreso marginal garantizado por el precio de apoyo, de esta manera el empresario maximiza su ingreso, pero el excedente no desaparece sino que simplemente se reduce a Q1-Q3.

FIGURA 2
LOS DINEROS DE LA PAC



B. EQUILIBRIO GENERAL

Toda la especulación precedente se fija tan sólo, y de manera rudimentaria, en el efecto que las transferencias tienen sobre los bolsillos (bien sea por los impuestos o por la capacidad de compra extraída por aranceles) de los consumidores-contribuyentes. El impacto de la PAC, sin embargo no para ahí. Al ser el sector agrario relativamente pequeño en todas las economías occidentales, las transferencias mencionadas antes han sido en general consideradas como un problema menor que en términos políticos se aceptaba para conseguir el equilibrio y la armonía social. Desde una perspectiva internacional, sin embargo, las transferencias masivas de dinero público a los agricultores europeos (y japoneses y norteamericanos) ha de considerarse como un caso más de proteccionismo injustificado, cuyo impacto es no sólo sobre el resto del mundo sino sobre el resto también de los sectores europeos.

No se ocupa este ensayo de un asunto ya hartamente estudiado, cual es la dificultad de los agricultores del Tercer Mundo para vender sus productos en los mercados protegidos de Europa: el efecto beneficioso de cualquier reforma que concediese más acceso dejaría pequeñas a los tan aireados planes de ayuda solidaria. Pero sí hay que mencionar, por lo menos, el impacto sobre los otros sectores y actividades (mayoritarios) de la economía europea, y poner de manifiesto el freno al desarrollo, la creación de empleo y el cambio técnico que la PAC supone dentro de nuestras propias fronteras. Tal análisis —una visión de equilibrio general— revela que la Política Agraria Comunitaria representaba en los años noventa un coste de entre el 2 y el 3 por ciento de todo el Producto Interior Bruto⁵⁴. Para los no acostumbrados a pensar en términos marginales, antes de pensar en un porcentaje pequeño repárese en que ésa es más o menos la cantidad a la que estaba creciendo la economía europea durante esos años.

En la figura 3 se ha intentado dar una idea aproximada de la significación de esta carga. En la parte superior, la posición de partida es 1958, punto E. La situación es de pleno empleo porque E está sobre la frontera de posibilidades productivas (FPP), pero los recursos están empleados con eficiencia porque los precios agrarios europeos (indicados por la inclinación de la tangente en E) están por encima de los internacionales —sobre un 80 por ciento de promedio para el año 1992 según la OCDE— y por lo tanto se dedican más recursos al sector agrario que bajo un sistema de libre comercio. La oportunidad para el conjunto de la economía europea consiste en, de manera gradual, ir quitando los obstáculos a la igualación de precios internos y externos, es decir, a que gire la relación de precios relativos desde la recta tangente en el punto E a la que ahora corta al eje horizontal en M. Esto indicaría una caída de los precios agrarios para igualarlos con los internacionales, y por lo tanto un descenso de la actividad

⁵⁴ T. GYLFASSON, *The Macroeconomics of European Agriculture*, Department of Economics, Princeton University, Princeton Studies in International Finance, No. 78, May 1995, p. 15, tabla 4.

agraria a la vez que un transvase de recursos desde el campo a otros sectores más productivos que no requieran protección.

Esta situación es ya una vieja historia. David RICARDO fue el primero en cosechar abucheos en el Parlamento inglés cuando se la contó a los representantes de los terratenientes parapetados tras las *Corn Laws* (el mundo no ha cambiado tanto). Pero es sorprendente que se siga aceptando a pesar de su pesada carga, y sobre todo a pesar de la gran oportunidad que representa para los europeos de hoy. Una adecuación de nuestros precios agrarios con los mundiales, además de beneficiar a los exportadores de países cuya única oportunidad de crecer es explotar su ventaja comparativa en los mercados internacionales, permitiría el transvase de recursos de E a F, marcado aquí de manera optimista con el año 2007 en la espera de que con la ampliación de la UE se acaben o al menos aminoren los despilfarros de Bruselas. Es cierto que este ajuste no se haría sin coste: recuérdese la advertencia que ya en 1776 hacía SMITH sobre la conveniencia de, dada la dificultad de transferir recursos de un sector a otro, proceder con cautela y calma en el desmontaje de los privilegios monopolistas⁵⁵.

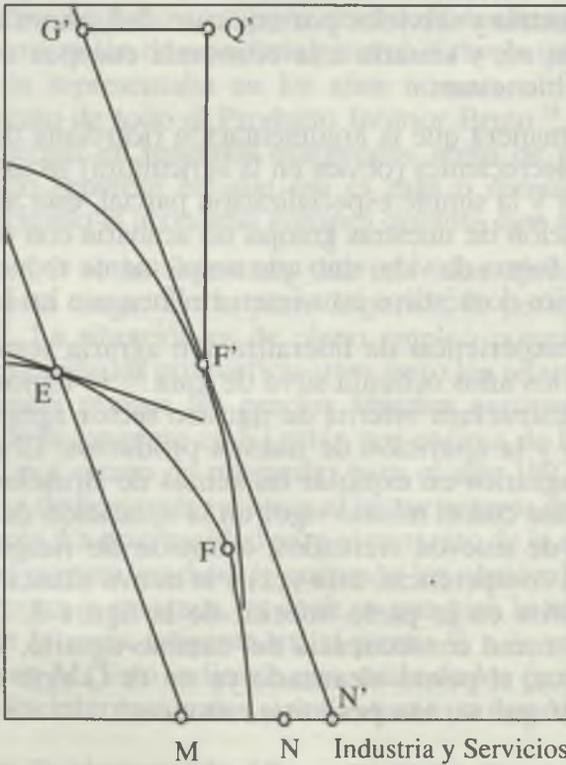
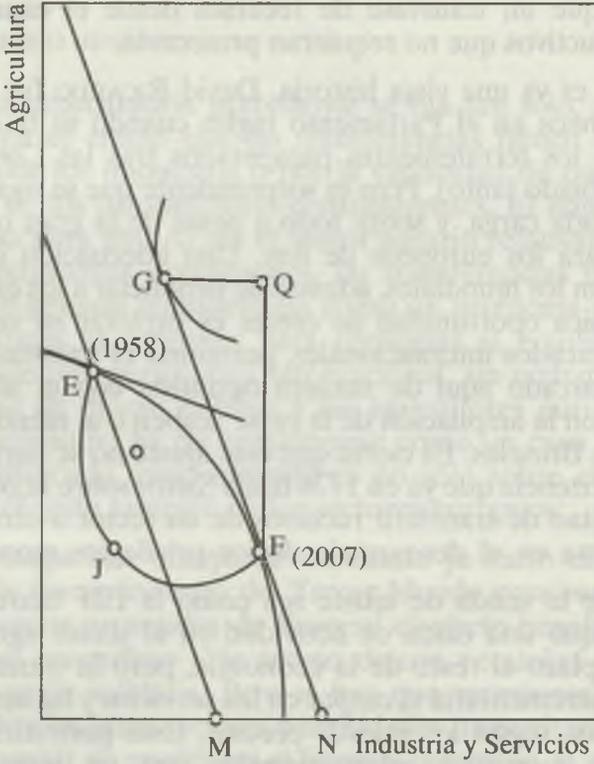
Es posible que la senda de ajuste sea como la EJF marcada con el trazo oscuro, porque una caída de actividad en el sector agrario puede arrastrar a corto plazo al resto de la economía, pero la transferencia de recursos pronto incrementaría el *output* en los servicios y las manufacturas por la cantidad MN, según los nuevos precios. Esto permitiría una participación en los mercados internacionales con un intercambio de $MN = GQ$ de industria y servicios por una cantidad, ahora mayor, de bienes agrarios como FO, y situaría a la economía europea en el punto G, de mucho mayor bienestar.

De la misma manera que la argumentación ricardiana demostraba que los rendimientos decrecientes (obvios en la agricultura) garantizaban la pervivencia del sector y la simple especialización parcial, este análisis muestra que una liberalización de nuestras granjas no acabaría con el campesinado ni aniquilaría una forma de vida, sino que simplemente reduciría su tamaño hasta que los precios domésticos estuviesen en línea con los internacionales.

Es más, si la experiencia de liberalización agraria seguida en Nueva Zelanda durante los años ochenta sirve de guía⁵⁶, lo lógico sería esperar un cambio en la estructura interna de nuestro sector agrario, un cambio técnico profundo y la aparición de nuevos productos. El dinamismo de los empresarios agrarios en explotar las rentas de Bruselas no tiene por qué no manifestarse con el mismo vigor en la aplicación de nuevos métodos, exploración de nuevos mercados, asunción de riesgos y búsqueda de beneficios (vía competencia, esta vez) y la nueva situación bien podría ser como la descrita en la parte inferior de la figura 3. En ella, la FPP se ha desplazado como consecuencia del cambio agrario, y con la nueva relación de precios, el punto alcanzado ya no es G sino el mucho más favorable G'. ¿Por qué ser tan pesimista entonces?

⁵⁵ A. SMITH, *La riqueza...*, op. cit., libro IV, cap. II, pp. 561.

⁵⁶ T. GYLFASSON, *The Macroeconomics of European Agriculture*, cit., pp. 21-23.



6. CONCLUSIONES

¿Por qué ser tan pesimista entonces? Quizá una respuesta sea que el pesimismo es uno de los argumentos más eficaces en la ofuscación necesaria para la búsqueda de rentas. Si es verdad que en el plano individual quejarse es al menos el 50 por ciento de la felicidad, en lo público, los lamentos y el pesimismo constituyen un arma imbatible. Los agricultores europeos han logrado controlar uno de los caudales públicos de recursos más grandes de la historia. A pesar de que los subsidios por agricultor eran similares en los tres grandes bloques —Japón, USA y la UE—, las diferencias en el tamaño de la explotación hacen que los pagos por unidad de *inputs*, por hectárea, o como se quieran medir, pongan a los granjeros europeos y japoneses a una gran distancia de los americanos.

Pero esto, para el economista de la historia es una situación nueva y curiosa. Como se mencionaba en la introducción, era SMITH el que advertía a los pobres campesinos contra en poder superior de los manufactureros para aliarse y extraer rentas públicas a su costa. ¿Qué ha pasado desde entonces? Seguramente nuestros campesinos no han leído a Mancur OLSON. Pero eso no es obstáculo para que se porten como si fuesen expertos en sus enseñanzas. En este nuevo mundo los mercados políticos han cambiado. Siguiendo a sus maestros franceses, los campesinos europeos aprendieron a organizarse con eficacia, a aplicar un sistema de sanciones internas para evitar *free-riders* en la búsqueda de rentas (especialmente en el cobro de cuotas entre todos los campesinos), a explotar la percepción pública de su pequeño tamaño como grupo, y por lo tanto del pequeño coste de sus favores para el erario público, a proyectar una imagen de depositarios de valores culturales, a utilizar lo que los sociólogos llaman el multiplicador demográfico rural (al fin y al cabo, cualquiera de los que habitamos en ciudades hemos venido hace poco o aún tenemos parientes en el campo) para provocar simpatía entre aquellos que han de sufragar sus favores en última instancia.

Todo esto junto ha convertido al granjero en un personaje poderoso y a veces enseñoreado de su poder ⁵⁷, pero, a pesar de todo, los vientos no soplan a su favor. Si la ampliación comunitaria sigue su curso —y esto parece irrenunciable— la tendencia será a reformar la PAC y hacer de ella un recuerdo, un caro, carísimo recuerdo. Los campesinos europeos no desaparecerán porque en su mayoría han sido siempre hábiles empresarios que, como los de otros sectores, saben adaptarse a los tiempos cambiantes.

⁵⁷ Desde la más estricta envidia, este ensayista se atreve a hacer la siguiente pregunta a la comunidad académica: ¿por qué los granjeros sí y los profesores no? ¿Por qué no gozar no de un Ministerio de Enseñanza sino de un Ministerio para los docentes e investigadores? ¿No somos nosotros acaso depositarios de una tradición cultural y estamos llenos de externalidades?

Pero sin duda verán cómo su número se reduce y tendrán que seguir el consejo del gran filósofo, poeta y economista Robert Allen ZIMMERMAN: «*I ain't gonna work on Maggie's farm no more / No, I ain't gonna work in Maggie's farm no more / Well, I wake up in the morning / Fold my hands and pray for rain / I got a head full of ideas / That are driving me insane*»⁵⁸.

BIBLIOGRAFÍA

- ÁGUILA, R. DEL, «De los males políticos», *Revista de Libros*, núm. 59, noviembre 2001.
- ALONSO PELEGRÍN, E., *El lobby en la Unión Europea. Manual sobre el buen uso de Bruselas*, Madrid, ESIC, 1995.
- EVERETT, JR. W. F., *Agropolitics in the European Community. Interest Groups and the Common Agricultural Policy*, New York, Praeger, 1977.
- BORDO, M. B. E., y DOUGLASS, A. I., «Is Globalization Today Really Different from Globalization a Hundred Years Ago?», *NBER Working Paper*, núm. 7195, junio 1999.
- CLERC, F., «Attitudes françaises vis-a-vis de la politique agricole commune», en M. TRACY e I. HODAC (eds.), *Prospect for Agriculture in the European Economic Community*, Brussels, College of Europe, 1979.
- CHAPMAN, S., «The Farmer on the Dole», *Harper's*, octubre 1982.
- CHEYNE, G. J. G. (ed.), *El renacimiento ideal: epistolario de Joaquín Costa y Rafael Altamira*, Alicante, Diputación de Alicante, 1992.
- FEARNE, A., «The History and Development of the CAP, 1945-1985», en Christopher RITSON y David HARVEY (eds.), *The Common Agricultural Policy and the World Economy. Essays in Honour of John Ashton*, Wallingford, CAB International, 1991.
- «Guía para hacer lobby en Bruselas», *Boletín CEE/5*, noviembre 1990.
- GYLFASON, T. *The Macroeconomics of European Agriculture*, Department of Economics, Princeton University, Princeton Studies in International Finance, núm. 78, mayo 1995.
- GRANT, W., *The Common Agricultural Policy*, London, MacMillan, 1997.
- GREENWOOD, J., *Representing Interest in the European Union*, London, MacMillan, 1997.
- HAYAMI, J., *Japanese Agriculture under Siege. The Political Economy of Agricultural Policies*, London, MacMillan, 1988.
- HUGES, H. (ed.), *The Dangers of Export Pessimism. Developing Countries and Industrial Markets*, San Francisco, ICS Press, 1992.
- HENDRIKS, G., *Germany and European Integration. The Common Agricultural Policy: an Area of Conflict*, New York, Berg, 1971.
- PENSON, J.; POPE, R., y COOK, M., *Introduction to Agricultural Economics*, Englewood Cliffs, NJ, Prentice Hall, 1986.
- KINDLEBERGER, C., «Group Behavior and International Trade», *Journal of Political Economy*, 59, núm. 1, 1951.
- KITZINGER, U., «Problems of a European Political Economy», en S. WARNECKE (ed.), *The European Community in the 1970s*, New York, Praeger, 1972.
- KURAN, T., *Truths, Public Lies. The Social Consequences of Preference Falsification*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1995.

⁵⁸ Robert A. ZIMMERMAN, *Maggie's Farm*, 1965.

- LIMBERG, L., *The Political Dynamics of European Economic Integration*, Oxford, Oxford University Press, 1963.
- MAGEE, S.; BROOK, W., y YOUNG, L., *Black hole tariffs and endogenous policy theory. Political economy in general equilibrium*, Cambridge, Cambridge University Press, 1989.
- MCCALLA, A. F., «Protectionism in International Agricultural Trade, 1850-1968», *Agricultural History*, núm. 44, 1969.
- MILL, J. S. (1859), *Sobre la libertad*, Madrid, Alianza, 1997.
- NONON, J., y CLAMEN, M., *Europa y sus pasillos. Lobbying y lobbistas*, Barcelona, Marcombo, 1993.
- O'ROURKE, K. H., «The European Grain Invasion, 1870-1913», *The Journal of Economic History*, 57, No. 4, December 1997.
- PEARCE, J., «The Common Agricultural Policy: the Accumulation of Special Interest», en H. WALLACE y C. WEBB (eds.), *Policy-Making in the European Community*, London, Wiley, 1983.
- PEDLER, R., *Cómo tratar con Bruselas. El lobby en la Unión Europea*, Colección de Estudios Económicos, núm. 22, Barcelona, Servicio de Estudios de la Caixa, 2001.
- PÍO XII, «Alocución a los congresistas de la Confederación Italiana del Comercio», 17 de febrero de 1956.
- ROUSSEAU, J.-J. (1760-1761), *El contrato social o principios de Derecho político*, Barcelona, Fontana, 1994.
- SCHABEL, F., *Deutsche Geschichte im 19 ten Jahrhundert*, citado en A. DAUPHIN-MEUNIER, *La Doctrina Económica de la Iglesia*, Valencia, Fomento de la Cultura, 1956.
- SCHENDELEN, M. P. C. M. VAN, «Introduction: Studing EU Public Affairs Cases: Does it Matter?», en R. H. PEDLER y M. P. C. M. VAN SCHENDELEN (eds.), *Lobbying the European Union. Companies, Trade Associations and Issue Groups*, Aldershot, Dartmouth, 1997.
- SMITH, A. (1776), *La Riqueza de las Naciones*, RODRÍGUEZ BRAUN (ed.), Madrid, Alianza, 1997.
- SWARTZ, T. R., y BONELLO, F. J. (eds.), *Taking Sides. Clashing Views on Controversial Economic Issues*, Guilford, Conn., Dushkin, 1986.
- TOCQUEVILLE, A. DE (1835), *La democracia en América*, vol. II, Madrid, Alianza, 1996.
- TULLOCK, G., «How to do well while doing good!», en D. COLANDER (ed.), *Neoclassical Political Economy. The Analysis of Rent-seeking and DUP Activities*, Cambridge, Mass., Ballinger, 1984.
- WILSON, G. K., *Special Interests and Policymaking. Agricultural Policies and Politics in Britain and the United States of America, 1956-1970*, London, John Wiley and Sons, 1977.
- ZIMMERMAN, R. A., *Maggie's Farm*, 1965.

URBANISMO Y MERCADO DEL SUELO: UNA PERSPECTIVA JURÍDICA

José M.^a BAÑO LEÓN

Catedrático de Derecho Administrativo
Facultad de Derecho de Valencia

Existe entre nosotros una discusión recurrente sobre el papel que ejerce la legislación urbanística en el precio del suelo. Se acusa a la regulación urbanística de entorpecer la oferta de suelo y se postula una flexibilización de la clasificación del suelo, de modo que pueda destinarse a la edificación todo aquel suelo que no merezca protección por sus valores agrícolas, ganaderos, forestales, paisajísticos, etc.

La modificación de la Ley del Suelo estatal vigente (Ley 6/1998) por el Real Decreto-ley 4/2000 ha pretendido entronizar esta idea suprimiendo del art. 9.2 el inciso final que permitía al planificador clasificar como suelo no urbanizable los terrenos *que no considerara adecuados para su desarrollo urbanístico*. La ley pretende claramente que todo terreno que no cuente con valores dignos de protección sea urbanizable.

Sin embargo, la STC 164/2001, de 11 de julio, parece advertir al legislador estatal que no es posible constitucionalmente interpretar el art. 9 de modo que prohíba al legislador autonómico (y habría que decir tal vez a la comunidad local) la capacidad de optar por uno u otro modelo de ordenación territorial. El Tribunal rechaza los argumentos de los recurrentes en atención a la existencia del inciso final que desaparece en la reforma del año 2000. Excusado es decir que el Tribunal Constitucional se pronuncia sobre la Ley 6/1998 antes de la reforma del 2000, pero su advertencia no puede echarse en saco roto:

«El art. 9.2 LRSV establece como criterio de clasificación del suelo (como no urbanizable) la inadecuación para un desarrollo urbano. El juicio de adecuación corresponde, en todo caso, al órgano competente para la clasificación. La deficiente adecuación puede traer causas de valores o fines que hagan necesaria la preservación del suelo (el propio art. 9.2 LRSV enuncia los valores agrícola, forestal, ganadero, así como la riqueza natural) o de otras circunstancias. Al planeamiento corresponde establecer, como expresamente dispone el último inciso del precepto cuestionado, los criterios sobre cuándo un terreno es adecuado, o no, para un desarrollo urbano, remitiendo de esta forma la clasificación del suelo al planificador urbanístico. Por ello,

en forma alguna se puede considerar que el art. 9.2 LRSV imponga un concreto modelo urbanístico y territorial. Por último, concluyamos que es la concurrencia de los dos criterios del art. 9.2 LRSV, en la concreta redacción de 1998, lo que lleva a rechazar el reproche de inconstitucionalidad».

La advertencia del Tribunal parece clara. Corresponde a la Comunidad Autónoma la competencia sobre la ordenación del territorio (respetando las competencias estatales) y dentro de ella la de permitir opciones políticas diversas sobre el desarrollo urbano. Preservar en mayor o menor medida el suelo de la urbanización y edificación es tarea irrenunciable de la legislación autonómica y, en su aplicación, de la comunidad local, porque acaso no existe otra decisión de más calado político municipal que la planificación urbana.

Así las cosas cabe plantearse si la doctrina que el Tribunal Constitucional parece avanzar resulta o no incompatible con la lógica económica del mercado y si realmente los problemas de la competencia en el mercado del suelo derivan de esa rigidez en la clasificación o responden a otros factores.

1. LA ESCASEZ DE SUELO COMO FACTOR DETERMINANTE DEL ELEVADO PRECIO DE LA VIVIENDA: UN TÓPICO QUE NO RESISTE EL ANÁLISIS DE LOS DATOS DISPONIBLES

Al margen del problema de teoría económica relativo a la incidencia de la escasez de suelo sobre la elevación del coste de la vivienda, cuestión ajena al análisis jurídico, y aun concediendo que la escasez de la oferta pueda producir efectivamente un alza del precio cuando existe una demanda fuerte en el mercado¹, importa advertir que los datos estadísticos disponibles desmienten que de hecho exista esa escasez.

GARCÍA MONTALVO y MATILDE MAS², autores del estudio más completo que conozco sobre la vivienda y el sector de la construcción en España, sostienen, sobre datos del Ministerio de Fomento, «que el problema del suelo en España no parece tener su base en la falta genérica de suelo urbanizable».

Recogen los mismos autores las conclusiones de los dos estudios realizados por la Dirección General para la Vivienda, el Urbanismo y la

¹ Con carácter introductorio sobre los problemas del suelo y de la vivienda, cfr. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA, *Remedios políticos que pueden favorecer la libre competencia en los servicios y alegar el daño causado por los monopolios*, Madrid, 1999, pp. 194-204; COMISIÓN DE EXPERTOS SOBRE URBANISMO (MOPU), «Recomendaciones de avance normativo y políticas de suelo», *Revista de Derecho Urbanístico*, núm. 143, 1995, pp. 461 ss.; sobre este último informe y con diversas perspectivas el número monográfico de la revista *Ciudad y Territorio: Estudios Territoriales*, III, núm. 103, 1995; J. M.^a PÉREZ HERRERO (COORD.), *La carestía del suelo: causas y soluciones*, Madrid, La Ley, 2000; sobre algunos de los aspectos aquí tratados, cfr. J. M.^a BANO LEÓN, «La actividad urbanística en la financiación de las Haciendas locales», en *Revista Valencia de Economía y Hacienda*, núm. 2, pp. 33 ss.

² *La vivienda y el sector de la construcción en España*, Valencia, IVIE CAM, 2000, p. 153.

Arquitectura en 1995 y 1996, en los que se pone de relieve que el suelo susceptible de urbanización es más que suficiente para las necesidades de vivienda hasta el año 2011. «Para los municipios entre 20.000 y 50.000 habitantes el suelo susceptible de ser urbanizado supone 7,5 veces el necesario hasta el año 2011. En municipios de más de 50.000 habitantes esta relación es de 2,8», siempre según las conclusiones de GARCÍA y MAS.

Y otra conclusión no menos importante, según estos autores: «Los análisis no encuentran ninguna relación entre la cantidad de suelo vacante clasificado por el planeamiento y el precio del suelo». Probablemente a más de uno le sorprenderá este aserto fruto de una reflexión serena sobre los datos empíricos.

Ahora, dejemos al margen esta última observación y detengámonos en los datos. Si las cifras de que disponemos son correctas, en los municipios de menos de 20.000 habitantes el suelo susceptible de urbanización es de siete veces y media superior a las necesidades hasta el año 2011 y en los municipios de más de 20.000 habitantes se acerca a tres veces más (exactamente 2,7). Quiere decirse que, atendiendo a las sugerencias que hacía alguno de los críticos de la Comisión de expertos sobre urbanismo, en los años 1995 y 1996 prácticamente el suelo susceptible de ser urbanizado y edificado superaría en términos medios el triple de la demanda de viviendas previsible en los municipios³.

En consecuencia, aceptando la hipótesis de que uno de los problemas del precio de la vivienda es la escasez de suelo, la realidad demuestra que en la mayoría de municipios no ha existido déficit de suelo susceptible de urbanización. Luego no parece arriesgado plantear la conclusión provisional de que en la elevación de los precios de la vivienda en España en los últimos años *la oferta de suelo no ha sido un factor determinante*.

2. EL DÉFICIT DE SUELO URBANIZADO

Entre los estudiosos del urbanismo existe un sector que propugna una visión diferente respecto al suelo. Se sostiene que el problema no reside en la ausencia de suelo apto para urbanizar sino en la inexistencia de suelo apto para edificar, es decir, de suelo ya transformado que cuenta con urbanización suficiente.

³ Eva POVEDANO, disintiendo de la opinión mayoritaria de la Comisión de expertos, proponía en este aspecto lo siguiente: «Los Planes contendrán un dimensionamiento del suelo urbanizable más que suficiente para dar respuesta a la totalidad de las demandas previsibles, ya que dicho sobre-dimensionamiento es necesario para eliminar el valor de escasez del suelo urbanizable. Para ello se propone alguna de estas dos alternativas: a) Atender tres veces la demanda de vivienda previsible en el municipio en los siguientes diez años, calculada a partir de la previsión de población residente en edad de formar nuevas unidades familiares, así como un aumento del 50 por ciento del suelo para actividades productivas. Esta regla deberá ajustarse al alza para los municipios costeros y los de residencia secundaria en el entorno de las grandes ciudades, a fin de tener en cuenta los flujos migratorios estacionales. En todo caso, se respetarán los espacios especialmente protegidos. b) Triplicar en diez años la cantidad de suelo urbanizable en todos los municipios. En todo caso se respetarán los espacios especialmente protegidos».

La rigidez del urbanismo no está tanto en la clasificación del suelo como en el procedimiento de gestión urbanística que debe transformarlo dotándolo de los servicios necesarios (acceso rodado, abastecimiento de agua, energía eléctrica, dotación de zonas verdes y espacios públicos, etc.). Se observa que los procedimientos tradicionales del Derecho español desde la Ley de 1956 han sido una rémora para la transformación urbanística. Y se nota críticamente que este hecho se produce porque la gestión urbanística no ha sido sólo un procedimiento de ejecución de obras, sino sobre todo el cauce para distribuir equitativamente los beneficios y cargas derivados de la planificación.

El procedimiento público de expropiación, apenas si usado más por razones ideológicas que de ineficiencia de la Administración, sólo se utiliza marginalmente en el urbanismo, de manera que todo el peso de la transformación del suelo se entregó a los propietarios particulares que debía acometer por sí mismos la urbanización o a la Administración en colaboración con los particulares⁴.

En el primer caso, que desde la Ley de 1978 se conocerá como sistema de compensación (aún hoy en día es el sistema preponderante en la mayoría de Comunidades Autónomas, con excepción de la Comunidad Valenciana y Castilla-La Mancha), los propietarios tienen que ponerse de acuerdo en la constitución de una Junta de Compensación que representa al menos al 60 por ciento de los que agrupa. Y aunque la Junta aparece dotada con poderes obligatorios frente a los propietarios que se oponen, lo cierto es que el sistema adolece de falta de agilidad tanto por la resistencia de muchos propietarios a embarcarse en la aventura de urbanizar y pagar las cuotas correspondientes, como por las dificultades de la constitución de la Junta y aprobación del Proyecto de Compensación.

El segundo sistema, el de cooperación entre la Administración y los particulares, también aparece cargado de dificultades. La Administración es lenta en la gestión del suelo y no tiene los reflejos de la empresa privada. Y, por lo demás, el proceso de distribución de beneficios y cargas entre propietarios y la recaudación de cuotas de urbanización por lo común no resulta sencillo, lo que hace frecuentemente que las previsiones del Plan se incumplan y que no sean raros procesos que duren cinco, seis o más años.

Estas indudables dificultades son puestas de relieve para indicar que mientras no se agilice la gestión del suelo, es decir, el proceso de transformación urbanística, de nada sirve clasificar más suelo urbanizable ya que el resultado final de la oferta de suelo susceptible de ser edificado

⁴ Una síntesis muy lograda de los llamados sistema de gestión urbanística en T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Manual de Derecho Urbanístico*, 15.ª ed., Madrid, El Consultor de los Ayuntamientos, 2000, pp. 160-186. El problema de la coordinación entre el sistema de la Ley 6/1998 y el previsto en las diferentes Comunidades Autónomas se analiza en J. M.ª BAÑO LEÓN, «Los sistemas de ejecución del planeamiento urbanístico», en E. GÓMEZ-REINO, *Ordenamientos urbanísticos. Valoración crítica y perspectivas de futuro*, Madrid, Marcial Pons, 1998, pp. 147-163.

puede ser mucho más baja que la oferta de suelo urbanizable, y es aquélla y no ésta la que tiene una repercusión apreciable en los precios del suelo.

Esta crítica parece razonable, pero más desde la óptica del urbanizador promotor profesional que desde la perspectiva del precio del suelo. No poseemos, en lo que nos consta, evidencia empírica alguna que nos permita aseverar que en el precio de la vivienda influye de manera determinante el lento proceso de transformación del suelo. Desde luego sí que podemos constatar que en una Comunidad como la valenciana, en la que desde 1994 se ha implantado un sistema de gestión que ha agilizado de manera notable el proceso de transformación del suelo, el aumento del precio de la vivienda ha seguido imparable la tendencia manifestada en otras Comunidades que siguen dotándose de los medios tradicionales.

Según los datos de la Consellería de Obras Públicas, Urbanismo y Transportes de la Generalitat Valenciana, el tiempo medio empleado en la tramitación de los planes y proyectos de reparcelación y urbanización hasta poder iniciar las obras era de entre tres y cinco años. Sin embargo, durante los cuarenta primeros meses de vigencia de la ley valenciana, el plazo medio se redujo en poco más de siete meses, concretamente 220 días. Las cifras de duración de tramitación de los Programas de Actuaciones Integradas por provincias son:

	<i>Días</i>
Alicante	226
Castellón	224
Valencia	210

Fuente: La aplicación de la LRAU tras cuarenta meses de vigencia, Subsecretaría de Urbanismo y Ordenación Territorial de la COPUT, Valencia.

Pues bien, la evolución de los precios de la vivienda en los últimos años parece ir completamente al margen de los diferentes sistemas de gestión de las Comunidades Autónomas.

Por lo demás, tampoco se puede cuantificar, aunque en muchos municipios no es despreciable, la existencia de solares vacantes en suelo urbanizado consolidado. El problema para una correcta cuantificación reside en el hecho de que las estadísticas no discriminan entre el suelo urbano consolidado, que es el que cuenta con todos los servicios urbanísticos o forma parte de la ciudad histórica, y el suelo urbano sin consolidar. En muchos municipios españoles, los Planes Generales de Ordenación Urbana clasifican como suelo urbano amplias zonas de terrenos que, en rigor, deberían ser urbanizables por no contar con los servicios de urbanización. La razón de esta práctica ha respondido al deseo municipal de favorecer el más rápido desarrollo urbanístico. Hasta la Ley 8/1990,

PRECIO MEDIO DEL METRO CUADRADO DE LAS VIVIENDAS POR COMUNIDADES AUTÓNOMAS

CCAA	1987	1988	1989	1990	1991	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999
Andalucía	46,0	52,9	62,0	72,8	80,5	83,3	84,4	85,2	86,9	87,3	88,7	90,1	97,9
Aragón	46,2	59,2	64,7	78,2	86,0	87,4	84,7	86,2	89,8	91,0	90,6	97,1	109,4
Asturias	54,6	60,0	70,7	85,5	98,7	101,2	97,6	100,3	98,8	103,1	104,8	109,3	120,1
Baleares, Illes	53,6	64,2	74,1	85,9	89,4	91,3	91,2	94,5	97,3	100,0	106,6	123,3	155,5
Canarias	57,2	62,7	77,3	80,5	88,5	88,5	87,1	89,4	94,9	99,2	106,4	119,0	137,2
Cantabria	—	—	—	—	—	—	—	107,4	111,4	115,2	116,3	118,1	128,1
Castilla-La Mancha	40,7	45,1	53,7	65,2	70,2	71,5	73,4	71,0	74,7	74,5	75,9	75,7	79,6
Castilla-León	53,0	65,8	80,1	96,2	105,7	104,7	99,1	98,5	102,3	103,7	105,2	112,8	121,3
Cataluña	52,5	71,6	89,6	106,1	125,7	123,3	122,2	125,5	129,5	133,3	137,1	146,6	168,4
C. Valenciana	37,2	43,9	54,0	63,1	68,7	69,9	73,9	75,2	77,9	80,1	82,7	87,5	97,0
Extremadura	38,7	44,9	51,7	54,6	58,1	60,1	61,1	62,5	64,6	64,9	64,9	67,4	71,1
Galicia	54,7	68,8	50,6	68,2	96,0	89,7	89,4	90,3	92,2	93,9	95,1	99,1	102,1
C. de Madrid	73,7	98,3	128,0	145,7	173,7	166,9	169,0	169,1	178,7	180,4	179,3	181,7	195,6
Murcia	37,8	44,8	51,2	58,8	67,8	65,2	65,8	64,7	65,9	67,5	70,4	74,7	79,9
Navarra	—	—	—	—	—	—	—	—	112,7	113,8	121,1	125,9	138,4
País Vasco	—	—	—	—	123,3	133,6	137,3	142,7	148,7	153,6	154,9	166,8	194,7
Rioja, La	—	—	—	—	—	—	93,9	94,2	96,6	101,0	101,0	99,4	112,2
TOTAL	52,8	56,0	81,4	94,1	107,5	106,1	105,7	106,4	110,2	112,2	131,8	113,9	119,2

Fuente: Dirección General de Programación Económica y Presupuestaria, Ministerio de Fomento.

de 25 de julio, el suelo clasificado como urbano no contaba con cargas urbanísticas significativas más que, en su caso, la cesión de viales a los que recae la parcela. Frente al suelo urbanizable que exigía una cesión del 10 por ciento del aprovechamiento medio y cesión de terrenos para zonas verdes, espacios libres y dotaciones públicas, en el suelo urbano no existía desde luego la cesión de aprovechamiento y las cesiones dotacionales eran más bajas. En consecuencia, la clasificación formal de un suelo como urbano, aunque materialmente no lo fuera, beneficiaba indudablemente a los propietarios de dichos terrenos frente a los del suelo urbanizable, además de aumentar sustancialmente el valor administrativo de los terrenos, determinante a efectos de expropiaciones y compensaciones de aprovechamientos.

Así las cosas, resulta enormemente difícil calibrar la parte del suelo urbano vacante constituida propiamente por solares, la que se encuentra en suelo urbano consolidado, y la que está en el suelo no consolidado que a efectos prácticos es equiparable al suelo urbanizable. Téngase en cuenta a este respecto que la Ley 6/1998 en sus arts. 14.2 y 16 prácticamente asimila las obligaciones urbanísticas del suelo urbanizable a las del suelo urbano no consolidado y coherentemente valora con criterios similares ambas clases de suelo (arts. 27.2 y 28.1 de la Ley 6/1998).

3. LA INCIDENCIA DE FACTORES AJENOS A LA REGULACIÓN DEL SUELO EN EL PRECIO DE LA VIVIENDA

Disponemos ya en nuestro país de suficientes estudios sobre el mercado de la vivienda para que pueda convenirse que existen determinados factores por completo independientes de la regulación legal del suelo que tienen una acusada influencia en la demanda de viviendas y que condicionan el peculiar panorama español. Peculiar, según los analistas más conspicuos, al menos en dos aspectos:

1) El porcentaje de viviendas en propiedad que no tiene parangón con los países del mismo o mayor nivel de desarrollo, porcentaje que incluye con relativa frecuencia la tenencia de más de una vivienda, hecho muy poco usual en los restantes países.

2) La percepción social de que la inversión en viviendas es una inversión sin riesgo o con riesgo mínimo, percepción corroborada por el comportamiento de los precios durante los últimos cincuenta años. Esta sensación no se corresponde, sin embargo, con la evolución del mercado en otros países, donde en ocasiones se han producido descensos significativos de los precios⁵.

En un apretado resumen, los factores, al margen del suelo y de la gestión urbanística, que influyen sobre la demanda, según los estudiosos de este mercado, son:

⁵ J. GARCÍA MONTALVO y MATILDE MAS, *op. cit.*

a) Una política fiscal que ha favorecido y favorece la inversión en vivienda frente al arrendamiento. En algunas épocas incluso se permitía la desgravación tanto de la primera como de la segunda vivienda. Este tratamiento, por lo demás, era muy favorable para las rentas más altas al fijarse el porcentaje de desgravación en el 15 por ciento de las cantidades invertidas con el límite máximo del 30 por ciento de la base imponible. En la actualidad el nuevo IRPF ha limitado certeramente el límite a una cantidad global, no obstante lo cual, sigue siendo muy atractiva la política fiscal en este punto. Por lo demás la imposición indirecta es baja en relación al tipo general del IVA.

b) Una demanda, inexistente o mucho menos importante en otros países, de segunda residencia tanto en la zona costera como en las áreas metropolitanas de las grandes ciudades.

c) La existencia en los últimos años de un acusado descenso de los tipos de interés y una elevación de las rentas que ha hecho disminuir el esfuerzo que las familias tienen que enfrentar para costear la vivienda habitual, como se demuestra en el siguiente cuadro:

ACCESIBILIDAD A LA VIVIENDA LIBRE

Años	Precio medio de la vivienda (1)	Ingreso anual por hogar (2)	Precio de la vivienda sobre ingreso por hogar (1/2)	Tipo de interés medio anual del mercado hipotecario	Primera anualidad de amortización del préstamo (3)	Esfuerzo inversor en % sobre ingresos por hogar (3/2)
1990	12.393.400	2.043.678	6,06	16,66	1.933.861	89,73
1991	13.910.300	2.251.911	6,18	15,21	1.922.265	85,36
1992	12.666.500	2.427.613	5,22	15,41	1.767.318	72,80
1993	12.192.500	2.539.916	4,80	11,73	1.411.328	55,56
1994	12.301.500	2.652.409	4,64	10,26	1.322.564	49,86
1995	12.556.200	2.797.729	4,49	11,01	1.397.552	49,95
1996	12.707.300	2.893.586	4,39	8,17	1.199.848	41,47
1997	13.124.100	3.007.025	4,36	6,25	1.098.225	36,52
1998	14.089.900	3.226.538(e)	4,37	5,15 (4)	1.096.758	33,99
1999 (p)	15.488.400	3.442.839	4,50	4,94 (4)	1.188.804	34,53

Notas: (1) Precio de la vivienda tasada con menos de un año de antigüedad de 80 m² útiles equivalentes a 100 m² construidos.

(2) Ingreso anual por hogar de la encuesta de presupuestos familiares del INE.

(3) Corresponde a un préstamo máximo del 80 por ciento del precio de la vivienda, al tipo de interés del mercado hipotecario y período de amortización de quince años.

(4) A diciembre del respectivo año.

(p) Provisional.

(e) Estimado a través del crecimiento de la renta familiar disponible.

Fuente: Dirección General de Programación Económica y Presupuestaria, Ministerio de Fomento.

d) Aunque no está bien cuantificado, parece existir en las zonas de influencia turística una inversión proveniente de otros países europeos. El ejemplo de Mallorca es bien conocido, pero no es el único.

Explicado brevemente: al mismo tiempo que desde el Preámbulo de la Ley de 1956 se proclamaba la lucha contra la especulación como *leit motiv* de la política urbanística, el Estado ha fomentado la demanda de vivienda, al margen de las políticas redistribuidoras de las Viviendas de Protección Oficial y, por otro lado, las cesiones obligatorias y gratuitas de aprovechamiento incrementaban por el lado de los costes el precio del producto final inmobiliario. No queremos, al poner de relieve esta paradoja señalar que existe una contradicción en las políticas públicas ni abogar por la supresión de las cesiones, sino subrayar que objetivamente distintas políticas públicas razonables que persiguen fines de interés general, ampliamente compartidas por la sociedad, tienen repercusiones o efectos secundarios contradictorios.

Si se considera que la Comunidad debe participar en la recuperación de las plusvalías a través de cesiones de aprovechamiento es indudable que dichas entregas de terrenos encarecerán el producto final, de la misma manera que si se estimula la demanda de vivienda mediante desgravaciones fiscales se hace más atractiva la inversión y esto tiene una repercusión sobre los precios.

4. LEGISLACIÓN URBANÍSTICA Y COMPETENCIA EN EL MERCADO DEL SUELO

A tenor de los datos expuestos cabe concluir que los mercados del suelo (no hay como es evidente un mercado español del suelo) presentan peculiaridades muy notables producto en general de factores exógenos al urbanismo. Durante todo el amplio período de legislación urbanística uniforme (prácticamente hasta 1994, fecha de aprobación de la ley valenciana), cada mercado del suelo ha reaccionado de manera distinta teniendo en cuenta las peculiaridades de cada ciudad, área metropolitana o zona turística. Esto es evidente en ciudades grandes, donde es posible comparar el precio del suelo. Antes y después del año 1994 el precio en una ciudad como Valencia era muy inferior al de Madrid o Barcelona, pero también al de ciudades medias con un urbanismo de calidad notable como es el caso de Vitoria, Pamplona o San Sebastián, o en otras tan distintas como Las Palmas o Zaragoza. Y lo mismo ocurre en ciudades medias o pequeñas. Resulta muy claro que influye la demanda tanto como las condiciones geográficas del lugar. A fecha de hoy hay ciudades como Madrid cuyo Plan General virtualmente agota todo el suelo susceptible de urbanización, no hay prácticamente suelo no urbanizable común, por lo que difícilmente pueden atacarse los altos precios con un aumento de la oferta. De hecho Madrid —incluyendo el entorno metropolitano más inmediato que ha tenido un crecimiento espectacular— no ha parado

de incrementar los precios de la vivienda, probablemente entre otras razones por el dinamismo de la ciudad y la localización en ella de un número cada vez mayor de empresas. Algo parecido ocurre en Barcelona, y en otras muchas ciudades, sin que, sin embargo, haya experimentado la población incrementos significativos, contando la inmigración cada vez más intensa. Esto demuestra, a mi juicio, que la consideración de la vivienda como un buen valor de inversión haga que la demanda haya aumentado espectacularmente mientras seguimos siendo líderes en vivienda no ocupada y contamos con un mercado de alquiler raquítico.

Vuelvo ahora al ejemplo de la LRAU valenciana, que ha suscitado el aplauso generalizado de muchos promotores y que ha agilizado de manera muy significativa la gestión del suelo. Tanto en Valencia como en Alicante y Castellón se puede hablar de un gran *boom* de la construcción en los últimos siete años. Y desde luego la oferta de suelo urbanizado supera con creces las necesidades de la población previsible en décadas. Sin embargo, este aumento en la oferta no sólo no ha disminuido los precios en cifras relativas, sino que es fácil comprobar que los precios han aumentado de manera exponencial reduciéndose el diferencial con los precios de las ciudades más caras.

Aquí de nuevo juegan tanto factores económicos como psicológicos. Y es cada vez más frecuente en la Comunidad Valenciana que los profesionales del sector justifiquen las elevaciones de precios con el argumento de que la introducción del euro está haciendo más visible los buenos precios existentes en comparación no ya sólo con otras ciudades españolas sino europeas, de manera que la compra aparece —otra cosa es que lo sea— como una muy buena inversión. Por tanto, si bien es cierto que la escasez de suelo, producto del agotamiento del espacio físico, contribuye sin duda en algunas ciudades a incrementar los precios, en la mayoría de los casos los aumentos provienen de otros factores.

5. MERCADO DEL SUELO Y HETEROGENEIDAD LEGISLATIVA

El resumen de lo hasta aquí visto puede rezar así: la legislación urbanística uniforme en España no ha impedido grandes diferencias en los mercados del suelo y, conforme se deduce de los datos disponibles, ha tenido escasa influencia en la formación de los precios del suelo, sobre los que gravitan con mucha más fuerza factores tales como la política fiscal favorecedora de la vivienda en propiedad y que desalienta el alquiler, los tipos de interés, la demanda externa e interna, la percepción social de la vivienda como «inversión segura», etc.

Si estas conclusiones se aceptan cabe sostener que la diversidad de legislaciones autonómicas poco va a influir en el mercado del suelo, aun cuando agilicen —como es el caso valenciano— el proceso entero de la urbanización y edificación. Las causas profundas que influyen en la formación de los precios del suelo no pueden ser alteradas por la legis-

lación urbanística de las Comunidades Autónomas, pues dependen en parte de decisiones estatales (política fiscal, financiación de la Hacienda local) y en parte de circunstancias sociológicas.

Visto el asunto desde otra perspectiva, puede afirmarse que una legislación estatal sobre el suelo (la Ley 6/1998 está construida sobre las competencias del Estado sobre las condiciones básicas de la propiedad, la expropiación forzosa y la responsabilidad) difícilmente puede afectar al precio del suelo, aunque sí podría condicionar indirectamente la gestión urbanística (por ejemplo, otorgando, lo que no hace, con buen criterio, un derecho a los propietarios a urbanizar).

Por el contrario, el Estado mediante sus competencias sobre la Hacienda pública (política fiscal y Haciendas locales) influye con no escaso peso en el mercado del suelo, ya que una modificación en la política de subvención de la vivienda, un cambio en la política general de Viviendas de Protección Oficial (cuyas líneas generales compete definir al Estado, conforme a la STC 152/1988) el ensayo de nuevas fórmulas de incentivación del alquiler, incluyendo reformas también en la legislación de arrendamientos urbanos, tienen o pueden tener mucha mayor relevancia en el mercado que la legislación netamente urbanística.

No resulta arriesgado colegir de lo expuesto que la diversidad de legislaciones autonómicas tiene mucha mayor importancia en el campo de la gestión del suelo y de la calidad del urbanismo que en el concreto aspecto del precio del suelo. De modo que, a mi juicio, no resulta plausible, en el sentido más estricto del término, el argumento de quienes propugnan como remedios a los «males» del urbanismo, el aumento de la cantidad de suelo urbanizable. Estas posiciones, bien comprensibles desde la óptica de la defensa de legítimos intereses mercantiles, no constituyen, en mi opinión, remedio alguno para el precio del suelo y pueden tener —han tenido ya en muchos casos— consecuencias muy desfavorables para la calidad de la ciudad y para la conservación de nuestro medio-ambiente.

No han faltado voces —como la del Informe del Tribunal de Defensa de la Competencia— que han insinuado que parte de la mala urbanización de nuestras ciudades en comparación con la de otros países de la Comunidad Europea se debe a la excesiva reglamentación del urbanismo y al intervencionismo local. Pero esta opinión no admite —según creo— un detenido análisis de nuestra reciente historia. Es un hecho aceptado por todo el mundo que la Ley del Suelo de 1956 tuvo muy poca vigencia en la práctica y que, prescindiendo de algunas de sus sabias normas, durante décadas se practicó una suerte de indisciplina urbanística. Pues bien, muchos, por no decir todos, de los desmanes cometidos no sería justo imputarlos a la Ley sino cabalmente a su inobservancia. De la misma manera, es indudable que la legislación del suelo que se inicia en la Ley de 1975 y que sigue en el Texto Refundido de 1976 introdujo un mayor rigor urbanístico, que coincide con la constitución de los primeros Ayuntamientos democráticos. Y es también claro que, sin los estándares del

Reglamento de Planeamiento y el mayor control de la Administración local, tendríamos hoy unas ciudades peores que las que tenemos, por mucho que disten todavía muchas de ellas de los niveles de calidad de las ciudades europeas más punteras.

Probablemente tiene razón Ramón PARADA⁶ cuando sugiere que si el urbanismo español hubiera sido fiel a sus orígenes y se hubiera desenvuelto como un urbanismo de obra pública utilizando inteligentemente la técnica de la concesión de obra urbanizadora, se hubiera podido financiar y gestionar mejor y más ágilmente la transformación de los terrenos. En este sentido tiene razón PARADA cuando señala que la Ley de 1956 al entronizar a los propietarios privados como agentes principales del urbanismo introdujo una enorme rigidez en el mercado. Pero no se le escapa a PARADA que la Ley de 1956 se situaba en un contexto sociológico de escasísimo desarrollo de la industria de la construcción y de exacerbación de la propiedad privada, de manera que la Ley favoreció sin discusión la colaboración de los propietarios, aun cuando introdujera el principio capital de que los planes definían el contenido del derecho de propiedad. Tampoco puede ocultarse —aunque la gestión está necesitada de un análisis profundo de los archivos municipales de nuestras principales ciudades— que la debilidad financiera y política de nuestros Ayuntamientos hasta bien entrado el siglo xx no favoreció en modo alguno la intervención pública activa que, sin embargo, era posible al menos desde la Ley de Expropiación Forzosa de 1879⁷.

6. LA COMPETENCIA EN LA GESTIÓN URBANÍSTICA

Si se llega a la conclusión de que ni resulta constitucionalmente factible la imposición de un modelo urbanístico desde el Estado, al corresponder la competencia a las Comunidades Autónomas y si se conviene que la llamada «liberalización» del mercado del suelo no garantiza en absoluto que existan disminuciones en los precios, se puede notar que el aumento de la competencia en el urbanismo sólo puede venir de la mano de la mejora en la gestión, es decir, de propiciar mecanismos que agilicen el proceso de transformación del suelo. Con ello, sin embargo, no se asegura necesariamente ni una repercusión favorable en los precios ni a largo plazo mayor competencia.

⁶ *Derecho Administrativo*, vol. 3, 6.ª ed., Madrid, 1997, pp. 306 ss.; del mismo autor, «Urbanismo de obra privada versus urbanismo de obra pública. La privatización del urbanismo español», en E. GÓMEZ-REINO (dir.), *Ordenamientos urbanísticos. Valoración crítica y perspectivas de futuro*, Madrid, 1998; también «La privatización del urbanismo español (reflexión de urgencia ante la Ley 6/1998 de Régimen del Suelo y Valoraciones)», *Documentación administrativa*, núm. 252-253.

⁷ El análisis del Archivo del Ayuntamiento de Valencia que ha hecho M. GARCÍA PÉREZ en su investigación doctoral en curso de realización demuestra que, a pesar de la vigencia de la Ley de 1879 que permitía la expropiación de zonas laterales, el Ayuntamiento no utilizó esta técnica ni existía una visión integrada de las obras de urbanización, lo que apunta al escaso interés de la burguesía de la época en participar en este tipo de proyectos. Sería de enorme interés consultar los archivos de otras grandes ciudades para ver si en la época llegaron a calar o no las primeras técnicas urbanísticas de recuperación de plusvalías.

En cuanto a lo primero, la estadística disponible en la Comunidad Valenciana que recogíamos más arriba es de suyo significativa. La apertura de más mercado a los promotores inmobiliarios mediante la figura del Agente urbanizador ha tenido como consecuencia un estímulo de la actividad constructiva y una ruptura de la posición tradicional de los propietarios, aun cuando convenga notar que en el mayor número de actuaciones los Agentes urbanizadores/promotores o constructores inmobiliarios son a su vez propietarios de terrenos. De donde lo más significativo es que el sistema público de licitación fundado en propuestas de iniciativas por quien aspira a ser Agente urbanizador ha espoleado las actuaciones urbanísticas. Aunque es cierto que la Administración es la que tiene la última palabra (aprobanda o denegando el Programa) por lo común la Administración secunda la iniciativa de programación, ya que tiene un interés muy claro en que se ejecuten los planes y se desarrolle el suelo urbanizable. No obstante esa mayor cantidad de obra urbanizadora y finalmente de solares, hasta el momento no se ha traducido en una moderación del precio del suelo ni, como resultado, de la vivienda.

La segunda cuestión, la de la competencia entre ofertas por urbanizadores, presenta claros oscuros. Ciertamente el simple hecho de que una empresa promotora pueda proponer un Programa y el Ayuntamiento aceptarlo tras licitación pública ha estimulado al mercado, dado que la resistencia de los propietarios privados es muy escasa (si el Ayuntamiento aprueba el Programa, al propietario sólo le cabe pedir la expropiación o pagar las cuotas de urbanización).

No ha habido, empero, tanto éxito en la competencia, debido probablemente a las dificultades que el propio texto legal impone a una competencia efectiva. Sin detenernos en un análisis pormenorizado, puede notarse que la LRAU valenciana otorga un máximo de cuarenta días desde que se presenta el Programa para presentar una alternativa y que quien presenta la primera propuesta (llamada impropriadamente alternativa técnica) tiene derecho a la adjudicación preferente si el competidor no presenta una oferta técnica sustancialmente distinta. Lo cual hace muy difícil la competencia, salvo en los grandes proyectos de actuaciones urbanísticas, pues no basta con mejorar las condiciones económicas, sino que debe presentarse una alternativa sustancialmente distinta. Resulta claro que en muchos casos es imposible presentar un proyecto de desarrollo urbanístico alternativo, sencillamente porque el Plan ordena pormenorizadamente el suelo o porque materialmente no caben alternativas distintas.

Por otra parte, al prescindirse de algunas garantías básicas de la legislación de contratos (esencialmente del Pliego de condiciones) no existe una mínima transparencia sobre los criterios de elección de la Administración, lo que tampoco favorece la competencia. Por cierto que el TSJ de la Comunidad Valenciana ha planteado cuestión de inconstitucionalidad sobre la Ley valenciana en los numerosos puntos en que la

selección del Agente urbanizador no se ajusta a la Ley de Contratos (Auto de 15 de octubre de 2001).

En lo que atañe a los efectos sobre la competencia en el mercado, de la aplicación de la Ley valenciana resulta muy difícil hacer un análisis de los datos disponibles, pues la estadística refleja la titularidad del promotor del Programa de Actuaciones Integradas, pero no del grupo de empresas a que pertenece. La percepción que tienen muchos operadores en el mercado es que la legislación valenciana ha favorecido la concentración en el sector, dado que los Programas permiten a los grupos más poderosos iniciativas urbanísticas muy complejas, incluso con modificación del Plan General. En este punto es lógico que los Ayuntamientos estén predispuestos a aprobar los Programas más ambiciosos que aparentemente dan unos beneficios inmediatos a la Comunidad local, en contra de Programas de más modestas consecuencias. Como además la LRAU institucionaliza las conversaciones previas a la presentación de los Programas, es claro que el acceso de los grandes urbanizadores a los municipios es mucho más franco que el de un promotor pequeño. De ahí que LRAU haya dado como resultado una cierta concentración, aunque no sea fácilmente medible, en perjuicio de los promotores de menos porte económico.

7. LA ORDENACIÓN DEL ESPACIO URBANÍSTICO COMO TÍPICA MISIÓN LOCAL Y AUTONÓMICA

Lo que resulta del breve recorrido por algunos aspectos económicos y jurídicos del mercado del suelo es lo siguiente:

- 1) La legislación urbanística tiene un peso menor en la formación de los precios del suelo que obedece más a otros factores.
- 2) Constitucionalmente no es posible que se regule uniformemente el Derecho urbanístico y el Tribunal Constitucional parece advertir en este sentido que no resultaría constitucional una ley estatal como la actual, que parece otorgar carácter urbanizable a todo suelo que no tenga características especiales que lo hagan digno de protección.
- 3) El Estado dispone de importantes competencias (política fiscal, política general de subvención a VPO, legislación civil) que influyen en el mercado del suelo.
- 4) Corresponde a las Comunidades Autónomas, con el límite de la Ley 6/1998, establecer los mecanismos más idóneos de gestión urbanística, atendiendo a pautas de calidad urbanística y de protección ambiental. En este sentido la mayoría de la legislación autonómica ha optado por seguir un modelo de colaboración Administración Pública/propietarios privados que en sustancia no difiere del Texto Refundido de 1976, aunque introduciendo mejoras en los sistemas de actuación (así el caso de Canarias, Texto Refundido 1/2000, de 8 de mayo, que regula, junto a la cooperación y la compensación, un sistema de concierto y otro de ejecución

empresarial, si bien la iniciativa corresponde exclusivamente a los propietarios durante el primer año de vigencia del planeamiento y en los posteriores a cualquier persona, estableciéndose en todos los sistemas de ejecución privada la posibilidad de presentar alternativas; Madrid, Ley 9/2001, de 17 de julio, que, junto a los sistemas tradicionales, refuerza el sistema de ejecución forzosa, sustituyendo automáticamente al de compensación cuando transcurran los plazos legalmente establecidos; Cataluña, Ley 2/2002, de 14 de marzo, que junto a la compensación y a la compensación propiamente dicha introduce la compensación por concertación y los sectores de urbanización prioritaria).

En otro orden Valencia y Castilla-La Mancha han optado por una gestión empresarial del urbanismo, haciendo posible que cualquier empresario, aun sin contar con la propiedad de los terrenos, pueda presentar una propuesta de programación y ejecución.

Es indudable que las diferencias legislativas en las Comunidades Autónomas responden a percepciones distintas del fenómeno urbanístico plenamente legítimas. Y mientras que algunas siguen manteniendo un modelo rígido de planificación, atribuyendo a los propietarios el peso de la gestión, otras han optado por una planificación mucho más flexible, en la que se admite con naturalidad que un Plan Parcial pueda modificar el Plan General y éste se concibe como un documento mucho más dinámico, capaz de adaptarse a los requerimientos de cada tiempo, de modo que, manteniendo la responsabilidad pública, las Administraciones responsables son mucho más permeables a las concretas iniciativas del mercado, a cuyo fin se instrumenta la figura del Agente urbanizador.

Esta heterogeneidad legislativa puede ser muy positiva porque a la larga las experiencias de cada Comunidad terminarán, como ocurre en otros países de corte federal, por converger en sistemas de planeamiento y gestión no muy diferentes, y también porque permite atender de manera circunstanciada realidades muy diversas. No es precisa mucha reflexión para observar que los problemas urbanísticos de la Comunidad de Madrid son bien diferentes de los de Andalucía y no digamos nada de las Comunidades insulares. Si dentro de cada Comunidad los planes urbanísticos pueden presentar diferencias sustanciales en razón del territorio que se ordena, no es nada extraño que el urbanismo tenga esa peculiar variedad.

Desde luego ése ha sido el origen histórico del urbanismo pegado a la realidad de cada municipio, al que ahora de alguna manera se retorna. Un país como el nuestro, basado en el principio de descentralización y que atribuye a las Comunidades Autónomas las competencias sobre ordenación del territorio y urbanismo, necesariamente se ve abocado a una heterogeneidad legislativa y, también es importante subrayarlo, a una política municipal plural.

La pretensión de contemplar el mercado del suelo como un mercado global que debe «liberalizarse» no es más que una fórmula huera. En todos los países occidentales la política de ordenación de la ciudad corres-

ponde a los poderes locales porque política es la decisión sobre el crecimiento de la ciudad y sus prioridades. De la misma forma que la legislación autonómica haría mal en no reconocer la decisiva participación de la Administración local en la planificación y gestión del urbanismo, el Estado no puede pretender por la vía de sus limitados títulos competenciales invadir las competencias de las Comunidades Autónomas.

Me parece que constituye una simplificación pretender tratar el urbanismo desde una óptica predominantemente de mercado. El famoso Informe del Tribunal de Defensa de la Competencia sobre el mercado del suelo está falto de una visión global. Aunque el Informe hace protesta de que la regulación de la ordenación del territorio es imprescindible, señala a continuación que la regulación debe ser lo más simple posible y permitir la utilización de todo suelo que no sea digno de protección. En definitiva, aumento de la oferta de suelo y reducción de la discrecionalidad administrativa: «Reglas claras y seguras»⁸.

Un simple repaso a la experiencia de los países más industrializados revela que en ninguno de ellos se produce esa concurrencia de normas claras y seguras junto con una posibilidad abierta de edificar en cualquier clase de suelo. Javier GARCÍA BELLIDO⁹, que ha estudiado como nadie el urbanismo comparado, nos ofrece un panorama bien distinto. En los países de corte más liberal en el tratamiento del mercado del suelo, la discrecionalidad administrativa es prácticamente absoluta. El muy interesante trabajo de Inés SÁNCHEZ DE MADARIAGA¹⁰ sobre el urbanismo estadounidense es muy recomendable para quienes sostienen la importancia de un modelo que, en rigor, no existe. Pues es cierto que en los Estados Unidos o en Inglaterra, la Administración decide a través de planes específicos los usos del suelo. Y no es infrecuente el sacrificio de la propiedad privada en virtud de acuerdos adoptados por los municipios y las grandes corporaciones urbanísticas. En dichos pactos se negocia la financiación de infraestructuras conexas, las dotaciones públicas, o la introducción de medidas correctoras para proteger el medioambiente, aunque no estén siempre directamente relacionadas con el ámbito de actuación. Uno de los grandes ejes de discusión en la gestión del urbanismo norteamericano es justamente la incidencia de las obras urbanísticas sobre la Hacienda local, de manera que se considera esencial que el responsable de la urbanización no sólo financie los costes, sino que también «compense» económicamente a la Hacienda municipal.

⁸ «Remedios políticos que pueden favorecer la libre competencia...», *op. cit.*, p. 200. «Hay que evitar la discrecionalidad total de la autoridad y garantizar la libertad y la igualdad, estableciendo reglas generales e iguales para todos los ciudadanos», dice el TDC. El problema es cómo hacer compatible ese *desideratum* con el hecho de que la ordenación de cada territorio requiere soluciones específicas imposibles de prever con carácter general en una ley.

⁹ J. GARCÍA BELLIDO DE DIEGO, «La excepcional estructura del urbanismo español en el contexto europeo», *Documentación administrativa*, núm. 252-253, pp. 11-83.

¹⁰ *La práctica urbanística emergente en los Estados Unidos. Un análisis desde la perspectiva europea*, Madrid, Instituto Pascual Madoz, Universidad Carlos III, BOE, 1998, en particular pp. 79-94.

No pueden, pues, descuidarse ni los impactos negativos que toda obra de urbanización conlleva ni pretender que la comunidad termine financiando las necesidades públicas creadas por un desarrollo mal planificado de la ciudad. En el urbanismo no hay ninguna actuación totalmente inocua. Junto a los efectos positivos, hay efectos secundarios que la Administración Pública tiene obligación de prevenir y remediar. Y es lógico que quien se beneficia empresarialmente de una actuación urbanística o, en su condición de propietario, ve revalorizados sus terrenos contribuya a la financiación de los nuevos gastos que provoca a la Administración. ¿Cuántas veces se asiste —hoy en día como ayer— a actuaciones urbanísticas espectaculares sin medir los efectos inmediatos sobre las arcas públicas? No puede alegremente proclamarse, como ha hecho por cierto la reforma de la Ley estatal 6/1998, sobre régimen del suelo y valoraciones, que todo suelo que no sea digno de protección por contar con valores medio-ambientales, agrícolas, forestales o paisajísticos debe ser susceptible de urbanización. No puede, a mi juicio, sustraerse a las Comunidades Autónomas y sobre todo a los municipios la competencia para decidir cómo se ordena su territorio. ¿Acaso existe hoy en día una manifestación más acabada de la política en el ámbito local que la decisión sobre el crecimiento de la ciudad? Reducir la discrecionalidad en este ámbito es infligir una herida de muerte a la autonomía local¹¹ y a la política de ordenación territorial de las Comunidades Autónomas. No acierto a entender en virtud de qué regla o principio puede sustituirse a la comunidad local en la decisión sobre su modelo de crecimiento o simplemente de conservación de la ciudad. Y no conozco, en lo que me consta, país alguno que haya prohibido por ley, en nombre del mercado del suelo, que las autoridades regionales o locales puedan impedir el uso edificatorio en determinadas zonas de su territorio, independientemente de sus valores medio-ambientales. La casi totalidad de ordenamientos extranjeros —como también ha notado GARCÍA BELLIDO¹²— desconocen la clasificación del suelo. La decisión sobre los usos del suelo depende de instrumentos de ordenación administrativos eminentemente discrecionales. Porque de lo que se trata, como es lógico, no es de prohibir la edificación aislada perfectamente compatible con el suelo no urbanizable, sino vedar la formación de núcleos de población. Y ésta es una decisión inequívocamente colectiva, que atañe a toda la comunidad, y que debe ser el campo propio de la política urbanística.

Un ejemplo puede ilustrar bien de lo que se habla. En las dos Comunidades insulares (Baleares y Canarias) ha despertado una conciencia

¹¹ Resulta de enorme interés el dictamen núm. 217 del Consell Consultiu de Catalunya, de 17 de julio de 2000 (ponente Prof. Dr. Joaquín TORNOS MAS), en el que se sostiene la inconstitucionalidad de la reforma de la Ley 6/1998 que lleva adelante el art. 9.2 del Real Decreto-ley 4/2000, de 23 de junio, en cuanto «niega a los entes locales la capacidad de incidir mediante el ejercicio de una potestad discrecional en la definición de un interés local, vinculado a una competencia clásica de las Entidades locales, como es la ordenación del suelo». Sin embargo, la Generalitat no planteó recurso de inconstitucionalidad.

¹² *Op. cit.*, pp. 27-29.

social sobre los límites de crecimiento turístico y la conveniencia de preservar el escaso territorio todavía no ocupado, aunque sólo sea por mantener o recuperar una cierta calidad en los servicios, que es incompatible con la masificación. En la Comunidad Balear, pionera en lo que ha dado en llamarse «moratoria turística», distintas leyes autonómicas han ido reduciendo la posibilidad de construir nuevas plazas turísticas o residenciales e incluso limitado las construcciones en suelo rústico que se admiten por lo común en otras Comunidades. Pocas dudas caben de que esa política territorial no favorecerá una mayor oferta de suelo, pero tampoco cabe ninguna duda del cada vez mayor respaldo social a detener en desarrollo turístico insostenible a largo plazo. En gran parte del litoral mediterráneo existe hoy una saturación del territorio que ha dejado muy pocas zonas al margen del fenómeno urbanizador. Sin embargo, todavía no se ha adoptado por las Comunidades competentes decisiones tan drásticas que quizá un día no muy lejano tengan que tomarse. A mi juicio, esta competencia autonómica y local para decidir sobre la ordenación de su territorio es esencial, porque es la expresión probablemente más relevante de lo que los representantes de una Comunidad quieren. La lógica del mercado impone ya bastante limitaciones y resulta suficientemente tentadora para los poderes locales como para reforzarla con una competencia estatal sobre el urbanismo que nuestra Constitución sabiamente no ha reconocido.

El Tribunal Constitucional en una Jurisprudencia que parece consolidada se ha atenido en la materia urbanística a la distribución de competencias que resulta de la Constitución. Su Sentencia 164/2001 reitera la doctrina de la Sentencia 61/1997 y parece anunciar una próxima declaración de inconstitucionalidad del art. 9.2 de la LRSV, en la medida en que ésta se interprete como una norma que prohíbe a la legislación autonómica y a los Planes Generales clasificar como suelo no urbanizable todo aquel que no tenga valores dignos de protección. De este modo se cercenaría la posibilidad de imponer desde la legislación estatal el derecho a urbanizar en el suelo no urbanizable común, cuya regulación corresponde a las Comunidades Autónomas: «El precepto impugnado —dice la Sentencia—, en su redacción de 1998, establece, en síntesis, dos criterios directos para la clasificación del suelo como no urbanizable: que el suelo sea incompatible con la transformación y que sea inadecuado para un desarrollo urbano. Estos dos criterios mínimos o elementales de clasificación sirven, así, como criterios mínimos de igualdad de todos los propietarios de suelo. Tal fin igualador atrae en principio la regulación del art. 9 de la LRSV a la esfera competencial del Estado ex art. 149.1.1.^a de la CE. Mas queda aún por precisar si con esta regulación instrumental se incide de forma ilegítima en las competencias urbanísticas de las Comunidades Autónomas. A este respecto *«debemos adelantar que la suma de los dos criterios de clasificación contenidos en el art. 9 LRSV (incompatibilidad e inadecuación para el desarrollo urbano) permite identificar un amplio margen de regulación para cada Comunidad Autónoma, y de ahí la conformidad constitucional del art. 9 LRSV»*.

Si esta doctrina se mantiene en el futuro es algo que no es fácil avizorar. Lo lógico y lo coherente con el orden constitucional de competencias es que así ocurra. Este trabajo ha tratado de mostrar que de ningún modo los problemas del mercado del suelo mejorarán sustancialmente urbanizando potencialmente todo el suelo no urbanizable que no cuenta con algún grado de protección. El camino que impone una elemental consideración del derecho a un medio-ambiente adecuado y la irrenunciable competencia pública —esencialmente local— para ordenar su territorio es justamente el contrario al seguido por el Real Decreto-ley 4/2000, de 23 de junio.

Diego Méndez López (1964) La Coruña

Instituto de Estudios del Jurado de Estudios Económicos
 Facultad de Economía, Universidad de La Coruña
 Río Font, Duro y Ure
 15100 La Coruña

LA EXPANSIÓN DEL MODELO URBANÍSTICO INTERVENCIONISTA EN ESPAÑA

La intervención pública en la regulación urbanística se justifica para evitar los posibles efectos de acciones resultantes del libre juego de las acciones de los agentes privados: externalidades negativas (que pueden surgir en los proyectos inmobiliarios de urbanización o densificación de zonas urbanas), la apropiación de bienes públicos (detonadores locales, sistemas parciales, etc.) y la externalidad de externalidades de nueva y creciente generación de determinadas infraestructuras (vías urbanas o metropolitanas de servicios públicos). Si únicamente se atiende en cuanto las zonas o territorios privados, la intervención alcanzará una dimensión limitada que ocasionará externalidades negativas al conjunto de la sociedad, como es, por ejemplo, de congestión vial, ruido, tráfico, desviación del tráfico, contaminación, etc. En este caso, el coste marginal del conjunto de la sociedad supera al coste marginal privado, lo que exige regular el grado e intensidad de urbanización para alcanzar un nivel óptimo, desde el punto de vista social.

La intervención pública se puede entender de dos formas: (1) como una intervención que se realiza en un sistema de gestión, mediante un conjunto de acciones de determinación de actividades a través de impuestos y subsidios, buscando los equilibrios y evitando zonas de desequilibrio; y (2) como una regulación que busca en la regulación urbanística, generalmente, el control de actividades, buscando preferentemente evitar, por ejemplo, de la existencia de los riesgos múltiples de los usos privados y la cultura de la intervención pública en los territorios en el urbanismo europeo, buscando para ello los instrumentos legales de planificación, regulación y controlando directamente al funcionamiento de las actividades competitivas en los ter-

EL URBANISMO COMO PRINCIPAL RESPONSABLE DE LA FALTA DE COMPETENCIA EN EL MERCADO DEL SUELO EN ESPAÑA

Gregorio IZQUIERDO LLANES

Director de Análisis del Instituto de Estudios Económicos
Profesor de Economía Aplicada de las Universidades
Rey Juan Carlos y UNED
Doctor en Economía

1. LA EXPANSIÓN DEL MODELO URBANÍSTICO INTERVENCIONISTA EN ESPAÑA

La intervención pública en la regulación urbanística se justifica para evitar los posibles «fallos de mercado» resultantes del libre juego de las acciones de los agentes privados: externalidades negativas (que pueden surgir en los procesos espontáneos de urbanización o derivados de ciertos usos), la infraprovisión de bienes públicos (dotaciones locales, sistemas generales, etc.) y la existencia de economías de escala y externas en el desarrollo de determinadas infraestructuras (vías urbanas o acometidas de servicios públicos). Si únicamente se tienen en cuenta los costes y beneficios privados, la urbanización alcanzará una densidad excesiva que ocasionará externalidades negativas al conjunto de la sociedad, esto es, pérdida de espacios abiertos, ruido, tráfico, deterioro del medio ambiente, etc. En este caso, el coste marginal del conjunto de la sociedad excede al coste marginal privado, lo que exige regular el grado e intensidad de urbanización para alcanzar un nivel óptimo, desde el punto de vista social.

La intervención pública se puede articular de distintas formas (HARVEY, 2000): introduciendo un sistema de precios, mediante un modelo de incentivos de determinadas actividades a través de impuestos y/o subvenciones, asumiendo las autoridades la provisión directa de determinados bienes y servicios o mediante la regulación, que suele ser la solución adoptada, generalmente, en materia de urbanismo. Bajo esta justificación teórica, que prescinde de la existencia de los también múltiples «fallos del sector público», la cultura de la omnipresente intervención pública se ha arraigado en el urbanismo español, utilizando para ello los discrecionales sistemas de planificación centralizada y encorsetando permanentemente el funcionamiento de los mercados competitivos en este sec-

tor, con la consiguiente pléyade de efectos perversos indeseados, de carestía e insuficiencia del producto inmobiliario, como consecuencia de las limitaciones a la competencia que introduce. Cabe aquí traer a colación las pioneras denuncias del TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA (1993 y 1995): *«En el caso español, la autoridad urbanística ha pretendido planificar con demasiado celo poniendo en el mercado el suelo que se consideraba necesario y determinando detalladamente el uso que podía dársele. Esta intervención, que teóricamente trata de introducir racionalidad, lo único que ha conseguido es dar rienda suelta a la arbitrariedad del planificador, segmentar el mercado del suelo y generar escasez»*.

El problema no es sólo de exceso de regulación, que podría corregirse modificando la misma, sino que los modelos intervencionistas, bajo la loable legitimación del interés general, no hacen sino desembocar en una dinámica interna que, al impedir la libre competencia, genera rentas oligopólicas para los distintos agentes que participan en el mismo, sobre todo Ayuntamientos y Comunidades Autónomas, que son por ello sus principales defensores. Pero no son los únicos que se benefician de estos modelos, también están los «buscadores de rentas» que, aprovechando las posibles corruptelas de políticos y burócratas (RIERA, 1999), centran su actividad en influir en la elaboración, modificación y/o conocimiento de las normas urbanísticas, con la consiguiente pérdida de bienestar social. Por ello, es aconsejable que los posibles fallos teóricos del mercado hayan de contrapesarse, bajo la perspectiva de una función de bienestar social, con estos fallos prácticos comentados del sector público, con el fin de minimizar ambos tipos de distorsiones.

La actual cultura urbanística intervencionista nace, propiamente en España, en plena época autárquica, con la Ley del Suelo y Ordenación Urbana de 1956 y su reforma de 1975 (Texto Refundido de 1976), que generalizaron la figura del Planeamiento como instrumento de segmentación (temporal y espacial) de la oferta, y cuyos perniciosos efectos se agravaron por los excesivos recelos políticos en la recalificación de nuevos suelos urbanos, ya que muchos Ayuntamientos no aprobaron sus Planes generales, adaptados a esta compleja legislación, hasta la década de los ochenta. Como consecuencia de ello, en cuanto la economía española se empezó a recuperar a mediados de los años ochenta, en seguida empezaron a faltar solares en condiciones de edificar, con la consiguiente espiral alcista de precios. Los estamentos intervencionistas oficiales eludían la responsabilidad de sus errores culpando a los propietarios de la escasez y carestía del suelo, a los que calificaban como especuladores, olvidando que todo posible inmovilismo estaba severamente sancionado, ya que los solares sin edificar eran penalizados mediante el Impuesto Municipal sobre Solares, cuya progresividad se incrementaba en función del tiempo que permanecían sin desarrollarse, y podían ser expropiados cuando sus propietarios se abstendían de costear o ejecutar su urbanización o no los edificaban. Paradójicamente, esta escasez de oferta es fruto, precisamen-

te, del excesivo intervencionismo y de los errores de unos planteamientos trasnochados, con una complejidad técnica y jurídica tal que incluso dificultaba operar en el mismo a muchos Ayuntamientos con carencias en estos campos.

En 1990 se aprobó una nueva Ley del Suelo que potenció aún más la intervención pública, y cuya experiencia práctica no ha podido ser más perniciosa. Cuando en el resto de Europa se derrumbaban los sistemas colectivistas de planificación centralizada, España, a contracorriente, incorporaba de forma enfervorizada estos principios, a través de un trasnochado y deforme modelo de urbanismo, que la experiencia ya había refutado antes de su nacimiento, y cuya base teórica fue el aberrante e irreal supuesto y/o prejuicio de que la iniciativa privada, la libertad de empresa y el derecho de propiedad son intrínsecamente perversos. Es obvio que los prejuicios constituyen siempre una mala base para legislar, pero si éstos son equivocados es del todo imposible asentar sobre ellos ningún tipo de estructura sólida y duradera que pueda pervivir al más mínimo paso del tiempo.

EVOLUCIÓN DEL PRECIO MEDIO DEL METRO CUADRADO DE LAS VIVIENDAS

	<i>Total nacional</i>		<i>Madrid y área de influencia</i>		<i>Barcelona y área de influencia</i>	
	<i>Variación (porcentaje)</i>	<i>Número índice</i>	<i>Variación (porcentaje)</i>	<i>Número índice</i>	<i>Variación (porcentaje)</i>	<i>Número índice</i>
1990	15,6	100,0	13,8	100,0	19,6	100,0
1991	14,3	114,3	19,6	119,6	20,0	120,0
1992	-1,3	112,8	-4,1	114,7	-2,1	117,5
1993	-0,4	112,3	1,7	116,6	2,0	119,8
1994	0,7	113,1	0,2	116,8	3,9	124,5
1995	4,2	117,8	5,7	123,5	3,7	129,1
1996	1,9	120,0	1,0	124,7	2,9	132,8
1997	1,6	121,9	-0,7	123,8	3,0	136,8
1998	4,6	127,5	1,5	125,7	7,2	146,6
1999	10,6	141,0	7,7	135,4	15,8	169,8
2000	14,5	161,4	14,7	155,3	16,4	197,6
2001	15,4	186,3	19,1 *	185,0	16,7 *	230,6

* Datos correspondientes al tercer trimestre.

Fuente: Elaboración propia a partir del Ministerio de Fomento (2002): *Boletín Estadístico*, núm. 29, Secretaría de Estado de Infraestructuras, Dirección General de Programación Económica.

La reforma se vio obligadamente acelerada tras la trascendental Sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de marzo de 1997, que anuló la mayor parte de la Ley de 1990 por el conflicto competencial que, en su día, plantearon diversas Comunidades Autónomas. Desde aquel momento, las competencias urbanísticas quedaron, en su mayor parte, en manos de las Comunidades, dejando las potestades del Estado limitadas exclusivamente a establecer los principios básicos en materia urbanística que garantizaran la existencia de otros derechos esenciales, como la igualdad, la propiedad o la libertad de empresa, lo cual, sin duda alguna, distorsionó el proyecto de liberalización del suelo que estaba iniciando, por aquel entonces, el Gobierno. El argumento empleado por el Tribunal Constitucional, de que el Estado carecía de competencias para dictar Leyes con carácter de Derecho supletorio del de las Comunidades, ha sido acertadamente calificado como insostenible e injustificado, pues atenta directamente contra el art. 149.3 de la Constitución, que sostiene justamente lo contrario, y contra uno de sus valores primarios como es la unidad de mercado, al romper el sistema jurídico del urbanismo, lo que puede acarrear la aparición de «micomercados» y *dumping* urbanístico (GARCÍA, 2000): *«Ninguna ventaja puede venir para la regulación del urbanismo, para su eficacia, para su rendimiento social, del hecho de la fragmentación de su regulación en una pluralidad de ordenaciones separadas»*. En definitiva, el interés general exigiría, en este caso, la aplicación de la técnica legislativa recogida en el art. 150.3 de la Constitución: *«El Estado podrá dictar Leyes que establezcan los principios necesarios para armonizar las disposiciones normativas de las Comunidades Autónomas, aun en el caso de materias atribuidas a la competencia de éstas, cuando así lo exija el interés general»*.

Los problemas del urbanismo vigentes en la primera mitad de los años noventa excedían de sus frágiles bases jurídicas y eran aún más inaceptables en las distorsiones que provocaba al funcionamiento de la libre competencia en el mercado del suelo que, como consecuencia de ello, cada vez era más imperfecto y oligopólico por dos grandes cuestiones. Por un lado, la rígida limitación de la oferta y la excesiva discrecionalidad administrativa funcionaban como barreras de entrada al sector que, además, excluía a los operadores sin capacidad ni intenciones de colusionarse con los políticos y burócratas urbanistas, ya que la complejidad y opacidad del diseño del Planeamiento favorecía a los operadores con mayor conocimiento e información previa sobre el mismo. Por otro lado, la artificial segmentación temporal (programado y no programado), espacial (urbano, urbanizable y no urbanizable) y por usos (residencial, terciario, industrial, etc.) introducida por el Planeamiento impedía que los distintos suelos compitieran entre sí en la formación de precios. Esta falta de transparencia es aún peor en las cargas y cesiones que conlleva la transformación de los terrenos rústicos en solares.

El modelo urbanístico intervencionista suele entrar en conflicto directo con distintos aspectos contemplados en la legislación sobre defensa

de la competencia (Ley 16/1989 y sus reformas RDL 6/1999, Ley 52/1999, RDL 6/2000 y RDL 2/2001) en tres grandes aspectos: génesis de acuerdos y prácticas restrictivas con la competencia (art. 1), abuso de posición dominante (art. 6) y falseamiento de la competencia por actos desleales (art. 7). Por todo ello, no es de extrañar que, con motivo del esfuerzo de convergencia nominal para acceder a la moneda única, el Gobierno intentara, dentro de las reformas estructurales ineludibles, mejorar el funcionamiento del mercado del suelo en España, por lo que en los últimos años ha aprobado distintas medidas liberalizadoras, entre las que, además de la Ley 6/1998, de 13 abril, sobre Régimen del Suelo y Valoraciones, destacan por su trascendencia el Real Decreto-ley de 7 de junio de 1996, de Medidas Liberalizadoras en Materia de Suelo, y el de 23 de junio de 2000, de Medidas Urgentes de Liberalización en el Sector Inmobiliario. Aunque lo cierto es que buena parte de los loables propósitos de estas medidas han sido frustrados por las cortapisas que sufrieron en su tránsito de Anteproyectos a Leyes y por la oposición manifestada a las mismas por la mayor parte de las Administraciones territoriales, deseosas de mantener sus rentas oligopólicas: las Autonomías, aprobando nuevas Leyes urbanísticas de carácter intervencionista, y los Ayuntamientos, intentando demorar la liberalización a través del ejercicio de sus competencias de Planeamiento. Como consecuencia de ello, ha surgido un problema nuevo que se añade a los tradicionales, que es el de la dispersión en la legislación urbanística autonómica aprobada tras 1997, que separa entre sí a los mercados del suelo regionales. Esta divergencia normativa (CES, 2000), por un lado, crea barreras de entrada a los operadores del resto de las Comunidades, con dificultades para acceder al conocimiento de la misma y de las diferencias de exigibilidad de su cumplimiento, lo que restringe su disposición a acometer operaciones puntuales en mercados distintos a los suyos naturales, con la consiguiente restricción de la oferta y limitación de la competencia y, por otro, puede atentar contra la unidad de mercado al desnivelar dentro del territorio nacional las condiciones básicas para el ejercicio de la libertad de empresa.

2. LA PLANIFICACIÓN URBANÍSTICA COMO MECANISMO DE LIMITACIÓN DE LA OFERTA

La rígida zonificación establecida por el Planeamiento reduce artificialmente la oferta, convirtiendo en escaso un bien, el suelo, que en la mayor parte de España no lo es. La posibilidad de edificar o transformar los suelos en urbanos depende del arbitrio del planificador, con independencia de las circunstancias objetivas que concurren, con lo que se da pie a uno de los principales focos de corrupción y tráfico de influencias. Ante ello, la principal novedad de la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre Régimen del Suelo y Valoraciones, se articuló en torno al concepto de suelo urbanizable, que se definía por exclusión de su condición de urbano o no urbanizable, con lo que teóricamente se reducía la posible discre-

cionalidad de los Ayuntamientos. No obstante, en la práctica esta reforma no ha funcionado al seguir abusando las Corporaciones locales de la calificación de no urbanizable, aunque ahora han tenido la pequeña dificultad de justificar estas circunstancias apoyándose en los discrecionales valores señalados en el art. 9 de la Ley: «Valores paisajísticos, históricos, arqueológicos, científicos, ambientales, culturales, agrícolas, forestales, ganaderos o riquezas naturales, sujeción a limitaciones o servidumbres para la protección del dominio público» y/o aquellos terrenos «que se consideren justificadamente inadecuados para un desarrollo urbano racional». Esta última posibilidad desvirtuaba en la práctica esta liberalización, que de esta forma era totalmente inoperante y permitía mantenerse en el sistema anterior, ya que la inclusión de un terreno como no urbanizable, al no estar reglada dicha clasificación en criterios objetivos, quedaba en manos exclusivas de la subjetividad del planificador.

La puerta que se dejó abierta a la discrecionalidad fue tan amplia que lo realmente difícil era encontrar un terreno en el que no concurriera ninguno de los múltiples valores o circunstancias a los que las autoridades municipales de turno puedan asirse para excluirlo del proceso urbanizador, tal y como entendieron algunas Leyes urbanísticas posteriores que incluso aumentaron las ya de por sí amplísimas posibilidades para calificar un suelo como urbanizable, amparándose, eso sí (BELTRÁN, 2001), en la excusa de poder desarrollar el modelo territorial elegido por el Planeamiento, pero impidiendo, en la práctica, la liberalización que pretendía la Ley. Basta citar el ejemplo de la Ley catalana (art. 28) que permite clasificar un suelo como no urbanizable por «imperativos del desarrollo sostenible, referidos a la utilización racional del territorio y a la calidad de vida». Para evitar este problema, el RDL 4/2000, de 23 de junio, de Medidas Urgentes de Liberalización en el Sector Inmobiliario, ha tenido como principal objetivo limitar la capacidad discrecional de los Ayuntamientos, al establecer, de forma taxativa, que el suelo no urbanizable será exclusivamente «aquel que el Planeamiento general considere necesario preservar (...) por su valor agrícola, forestal, ganadero o por sus riquezas naturales», lo que equivale a considerar ahora como tal exclusivamente al suelo no urbanizable que el modelo anterior denominaba como de especial protección.

De esta forma, se abren nuevas oportunidades de desarrollo de algunos suelos, que padecían de la calificación de no urbanizable por la única razón de su no consideración como urbanizable y que, sin embargo, no cumplen las características objetivas a las que ahora obliga la Ley para otorgar dicha calificación que, a partir de ese momento, es reglada y no residual respecto al resto de calificaciones. Ahora la Administración debe motivar debidamente dentro de los limitados criterios o reglas técnicas autorizados por la Ley (y, por lo tanto, sujetos a la tutela jurisdiccional), lo que debiera suponer, si no se buscan subterfugios de fraude de ley a través de las legislaciones autonómicas o los Planeamientos municipales, la desaparición de la, hasta ahora muy utilizada, figura del suelo

no urbanizable común o general, ya que como se ha señalado (DESDENTADO, 1999): «*Cuando la clasificación como suelo no urbanizable se refiere a terrenos que reúnen determinados valores (paisajísticos, arqueológicos, agrícolas, forestales) nos encontramos ante el mismo supuesto de suelo no urbanizable especialmente protegido de la legislación anterior, cuya calificación no goza de una discrecionalidad fuerte a favor de la Administración, sino de una mera discrecionalidad instrumental jurídico-técnica plenamente controlable por los Tribunales*». Ahondando en esta línea, se ha considerado (CÍRCULO DE EMPRESARIOS, 2001) que para reforzar la competencia debiera introducirse la posibilidad de que algún órgano independiente del poder político tuviera que informar, con carácter previo a su aprobación, sobre aquellos puntos del Planeamiento que pudieran suponer alguna restricción a la oferta como, por ejemplo, la calificación de no urbanizable, a los efectos de ponderar su justificación y racionalidad respecto a los diversos intereses en juego.

Para impedir que algunos Ayuntamientos pudieran, con su inmovilismo, obstaculizar la liberalización propuesta, en el mismo Real Decreto 4/2000 se reconoció la posibilidad adicional de que, tanto los propietarios del suelo como cualquier Administración Pública, pudieran promover la transformación del suelo no urbanizable e instar de la Administración competente la aprobación del correspondiente Planeamiento de desarrollo: el problema es que esta última puede denegar dicha petición. La ventaja es que si la Administración no puede motivar debidamente su decisión, en base a los parámetros limitativos determinados en la legislación estatal, los particulares afectados ahora pueden acudir a los Tribunales para ejercitar su derecho a la transformación solicitada, lo cual, en principio, da un margen nuevo respecto a la situación anterior. Pero para facilitar aún más la iniciativa particular en el urbanismo, sería aconsejable que el Planeamiento urbanístico adoptara un enfoque abierto a la transformación de nuevos suelos urbanizables, para lo que debiera limitarse a prefijar de antemano, y de forma racional y justificada (SAINT-GERMAIN, 2001), los espacios para las infraestructuras generales y las áreas a proteger, para definir así residualmente al resto del suelo como urbanizable, al cual se determinaría, con normas generales y flexibles, sus posibles densidades, usos y edificabilidad, con el consiguiente aumento de la competencia entre localizaciones alternativas para el desarrollo de nuevos suelos. No es otra cosa (PETITBÓ y Povedano, 1998) que sustituir el actual Planeamiento atributivo (aquel al que concede la atribución de urbanizar y edificar) por un enfoque alternativo de Planeamiento estructurante (que estructura y vertebrata el territorio), en lo relativo a los sistemas generales: redes de infraestructuras y/o espacios libres. Y es que (FERNÁNDEZ, 2001): «*El Planeamiento positivo y detallado que pretende pre-determinar agotadoramente el futuro de la ciudad y dirigir exhaustivamente su desarrollo ha fracasado como técnica. Su elaboración, por su complejidad, exige demasiado tiempo, lo que hace que siempre llegue tarde, especialmente en unos tiempos como los actuales, caracterizados por la rapidez con que se suceden los ciclos económicos. La experiencia de este tipo de Planeamiento*

demuestra que es incapaz de imponerse sobre la coyuntura y, por lo tanto, de regular eficazmente el mercado del suelo. Parece obligado, por lo tanto, cambiar de modelo y orientarse hacia un Plan más flexible, menos ambicioso, que se conforme con defender lo fundamental, ya que no puede preverlo y dirigirlo todo».

3. LA PROGRAMACIÓN TEMPORAL DEL PLANEAMIENTO Y LA INCOMPATIBILIDAD DE USOS COMO INSTRUMENTOS DE SEGMENTACIÓN DEL MERCADO

El Real Decreto-ley de 7 de junio de 1996, que posteriormente fue convalidado como la Ley 7/1997, de 14 de abril, de Medidas Liberalizadoras en materia de Suelo y de Colegios Profesionales, suprimió la figura de la programación en el suelo urbanizable. Se pretendía potenciar la oferta de suelo al producirse la incorporación inmediata al proceso urbanizador del abundante suelo calificado como urbanizable no programado e impedir que los criterios temporales de las prioridades fijadas por el planificador, al regular en los Programas el ritmo y el momento de la transformación de algunos nuevos suelos, fragmentara el mercado al ralentizar la flexibilidad de respuesta de la oferta ante los cambios de la demanda no considerados de antemano, con el problema añadido de que su tramitación demoraba los plazos de conversión a suelo urbano. De hecho, en la práctica los suelos urbanizables no programados apenas contribuían a contener los precios del suelo urbano en momentos de tensiones en el mercado. Además, de paso se reducían las posibilidades de las Corporaciones locales de imponer cargas excesivas adicionales a las generales, con una práctica que se generalizaba en las aprobaciones de los Programas de Actuación Urbanística (PAU), al objeto de materializar patrimonialmente las rentas del monopolio otorgado al beneficiario de la «concesión-calificación» (TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA, 1993).

La discrecionalidad en la fijación de prioridades temporales por parte del Planeamiento se redujo como consecuencia de la supresión de la programación, pero en alguna medida volvió a renacer con la Ley 6/1998, de 13 abril, sobre Régimen del Suelo y Valoraciones, cuando se diferenció otra vez, dentro de los suelos urbanizables, entre el suelo urbanizable sectorizado, el que los Planes hayan incluido dentro de sus ámbitos de delimitación o establecido sus condiciones de desarrollo (art. 16.1), y el suelo urbanizable no sectorizado, que necesita de un proyecto de delimitación o de Planeamiento. La ventaja es que la artificial barrera introducida por el Planeamiento entre ambos tipos de suelo puede ser ahora socavada por los propietarios, instando a la Administración a aprobar el correspondiente Planeamiento de desarrollo, de conformidad con lo que establezca la legislación urbanística, tal y como posibilita ahora el RD 4/2000, de Liberalización del Sector Inmobiliario, si bien teniendo en cuenta las salvedades por las que la Administración podría negarse

a aceptar el mismo, aunque ahora su decisión ya no es discrecional sino reglada y condicionada: por un lado, a la normativa urbanística autonómica y estatal que define los criterios de clasificación como no urbanizable (GONZÁLEZ-VARAS, 2001) y, por el otro, al cumplimiento de los criterios generales del Planeamiento local acerca de los usos e intensidades y de la garantía de asegurar las infraestructuras de conexión con los sistemas generales y contribuir al refuerzo y mejora de los sistemas generales en relación a la necesidad de la actuación de la transformación. De esta forma, aunque se limita de algún modo la flexibilidad de la transformación, a cambio se concilia esta nueva oferta con el diseño general de la ciudad establecida por el Plan, ya que el régimen urbanístico (ESTÉVEZ, 2001) cuenta con la delimitación y sectorización anticipada del Plan de aquellos ámbitos donde sea más previsible que existan iniciativas urbanísticas, dejando al resto del suelo urbanizable sujeto a las incompatibilidades y limitaciones introducidas por el propio Plan con carácter general, hasta el momento en que se apruebe la iniciativa de su transformación y se defina la ordenación detallada del ámbito y de las infraestructuras a desarrollar.

Ya dentro de los suelos urbanos o urbanizables con normativa de desarrollo, la regulación también fragmenta artificialmente el mercado por la vía de la incompatibilidad de los usos distintos a los aprobados por el Plan, con lo que dichos usos no compiten entre sí por la utilización del suelo (TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA, 1995), con el consiguiente encarecimiento relativo de los usos con mayor desajuste entre su demanda real y la oferta prevista por el Plan, y con la posibilidad de que, simultáneamente, por los errores de previsión, pueda haber exceso de suelo para un determinado uso y escasez para otro. Como consecuencia, no faltan, en ocasiones, las corruptelas de algunos agentes para intentar influir en la modificación de los usos, con el fin de obtener ventaja del arbitraje de precios resultante de la rigidez de la calificación (TORRES, 1993), como ha sucedido, por ejemplo, recientemente en el conocido caso de un club deportivo que ha conseguido transformar el uso dotacional de sus campos de entrenamiento en un uso terciario de alta densidad, con cuatro macrorrascaielos, a cambio de hacer participar a su Ayuntamiento y Comunidad Autónoma en el mayor aprovechamiento resultante de la aprobación de la modificación.

En principio, las posibilidades de modificaciones en los usos son siempre positivas, al conectarlos entre sí en función de las alteraciones de los precios relativos. El problema es que generalmente se otorgan de forma discrecional, cuando no arbitraria, con las consiguientes desigualdades de trato entre los distintos operadores, ya que, frente a los grandes cambios de uso que alteran la fisonomía de un barrio entero, abundan también los casos de particulares a los que se les deniega pequeños cambios de uso por contravenir las sobredetalladas ordenanzas municipales, por ejemplo transformando una pequeña vivienda en oficina. Estas limitaciones de usos, cuya posible justificación técnica las más de las veces

no compensa las distorsiones que introducen a la competencia entre distintos terrenos, deberían flexibilizarse y ceder paso a facilitar sus modificaciones y a la posibilidad de poder elegir en el momento de la edificación entre distintos usos alternativos, sobre todo en los suelos urbanizables. Parece razonable que una industria especialmente molesta no se localice en una zona eminentemente residencial, sino en otras donde ya existan otras industrias a las que la concentración de este tipo de actividades no sólo no les perjudique sino que les beneficie por la generación de economías externas positivas de aglomeración. Pero igual de razonable es que determinados usos como los terciarios, las viviendas o los comerciales puedan coexistir en las mismas zonas y evolucionar en el tiempo en función de las demandas sociales sin una intervención del planificador distinta de la exigencia de los posibles estándares mínimos para cada uso, por ejemplo en dotación de garajes y servicios generales.

Una tendencia en algunas Leyes autonómicas urbanísticas recientes es la de apostar por la demagogia, calificando como uso diferenciado el de las viviendas sujetas a algún tipo de protección pública e imponiendo que un porcentaje significativo (en Madrid va a ser del 50 por ciento) del aprovechamiento de cada sector se afecte al mismo, segmentando así aún más el uso residencial. Es posible que estas prácticas se vean limitadas a raíz de una reciente, pero muy acertada, Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de marzo de 1999 que declara la ilegalidad de la práctica de establecer la afectación del suelo a la construcción de viviendas sociales en base a la extralimitación que supone, en tanto intromisión al contenido esencial del derecho de propiedad. Como las viviendas de protección pública están sujetas a precios limitados, en ocasiones los terrenos destinados a las mismas se consideran de forma desafortunada como dotaciones locales. Este tipo de determinaciones urbanísticas conlleva un encarecimiento correlativo del resto de usos residenciales privados, expulsando de los mismos a capas crecientes de la población, en un círculo vicioso que imposibilita que, por muchas viviendas sociales que se construyan, se logre en algún momento satisfacer la demanda de las mismas. Aquí cabe recordar que la promoción de vivienda pública tiene limitados sus precios pero, en la práctica, sus compradores se ven sometidos a pagar sobrepagos al margen de los legales y/o a confiar en los agentes, no siempre con la solvencia financiera y técnica suficiente, que acceden a este tipo de suelo. El cuantioso fraude de la cooperativa psv ha sido el más conocido, pero no es el único en que las clases más necesitadas son las que se ven obligadas a asumir excesivos riesgos en la principal decisión económica de su vida, la compra de vivienda. Otro problema es que no siempre es el más necesitado el que accede a este tipo de viviendas, con lo que no faltan los casos de adquirentes que desclasifican sus viviendas en cuanto ha transcurrido el plazo mínimo para ello, en aras de materializar la plusvalía derivada de este cambio, a través de la enajenación de su vivienda-inversión.

4. LAS POSICIONES DOMINANTES EN EL MERCADO NACIDAS DE LOS PRIVILEGIOS DE LOS OPERADORES URBANÍSTICOS PÚBLICOS

Tradicionalmente los sistemas de iniciativa pública basados en la expropiación como instrumento de actuación eran subsidiarios de los de iniciativa privada, siendo por ello los sistemas de compensación los de uso más generalizado. Esta situación cambió con la Ley de 1990 que colocó a la iniciativa privada y pública en igualdad de condiciones, con la consiguiente proliferación de la expropiación como sistema de actuación. La general ineficiencia del sector público en la provisión de bienes y servicios encontró aquí su caldo de cultivo, ya que la misma adicionaba sus perversos efectos a los derivados de la competencia imperfecta en el mercado del suelo introducida por la regulación urbanística en España. Por ello, nos pareció positivo para la libertad de empresa el art. 4.2 de la Ley 6/1998, de 13 abril, sobre Régimen del Suelo, que intentaba devolver la condición de subsidiariedad a la iniciativa pública, al señalar que *«la gestión pública suscitará, en la medida más amplia posible, la iniciativa privada y la sustituirá cuando ésta no alcanzase a cumplir los objetivos necesarios»*, aunque mejor hubiera sido haber aprobado el art. 4.2 del Anteproyecto inicial de dicha Ley de marzo de 1997, que señalaba que *«serán de aplicación preferente los sistemas de actuación privada, salvo que por razones de interés general o de urgencia hubieran de aplicarse sistemas de gestión pública»*.

Las implicaciones perversas de la generalización del sistema de expropiación son múltiples, cuando en el resto de los países occidentales no se considera nunca como método general de actuación urbanística (POVEDANO, 1997). No es sólo que se coarte la iniciativa privada sino que se la expulsa y, lo que es más grave aún, atentando fuertemente contra la equidad horizontal, ya que los expropiados contribuyen al mantenimiento de las cargas públicas en mayor proporción que el resto de los ciudadanos o propietarios de suelo no expropiado, dado que los sistemas de valoraciones han estado tan alejados de la realidad que la doctrina los denomina con el término de «confiexpropiaciones». De esta forma, se confirmaban los temores del Premio Nobel HAYEK cuando, ya en los años cincuenta, señalaba que *«nunca son más inconsistentes las motivaciones del planificador urbano que cuando pretende expropiar a los ciudadanos fijando la indemnización por debajo del justo precio que señala el mercado; la dialéctica empleada parte de la falacia de no existir otro procedimiento para reducir el coste social del proyecto. Lo que en realidad acontece es que se aspira a realizar obras sin abonar su coste, acudiendo al fácil e injusto expediente de que determinados sujetos soportan injustamente sus gastos»*.

Para evitar estas situaciones la Ley 6/1998, de 13 abril, sobre Régimen del Suelo, intentó recuperar los valores reales y de mercado en las expro-

piaciones frente a los valores confiscatorios de la Ley de 1990 que valoraba, de forma confiscatoria, los suelos, al basarse en parámetros artificiales en función exclusiva de las facultades urbanísticas reconocidas por el urbanizador. Tal y como señaló en su día el Director General de la Vivienda responsable de la redacción de la Ley, Fernando NASARRE (1997), cuando declaraba la necesidad de introducir en las valoraciones del suelo los criterios de justicia (valorar un suelo por su valor real y no por su valor administrativo) y de equidad (aplicarlo a todos los suelos, abandonando la dualidad entre valor inicial y urbanístico): *«Ya no habrá más que un solo valor a efectos urbanísticos, su valor real, el valor que tiene en el mercado, con independencia de que la valoración se haga o no a efectos de determinar su justiprecio expropiatorio»*. El problema es que en la reforma se hizo el supuesto erróneo de entender que, dado que las ponencias catastrales se efectuaban en base a criterios de mercado, las mismas podían ser representativas de los valores de mercado, lo cual es una falacia, ya que, aun en los casos en que estuvieran hechas y reflejaran con exactitud los valores (que nunca sucede así), los rápidos cambios del mercado hacen que las mismas se puedan quedar obsoletas incluso antes de entrar en vigor y, que se sepa, nadie suele vender ningún inmueble en condiciones normales de mercado por debajo del valor catastral, sino más bien todo lo contrario, con lo que es necesario que los justiprecios de valoración se hagan siempre al momento de la ocupación y que tomen de las ponencias catastrales los métodos de valoración pero nunca los valores en sí mismos, ya que, como la necesidad periódica de revisar las mismas nos recuerda, la realidad siempre supera a la ponencia.

La justificación intervencionista es demagógicamente errónea y no tiene más pilar que la idea de que, al expropiar al propietario del suelo a valores irrisorios y por debajo de su valor de mercado, se piensa que es posible bajar el precio final del mismo, asumiendo que el fin justifica los medios, por muy torticeros e injustos que sean. Pero en la práctica, a pesar de este alto precio que supone quebrar la igualdad entre expropiados y no expropiados, y con ello dar pie a todo tipo de corruptelas, no se consigue a cambio, en modo alguno, mejorar la eficiencia del mercado del suelo, ya que se encarecen los costes de urbanización por la mayor ineficiencia de la gestión pública y las dificultades técnicas y jurídicas de sistemas tan agresivos con la propiedad privada que, como es lógico, acude al amparo de los Tribunales. Y es que, como se ha señalado acertadamente (MARTÍ, 2001), *«el derecho de propiedad tiene unas facultades urbanísticas que ya se poseen y, por lo tanto, no nacen de actos administrativos de concesión, y sobre las que el Planeamiento regula su ejercicio pero que no crean, por cuanto ya existen de forma indisoluble a la propiedad»*. Así pues, el derecho a edificar es parte configurativa del derecho de propiedad, por lo que ambos no pueden desgajarse por el artificio del Planeamiento o del cumplimiento de deberes, obligaciones o plazos urbanísticos. De hecho, la Sentencia del Tribunal Constitucional de 1997 apoyó esta tesis al reconocer que la regulación del contenido esencial de la propiedad corresponde al Estado, con lo que la actual Ley del Suelo

6/1998 se justifica en su art. 1 por *«definir el contenido básico del derecho de propiedad de acuerdo con su función social, regulando las condiciones que aseguren la igualdad esencial de su ejercicio en todo el territorio nacional»*, mientras que en su art. 2 señala que *«las facultades urbanísticas del derecho de propiedad se ejercerán siempre dentro de los límites y con el cumplimiento de los deberes establecidos en las Leyes o, en virtud de ellas, por el Planeamiento con arreglo a la clasificación urbanística de los predios»*. En este sentido, los procesos de liberalización económica, entendidos como una mayor garantía de existencia de libre mercado, pueden instrumentarse a nivel estatal, ya que, en la medida que configuran un contenido básico o esencial para el ejercicio del derecho de la propiedad, no pueden ser contravenidos por la legislación autonómica, excepto en los casos en los que una Autonomía considere que debe salvaguardar el contenido del derecho de propiedad por encima del nivel básico estatal, por ejemplo eximiendo de cargas de cesión en la transformación de terrenos urbanizables, pero nunca al contrario.

En la línea de expulsión de la iniciativa privada, la Ley del Suelo de 1990 potenció la figura de los patrimonios municipales de suelo como instrumento para intervenir en el mercado, mediante reservas de suelo para actuaciones de iniciativa pública, y «evitar la especulación». No obstante, la experiencia práctica ha resultado ser la contraria, ya que el suelo, como resultado, ha aumentado su concentración al crear monopolios públicos de suelo cuya magnitud e importancia es tal que, en la práctica, cuando son enajenados gradualmente a través de subastas y/o concursos públicos, influyen al alza en los precios del suelo al considerarse que los mayores precios marginales que están dispuestos a pagar algunos compradores, que al final acceden a dicho suelo, sirven de referencia mínima en la configuración de precios para los pocos solares privados que salen a la venta. En este sentido, este ejercicio especulativo por parte de la Administración, que se convierte, en mayor o menor medida, en una fuente de financiación de la Hacienda local, constituye una clara desviación de poder (GONZÁLEZ, 2000). Y es que es obligado recordar que la tan manida especulación urbanística sólo puede florecer cuando hay escasez de oferta en relación a la demanda. Si, como sabemos, en la mayoría de nuestras ciudades no hay escasez de terreno físico, podemos entender que la supervivencia de los «oligopolistas» depende de las actuales limitaciones artificiales de la oferta, y que una regulación restrictiva permite que determinados agentes alcancen posiciones de dominio en el mercado. Pues bien, según estas premisas, la legislación actual, más que impedir la especulación, la ha reforzado, al propiciar la concentración de la oferta en pocas manos, lo que, paradójicamente, sucede, ante todo, cuando se acude a la expropiación o se amplía, de forma desmedida, el volumen de inversiones necesario para desarrollar los distintos ámbitos de actuación. Actualmente hay agentes (públicos, eso sí, o grandes empresas señaladas con el dedo del beneficio de las expropiaciones) que, en algunos Municipios, llegan a controlar el 100 por ciento de la oferta de nuevos suelos.

Como resurrección presente del paradigma de la filosofía confiscatoria, cabe señalar la creación del nuevo modelo de jurado territorial de expropiación forzosa de la Comunidad de Madrid, que no responde a lo que todos conocemos como jurado al carecer de independencia respecto a la Administración. Su composición no garantiza de ninguna forma el derecho de propiedad de los expropiados, al ser, en la práctica, un órgano interno de la Comunidad, ya que lo configuran cinco técnicos de la Comunidad de Madrid (un letrado y cuatro técnicos facultativos), dos técnicos facultativos de Corporaciones locales de la región, un representante, en su caso, del Ayuntamiento expropiante y dos profesionales libres colegiados que representan a los Colegios Oficiales de Arquitectos o Ingenieros (que, en teoría, son los únicos independientes). La creación de los jurados autonómicos de expropiación es inconstitucional, ya que las Autonomías carecen de competencias en el ámbito del derecho de la propiedad, pero ha sido seguido por otras regiones, celosas de no poder repetir los abusos y tropelías que se van a poder cometer en Madrid con esta peculiar figura. De esta forma, puede surgir una situación tan curiosa como la de dos propietarios colindantes con terrenos clasificados como sistema general a obtener por expropiación, por ejemplo uno aeroportuario estatal y otro autonómico, que vean que sus justiprecios iniciales difieren alarmantemente, ya que uno va a tener mayores garantías al disfrutar del independiente jurado provincial de la Ley estatal de Expropiación Forzosa y el otro va a padecer el sesgado, parcial y dependiente jurado autonómico, en donde el abuso es tal que puede llegar a suceder que el autor de una hoja inicial de aprecio forme parte de este jurado, diseñado para dictaminar siempre de forma partidaria a favor de la Administración por su asimétrica composición. Estas innovaciones son del todo desafortunadas, por cuanto la más elemental norma de equidad impide que nadie financie las cargas públicas de forma desigual al resto de los ciudadanos, máxime cuando tenemos un sistema fiscal progresivo que sí tiene en cuenta estas diferencias de capacidades, para no volver de nuevo a la situación denunciada en la Exposición de Motivos de la Ley de 1998: *«Se renuncia formalmente a toda clase de fórmulas artificiosas que, con mayor o menor fundamento aparente, contradicen esta realidad y constituyen una fuente interminable de conflictos, proyectando una sombra de injusticia que resta credibilidad a la Administración y contribuye a deslegitimar su actuación».*

En apariencia, puede incurrirse en el error de pensar que la apuesta de los intervencionistas por los sistemas de expropiación es una cuestión independiente de la competencia en el mercado del suelo, pero no es así, ya que, como resultado de su profusa utilización como sistema de actuación, conduce a una concentración total de la propiedad en manos de los decisores públicos. Se impide operar a la iniciativa privada, a la que, además, se intenta expoliar amparándose en la filosofía de no reconocer el valor de mercado del suelo en las expropiaciones, lo que induce a la generalización de estos sistemas de iniciativa pública, tal y como por ejemplo ha sucedido en Madrid, donde el desarrollo urbanístico de

la corona metropolitana se ha efectuado, en su mayor parte, a través de consorcios públicos firmados entre los Ayuntamientos y la Comunidad. Los abusos cometidos en este campo han sido múltiples y han dado lugar a numerosos recursos por parte de la pléyade de particulares afectados, incluso en campos tradicionalmente excluidos del urbanismo como el Derecho de la competencia por situaciones de abuso de posición dominante y de falseamiento de la libre competencia. A este respecto, es significativa una reciente Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional por la que advierte que hay indicios razonables de presunta infracción de la Ley de Competencia en la cesión gratuita de suelo por parte de diversos Ayuntamientos canarios a una empresa pública autonómica.

5. LA PERVERSA FIGURA DEL AGENTE URBANIZADOR COMO DISTORSIÓN DE LA COMPETENCIA

Muy estrechamente vinculada a la expropiación, se ha desarrollado otra figura perversa, la del agente urbanizador distinto del propietario, al que se le adjudica concesionalmente la facultad expropiatoria, que se ha incorporado en diversas legislaciones autonómicas. Una empresa privada y/o pública, a la que se intenta sujetar al Derecho privado, sustituye al propietario inicial del suelo para desarrollarlo en su provecho, lo que le priva, de forma ajena a su voluntad, de la posibilidad de incorporarse al proceso urbanizador, atentando contra la libertad de empresa (PERALES, 1995) y restringiendo la competencia. La justificación teórica es la de suplir el posible absentismo de los propietarios, lo que, en coherencia, llevaría a que el sistema de expropiación fuera subsidiario, tal y como se establecía en la Ley del Suelo de 1976, pero ahora se le sitúa en igualdad de prelación con el resto de sistemas, en una práctica tal que en los suelos más demandados no faltan quienes, basándose en su cercanía al poder político, consiguen su desarrollo por expropiación para obtener rentas derivadas de la concesión monopólica de la expropiación y de la urbanización.

Estos agentes urbanizadores son empresas mercantiles que buscan el beneficio por diversas vías, que coinciden en aprovechar las prerrogativas coactivas que les concede discrecionalmente la Administración. La principal es la de pagar a los propietarios muy por debajo del valor de mercado, quedándose el urbanizador con el diferencial como un beneficio imprevisto y extraordinario. Esto era especialmente sencillo con la artificial Ley de 1990, que no reconocía apenas valor al suelo antes de urbanizarlo, pero hoy en día parece algo más complicado ante la necesidad de acercarse a los valores de mercado, sobre todo si se acude a los Tribunales de Justicia. No obstante, hay que recordar que no todos los propietarios cuentan con los medios y la paciencia para alcanzar la tutela judicial de sus derechos, con lo que existe un potencial margen de ganancia, mayor con los colectivos más débiles y desinformados, lo cual es del

todo regresivo. Otra posibilidad es la de la extorsión expropiatoria, por la que, tras la coactiva espada de Damocles de justiprecios irrisorios y dilatados procesos judiciales, se ofrecen convenios a los propietarios por debajo de su valor de mercado, que son aceptados, incluso en trámite de convenio, por aquellos con mayor aversión al riesgo. El beneficio ordinario del urbanizador se acrecienta de partida con este tipo de ganancias imprevistas, lo cual, aunque injusto, es inherente al sistema, ya que el agente urbanizador compra con su oferta un problema de riesgo y pleito contra los propietarios y, como se supone que es racional, esto no lo hará si no obtiene una recompensa elevada y acorde con el riesgo asumido.

Otra fuente de beneficios injustificados para el urbanizador surge del hecho de que durante el dilatado período (entre cuatro y cinco años) de tramitación y urbanización surge una plusvalía (diferencia entre el valor de repercusión al inicio y al final del período, ajustada en los gastos financieros) que se apropia íntegramente el urbanizador. Las paradojas que pueden surgir son múltiples: supongamos que estamos al final de un período de recesión inmobiliaria, como sucedió en los años noventa, y que aparece un agente urbanizador que expulsa a los propietarios que no habían urbanizado antes, en coherencia con la situación del mercado, y que capitaliza en su provecho las revalorizaciones que el mercado había pospuesto al futuro ciclo expansivo en que aparecen este tipo de empresas. Esta posible acción especulativa no sería incorrecta si se produce en un mercado de libre competencia pero, a mi juicio, es totalmente inaceptable que exista un marco regulador en el que, en un negocio con un prolongado (cuando se hace de forma transparente y legal) período de maduración, como es la inversión en suelo bruto en zonas de expansión, en el momento de máximo rendimiento aparezca un tercero a descremar el negocio, sin apenas soportar riesgos. En algunas concesiones de desarrollo por sistemas de expropiación suele ser frecuente el hecho de que sea menos concurrido el concurso de adjudicación del agente urbanizador (que es el más rentable) que los concursos corrientes de adjudicación de obra pública de dichos polígonos. Esta anomalía obedece a que no existen apenas barreras de entrada (sólo las clasificaciones de contratistas) para urbanizar un polígono, lo que reduce la rentabilidad de dicha actividad. Sin embargo, para desarrollarlo surgen barreras de entrada fruto de la necesidad de las contingencias derivadas de las expropiaciones, de las vicisitudes de la planificación y de las inversiones previas en planificaciones y estudios, con unos riesgos tales que cualquier operador verdaderamente ajeno a la Administración y/o sin capacidad de influir en la misma generalmente eludirá.

La opacidad y falta de transparencia de este tipo de mercados es tan alta que, en ocasiones, empresas sin ninguna experiencia previa de desarrollo constituidas *ex profeso* para un polígono resultan beneficiarias adjudicatarias de la expropiación y urbanización, como resultado exitoso de su proceso anterior de búsqueda de rentas. Así pues, la figura del

agente urbanizador en la práctica es un instrumento legal cuya justificación principal es la transferencia (bajo la tutela del poder público) de rentas de unos agentes, los propietarios iniciales que han adquirido sus predios en el libre mercado, a otros, los adjudicatarios, ya que *«los precios no parecen haber bajado en el mercado final, pero sí la retribución de los propietarios en una diferencia que ahora se embolsa el promotor»* (ROCH, 2001). La explicación para estos negocios suele pasar necesariamente por haber conseguido capturar previamente al poder público, de forma más (con cesiones o asunción de cargas superiores a las legales) y/o menos transparente (a través de la compra del favor político y tráfico de influencias), pero todo ello realizado con el amparo y la coacción de los poderes públicos que, por definición, es la exclusión y lo opuesto a las fuerzas del mercado, y no es lo mismo que se lo lleve un privado que el que funcione el libre mercado privado.

6. LA CARRERA DE OBSTÁCULOS QUE SUFRE LA OFERTA: RETARDOS, RIESGOS Y CARGAS

La planificación y el intervencionismo introducen un importante retardo temporal entre el momento en que se decide la calificación de un terreno como urbanizable hasta que se convierte en urbano. Como ha afirmado el TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA (1993): *«Bajo un sistema de reglas (por rigurosas que sean), el tiempo lo deciden los operadores económicos; bajo un sistema de discrecionalidad, el tiempo lo impone la Administración y es impresionante el tiempo muerto que tienen que soportar las bolsas de suelo útil antes de ser utilizadas debido al complejísimo sistema de tramitaciones que han de ser resueltas por distintos organismos que, a su vez, actúan con lentitud»*. En promedio, la aprobación de los Planes Generales suele tener una duración media de tres años, más otros dos años que se tarda en tramitar los Planes parciales, los proyectos de urbanización y compensación, cuando no transcurre otro año adicional para los Programas de Actuación Urbanística (PAU), período que en muy pocas ocasiones es inferior al quinquenio y puede llegar con facilidad a los diez años (ORGAZ, 1995). Estos tiempos son aproximados, ya que cuando existen desacuerdos entre las diferentes Administraciones o entre los partidos políticos que regentan una Corporación, las dilaciones ya no son cuantificables. Todo este tiempo dificulta la adaptación de la oferta a una cambiante demanda, encarece el coste del suelo, en la medida en que ha de incurrirse en importantes costes financieros, es fuente de incertidumbres y, en ocasiones, llega a provocar una deslocalización de actividades económicas e, incluso, de ciudadanos. Desde el punto de vista técnico, es obligado para acortar la tramitación de la calificación del suelo reducir muchos de los actuales trámites administrativos que, en ocasiones, no sólo duplican el tiempo sino también los costes de elaboración de proyectos. Como solución se podría revisar la totalidad del Planeamiento urbanístico en orden a suprimir aquellos trámites burocráticos que intro-

ducen complejidad y dilatación en el proceso y cuya utilidad es menor, y permitir un mayor paralelismo en la tramitación de procesos, que actualmente van con posterioridad, sin justificación técnica ninguna. Coincidimos al respecto con la demanda del CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL (1997) de la necesidad de aumentar «*la transparencia de criterios, la simplificación urbanística, la flexibilidad de la gestión urbanística, el acotamiento de la discrecionalidad administrativa para reducir sus decisiones a la validación o no de los proyectos presentados bajo el único criterio de que se ajusten a la Ley o al Planeamiento urbanístico vigente y la justificación de las negativas de las aprobaciones y licencias*».

Un problema específico incorporado *ex profeso* por la reforma de los años noventa fue el de la adquisición gradual y provisional de facultades urbanísticas, con el consiguiente aumento del riesgo soportado por parte de los operadores urbanísticos. Según esta equivocada normativa, la aptitud edificable de un terreno dependía del desarrollo, por parte de los propietarios en unos plazos determinados, de sus deberes urbanísticos, ya que su incumplimiento (incluso por causas ajenas a la voluntad del propietario) acarrearía severísimas sanciones, que llegaban hasta la pérdida de la aptitud edificable de los terrenos. Claro está que cuando dicho incumplimiento se producía por parte de las Administraciones Públicas, el mismo no se sancionaba de ninguna forma, con el consiguiente riesgo de competencia desleal por parte de las mismas. Estas disposiciones tenían el efecto perverso de encarecer y retraer la oferta privada de solares edificables. La inseguridad jurídica que producía la provisionalidad de la patrimonialización de la aptitud edificable añadía altísimas incertidumbres a la ya de por sí arriesgada actividad inmobiliaria. Con estas trabas se dificultaba la obtención de los recursos financieros necesarios (a no ser a precios prohibitivos) que financiaran la creación de nuevos suelos edificables. Asimismo, dadas las fuertes restricciones que imponían la brevedad y rigidez de los plazos urbanísticos, solamente las grandes empresas (con cuantiosos medios técnicos y financiación abundante) podían acometer las tareas de promoción de suelo, con lo que se facilitaba la aparición de cotos oligopólicos.

La transformación del suelo urbanizable en urbano, además, se ve encarecida como consecuencia de su utilización para financiar las arcas municipales y autonómicas. La teoría de la traslación impositiva nos enseña que los impuestos son soportados en función de la elasticidad relativa de la oferta y de la demanda (POVEDANO, 1997). Como la escasez de oferta de suelo es de carácter oligopólico y se enfrenta con una demanda inelástica, dado que la vivienda es un bien de primera necesidad, no es descabellado pensar que las cargas urbanísticas se trasladan, en su mayor parte, al comprador o usuario de la vivienda, de suerte que los adquirentes e inquilinos de nuevas viviendas financian en mayor medida que el resto de ciudadanos las cargas públicas, con lo que ello supone de atentado a la equidad, y que llega a ser especialmente alarmante cuando se observa que son precisamente los jóvenes con menos recursos y endeudados que

forman nuevos hogares los que pagan estos sobrecostes carentes de transparencia y equidad. Para abaratar los costes de transformación del suelo es imprescindible que el urbanismo deje de ser el principal vehículo de financiación de las Haciendas locales, porque le aparta de sus auténticos fines, de ordenación del territorio, y de su objetivo de proporcionar viviendas adecuadas y asequibles a sus demandantes.

LOS INGRESOS MUNICIPALES RELACIONADOS CON EL URBANISMO (1998)

<i>Ingresos por capítulos</i>	<i>Porcentaje sobre total de ingresos</i>
1. Impuestos directos	
— Impuesto sobre Bienes Inmuebles.	16,1
— Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana.	2,6
2. Impuestos indirectos	
— Impuesto sobre Construcciones, Instalaciones y Obras	3,9
3. Tasas y otros ingresos	
— Tasas	6,2
— Precios públicos por utilizaciones privadas o aprovechamientos especiales	2,9
— Contribuciones especiales	0,3
4. Ingresos patrimoniales	
— Rentas de bienes inmuebles	0,3
5. Enajenación de inversiones reales	
— De terrenos	2,6
TOTAL	34,9

Fuente: Elaboración propia a partir de Ministerio de Hacienda, 2000; *Liquidación de Presupuestos de las Entidades Locales. Ejercicio 1998*, Secretaría de Estado de Presupuestos y Gastos, Dirección General de Fondos Comunitarios y Financiación Territorial.

La financiación de las Haciendas locales debe proceder de otros tributos que aseguren una mayor justicia impositiva que las cargas y gravámenes que soporta la urbanización, por lo que se ha propuesto la supresión de las cesiones y cargas urbanísticas (CÍRCULO DE EMPRESARIOS, 2001). Y es que las cesiones constituyen un impuesto (pagado en especie) que atenta contra el principio constitucional de igualdad, en la medida en que sólo pagan los propietarios de los nuevos suelos urbanizados, es decir, los adquirentes de nuevas viviendas, y a un «tipo» fijo, independientemente de la clase y el valor del suelo y, por tanto, de las diferentes plusvalías que recaen sobre cada uno de ellos; plusvalías, por otra parte, que sólo debieran revertir a la Administración en caso de que sean generadas

por su acción urbanizadora (GONZÁLEZ, 2000). Tal y como acertadamente ha señalado el CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL en su Dictamen sobre el Proyecto de Ley de Régimen del Suelo de septiembre de 1997, la «obligación de cesión, introducida por primera vez por la Ley del 2 de mayo de 1975 (aunque limitada al suelo urbanizable) supone un incremento del coste del suelo. Si de lo que se trata es de recuperar parte de las plusvalías urbanísticas, lo correcto es utilizar los sistemas fiscales, lo que además es más justo, porque no siempre se realizará una plusvalía igual y, por tanto, es injusto atribuir siempre un mismo porcentaje. Además, si la exigencia de cesión es simultánea a la atribución del aprovechamiento del coste de la cesión, será considerado un coste más del proceso urbanístico y recaerá sobre el consumidor final del suelo, en forma de comprador de vivienda. La única posibilidad de que el gravamen de plusvalía no se traslade al comprador está en disociar en el tiempo la adquisición de aprovechamiento y la exigencia de tributación por la plusvalía realizada».

Como solución a esta disfunción, en la Ley 7/1997, de Medidas Liberalizadoras en materia de Suelo, se intentó reducir hasta un tope máximo del 10 por ciento la cesión gratuita del aprovechamiento medio, lo que aparentemente suponía volver al nivel introducido anteriormente por la Ley de 1976 y que había sido ampliado hasta el 15 por ciento con la reforma de la Ley del Suelo de 1990. Esta medida, en la práctica, ha resultado ser bastante inútil, ya que la totalidad de las legislaciones autonómicas aprobadas desde entonces han impuesto la novedosa obligación de que los propietarios tuvieran que sufragar los costes de urbanización de esta cesión gratuita, lo que se ha estimado que equivale (CES, 2000) a un coste de cesión del 17 por ciento, cuando hasta entonces y, como consecuencia de una jurisprudencia inequívoca, las Administraciones Públicas beneficiarias de esa cesión eran las que sufragaban los costes de urbanización de la misma.

En los usos y culturas intervencionistas es cada vez más frecuente la utilización de la figura de los llamados convenios urbanísticos atípicos, que son aquellos por los que (GONZÁLEZ-VARAS, 2001) la Administración se compromete a modificar la calificación urbanística, usos o intensidades de determinados terrenos a cambio de que sus propietarios la compensen con cesiones o asunción de cargas mayores de las previstas en el ordenamiento general, con el consiguiente encarecimiento del producto final, y subordinando así el urbanismo, que era la excusa para la regulación, al interés recaudatorio, que es la verdadera causa de la misma. Pero ésta no es la única vía de restricción y encarecimiento de la oferta, ya que, ante el monopolio local de regulación en el Planeamiento, hay ocasiones en que terrenos que, por su naturaleza, debieran ser susceptibles de urbanización se quedan al margen de la misma, ante el posible conflicto que surge entre sus propietarios, que no comprenden por qué tienen que asumir cargas y/o cesiones mayores que las legales, y la Administración, que en la práctica demora la clasificación de los terrenos hasta que los propietarios firmen convenios que asumen dichos costes, con la consi-

guiente dilación en la transformación, o se les reemplace coactivamente por otros operadores como los agentes urbanizadores que aparecen *ex novo* y en cuya estructura de costes ya internalizan estas cargas y cesiones pretendidas por las Administraciones.

7. UNA REFLEXIÓN FINAL SOBRE LA NECESIDAD DE INCORPORAR LA COMPETENCIA

Tras los problemas del pasado de falta de competencia en el mercado del suelo, en los últimos años se han aprobado algunas medidas liberalizadoras a nivel estatal, pero la cultura intervencionista está tan arraigada que pronto Autonomías y Ayuntamientos han encontrado subterfugios para inutilizar la misma. De esta forma, hay quien interpreta que el problema actual del suelo se debe a la liberalización cuando ésta apenas ha funcionado en la práctica urbanística española. El problema es tan grave que no estaría de más abordar estas cuestiones en un Pacto tripartito entre Estado, Autonomías y Ayuntamientos, que restituya el protagonismo al mercado y que no pierda nunca de vista que el objetivo de toda política urbanística es, ante todo, facilitar la oferta de viviendas adecuadas y asequibles a las demandas de los ciudadanos. A este respecto, se ha señalado (POVEDANO, 1997) que *«el grado de flexibilidad en el sistema de Planeamiento se relaciona directamente con una mayor accesibilidad a la vivienda, mientras que no se relaciona en absoluto con la calidad del urbanismo. En otros términos, los países de sistema más rígido o intervenido consiguen lo mismo que los de sistemas más flexibles, pero de una forma más cara»*.

La excesiva intervención y la discrecionalidad administrativa, con sus secuelas de corrupción, arbitrariedades y errores de cálculo, deben dar paso a una mayor libertad de los agentes económicos, pues la experiencia empírica lo ha demostrado sobradamente, y nadie con cierta solvencia duda ya que el mercado asigna mejor los recursos que la planificación. El reto es incorporar los únicos principios económicos que pueden garantizar, sin ninguna duda, el correcto funcionamiento del mercado del suelo. Y éstos no son sino liberalizar la ordenación en orden a incrementar la oferta de suelo y reducir sus elevados costes y plazos de transformación, recuperar la libertad de empresa y la iniciativa privada en aras de beneficiarse de las virtudes de la competencia y respetar la propiedad privada como institución clave para el funcionamiento de una economía moderna de mercado.

BIBLIOGRAFÍA

BELTRÁN, J. L., «En torno a las medidas liberalizadoras del suelo: apuntes críticos a la luz de las SSTC 61/1997 y 164/2001», *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, septiembre-octubre 2001.

- CÍRCULO DE EMPRESARIOS, *Liberalización del suelo: una signatura pendiente*, Madrid, Serie Documentos, 17 de octubre de 2001.
- CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL, *Sobre el Proyecto de Ley de Régimen del Suelo y Valoraciones*, núm. 4, Madrid, Colección Dictámenes, 1997.
- *Unidad de mercado y cohesión social*, Madrid, Colección Informes, 2000.
- DESDENTADO, E., *Discrecionalidad administrativa y Planeamiento urbanístico*, Pamplona, Aranzadi, 1997.
- ESTÉVEZ, R., *Manual de Derecho Urbanístico. Tras la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre Régimen del Suelo y Valoraciones*, Granada, Comares, 2001.
- FERNÁNDEZ, G. R., «Nuevos instrumentos para la producción de la ciudad: la gestión del urbanismo en la escala intermedia. La experiencia en la legislación valenciana», *Urban (Revista del Departamento de Urbanismo de la Escuela de Arquitectura de la Universidad Politécnica de Madrid)*, núm. 6, 2001.
- FERNÁNDEZ, T. R., «La regulación legal del mercado del suelo», en *Estudios de Derecho Ambiental y Urbanístico*, Monografías de Urbanismo y Edificación, Aranzadi, Elcano, 2001.
- GARCÍA, E., «El Derecho urbanístico español al comenzar el siglo XXI», en *La carestía del suelo: causas y soluciones*, J. M.^a PÉREZ HERRERO (dir.), Madrid, Fundación de Estudios Inmobiliarios, 2000.
- GONZÁLEZ, J., «Tres atentados al mercado del suelo: caos normativo, patrimonios públicos de suelo y cargas y cesiones», en *La carestía del suelo: causas y soluciones*, J. M.^a PÉREZ HERRERO (dir.), Madrid, Fundación de Estudios Inmobiliarios, 2000.
- GONZÁLEZ-VARAS, S., «El Derecho urbanístico», en *Derecho urbanístico: estatal y autonómico*, T. QUINTANA (coord.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2001.
- HARVEY, J., *Urban Land Economics*, 5.^a ed., London, MacMillan Press Limited, 2000.
- HAYEK, F. A., *The Constitution of Liberty*, Routledge University Press, 1959 (versión en español, *Los fundamentos de la libertad*, Madrid, Unión Editorial, 1998).
- MARTÍ, M., *Los límites sobre la normativa espacial*, ponencia presentada en el III Congreso Internacional del Territorio celebrado en julio en Gijón por Fundicot, Asociación Interprofesional de Ordenación del Territorio, 2001.
- ORGAZ, L., «Una reforma pendiente», Boletín núm. 60, *Las reformas de estructuras en España*, Madrid, Círculo de Empresarios, 1995.
- PERALES, F., «La situación del Planeamiento urbano y territorial en España», *Situación*, núm. 3, 1995.
- PETITBÓ, A., y POVEDANO, E., «La competencia en el mercado del suelo: una visión liberalizadora», *Cuadernos gallegos de economías*, núm. 2, A Coruña, Instituto de Estudios Económicos de Galicia, 1998.
- POVEDANO, E., «La experiencia de otros países en la liberalización», *Revista del Instituto de Estudios Económicos*, núm. 4/1997, Madrid, 1997.
- RIERA, P., «Liberalización del mercado del suelo: rigideces y competencia en el sistema urbanístico español», *Anuario de la competencia 1998*, Madrid, Fundación ICO, 1999.
- ROCH, F., «Hegemonía inmobiliaria y desregulación urbanística. El declive del Plan creador», *Urban (Revista del Departamento de Urbanismo de la Escuela de Arquitectura de la Universidad Politécnica de Madrid)*, núm. 6, 2001.
- SAINTGERMAIN, T., «La clasificación urbanística del suelo tras las medidas liberalizadoras adoptadas por el Gobierno español», *Revista de Información Jurídica, Económica y Fiscal (INJEF)*, de 21 de julio de 2000.

TORRES, P., «Urbanismo y mercado», *Información Comercial Española*, núm. 723, 1993.

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA, *Remedios políticos que pueden favorecer la libre competencia en los servicios y atajar el daño causado por los monopolios*, Madrid, 1993.

— *La competencia en España: balance y nuevas propuestas*, Madrid, 1995.

REGULACIONES Y DERECHO DE LA COMPETENCIA UNA PERSPECTIVA QUIZAS PRACTICA

Carlos Pastor

Abogado

«The application of the competition rules to the field of intellectual property presents a dilemma.»

J. G. Quirós y J. Fernández

En primer lugar, como por otros países, desde una perspectiva económica y social, el Estado y el mercado y de forma creciente, la tendencia es a ser «transformado» a un modelo más de libre mercado. Entre los países que forman el Derecho de comercio y el Derecho, consideramos la competencia.

La Unión está abarcando la mayoría de los países miembros de la Unión y el Tratado de referencia a los derechos de propiedad intelectual como ejemplos de prácticas anticompetitivas, las diversas relaciones derivadas comerciales. Se está creando a efectos de control de mercado el régimen de relaciones comerciales de los Estados de comercio y competencia.

En segundo lugar, el Derecho de la competencia, que es una rama del Derecho de gran relevancia con la que se ha que, como a decir de Torres, que debe dirigirse sobre la economía y el comercio de los Estados de propiedad intelectual, en primer lugar de la práctica legislativa y de la práctica económica.

«Competition law, which regulates the conduct of the market, is a branch of law that is closely related to the economic and social aspects of the market. It is a branch of law that is closely related to the economic and social aspects of the market.»

«The law of competition is a branch of law that is closely related to the economic and social aspects of the market. It is a branch of law that is closely related to the economic and social aspects of the market.»

«The law of competition is a branch of law that is closely related to the economic and social aspects of the market. It is a branch of law that is closely related to the economic and social aspects of the market.»

MARCAS Y DERECHO DE LA COMPETENCIA: UNA PERSPECTIVA QUIZÁS PRÁCTICA

Carles PRAT

Abogado

«The application of the competition rules
to the field of intellectual property protection
is complex.»

K. COATES y J. FINNEGAN

El presente trabajo tiene por objeto revisar, desde una perspectiva metodológica un tanto distinta a la habitual y de forma sucinta, la relación que existe —parafraseando a una popular obra de teatro— entre esa *extraña pareja* que forman el Derecho de marcas y el Derecho comunitario de la competencia ¹.

La doctrina suele abordar la materia dentro del propio análisis de los arts. 81 y 82 del Tratado CE y referirse a los derechos de propiedad industrial como ejemplos de prácticas anticoncurrenciales diversas relativas a derechos inmateriales. Se suele añadir a ello un capítulo destinado al régimen jurídico-concurrencial de las licencias de patentes y *know-how* ².

Se ha dicho que el Derecho de la competencia quita con una mano lo que el Derecho de marcas otorga con la otra ³ o, lo que viene a ser lo mismo, que debe distinguirse entre la *existencia* y el *ejercicio* de los derechos de propiedad industrial, en palabras de la primera jurisprudencia del TCJE en la materia ⁴.

¹ El Informe (CE) núm. 240/96/786, de Evaluación de la Comisión, de 20 de diciembre de 2001, COM (2001), final, sobre el Reglamento de exención por categorías de los acuerdos de transferencia de tecnología, recuerda que parte de la doctrina se ha referido a ello —con manifiesta exageración— hablando de «matrimonio condenado al divorcio».

² Véase, por todos, V. KORAH, *EC Competition Law and Practice*, 7.^a ed., Hart Publishing, 2000.

³ Véase, nuevamente, el Informe de Evaluación relativo al Reglamento sobre contratos de transferencia de tecnología, cit. nota 1.

⁴ Véanse asuntos acumulados 56 y 58/64, TJCE de 13 de julio de 1966, *Consten y Grundig c. Comisión* (Rep. 1996, p. 429), y asunto 78/70, TJCE de 8 de junio de 1971, *Deutsche Grammophon c. Metro* (Rep. 1971, p. 487).

Estas fórmulas —más o menos precisas⁵— sólo vienen a señalar que los derechos de marca se hallan sometidos a límites *ad extra* que el titular marcario no puede ignorar: a menudo, quienes operan cotidianamente con el Derecho de marcas tienden a considerar la legalidad concurrencial como disociada de su estricta órbita de trabajo.

Pretendemos con estas notas un esfuerzo fundamentalmente clasificatorio: examinar un determinado catálogo de *conductas marcarias* habituales (seguidamente las enumeraremos) y determinar, desde la óptica de la normativa concurrencial comunitaria, el régimen jurídico aplicable a cada una de dichas *conductas* o actos jurídicos. También pretendemos esbozar los rasgos fundamentales de su régimen jurídico, a fin de que pueda servir de horizonte a la hora de emprender —o valorar— cada una de las conductas referidas; es decir, trazar una suerte de *mapa de ruta* que permita al titular marcario conocer qué requisitos le impone el Derecho comunitario de la competencia antes de realizar cualquiera de las *conductas marcarias* más habituales.

La lista de las que nos ocuparemos —la cual evidentemente no constituye ningún *numerus clausus*— incluye las siguientes conductas:

- 1) La acción de registrar una marca.
- 2) La negativa a conceder licencias de marca.
- 3) La celebración de los contratos de licencia.
- 4) Acuerdos de distribución y franquicia.
- 5) La interposición de acciones judiciales contra terceros por violación de derechos de marca.
- 6) La celebración de acuerdos transaccionales.
- 7) Cesión o transferencia de marcas.
- 8) La adquisición derivativa de marcas.
- 9) Acuerdos de coetiquetaje (marca conjunta) y otros convenios de colaboración que implican el uso de marcas.
- 10) Distribución de marcas entre empresas pertenecientes a un mismo grupo.
- 11) Acuerdos de agencia.
- 12) La celebración de acuerdos de subcontratación.
- 13) La utilización de distintas marcas para unos mismos productos en Estados miembros.

Antes, sin embargo, de entrar en el análisis individualizado de cada uno de estos actos, nos referiremos previamente a algunas cuestiones de carácter general que permitirán una mejor comprensión de los epígrafes subsiguientes.

⁵ La distinción entre *existencia* y *ejercicio* ha sido tradicionalmente polémica en la doctrina.

1. LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INDUSTRIAL EN EL TRATADO

Es, quizás, importante comprender de inicio que existe tensión entre los derechos de propiedad industrial⁶ y el Derecho de la competencia. Sumariamente expuesto, ello se debe en el plano comunitario a razones de dos tipos:

Por una parte, causas *sustantivas*, las cuales, a su vez, derivan de una doble circunstancia:

a) De un lado, los derechos de propiedad intelectual implican *per se* un *ius prohibendi*: ello supone (incluyendo los derechos de marca⁷) la potestad de excluir a los demás competidores del acceso a determinados bienes inmateriales útiles en el juego de la competencia y, por consiguiente, una cierta *distorsión* de ésta; no obstante, por razones de política legislativa, se estima que este *ius prohibendi* o pequeño monopolio⁸ que representan los derechos de propiedad industrial son en realidad factores procompetitivos que estimulan la innovación y permiten la diferenciación de los productos en el mercado; debe hallarse un punto de equilibrio.

b) De otro lado, los derechos de propiedad industrial⁹ son, además, derechos de carácter eminentemente territorial-nacional (es decir, son derechos subjetivos distintos y, en principio, independientes en cada Estado miembro¹⁰), lo que, como comentaremos a continuación, implica otra *distorsión* al posibilitar la compartimentación de un mercado que jurídicamente quiere ser uno: cohabitan dos elementos, también *prima facie* incompatibles (derechos territoriales y mercado único) por esta razón, debiéndose hallar, de nuevo también, la dosis justa de tolerancia o equilibrio.

Por otra parte, la tensión responde a causas que podríamos llamar *estructurales* y clasificar en tres apartados:

⁶ Las mismas consideraciones son aplicables a los derechos de propiedad intelectual.

⁷ Aunque en menor grado, puesto que la mera titularidad de una marca no confiere a su propietario una posición de dominio: los competidores podrán, en términos generales, hacer uso de otros signos distintivos. Véanse asunto 40/70, TJCE de fecha 18 de febrero de 1971, *Sirena Srl c. Eda Srl (Sirena)* (Rep. 1971, p. 69), y asunto 85/79, TJCE de fecha 13 de febrero de 1979, *Hoffmann-La Roche c. Comisión (Hoffmann-La Roche)* (Rep. 1979, p. 461).

⁸ Por períodos de tiempo diversos: en las patentes, por ejemplo, el *ius prohibendi* se limita a veinte años, mientras que en las marcas éste es indefinidamente renovable. La duración de estos derechos de monopolio individuales es, sin duda alguna, una disposición de política de la competencia, en cuanto que con ella se regulan las condiciones de libre concurrencia.

⁹ Excluimos lógicamente a la marca comunitaria implantada a partir del Reglamento (CE) núm. 40/94 del Consejo, de 20 de diciembre de 1993, sobre la marca comunitaria (*DOCE*, núm. L 11/1, de 14 de enero de 1994) (en adelante Reglamento sobre la marca comunitaria), el cual, no obstante y como es bien sabido, deja subsistentes todos los regímenes nacionales de marcas. Con el tiempo se ha ido produciendo una paulatino relevo de marcas nacionales por comunitarias, pero no se vislumbra cercana en el tiempo la sustitución de una modalidad por otra.

¹⁰ Véase el art. 6.3 del Convenio de la Unión de París.

a) El Tratado no resuelve la contradicción derivada de la existencia de un mercado único¹¹ y de la competencia a los Estados miembros para legislar en materia de marcas¹². En concreto, el Tratado sólo menciona la expresión *propiedad industrial*¹³ una sola vez, sin afrontar el encaje entre los derechos nacionales de marca y la existencia de un solo mercado interior. Sólo la actividad legislativa posterior a la habilitación del art. 100 A (hoy art. 95) con miras al establecimiento del mercado interior el 31 de diciembre de 1992 ha permitido regular —particularmente en la Directiva de marcas— algunos de estos aspectos, pero la armonización legislativa no ha sido ni rápida ni necesariamente completa¹⁴ y la contradicción estructural ha permanecido latente.

b) En Derecho comunitario, la regulación de la competencia, según ha sido interpretada históricamente por el Tribunal de Justicia, cumple no sólo el objetivo de perseguir el *fortalecimiento de la competitividad de la industria*¹⁵ o *un régimen que garantice que la competencia no será falseada*¹⁶, como es habitual en los derechos *antitrust* de corte nacional, sino un objetivo adicional: coadyuvar a la plena integración del mercado europeo¹⁷. Ello explica que los mismos principios jurídicos aplicables a la libre circulación de mercancías de los arts. 28 y 30 del Tratado sean igualmente aplicados o tenidos en cuenta a la hora de enjuiciar conductas empresariales bajo el prisma de los arts. 81 y 82¹⁸.

c) La tercera dificultad o particularidad *estructural* surge en relación con otra *anomalía* del Tratado: contrariamente a una opinión bastante extendida, el mismo no contiene ningún precepto que prohíba a las

¹¹ Concretado en: 1) el principio de libre circulación de mercaderías; 2) la supresión de toda restricción cuantitativa o cualitativa a la importación y exportación de bienes, y 3) como complemento jurídico a todo ello, la prohibición de que los Estados miembros adopten medidas nacionales (como lo es una Ley de Marcas) que impliquen o permitan cualesquiera restricciones al comercio intracomunitario.

¹² La atribución de competencia es indirecta, a través del art. 30 TCE (ex art. 36) y, en todo caso, matizada, aun en un plano de principios generales, por la obligación de respetar el principio de libre competencia [art. 98 TCE, ex art. 102.a)] y, a partir de 1989, los contenidos de la Directiva 89/104 CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1988, Primera Directiva relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de marcas (*DOCE*, núm. L 40/1, 1989), en adelante Directiva de marcas. Véase también el art. 10 TCE (ex art. 5).

¹³ Art. 30 TCE (ex art. 36), sin regular, más que en el plano general, la coexistencia de ambas realidades. Por lo que al Derecho de la competencia se refiere, el Tribunal, en el asunto *Sirena*, cit. nota 7, señaló específicamente que los arts. 81 TCE (ex art. 85) y ss. no se ocupan de la propiedad industrial y de su relación con la competencia.

¹⁴ Véase asunto C-317/91, TJCE de fecha 30 de noviembre de 1993, *Deutsche Renault c. Audi* (Rep. 1993, p. I-6227).

¹⁵ Art. 3.l) TCE (ex art. 3).

¹⁶ Art. 3.g) TCE (ex art. 3).

¹⁷ Véase asunto TJCE *Consten & Grunding*, cit. nota 4; asunto 56/65, TJCE de fecha 30 de junio de 1966, *Société Technique Minière c. Maschinenbau Ulm GmbH* (Rep. 1966, p. 337); asunto 6/72, TJCE de fecha 21 de febrero de 1973, *Europemballage Corporation y Continental Can c. Comisión* (Rep. 1973, p. 215), y asunto 30/78, TJCE de fecha 10 de julio de 1988, *Distillers c. Comisión* (Rep. 1980, p. 2229). Quizás la sentencia correspondiente al asunto T-41/96, TPI de 26 de octubre de 2000, *Bayer AG c. Comisión* (Rep. 1996, p. II-381), de ser confirmada por el TJCE, constituya un punto de inflexión en esta línea tradicional de razonamiento.

¹⁸ Véase TJCE *Sirena*, cit. nota 7.

empresas adoptar unilateralmente decisiones o medidas que tengan por objeto o efecto establecer restricciones a las importaciones y exportaciones (los arts. 28 y 29 del Tratado no son disposiciones cuyos destinatarios sean las empresas sino los Estados miembros) y, por tanto, no tienen ninguna obligación directa de salvaguardar el principio de la libre circulación de mercancías¹⁹.

Esta última consideración repugna a las instituciones comunitarias, las cuales, por medio del Derecho de la competencia, tratan de prohibir conductas que atentan contra la unidad del mercado, aun cuando, desde otra perspectiva, quizás no alterarían el orden concurrencial.

Y toda esta situación legislativa crea tensión entre los derechos de marcas (ya lo hemos visto, de un cierto carácter monopolístico y de características territorializantes) y el Derecho de la competencia, que tiene por misiones —precisamente— luchar contra los monopolios y también contribuir a la creación de un mercado único.

Esta tensión ha venido modelándose —en un ordenamiento de rasgos *pretonianos* como es el comunitario— paulatinamente, partiendo de cero y a base de sentencias del Tribunal de Justicia y de alguna aportación legislativa (fundamentalmente la Directiva de marcas²⁰), creando unos principios generales y unas soluciones concretas.

La solución dada por la jurisprudencia ha sido —esquemáticamente expuesta— la siguiente:

a) Las conductas de los titulares de marcas que, en base al ejercicio de las facultades inherentes a las mismas, resultan en efectos contrarios a la libre circulación de mercancías y están fundamentadas directamente en una disposición de la legislación marcaria (por ejemplo, el ejercicio de acciones judiciales por violación de marca) han dado lugar a que el Tribunal declare que la legislación nacional en causa (en nuestro caso, en el ejemplo dado, sería el art. 34 de la Ley de Marcas²¹) constituye una *medida de efecto equivalente* prohibida por el art. 28 del Tratado. Es decir, cuando se ha podido aplicar la técnica del art. 28, se ha acudido a ella.

El supuesto paradigmático resultaría de lo siguiente: el titular de una marca francesa esgrime el *ius prohibendi* que le confiere la legislación francesa contra bienes comercializados por él o con su consentimiento, dígase en Italia, con la *misma* marca, pero ésta de *nacionalidad* italiana.

Conforme a la jurisprudencia, el titular de dos marcas paralelas en distintos Estados miembros, aunque en el plano jurídico sea titular de

¹⁹ Véase TPI *Bayer*, cit. nota 17.

²⁰ Véase *infra* al referirnos a la doctrina del consentimiento o del agotamiento comunitario de los derechos de propiedad industrial, que constituyen la mayor aportación de la Directiva en cuanto a la relación entre las dos categorías de derechos de que tratamos.

²¹ Nos referimos a la nueva Ley de Marcas 17/2001, de 7 de diciembre; en la Ley 32/1988, de Marcas, sus versiones equivalentes son los arts. 30 y 31.

dos derechos distintos, no puede ejercitar su derecho de marca si ha comercializado él, o un tercero con su consentimiento, el producto en otro Estado miembro²²: su *ius prohibendi* ya se ha extinguido, ya se ha agotado.

Con esta técnica, conocida como *doctrina del consentimiento* o del *agotamiento comunitario del derecho de marca*, se resolvió en tiempos tempranos²³ la primera gran contradicción o *cuadratura del círculo* derivada de la coexistencia en el Tratado de derechos territoriales-nacionales y de un solo mercado europeo. Posteriormente, fue codificada en la Primera Directiva de Marcas²⁴ y recogida en todos los ordenamientos nacionales²⁵.

De ahí que la norma del agotamiento comunitario del derecho de marca sea, a pesar de su actual ubicación en la Directiva de marcas, más propiamente un precepto en materia de libre circulación de mercancías que una disposición sobre el Derecho de marcas.

b) Las demás conductas cuyo fundamento no es el simple ejercicio unilateral de un derecho reconocido en la Ley de Marcas (y, por tanto, susceptible de ser considerada una *medida de efecto equivalente* anulable en base al art. 28 y el principio de la primacía del Derecho comunitario) vienen siendo examinadas, en la medida de lo posible, a la luz de los arts. 81 y 82 del Tratado.

Es decir, cuando se detecta una conducta que o bien afecta el libre juego concurrencial o bien produce el efecto de compartimentar el mercado, se acude a examinar si la conducta en cuestión, en la que intervienen empresas, puede ser sancionable en el ámbito *antitrust*.

Esta técnica jurídica no es nueva ni exclusiva del Derecho comunitario. En realidad, son los EEUU quienes han desarrollado históricamente una gran experiencia al respecto, si bien con algunas variantes respecto del modelo europeo que merecen ser recordadas:

— La valoración de la antijuricidad de las conductas se fundamenta en la denominada *rule of reason* —o análisis fundamentalmente económico de la conducta— y no en planteamientos mayormente dogmáticos, como los que ha empleado la Comisión en esta materia, durante los prin-

²² En realidad, cualquier Estado parte del Espacio Económico Europeo (EEE). Véase art. 2 del Protocolo y Anexo XVII.4, ambos del Tratado sobre el Espacio Económico Europeo de 2 de mayo de 1992.

²³ Asunto 15/74, TJCE de fecha 31 de octubre de 1974, *Centrapharm c. Sterling Drug Inc* (Rep. 1974, p. 1147), y asunto 16/74, TJCE de fecha 31 de octubre de 1974, *Centrapharm c. Winthrop* (Rep. 1974, p. 1183).

²⁴ Véase art. 7.1 de la Primera Directiva de marcas, cit. nota 12, y el asunto C-355/96, TJCE de fecha 16 de julio 1998, *Silhouette International c. Schmid Hartla Handelsgesellschaft* (Rep. 1998, p. I-4799); asunto C-173/98, TJCE de fecha 1 de julio de 1999, *Sebago Inc. Ancienne Maison et fils SA y GB unic SA c. Comisión* (Rep. 1999, p. I-4103), y asuntos acumulados C-414/99 y 416/99, TJCE de fecha 20 noviembre de 2001, *Davidoff Levis c. Tesco y otra*.

²⁵ Véase art. 36.1 de la Ley 17/2001, de Marcas, cit. nota 21.

cipales años de desarrollo de la misma y hasta tiempos recientes²⁶. El Tribunal de Justicia se ha caracterizado quizás por una mayor inclinación hacia el análisis económico.

— En Derecho norteamericano no existe la necesidad de perseguir, mediante la regulación *antitrust*, la integración de un mercado único y esta finalidad se ha hallado lógicamente ausente de su *corpus* normativo, mientras que ha sido una constante en el Derecho europeo.

— El nivel de experiencia acumulada en EEUU en el ámbito judicial es significativo; se ha contado desde 1988 con unas *Guidelines* específicas en materia de derechos inmateriales. Actualmente, las *1995 Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property Rights* constituyen una fuente indudable de información. Por contra, la jurisprudencia de que se dispone en Europa es escasa en la materia, como iremos viendo.

c) Habida cuenta la inicial falta de experiencia *sustantiva* en Europa y habida cuenta de las complejidades *estructurales* añadidas a las que nos hemos referido, hacía falta encontrar un sustento teórico para proceder a la aplicación del Derecho de la competencia a las conductas marcarias. Se trataba también de salir al paso a otra objeción inicial: cómo limitar los derechos de marca cuando, según la interpretación tradicional del art. 295²⁷, éste no habría permitido que sus disposiciones afectaran al contenido y facultades de los derechos marcarios nacionales cuya competencia recaía en los Estados miembros²⁸.

El punto de partida en el análisis fue —y hoy continúa siéndolo— la distinción trazada históricamente por el Tribunal —a caballo de los arts. 28 a 30 y de los arts. 81 y 82²⁹ y de modo artificioso, aunque creativo— entre la *existencia* y el *ejercicio* del derecho de marca y las doctrinas subsiguientes del *objeto específico* y la *función esencial*. El Tratado no

²⁶ El proceso de reforma iniciado con el Reglamento de la Comisión (CE) 2790/99, de 22 de diciembre de 1999, sobre la aplicación del art. 81.3 del Tratado a las categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas (*DOCE*, núm. L 336), en adelante Reglamento sobre acuerdos de cooperación vertical, y, singularmente, la Comunicación de la Comisión sobre directrices relativas a las restricciones verticales (2000/C 291/01) relativa a los criterios de aplicación del mismo, en adelante Comunicación sobre acuerdos de cooperación vertical, suponen un giro radical en el enfoque metodológico de la Comisión. A ello se unen, sin duda, los actuales trabajos sobre la *modernización procesal* del Derecho de la competencia.

²⁷ *El presente Tratado no prejuzga en modo alguno el régimen de la propiedad en los Estados miembros.*

²⁸ Aunque parece evidente que el propósito del art. 295 TCE (ex art. 222) —y más teniendo en cuenta su presumible origen en el art. 83 del Tratado sobre el Carbón y el Acero— no es ni mucho menos preservar la vigencia de los Derechos nacionales, tales como el Derecho de marcas, sino permitir un margen de flexibilidad política suficiente a los Estados miembros en cuanto al tipo de economía. La comparación entre las versiones inglesa y española del mencionado art. 295 TCE hace aún más evidente cuanto señalamos.

²⁹ Buena muestra de que se han venido aplicando principios muy parecidos en ambos ámbitos, por cuanto se trataba de: a) desarmar en parte a los derechos de marca, y b) conseguir limitar sus efectos contrarios a la plena integración del mercado. La primera sentencia que se refirió a la doctrina de la *función esencial* en el entorno del art. 81 TCE (ex art. 85) fue el asunto en materia de patentes (193/83), TJCE de fecha 25 de febrero de 1986, *Windsurfing International c. Comisión* (Rep. 1986, p. 611), cit. en materia de patentes.

afecta a la *existencia* de los derechos de marca, aunque su *ejercicio* de éste sólo es compatible con los arts. 81 y 82 (y 28 a 30)³⁰ si la conducta marcaría en cuestión cumple con el *objetivo específico* de los derechos de marca y respeta la *función esencial* de los mismos³¹.

Ambos conceptos —todavía hoy utilizados por la jurisprudencia— fueron definidos por el TJCE como sigue:

«En relación con las marcas, el objeto específico lo constituye, en particular, la garantía del propietario de la marca de que tiene el derecho exclusivo a usar la marca con el fin de poner los productos protegidos por la marca en circulación por primera vez, y es por ello que se dirige a protegerle contra competidores que pretendan obtener una ventaja gracias al estatus y reputación de la marca mediante la venta de productos que ilegalmente lleva esa marca»³².

«Con el objeto de establecer en excepcionales circunstancias el alcance preciso que el derecho exclusivo concedido al propietario de la marca, debe ser tenida en cuenta la función esencial de la marca, que es garantizar la identidad del origen del producto que bajo esa marca llega al consumidor o usuario final»³³.

Nos ocuparemos más adelante de analizar la aplicación de estos principios a los casos concretos.

d) Solucionadas las dificultades y temores iniciales mediante las técnicas del agotamiento y del objeto específico-funcional-esencial y realizada progresivamente la integración del mercado interior, los derechos de marcas han ido ganando en la jurisprudencia y práctica comunitaria una mayor consideración. Si en sus sentencias más pioneras como *Sirena* o *Hagg I*³⁴ los había calificado de derechos de menor importancia y merecedores de protección inferior, desde hace ya unos años —concretamente desde *Hagg II*³⁵— es muy habitual que el TJCE afirme que *el derecho*

³⁰ La primera referencia a la distinción entre *existencia* y *ejercicio* se contiene en el asunto *Consten y Grundig c. Comisión*, cit. nota 4, al igual que el asunto *Sirena*, cit. nota 7, en el contexto del art. 81 TCE (ex art. 85). Sobre otros derechos de propiedad intelectual y en el contexto de los arts. 28 a 30 TCE (ex arts. 30, 34 y 36, respectivamente), asunto *Deutsche Grammophon*, cit. nota 4, asunto 262/81, *Coditel c. Ciné-Vog Films II*, TJCE de fecha 6 de octubre de 1982 (Rep. 1982, p. 3381), y asunto 434/85, TJCE de fecha 3 de marzo de 1988, *Allen & Hanburys c. Generics (UK) Ltd.* (Rep. 188, p. 1245). IV Informe sobre la política de la competencia, ap. 20.

³¹ SAP de 28 de septiembre de 2001 de la Audiencia Provincial de La Coruña.

³² Asunto *Centrapharm c. Winthrop*, cit. nota 23. Cursiva nuestra.

³³ Asunto *Hoffmann-La Roche*, cit. nota 7. Cursiva nuestra. Véanse también asunto C-10/89, TJCE de fecha 17 de octubre de 1990, *CNL Sucal c. Hag GF AG* (Rep. 1990, p. I-3711), en adelante *Hag II*; asunto 3/78, TJCE de fecha de 3 de marzo de 1978, *American Home Products* (Rep. 1978, p. 1245), y asunto C-349/95, TJCE de fecha 11 de noviembre de 1997, *F. Loendersloot Internationale Expeditie c. George Ballantine & son Ltd.*, e interpretando la Directiva sobre marcas, el asunto C-39/97, TJCE de fecha 29 de septiembre de 1998, *Canon Kabushiki kaisha c. Metro-Goldwyn-Mayer* (Rep. 1998, p. I-5507), y el asunto C-517/99, TJCE de fecha 4 de octubre de 2001, *Merz and Krell c. Comisión* (Rep. 2001, p. I-6959), entre otros.

³⁴ Asunto TJCE *Sirena*, cit. nota 7. Asunto 192/73, TJCE de fecha 3 de julio de 1974, *Van Zuylen Frères v. Hag AG (Hag I)* (Rep. 1974, p. 731).

³⁵ Asunto C-10/89, TJCE de fecha 17 de octubre de 1990, *CNL Sucal c. Hag GF AG (Hag II)* (Rep. 1990, p. I-3711).

de marca constituye un elemento esencial del sistema de competencia no falseado que el Tratado pretende establecer³⁶ y se haya inclinado por una valoración más ponderada de la legalidad de sus efectos y se vaya afrontando el análisis de los derechos de marca sin el apriorismo de considerarlos derechos necesariamente *nocivos*³⁷ o *peligrosos*, mayormente en el nuevo contexto economicista del Derecho de la competencia.

Si se nos permite un símil quizás ilustrativo diríamos que pueden compararse los derechos de marca —y, en general, de la propiedad industrial— con las vacunas: son pequeñas dosis de restricciones de la competencia y de derechos territoriales que, en realidad, *refuerzan* el organismo de la competencia. Se trata de acertar en la *dosis tolerable* por el organismo. Dicho de otro modo, los derechos de marca debida y naturalmente ejercitados no deberían suscitar problemas de competencia artificiosos.

De discernir cuándo ello es así, y cuándo no, nos ocupamos a continuación analizando cada una de las *conductas marcarias* que hemos anunciado al comienzo.

2. LA ACCIÓN DE REGISTRAR UNA MARCA

Todo hace pensar que el registro originario de una marca constituye manifiestamente una expresión pura del *objeto específico* del derecho de marca y que, como tal, es inatacable desde la perspectiva del Derecho de la competencia.

Sin embargo, la acción de registrar una marca es susceptible de infringir el art. 82 cuando, desde una posición de dominio y en circunstancias excepcionales, se pretenda evitar que los competidores usen sus derechos de marca con normalidad³⁸. En el asunto *Osram*³⁹ la Comisión consideró que era abusivo por parte de la sociedad alemana *Osram GmbH*, en posición de dominio, registrar en Alemania la marca *Airam*, con el objeto de evitar que su competidor finlandés *OY Airam* entrara en el mercado alemán con dicha marca que le era propia.

No obstante, la regla general ha de ser que el simple hecho de registrar una marca no constituye *per se* abuso de posición de dominio. Así lo declaró el Tribunal en *CICRA c. Renault*⁴⁰, sobre la base de la doctrina

³⁶ Véanse también, entre otros, TJCE *Ballantines*, cit. nota 33, y TJCE *Merz & Krell*, cit. nota 33.

³⁷ Posiblemente la sentencia correspondiente al asunto C-9/93, TJCE de fecha 22 de junio de 1994, *IHT Internationale Heiztechnik c. Ideal Standard* (Rep. 1994, p. I-2789), en adelante *Ideal Standard*, de que nos ocuparemos más adelante, comparada con *Sirena*, una de las más pioneras, sea una buena muestra de esta evolución.

³⁸ Además de la protección que en su caso derivaría del art. 6 bis del Convenio de París para el perjudicado por el registro.

³⁹ Decisión de la Comisión CCIE/GTE (IV/M.258).

⁴⁰ Asunto 53/87, TJCE de fecha 5 de octubre de 1988, *CICRA c. Renault* (Rep. 1988, p. 6211).

según la cual el mero ejercicio del derecho no equivale tampoco a abuso ⁴¹.

3. LA NEGATIVA A CONCEDER LICENCIAS DE MARCA

Una negativa a licenciar una marca a favor de un tercero fruto de un acuerdo entre dos o más competidores recae normalmente dentro del ámbito de aplicación del art. 81.1 y se halla prohibida por tratarse de una práctica concertada restrictiva de la competencia. Si ello forma parte de un acuerdo de licencia o distribución en exclusiva, hay que acudir a sus propias disposiciones, que analizaremos más adelante ⁴².

Las negativas *unilaterales* a licenciar derechos de propiedad intelectual e industrial —relevantes sólo en aquellos supuestos en que el licenciante o licenciatarario se hallan en una posición de dominio— presentan una problemática mucho más compleja.

La decisión sobre si conceder una licencia de marca parece que pertenece claramente al *objeto específico* del derecho de marca y, por tanto, su simple ejercicio no contravendría el art. 82. En materia de modelos industriales, el TJCE sostuvo esta posición en *Volvo c. Veng* ⁴³ en el sentido de que a salvo de situaciones de discriminación injustificada o imposición de precios abusivos, corresponde al titular decidir sobre la idoneidad comercial de conceder una licencia de uso, puesto que a él y sólo a él corresponde la titularidad de ese derecho ⁴⁴.

En materia de marcas no existen precedentes claros: en la resolución *Der Grüne Punkt* ⁴⁵, el Presidente del Tribunal de Primera Instancia ha señalado, con base en *Volvo c. Veng*, que una interpretación opuesta a la libertad de conceder licencias de marca sería contraria al *objeto específico* de estos derechos ⁴⁶ y, desde luego, no es fácil imaginar una situación en la que la mera negativa a licenciar una marca, aun por parte de una empresa con poder de mercado, pueda considerarse contraria al art. 82.

⁴¹ Véanse asuntos acumulados 86/75, 96/75 y 51/75, TJCE de fecha 15 de junio de 1976, *EMI Records c. CBS* (Rep. 1976, p. 871), y asunto 24/67, TJCE de fecha 29 de febrero de 1968, *Parke Davis & Co. c. Probel* (Rep. 1968, p. I-161).

⁴² Véase al respecto *infra* 5.

⁴³ Asunto 238/87, TJCE de fecha 5 de octubre de 1988, *Volvo c. Veng* (Rep. 1988, p. 6211); véanse también asunto C-23/99, TJCE *Comisión c. Francia*, de fecha 26 de septiembre de 2000 (Rep. 2000, p. I-7653), y asunto T-198/98, TPI de fecha 16 de diciembre de 1999, *Micro Leader c. Comisión* (Rep. 1999, p. II-3989), y asunto T-504/93, *Tiercé Ladbroke c. Comisión*, TPI de fecha 12 de junio de 1997 (Rep. 1997, p. II-923). Según ésta, el hecho de que exista un tercero dispuesto a pagar un *royalty* razonable no significa que se esté en presencia de una discriminación abusiva *per se*.

⁴⁴ En términos equivalentes las *Ansitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property Rights* citadas y vigentes en EEUU.

⁴⁵ Decisión de la Comisión *Der Grüne Punkt* de 20 de abril de 2001 y en el asunto T-151/01, y el auto del Presidente de fecha 15 de noviembre de 2001 *Der Grüne Punkt-Duales System Deutschland AG c. Comisión* (Rep. 2001, p. II-0001); en este asunto, la empresa titular de la marca sostiene que la decisión de la Comisión equivale a una licencia obligatoria de marca.

⁴⁶ Citada en nota anterior. Véase párrafo 182 del auto citado.

Existen seguramente además otras cuatro razones que apoyan esta conclusión específicamente en el ámbito marcario:

a) En primer lugar, no debe olvidarse que el art. 21 del acuerdo ADPIC⁴⁷ prohíbe en principio, y contrariamente a lo que sucede con otros derechos de propiedad industrial, las licencias forzosas de marcas⁴⁸.

b) En segundo lugar, que no parece fácil asimilar la titularidad de un derecho de marca con una situación monopolística⁴⁹: normalmente, será posible competir con una marca distinta⁵⁰.

c) En tercer lugar, el propio Derecho de marcas regula la denominada excepción de *uso legítimo* o *fair use* [véase el art. 6.1.c) de la Directiva sobre marcas] que *de facto* equivale a una *licencia implícita* por la que todos los competidores que tengan la necesidad y el interés legítimo de usar la marca de un tercero (por ejemplo, a efectos de designar el destino de piezas de recambio) están *de iure* autorizados a hacerlo en los términos del citado art. 6.1.c). Los límites a este precepto han sido analizados en las resoluciones *Christian Dior*⁵¹ y *BMW c. Deenik*⁵² del TJCE.

d) En cuarto lugar, el propio Tribunal, en sus sentencias sobre remarcado de productos ha establecido una suerte de *licencia obligatoria* al permitir a terceros distribuidores (*paralelistas*) sustituir la marca con la que el producto está originariamente identificado por aquella otra con que el mismo producto es comercializado en otro Estado miembro, cuando concurren circunstancias que hacen necesaria tal sustitución. De estos supuestos nos ocupamos más adelante en este trabajo⁵³.

Sin embargo, las controvertidas sentencias del TPI del TJCE conocidas como *Magill*⁵⁴ —y la reciente y seguramente más polémica Decisión *IMS*

⁴⁷ Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio de 15 de abril de 1994 (*BOE*, suplemento, núm. 20, de 24 de enero de 1995). Sobre su efecto a nivel comunitario, véase asunto C-89/99, TJCE de fecha 13 de septiembre de 2001, *Schiiving-Nijstad vof. c. Robert Groeneveld* (Rep. 2001, p. I-5851), y asuntos acumulados C-300 y 329/98, TJCE de fecha 14 de diciembre de 2000, *Parfums Christian Dior c. TUK Consultancy y otros* (Rep. 2000, p. I-11307).

⁴⁸ Véase asimismo su art. 40.2 para las licencias conjuntas obligatorias y, como contrapunto, el principio general contenido en el art. 8.

⁴⁹ Procede recordar que la mera titularidad de un derecho de marca no confiere a su propietario una posición de dominio. Véase *supra* nota 7. Ésta debe sólo analizarse a la luz de la concurrencia de las circunstancias de hecho y de derecho descritas en la jurisprudencia del TJCE: véase particularmente el asunto 27/76, TJCE de fecha 14 de febrero de 1978, *United Brands c. Comisión* (Rep. 1978, p. 207).

⁵⁰ No nos estamos refiriendo en este capítulo a las marcas colectivas o de garantía, que son objeto de estudio en 11 *infra*.

⁵¹ Sentencia cit. nota 47.

⁵² Asunto C-63-97, TJCE de fecha 23 de febrero de 1999, *BMW c. Ronald Karel Deenik* (Rep. 1999, p. I-905). Véase también, en cierto modo, la reciente sentencia asunto C-2/00, TJCE de fecha 14 de mayo de 2002, *Höterhoff c. Friesleben*.

⁵³ Véase *infra* 15.

⁵⁴ Asuntos acumulados T-70/89 y T-76/89, TPI de fecha 10 de julio de 1991, *BBC c. Comisión* (Rep. 1991, p. II-535) y *ITP c. Comisión* (Rep. 1991, p. II-575), conocidos por *Magill II*, y asuntos acumulados C-241/91 y C-242/91, TJCE de fecha 6 de abril de 1995, *RTE & ITP c. Comisión* (Rep.

Health de la Comisión⁵⁵ y aun ciertas interpretaciones de *Der Grüne Punkt*⁵⁶— permiten algún resquicio a considerar, si quiera en el plano teórico, que la negativa a licenciar una marca bajo circunstancias muy especiales pueda infringir el art. 82. En *Magill*, los derechos de autor en causa eran indispensables para lanzar un nuevo producto para el cual existía demanda potencial. Las circunstancias de *IMS Health* son menos extremas⁵⁷, pero igualmente entroncan con el concepto de *esencial facility* o *instalación básica*, es decir, acceso a bienes que se consideran indispensables para competir. Evidentemente, la cuestión no es pacífica.

El art. 82 puede verse vulnerado no únicamente por estos supuestos de negativa a licenciar, sino más típicamente por hacerlo en forma abusiva o discriminatoria o por prácticas de subordinación (*tie-in*) a otras prestaciones. Podemos destacar al respecto la decisión de la Comisión en el asunto *Microsoft*⁵⁸ por conceder licencias en forma discriminatoria a su competidor *Sun Microsystems*. De otras prácticas abusivas nos encargaremos en el ap. 5 siguiente *in fine*.

5. LA CELEBRACIÓN DE CONTRATOS DE LICENCIA

Los contratos de licencia de marca son susceptibles de análisis bajo el prisma del art. 81 del Tratado —como *acuerdos* que son— por dos razones: ya sea porque tienen por objeto restringir la competencia en el mercado común⁵⁹, ya sea porque producen tal efecto, lo que normalmente viene determinado por su contenido contractual y por el contexto económico de las partes y de la licencia⁶⁰.

La importancia de este tipo de contratos ha conllevado que no sólo la jurisprudencia se haya ocupado de los mismos, sino que exista además un complejo entramado legislativo al que deben sujetarse, del que nos ocuparemos. El Derecho de la competencia limita la capacidad del titular de la marca y le impone determinadas condiciones en el momento de conceder licencias: cuáles sean éstas depende de la normativa aplicable. Debe señalarse que gran parte de la doctrina desarrollada en torno a los contratos de licencia —que constituye la piedra angular de la relación entre las marcas y el ordenamiento *antitrust*— resulta también sumamente ilustrativa a la hora de enjuiciar otros comportamientos marcarios.

1995, p. I-743), conocida por *Magill I*, en el ámbito de los derechos de autor, y en la cual, no obstante, el TJCE enfatizó que existía una situación de monopolio *de facto*.

⁵⁵ Decisión de la Comisión *NDC Health/IMS Health* (asunto COMP D3/38004) relativa a la aplicación del art. 82, TCE de 3 de julio de 2001, suspendida provisionalmente por auto por el Presidente del TPI, asunto T-184/01R, TPI de fecha 10 de agosto de 2001.

⁵⁶ Cit. nota 45.

⁵⁷ Véase también asunto TPI *Tiercé Ladbroke*, at. nota 43, a efectos de ilustrar la problemática.

⁵⁸ XXVII Informe sobre la política de competencia.

⁵⁹ Éste es un concepto objetivo y no subjetivo: algunas cláusulas son anticompetitivas *per se*, con independencia de la intención de las partes.

⁶⁰ Véase asunto TJCE *Technique Minière*, cit. nota 17.

Existe una clasificación inicial que ha de permitirnos concretar a qué bloque normativo acudir fundamentalmente:

A. CONTRATOS DE LICENCIA SUJETOS A LA REGLA *DE MINIMIS*

Conforme es bien sabido, la aplicación del art. 81 del Tratado requiere que la conducta anticompetitiva en causa *pueda afectar al comercio entre los Estados miembros*. La práctica del Tribunal y de la Comisión ha excluido del ámbito de aplicación del art. 81 a todos aquellos contratos que por su *escasa significación económica* no afectan al comercio intracomunitario. Los supuestos que se benefician de este régimen han sido *codificados* en diversas Comunicaciones de la Comisión, siendo la última de ellas de diciembre 2001⁶¹. Según la misma, los contratos de licencias entre empresas situadas en un mismo nivel de la cadena de producción o comercialización (*acuerdos horizontales*), cuando las cuotas de mercado de las empresas participantes no superen el 10 por ciento y, en los *acuerdos verticales*, cuando la respectiva cuota de mercado no supere el 15 por ciento, quedan excluidos, en términos generales, del análisis bajo el prisma del art. 81⁶².

A destacar que, en el supuesto de que el contrato de licencia contenga restricciones graves de las denominadas *hard core*, deja de aplicarse la regla *de minimis* y a tener en cuenta también la existencia de reglas particulares para la valoración de los supuestos en que los contrarios forman parte de una red de distribución y de los efectos acumulativos sobre la competencia que de ello se derivan⁶³.

El beneficio de la regla *de minimis* no implica la exclusión de la aplicabilidad de los regímenes nacionales de la competencia⁶⁴.

⁶¹ Comunicación de la Comisión sobre acuerdos de menor importancia que no restringen la competencia de manera apreciable por el art. 81.1 TCE, en adelante Comunicación *de minimis*, de 20 de diciembre de 2001.

⁶² La presente Comunicación sustituye a la anterior de 9 de diciembre de 1997, *DOCE*, núm. L-372, cuyos umbrales eran respectivamente del 5 por 100 y del 10 por 100. Es conveniente, no obstante, analizar con detenimiento la Comunicación, puesto que son diversos los requisitos a analizar y los supuestos. Presumiblemente, sustituye también a los aps. 8 a 11 de la Comunicación sobre restricciones verticales, cit. nota 26.

⁶³ Véase Comunicación *de minimis* citada en nota 61, así como asunto C-234/89, TJCE de fecha 28 de febrero de 1991, *Delimitis c. Henniger Bräun* (Rep. 1991, p. I-395); asunto 214/99, TJCE de fecha 7 de diciembre de 2000, *Neste Markkimoninti* (Rep. 2000, p. I-11121) y asunto T-25/99, TJCE de fecha 5 de julio de 2001, *Roberts & Roberts c. Comisión* (Rep. 2001, p. II-1882).

⁶⁴ Véase, no obstante, el art. 1.3 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (*BOE*, núm. 170, de 18 de julio de 1989).

B. CONTRATOS DE LICENCIA DE MARCA CELEBRADOS ENTRE OPERADORES ECONÓMICOS SITUADOS EN UN MISMO NIVEL DEL MERCADO (ACUERDOS HORIZONTALES O ENTRE COMPETIDORES REALES O POTENCIALES ⁶⁵)

Estos acuerdos se rigen directamente por las disposiciones de los arts. 81.1 y 81.3, lo que sustancialmente requiere la valoración de los efectos de la licencia aplicando la *rule of reason*.

Son de destacar, en el contexto de la nueva política de análisis más económico que lleva a cabo la Comisión, la publicación en enero de 2001 de la Comunicación sobre las directivas de aplicabilidad del art. 81 a los *acuerdos horizontales* ⁶⁶; el Reglamento de acuerdos de especialización ⁶⁷, y el Reglamento de acuerdos de I+D ⁶⁸, ambos de noviembre de 2000, que se aplican a determinados acuerdos de naturaleza *horizontal*. Puede también resultar aplicable el Reglamento sobre contratos de transferencia de tecnología ⁶⁹. Nos ocuparemos someramente de las licencias sometidas a este régimen jurídico más adelante ⁷⁰, pero cabe tener en cuenta que cuanto diremos a continuación sobre las licencias *verticales* puede en cierto modo resultar útil en el contexto de las licencias *horizontales*.

C. CONTRATOS DE LICENCIA DE MARCA CELEBRADOS ENTRE OPERADORES ECONÓMICOS SITUADOS A NIVELES DISTINTOS DEL MERCADO (ACUERDOS «VERTICALES»).

El régimen jurídico aplicable a este tipo de licencias es muy diverso.

Si la licencia de marca constituye un convenio accesorio ⁷¹ a un acuerdo *vertical* (por ejemplo, una cesión de uso de la marca en el contexto de

⁶⁵ Véanse el art. 1.a) del Reglamento sobre restricciones verticales, cit. nota 26; Comunicación sobre restricciones verticales, ap. 26, cit. nota 26, y Comunicación de la Comisión sobre directrices sobre la aplicabilidad del art. 81 del Tratado CE a los acuerdos de cooperación horizontal de 6 de enero de 2001 (DOCE, núm. C 3/02), en adelante, Comunicación sobre los acuerdos de cooperación horizontal, ap. 140.

⁶⁶ Comunicación sobre los acuerdos de cooperación horizontal, cit. nota 65.

⁶⁷ Reglamento (CE) núm. 2658/2000 de la Comisión, de 29 de noviembre de 2000, relativo a la aplicación del ap. 3 del art. 81 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de especialización, DOCE, núm. L 304/3.

⁶⁸ Reglamento (CE) núm. 2659/2000 de la Comisión, de 29 de noviembre de 2000, relativo a la aplicación del ap. 3 del art. 81 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de investigación y desarrollo, DOCE, núm. L 304/7.

⁶⁹ Véase 5.9. Nos ocupamos allí de los mismos, por razones metodológicas.

⁷⁰ Véase *infra* 11.

⁷¹ Indudablemente, determinar el carácter accesorio de un derecho no es tarea fácil. Tampoco existen parámetros legales para ello. La importancia de la marca cedida o las condiciones contractuales bajo las que se licencia han de permitir el adecuado encuadramiento del contrato: una marca fuerte puede excluir el carácter *accesorio* de su licencia.

un contrato de franquicia)⁷², el régimen jurídico aplicable vendrá delimitado del siguiente modo:

1) Si el acuerdo vertical se celebra entre un suministrador⁷³ cuya cuota de mercado no excede del 30 por ciento⁷⁴, no contiene ninguna de las restricciones denominadas *hard core*⁷⁵ y se cumplen otros presupuestos⁷⁶, la licencia de marca contenida en el acuerdo se considera automáticamente exencionada en virtud del Reglamento sobre restricciones verticales y no es necesario proceder a su análisis en los términos del ap. 3 del art. 81, siempre que la *licencia accesoria de marca* no contenga restricciones que excedan los límites impuestos al propio acuerdo vertical⁷⁷.

2) Si la cuota de mercado es superior al 30 por ciento o las condiciones del art. 5 del Reglamento no se cumplen, el acuerdo —y con él la licencia de marca— deben ser objeto de evaluación a la luz de los efectos que producen sobre la competencia⁷⁸ y se hallan sujetos a posible investigación y valoración por parte de las autoridades de defensa de la competencia, aunque no existe presunción de ilegalidad⁷⁹. No es necesaria su notificación a la Comisión⁸⁰.

3) Si el acuerdo contiene alguna restricción *hard core*⁸¹, debería obtenerse una exención individual del art. 81.3 del Tratado, aun cuando normalmente no será concedida.

Si la licencia de marca constituye un convenio accesorio⁸² a un contrato de transferencia en exclusiva de tecnología⁸³ (es decir, a una licencia exclusiva de patente, know-how o mixta de ambos) celebrado entre dos empre-

⁷² Véase en particular los aps. 30 a 38 de la Comunicación sobre restricciones verticales, cit. nota 26.

⁷³ En el caso de acuerdos de compra exclusiva, la cuota de mercado a tener en cuenta es la del comprador (art. 3.2 del Reglamento sobre restricciones verticales, cit. nota 26).

⁷⁴ Art. 3.1 del Reglamento sobre restricciones verticales, cit. nota 26.

⁷⁵ En términos generales, fijación de precios, compartimentación de mercados y ciertas restricciones en contra de distribución selectiva. Véase el art. 4 del Reglamento, cit. nota 26, para mayor detalle.

⁷⁶ Véase art. 5 del Reglamento sobre restricciones verticales, cit. nota 26.

⁷⁷ Art. 2.3 del Reglamento sobre restricciones verticales, cit. nota 26.

⁷⁸ Véase entre otros ap. 9 del Reglamento sobre restricciones verticales, cit. nota 26.

⁷⁹ Véase ap. 62 de la Comunicación sobre restricciones verticales, cit. nota 26.

⁸⁰ Véase ap. 63 de la Comunicación sobre restricciones verticales, cit. nota 26.

⁸¹ Véase art. 4 del Reglamento sobre restricciones verticales, cit. nota 26.

⁸² Véase también el comentario en la nota 71.

⁸³ Véanse sexto considerando y arts. 1.1 y 5.1.4 del Reglamento sobre contratos de transferencia de tecnología, Reglamento CE 240/96 de la Comisión, de 31 de enero de 1996, relativo a la aplicación del ap. 3 del art. 85 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de transferencia de tecnología, *DOCE*, núm. L 31/2, en adelante Reglamento sobre contratos de transferencia de tecnología. Actualmente en fase de revisión. Véase el Informe de evaluación al mismo publicado por la Comisión en diciembre de 2001, cit. nota 1. El Reglamento sobre contratos de transferencia de tecnología es, por así decirlo, el último vigente de los Reglamentos de la «antigua escuela» —más formalista y menos orientada económicamente— imperante hasta la publicación del Reglamento sobre restricciones verticales, cit. nota 26.

sas⁸⁴ y con fines industriales⁸⁵, en tal caso la licencia de marca, en lugar de registrarse por el Reglamento sobre restricciones verticales y su Comunicación, se halla sujeto al Reglamento sobre contratos de transferencia de tecnología de 1996.

No obstante, la Comisión ha expresado que el Reglamento es útil asimismo para valorar acuerdos que quedan fuera de su ámbito de aplicación⁸⁶.

Conviene destacar que este tipo de licencias accesorias de marca se benefician, en términos generales, de una cierta mayor permisibilidad en cuanto a la exención de algunas cláusulas restrictivas de la competencia que, en otros regímenes y singularmente el instaurado por los arts. 4 y 5 del Reglamento sobre restricciones verticales, pueden ser más estrictos. A continuación enumeramos algunas de las restricciones exencionadas por el Reglamento de 1996:

1) La obligación del licenciante de no otorgar licencias a terceros en el territorio objeto de la licencia y de abstenerse él mismo de explotar la tecnología cedida en licencia, así como la obligación inversa del licenciario de respetar el territorio exclusivo del licenciante o el de otros licenciarios⁸⁷ (cláusulas de exclusiva).

2) La obligación del licenciario de abstenerse de llevar a cabo ventas activas y, con ciertos límites⁸⁸, ventas pasivas, en territorios reservados a otros licenciarios.

3) La obligación del licenciario de utilizar únicamente la marca o presentación del licenciante.

4) La prohibición al licenciario de ceder la licencia o sublicenciar sus derechos.

Se hallan, por el contrario, prohibidas (cláusulas *negras* o *grises*, según los casos) las cláusulas de reparto de clientela, de *field-of-use* o sector de aplicación, las limitaciones cuantitativas, fijación de precios, obligaciones de no competencia, cláusulas de subordinación o *tie-in* y otras⁸⁹.

Si nos hallamos ante una licencia pura de marca (así como ante una licencia accesoria a un acuerdo vertical o a un contrato de transferencia de tecnología, que no puedan beneficiarse, respectivamente, del Regla-

⁸⁴ Aunque no es necesario que se hallen en una relación vertical, pudiendo también celebrarse entre competidores reales o potenciales.

⁸⁵ Véanse arts. 1.1 y 10.10 del Reglamento sobre contratos de transferencia de tecnología, cit. nota 83. Se excluyen la distribución y las licencias multilaterales.

⁸⁶ Véase la Decisión *Sicasov* (99/66), *DOCE*, núm. L 4/27, y el art. 3.2 del Reglamento.

⁸⁷ Las exenciones citadas se hallan sujetas a determinados límites temporales, que varían en función del tipo de acuerdo y de la parte (licenciante o licenciario obligada). Para mayor detalle, véanse los aps. 2 y 3 del art. 1 del Reglamento, cit. nota 83.

⁸⁸ Sujeto a limitaciones temporales y salvaguardando los derechos de los *free riders* y de los usuarios finales. Véanse los aps. 2, 3 y 4 del art. 1 y los puntos *a*) y *b*) del ap. 3 del art. 3 del Reglamento, cit. nota 83.

⁸⁹ El Reglamento sobre contratos de transferencia de tecnología es complejo y casuístico, por lo que debe ser objeto de atento análisis antes de celebrar cualquier acuerdo que recaiga bajo su órbita aplicativa.

mento sobre restricciones verticales o del Reglamento sobre contratos de transferencia de tecnología ⁹⁰), el contrato de licencia se halla sujeto al régimen general del art. 81.3 ⁹¹.

El art. 81 será aplicable en dos supuestos: 1) si la concesión de la licencia en sí misma tiene por objeto o efecto restringir el juego de la competencia en el mercado común ⁹², o 2) si su contenido contractual engloba cláusulas que presentan igual objeto o efecto ⁹³. En ambos supuestos es necesario emprender un proceso de análisis *antitrust*.

El punto de partida en el análisis será siempre la jurisprudencia del TJCE relativa a la distinción entre *existencia* y *ejercicio* del derecho de marca ⁹⁴, a que hemos aludido y que constituye la doctrina general: la posibilidad de licenciar una marca es un derecho inherente a la existencia de la marca en sí misma, pero su ejercicio únicamente es compatible con el art. 81 (y con el art. 82) si: 1) la licencia no va más allá del *objeto específico* ⁹⁵ del derecho de marca (es decir, no persigue más que poner los productos en circulación en el mercado por primera vez y no tiene por objeto o efecto restringir la competencia o constituir un medio de ejecutar una práctica colusoria ⁹⁶), y 2) los términos de la licencia respetan la *función esencial* ⁹⁷ del derecho de marca (es decir, garantizar la identidad de origen del producto y no, de nuevo, restringir la competencia).

Sobre esta cuestión del objeto y el efecto anticompetitivos se ha mantenido tradicionalmente que el TJCE adoptó una postura muy restrictiva respecto de la legalidad concurrencial de las licencias de marcas. La posición tradicional sería que las licencias de marcas en tanto en cuanto que

⁹⁰ Es posible que, mediante el proceso de revisión del Reglamento sobre contratos de transferencia ahora en marcha, los contratos de licencia pura de marca sean también incluidos en un nuevo Reglamento más generalista, al modo del Reglamento sobre restricciones verticales.

⁹¹ En todos estos casos, no obstante, tanto la Comunicación sobre restricciones verticales, cit. en nota 26, como la Comunicación relativa a acuerdos de cooperación horizontales, cit. nota 65 (dependiendo de la posición de las partes en la cadena de producción o de distribución), pueden ser ilustrativos. Aunque la Comunicación sobre restricciones verticales es, estrictamente hablando, únicamente aplicable a *acuerdos verticales*, tal y como se encuentran definidos por el Reglamento, excluyendo por tanto las licencias puras de marca (véanse sus puntos 32 y 34), sus contenidos y, en particular, los criterios para valorar los casos individuales de *acuerdos verticales*, contenidos en los puntos 100 a 229 de la Comunicación, pueden ser relevantes para evaluar individualmente licencias de marcas verticales no cubiertas por ninguna de las exenciones por categorías. También puede resultar ilustrativo el art. 2.1 del Reglamento sobre contratos de transferencia de tecnología, cit. en nota 83, según parece inferirse del considerando 18 del mismo.

⁹² Véase asunto TJCE *Sirena*, cit. nota 7, y aunque no se trate formalmente hablando de un supuesto de licencia sino de cesión, asunto *Consten y Grunding*, cit. nota 4.

⁹³ Véase, a modo de resumen, Informe de Evaluación de la Comisión sobre el Reglamento sobre contratos de transferencia de tecnología, ap. 39, cit. nota 1. Téngase en cuenta también que, a menudo, el contenido de la licencia permitirá determinar el objeto a efecto del conjunto del contrato, por cuya razón no es siempre posible analizar el contrato en dos bloques estancos: objeto o efecto y clausulado.

⁹⁴ Véase *supra* 2.6.c).

⁹⁵ Véase *supra* nota 32.

⁹⁶ Asunto TJCE *Consten y Grunding*, cit. nota 4, y asunto 28/77, TJCE de fecha 20 de junio de 1978, *Tepea bv c. Comisión* (Rep. 1978, p. I-1391).

⁹⁷ Véase *supra* nota 33.

con ellas pueden impedirse las importaciones de productos son contrarias al art. 81, bajo la doctrina de la Sentencia *Sirena*⁹⁸ de 1966:

«El art. 85 (actual art. 81) del Tratado es aplicable en la medida en que los derechos de marca son utilizados para impedir importaciones de productos con origen en diferentes Estados miembros, y que ostentan la misma marca, en virtud del hecho de que los propietarios la han adquirido, u ostentan el derecho a usarla⁹⁹, tanto a través de acuerdos entre ellos como a través de acuerdos con terceros».

Sin embargo, en nuestra opinión, la Sentencia *Sirena* así interpretada no es representativa. Puede señalarse que se limita a constatar la primera premisa: si hay *acuerdo* (y lo hay en toda cesión o licencia, nos dice); es decir, base *consensual* suficiente para aplicar el art. 81, algo que en 1966 no tenía ni mucho menos por qué estar claro.

Por ello, los términos de *Sirena* son en sí mismos insuficientes para dictaminar que toda licencia de marca, por sí, cae dentro del alcance del art. 81.

De modo similar, en *Consten y Grunding*¹⁰⁰ (1971), el Tribunal ya requirió, además del acto de cesión de la marca (primer presupuesto), la concurrencia de un elemento adicional de *concertación* anticompetitiva, lo volvió a constatar en *Tepea*¹⁰¹ y, recientemente, en *Ideal Standard* (1994) ha confirmado sin lugar a dudas esta postura:

«... la regla y la sanción que la acompaña no puede ser aplicada mecánicamente a cada transmisión. Con anterioridad a que la cesión de una marca sea considerada que tiene un efecto prohibido bajo el art. 85 (actual art. 81), es necesario analizar el contexto, los acuerdos que subyacen con la transmisión, la intención de las partes y la contraprestación de la cesión»¹⁰².

Ésta es la norma incluso en aquellos supuestos en que la licencia —salvo que existan acuerdos solusarios subyacentes— es concedida para uno o más Estados miembros a diversos licenciatarios y el propietario mantiene la titularidad en otro u otros. La partición del mercado resultante de esta situación es una consecuencia *natural* del actual estado de desarrollo del Derecho de marcas y es conforme con las doctrinas del *objeto específico* y de la *función esencial*. El efecto *anticompetitivo* principal (la partición del mercado común) ha sido anulado mediante la *doctrina del agotamiento comunitario del derecho de marca*¹⁰³, actualmente codi-

⁹⁸ Véase nota anterior.

⁹⁹ Referencia específica a licencias.

¹⁰⁰ Cit. nota 4.

¹⁰¹ Asunto TJCE *Tepea*, cit. nota 96. Se trataba de una licencia de marca exclusiva acompañada de una prohibición de exportación.

¹⁰² Asunto TJCE *Ideal Standard*, cit. nota 37. Cursiva nuestra.

¹⁰³ Véase *supra* 2.6.a) y también asunto *Ballantines*, cit. nota 33, en que el Tribunal señala que el art. 30 TCE (ex art. 36) y el art. 7.1 de la Directiva comunitaria sobre la marca persiguen un mismo objetivo.

ficada en el art. 7.1 de la Directiva sobre marcas ¹⁰⁴. Esta norma no existía en los primeros análisis de las licencias y cesiones de marcas, lo que bien puede explicar las mayores reticencias que inicialmente generaban aquellas figuras jurídicas.

El art. 81 se infringirá, por tanto, no *per se*, sino sólo si la licencia: 1) por la manera en que se ejerce (concertadamente), o 2) por sus disposiciones contractuales, produce o puede llegar a producir efectos anticompetitivos, lo que requiere siempre una valoración de sus contenidos y del contexto económico de las partes y del acuerdo.

Nos ocupamos a continuación de la legalidad de estos contenidos a la luz del art. 81.1 y también de la posibilidad de que algunas cláusulas sean objeto de exención al amparo del art. 81.3 ¹⁰⁵:

i) *Licencias no exclusivas*: una licencia no exclusiva (es decir, aquella en que ni licenciante ni licenciario se reservan para sí o para otros licenciarios territorios determinados) no suscita por lo general cuestiones de competencia ¹⁰⁶; dicho de otro modo, es una conducta plenamente incardinada en el *objeto específico* y la *función esencial* de todo derecho de marca. Sólo si contiene otras cláusulas restrictivas (de las que nos ocupamos más adelante) que pueden afectar a la libre concurrencia o se celebran en un entorno de posición dominante es posible un análisis bajo la óptica *antitrust*.

ii) *Licencias exclusivas*: este tipo de acuerdos implican que el titular de la marca se obliga a: 1) no usar la marca licenciada él mismo, y/o 2) no licenciarla a terceros, todo ello en un determinado territorio conferido al licenciario.

Aunque *prima facie* esta conducta puede presentar rasgos aparentemente anticompetitivos (la exclusión de terceros), lo cierto es que la exclusividad es a menudo necesaria para explotar con suficientes garantías de éxito los derechos cedidos y constituye habitualmente un factor procompetitivo (siempre a salvo de su otro contenido contractual o de que produzca anticompetitivos en el mercado) ¹⁰⁷. Ello implica que debe procederse a un análisis del contrato bajo la *rule of reason* ¹⁰⁸.

¹⁰⁴ Aunque pueda ser discutible, se ha asumido que la concesión de una licencia equivale a *consentimiento* para los fines del art. 7.1 de la Directiva comunitaria sobre la marca. Así se infiere del asunto *Ideal Standard*, cit. nota 37, y viene apoyado en asunto *Centrafarm c. Sterling Drug*, cit. nota 23; asunto 258/78, TJCE de fecha 8 de junio de 1982, *Nungesser c. Comisión* (Rep. 1982, p. 2015), en adelante *Nungesser*. Respecto al consentimiento en el contexto de licencias obligatorias de patente, véase la sentencia asunto 18/84, TJCE de fecha 9 de julio de 1985, *Pharmon c. Hoechst* (Rep. 1985, p. 2281).

¹⁰⁵ Conviene recordar que el art. 40 del acuerdo ADPIC faculta expresamente a sus Estados parte a legislar sobre los efectos anticompetitivos que las licencias de derechos de propiedad intelectual (incluyendo la propiedad industrial) pueden causar.

¹⁰⁶ Véase la Decisión *Schlegell CPIO*, 1984, *CMLR*, 179.

¹⁰⁷ Un licenciario puede no siempre estar dispuesto a aceptar el riesgo económico que supone explotar una licencia no exclusiva.

¹⁰⁸ De hecho, este tipo de cláusulas de exclusividad *abierta* se hallan implícitamente autorizadas

Ésta es la postura que la Comisión adoptó en *Campari*¹⁰⁹, *Moosehead/Whitbread*¹¹⁰ y puede ser inferida de las Sentencias *Nungesser*¹¹¹ y *Coditel II*¹¹² del Tribunal —caracterizado por una progresiva flexibilización en sus planteamientos— y finalmente del Reglamento sobre restricciones verticales¹¹³.

Sin embargo, en algunos *acuerdos horizontales*, la exclusiva puede traducirse en un reparto de mercados o de clientes (especialmente en aquellos supuestos en que la exclusiva tiene carácter recíproco: licencias cruzadas o unilaterales o licencias que excluyen a los proveedores que compiten con el licenciataria y otras situaciones análogas), en cuyos casos se considerarán anticompetitivas.

iii) *Prohibición de exportar a otros países del Espacio Económico Europeo*¹¹⁴ en los que no ha sido concedida la licencia: esta cláusula no será normalmente exencionable bajo el art. 81.3, puesto que equivale a una protección territorial absoluta¹¹⁵, que no se justifica por razones de tipo económico y que —en la interpretación dada por el TJCE a los conceptos de *objeto específico* y *función esencial*— excede de su ámbito.

iv) *Compromiso por parte del licenciante de impedir a otros licenciarios o terceros efectuar importaciones paralelas en el territorio del licenciario*: tampoco este tipo de cláusulas serán normalmente exencionables¹¹⁶, puesto que se consideran manifiestamente ajenas al *objeto específico* de los derechos de marca (la *primera* comercialización en el EEE).

v) *Prohibición de emprender ventas activas fuera del territorio licenciado*: estas cláusulas han de considerarse normalmente exencionables atendiendo a la práctica de la Comisión¹¹⁷ y los principios que rigen los acuerdos verticales.

En lo que se refiere a impedir las *ventas pasivas*, puede tenerse en cuenta análogicamente lo dispuesto en el art. 4.b) del Reglamento sobre

en los acuerdos verticales en los que las cuotas de mercado no superen el 30 por ciento y parece que no han de merecer una valoración hostil en los contratos en que se exceda este umbral.

¹⁰⁹ Decisión *Campari* (78/253), DOCE, núm. L 70/69, 1998.

¹¹⁰ Decisión *Mooshead* (90/180), DOCE, núm. L 100/32, 1990. El acuerdo exencionado también concedido a través de una licencia de *know-how* para fabricar cerveza canadiense *Mooshead* en el Reino Unido. Withbread, el licenciario, era asimismo un productor de cerveza y el acuerdo fue considerado por tanto de carácter *horizontal*.

¹¹¹ Véase la Sentencia del TJCE *Nungesser*, cit. nota 104, y el concepto en primer lugar desarrollado de las licencias *abiertas* excluidas del art. 81.1 como concepto opuesto a licencias con protección territorial absoluta. Se trataba de un supuesto de derechos sobre la protección de variedades vegetales.

¹¹² Asunto 262/81, TJCE de fecha 6 de octubre de 1982, *Coditel SA c. SA ciné-Vog (Coditel II)* (Rep. 1982, p. 3381).

¹¹³ Aunque no aplicable, como se ha expuesto, a licencias puras de marcas.

¹¹⁴ Los artículos del Tratado EEE equivalentes a las disposiciones de los arts. 81 y 82 TCE (antes arts. 85 y 86) son los arts. 53 y 54.

¹¹⁵ Véase, por analogía, el art. 4.b) del Reglamento sobre restricciones verticales.

¹¹⁶ Véase la Decisión *Velcro/Aplix* (85/410), DOCE, núm. L 233/22.

¹¹⁷ Véase Decisión *Campari*, cit. nota 109, y Decisión *Moosehead/Whitbread*, cit. nota 110.

restricciones verticales ¹¹⁸. En lo que se refiere a las ventas a través de Internet, es importante considerar el párrafo 51 de la Comunicación sobre restricciones verticales, así como lo razonado por la Comisión en *Yves Saint Laurent* ¹¹⁹.

vi) *Determinación de precios de venta*: aunque pueda parecer hasta cierto punto *lógico* que el precio de los productos bajo marca licenciada sean establecidos por el titular de la misma, es claro que, en consonancia con los principios del Derecho comunitario ¹²⁰, cualquier disposición o práctica contractual que permita al licenciante fijar o controlar los precios de venta no es susceptible de resultar exencionada.

vii) *Cláusulas sobre control de calidad*: normalmente, las cláusulas justificadas sobre control de calidad (por ejemplo, limitaciones sobre los ingredientes clave que pueden ser usados en la fabricación de los productos ¹²¹ o sobre las condiciones de que deben reunir los establecimientos donde se manufacturen ¹²²) se consideran excluidas del art. 81.

viii) *Obligación de aplicar la marca licenciada únicamente a ciertos productos (field-of-use)*: esta limitación contractual (incluso si el registro de marca cubre una mayor gama de productos) debe considerarse dentro de la *función esencial* del derecho de marca y, por ello, no es en términos generales contraria al art. 81 ¹²³.

ix) *Cláusulas de no impugnación*: debe distinguirse entre aquellos supuestos en que se prohíbe impugnar la *falta de título* del licenciante sobre la marca o aquellos otros casos en que se prohíbe impugnar su validez por causa de *prohibiciones absolutas* de registro (por ejemplo, por carecer la marca de carácter distintivo ¹²⁴). Sólo estas últimas disposiciones —que limitan injustamente la libertad concurrencial— han sido vistas como potencialmente contrarias al art. 81 ¹²⁵. No obstante, en tiempos más recientes, el Tribunal ha declarado en *Bayer c. Shullhöfer* que debe examinarse el contexto jurídico y económico del pacto ¹²⁶.

x) *Obligación del licenciataro de informar de posibles infracciones de la marca cedida en licencia*: si atendemos, por analogía, a lo dispuesto

¹¹⁸ Nótese que el régimen de restricciones territoriales en cuanto a ventas activas tolerado por el art. 4.1 citado es más estricto que su predecesor el Reglamento 1983/83, lo que ha de tener efecto posiblemente también en cuanto a licencias de marcas.

¹¹⁹ Comunicado de prensa de la Comisión de 17 de mayo de 2001.

¹²⁰ Véase Decisión *Mooshead/Withbread*, cit. nota 110.

¹²¹ Véanse Decisiones *Campari* y *Mooshead/Withbread*, cit. notas 109 y 110, respectivamente.

¹²² Véase asunto 161/84, TJCE de fecha 28 de enero de 1968, *Pronuptia de París GmbH c. Pronuptia de París Irmgard Schillgalis* (Rep. 1986, p. 1-353), en adelante *Pronuptia*, en materia de contrato de franquicia.

¹²³ Véase TJCE *Nungesser*, cit. nota 104.

¹²⁴ Véase art. 3 de la Directiva sobre marcas, cit. nota 12, y art. 5 de la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas.

¹²⁵ Asunto TJCE *Windsurfing*, cit. nota 27. Véase también la Decisión *Totlecs c. Dorcet* (82/897), DOCE, núm. L 379.

¹²⁶ Asunto 65/85, TJCE de fecha de 27 de septiembre de 1988, *Bayer c. Süllhöfer* (Rep. 1988, p. 5249), y arts. 4 y 2.1.15 del Reglamento sobre contratos de transferencia de tecnología, cit. nota 82.

por el art. 2.1.6 del Reglamento de contratos sobre transferencia de tecnología, podemos afirmar que este tipo de disposiciones contractuales caen fuera del ámbito aplicativo del art. 81.1.

xi) *Prohibición de sublicenciar o de ceder la licencia*: este tipo de pactos se consideran válidos desde la perspectiva del art. 81 al integrarse claramente dentro de la *función esencial* de los derechos de marca ¹²⁷.

xii) *Obligación de no competencia por parte del licenciataria*: se trata de disposiciones que habrán de ser analizadas caso por caso ¹²⁸. En términos generales, las cláusulas de inhibición de la competencia en *acuerdos horizontales* aumentan el riesgo de colisión y es de presumir que son contrarias al art. 81 ¹²⁹. En acuerdos entre no competidores y en determinadas circunstancias y situaciones de mercado estas cláusulas pueden parecer exencionables a la luz del art. 81.3 y por analogía con el Reglamento sobre restricciones verticales.

xiii) *Restricciones de ventas a determinados clientes reservados por el licenciante u otros licenciarios*: de nuevo, dependiendo del contexto económico y de si se trata de acuerdos *horizontales* o *verticales* (es decir, entre competidores o no), es pensable que los primeros no sean exencionables, mientras que los segundos sí lo sean, si atendemos, respectivamente, a los criterios analógicos brindados por el Reglamento sobre contratos de transferencia de tecnología y el de restricciones verticales ¹³⁰.

xiv) *Restricciones cuantitativas y otras análogas en relación al número máximo de unidades producibles con la marca licenciada*: convendrá en cada caso efectuar un análisis concreto, pero es pensable que en términos generales este tipo de limitaciones convencionales atentan contra el art. 81, especialmente si la licencia es entre competidores ¹³¹. No obstante, es también argumentable que las limitaciones citadas simplemente inciden en el *objeto específico* del derecho de marca, puesto que siendo una excepción a un derecho de exclusión, el titular puede decidir el *quantum* de su renuncia.

xv) *Cláusulas de subordinación o tie-in*: también las consideraciones económicas del caso y el poder de mercado de las partes son importantes a la hora de evaluar la conformidad de este tipo de cláusula con el art. 81.

¹²⁷ Véase Decisión *Moosehead/Withbread*, cit. nota 110, y *Vickers/Rolls-Royce* sobre restricciones a la concesión de sublicencias de marca (XXVIII Informe de la Competencia, 1998).

¹²⁸ Véase asunto 320/87, TJCE de fecha..., *Kai Ottung c. Klee & Weilback* (Rep. 1989, p. 1177) y las Decisiones de la Comisión *Campari*, *Moosehead/Whitbread*, cit. nota 110, y *RAI c. Unitel* (78/516), DOCE, núm. L 157/39, XII Informe de la Competencia.

¹²⁹ Nótese que el art. 3.2 del Reglamento sobre contratos de transferencia de tecnología prohíbe este tipo de restricciones y que la práctica de la Comisión es asimismo generalmente contraria [véase Decisión *Comisión AOlP/Beyrard* (76/29), DOCE, núm. L 6/8, y *Vaessen/Morris* (79/96), DOCE, núm. L 19/32]. Véase también la Decisión *Comisión Moosehead/Withbread*, cit. nota 110, y la Comunicación sobre acuerdos de cooperación horizontal, cit. nota 65, singularmente sus aps. 139 y ss.

¹³⁰ Véanse, respectivamente, los arts. 3.4 y 4.b) de los Reglamentos citados.

¹³¹ Puede resultar ilustrativo el art. 3.5 del Reglamento sobre contratos de transferencia de tecnología, cit. nota 1. Véanse también, en contra de la restricción en materia de patentes, TJCE *Centrapharm c. Sterling Drug*, cit. nota 23.

No obstante, es de señalar que en líneas generales el subordinar la concesión de una licencia de marca a la aceptación de prestaciones suplementarias que no guarden relación con aquélla se considerará que tienen carácter exclusionario respecto de terceros competidores y se encuentra fuera del *objeto específico y función esencial* de la misma y, con ello, sujeto al art. 81¹³².

xv) *Cláusula de cálculo de royalties en base a productos no sujetos al derecho de marca cedido*: el obligar al licenciatarario a pagar un *royalty* respecto de otros productos para los que no se concede la licencia puede resultar una forma de *tie-in* que contravendría el art. 81.1¹³³. En situaciones de posición de dominio del licenciante, existiría asimismo la posibilidad de argumentar la aplicabilidad del art. 82.

xvi) *Fijación de royalties excesivos u otras cláusulas excesivamente onerosas*: en presencia de poder de mercado por parte del licenciante, cabe esgrimir el art. 82 a supuestos de *royalties* abusivos¹³⁴ u otras cláusulas o exigencias paracontractuales de este género¹³⁵.

xvii) *Otras restricciones a la libertad comercial de las partes son posibles*¹³⁶: en materia de Derecho de marcas y contrariamente a lo que sucede con toda seguridad respecto a otros derechos de propiedad intelectual e industrial (recordemos que el *poder de monopolio* de una marca es mucho menor que el de una patente, a efectos de control de un determinada fuente de producción), los efectos en el mercado de tales restricciones suelen ser menos severos y, por ello, el juicio sobre sus restricciones permite mayor benevolencia. No obstante, cualesquiera restricciones contractuales, como ya se ha visto, requerirán una evaluación de sus efectos¹³⁷.

¹³² Véase TJCE *Windsurfing*, cit. nota 27. Respecto de los *acuerdos verticales*, el Reglamento de exención de los mismos considera este tipo de cláusulas exencionables en aquellos supuestos en que no se supere el umbral de cuota de mercado del 30 por ciento.

¹³³ Véase el asunto *Neilson-Hordell*, XII Informe de la Competencia, pero en sentido menos estricto TJCE *Windsurfing*, cit. nota 27. Véase también *Kai Ottung c. Klee*, cit. nota 128.

¹³⁴ Véanse asunto 395/87, TJCE de fecha 13 de julio de 1989, *Ministère Public c. Jean-Louis Tournier* (Rep. 1989, p. 25211), y asunto T30/89, TPI de fecha 12 de diciembre de 1991, *Hilti c. Comisión* (Rep. 1991, p. II-1439).

¹³⁵ Véase comunicado de prensa IP (73) 67, asunto *Eurofima*, de 16 de abril de 1973.

¹³⁶ Véase, *ad exemplum*, el asunto *Microsofi/Santa Cruz* sobre restricciones contractuales respecto de la explotación en tecnología del licenciatarario en materia de propiedad intelectual.

¹³⁷ Quizás un buen ejemplo sea TJCE *Pronuptia*, cit. nota 121, en que el Tribunal analizó la diversidad de cláusulas y obligaciones para el franquiciado que un contrato de franquicia supone, ateniéndose a cada una de ellas. La sentencia es anterior al Reglamento sobre restricciones verticales y a su predecesor el Reglamento (CEE) 4087/88, relativo a categorías de acuerdos de franquicia, por cuya razón puede resultar ilustrativo para contextos donde éstos no serían aplicables, sin perjuicio de la evolución del Derecho en este campo.

D. CONTRATOS DE LICENCIA DE MARCAS ACCESORIAS A OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN O CELEBRADAS CON EMPRESAS EN PARTICIPACIÓN (JOINT VENTURES)

El régimen jurídico relativo a las operaciones de control así como a la creación de empresas en participación (ya sean *concentrativas* o *cooperativas*) es complejo y no es éste el lugar de examinarlo ¹³⁸.

No obstante, procede un apunte sobre el régimen aplicable a licencias de marca que a menudo acompañan a las operaciones de concentración de empresas, cuando éstas caen dentro del ámbito de aplicación del Reglamento 4064/89, sobre control de concentraciones ¹³⁹. Al respecto, la Comisión ha dictado recientemente una nueva Comunicación sobre *restricciones accesorias* a este tipo de operaciones de concentración ¹⁴⁰, entre las que se cuentan las licencias de marca que suelen celebrarse con ocasión de la venta de una empresa o, aún más habitualmente, de la venta de una parte de la misma, cuando el vendedor decide mantener la titularidad de la marca o continúa usándola en diferentes mercados de producto ¹⁴¹. En otros casos, existe el compromiso de una de las partes a no usar marcas confundibles con el negocio vendido ¹⁴².

Tales licencias *accesorias* pueden ser catalogadas, desde el punto de vista *antitrust*, ya sea como *restricciones directamente relacionadas y necesarias* para la operación de concentración en causa o bien quedar excluidos de tal concepto, es decir, considerarse *no necesarias*.

Sólo las primeras se benefician del régimen del Reglamento 4064/89, sobre control de concentraciones, y de la Comunicación citada, lo que significa que, a condición de que la licencia de marca haya sido incluida en la solicitud de autorización de la concentración ¹⁴³, la misma queda automáticamente aprobada en el momento en que recibe tal aprobación la misma operación de concentración ¹⁴⁴.

En caso contrario, han de ser analizadas a la luz del régimen general de los arts. 81 y 82 o, eventualmente, del Reglamento sobre contratos

¹³⁸ Véase fundamentalmente el Reglamento (CEE) 4064/89 del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas, modificado por el Reglamento (CE) 1310/97.

¹³⁹ Cit. nota anterior.

¹⁴⁰ Comunicación de la Comisión sobre las restricciones directamente relacionadas y necesarias para las operaciones de concentración, de 4 de julio de 2001, *DOCE*, núm. C 188/3.

¹⁴¹ Véase, en particular, el ap. 23 de la Comunicación citada y las Decisiones de la Comisión *Delphi Automotive Systems/Lucas Diesel* (COMP/M1784) (2000) y *Volvo/Renault IV* (COMP/M1980) (2000).

¹⁴² Véase al respecto las Decisiones *Schröder Ventures/Memec* (COMP/M2136) (2000) y *HSBC Private Equity Investments/BBA Friction* (COMP/M2091) (2000).

¹⁴³ Véase el ap. 6 de la Comunicación citada.

¹⁴⁴ Los siguientes son ejemplos de licencias integradas en acuerdos de creación de empresas en participación: Decisión *Sicasov*, cit. nota 86; Decisión *General Electric Aircraft Engines/Pratt & Whiney* (200/182), *DOCE*, núm. L 58, y Decisión *British Interactive Broadcasting/Open* (1999/781), *DOCE*, núm. L 312/1.

de transferencia de tecnología o de los Reglamentos sobre acuerdos de I+D o especialización ¹⁴⁵.

Para que la licencia merezca el calificativo de *necesaria* se requiere que: 1) en su ausencia, no se pueda llevar a cabo la concentración o sólo sea realizable en condiciones más gravosas ¹⁴⁶, y 2) su ámbito no exceda de lo que requiere razonablemente la realización de la operación ¹⁴⁷.

La Comisión se ha cuidado de explicar, en la Comunicación a que venimos aludiendo, los criterios que pretende aplicar al evaluar esta clase de restricciones accesorias ¹⁴⁸:

1) Las limitaciones territoriales, contrariamente a las limitaciones aplicativas por productos o servicios, suelen considerarse *no necesarias* ¹⁴⁹.

2) Las restricciones que protegen al licenciante en lugar de al licenciario (que encarna la empresa objeto de traspaso) generalmente tampoco pueden calificarse como *necesarias*.

3) Si la licencia de marca es *accesoria* a otros derechos objeto también de licencia (por ejemplo, una patente), aquélla será examinada en el contexto del régimen aplicable a estos otros derechos ¹⁵⁰.

4) En los acuerdos de *joint venture* concentrativas, las licencias concedidas por la empresa en participación a sus matrices se considerarán, por lo general, *necesarias* y sujetas al régimen de autorización de la operación de concentración mientras que las licencias entre las empresas matrices quedarán, también por lo general, excluidas de dicha catalogación y régimen jurídico ¹⁵¹.

5. ACUERDOS DE DISTRIBUCIÓN Y FRANQUICIA

Todo acuerdo de distribución engloba una *licencia implícita* de uso de marca, vinculado a la concesión del derecho a distribuir los productos de que se trate. A veces, tal licencia es además explícita y constituye una de las cláusulas del contrato de distribución. En los contratos de franquicia casi siempre es así ¹⁵².

¹⁴⁵ Nótese que estos tres Reglamentos citados para supuestos de licencias relativas a empresas en participación o *joint ventures* están sujetos a determinados umbrales de cuota de mercado.

¹⁴⁶ Véase el ap. 8 de la Comunicación citada.

¹⁴⁷ Véase el ap. 9 de la Comunicación citada y la Decisión de la Comisión *Dupont/ICI* (M984) (1997).

¹⁴⁸ Aunque refiriéndose fundamentalmente a licencias de patente.

¹⁴⁹ Véase el ap. 22 de la Comunicación citada nota 102. Con anterioridad a que el Reglamento de concentraciones fuera aplicable, la Comisión ya había dictado una Decisión en el contexto de una concentración, donde se prohibían restricciones territoriales en el uso de la marca *Wilkinson Sword*. Decisión *Gillette* (92/62), *DOCE*, núm. L 116/21.

¹⁵⁰ Véase el ap. 24 de la Comunicación, citada nota 102.

¹⁵¹ Véanse los ap. 32 y ss. de la Comunicación citada.

¹⁵² Los acuerdos de franquicia, por su mayor complejidad contractual en la mayoría de los casos, presentan un número de restricciones contractuales susceptibles de infringir el art. 81. Algunas

En todos estos supuestos, la licencia de marca constituye una cláusula normalmente *accessoria* al acuerdo de distribución o franquicia y se rige por las mismas disposiciones legislativas aplicables a éstos (ya sean el Reglamento sobre exenciones verticales ¹⁵³ o, cuando éste no resulte aplicable, el art. 81.3 ¹⁵⁴ y las respectivas comunicaciones sobre acuerdos verticales u horizontales ¹⁵⁵, según sea el caso ¹⁵⁶).

Si la licencia de marca es más compleja ¹⁵⁷, la marca constituye el objeto central del acuerdo (por ejemplo, en un contrato de *merchandising*) o no está directamente relacionada con los productos objeto del contrato, su análisis propiamente corresponde hacerlo según los principios señalados por los contratos de licencia de marca examinados anteriormente ¹⁵⁸.

Únicamente haremos referencia —sumariamente— a las reglas relativas a los acuerdos de distribución sujetos al Reglamento sobre restricciones verticales, que son los supuestos más usuales ¹⁵⁹.

Las siguientes son algunas de las cláusulas admisibles bajo dicho régimen ¹⁶⁰:

- 1) La obligación del licenciante de respetar la exclusiva del licenciario ¹⁶¹.
- 2) La obligación de no competencia, si no excede de un período de cinco años.

de las decisiones a tener en cuenta son: TJCE *Pronuptia*, cit. nota 121, y las Decisiones *Charles Jourdan* (89/94), *DOCE*, núm. L 35/31; *Computerland* (87/407), *DOCE*, núm. L 222/12, e *Yves Rocher* (87/14), *DOCE*, núm. L 8/49. Véanse también los aps. 199 y ss. de la Comunicación sobre restricciones verticales, cit. nota 26. Lo propio cabe decir de los acuerdos de distribución, que han sido objeto de examen en un gran número de ocasiones tanto por parte de la Comisión como del Tribunal.

¹⁵³ Véase art. 2.3 del Reglamento citado.

¹⁵⁴ Véase art. 3 del Reglamento citado.

¹⁵⁵ Véanse, en particular, los aps. 139 y 158 de la Comunicación sobre acuerdos horizontales, cit. nota 65.

¹⁵⁶ Por razón de la material puede también resultar aplicable el Reglamento (CE) 1215/1999 del Consejo, de 15 de junio de 1999, relativo a la aplicación del ap. 3 del art. 85 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos y prácticas concertadas aplicables a la distribución de vehículos a motor.

¹⁵⁷ En una clasificación simplista, podemos decir que el titular de la marca puede: 1) ceder ésta sólo, con lo que el licenciario *fabrica y distribuye* el producto (acuerdo sujeto al art. 81.3); 2) ceder el producto y la marca, con lo que *él fabrica el producto pero lo distribuye el concesionario* (sujeto, normalmente, al Reglamento sobre restricciones verticales), o 3) ceder la marca y el *know-how* o patentes de fabricación, con lo que el licenciario *fabrica* el producto (sujeto al Reglamento sobre contratos de transferencia de tecnologías, cit. nota 82).

¹⁵⁸ Véase *supra* ap. 5.11.

¹⁵⁹ Se trata de acuerdos de distribución en que las cuotas de mercado del fabricante no exceden el 30 por ciento del mercado relevante, bajo ciertas condiciones. Véase el Reglamento para más detalles.

¹⁶⁰ Para mayor detalle, véanse los arts. 4 y 5 del Reglamento sobre restricciones verticales, cit. nota 26.

¹⁶¹ Estrictamente hablando, no se trata de una obligación exencionada, sino de un posible presupuesto para su aplicación. Existen numerosas decisiones al respecto, pero puede verse TJCE *Société Technique Minière*, cit. nota 17, a modo de precedente básico.

3) La obligación de no competencia una vez acabada la vigencia del contrato, si no excede de un año, excepto en determinados supuestos, en que se permite una mayor duración.

4) La posibilidad de que el fabricante recomiende o fije un precio máximo de venta.

5) Las restricción de las ventas activas en territorios o grupos de clientes reservados al principal o a otros distribuidores.

6) Ciertas restricciones referentes a las ventas de componentes a terceros.

7) Ciertas restricciones referentes a acuerdos de distribución selectiva.

Las cláusulas que se refieran al uso de las marcas por parte de los distribuidores o franquiciados no han de producir efectos más allá de los límites expuestos y no pueden ser el medio de conseguir exceder los límites legislativos fijados¹⁶². Todas las cláusulas sobre marcas que cumplan con estos requisitos se hallan automáticamente exencionadas y se benefician de la presunción de legalidad impuesta por el Reglamento, sin necesidad de notificación alguna. Las que excedan los expresados parámetros se encuentran sometidas al régimen de valoración y, eventualmente, de prohibición o exención individual de los arts. 81.1 y 81.3.

6. LA INTERPOSICIÓN DE ACCIONES JUDICIALES CONTRA TERCEROS POR VIOLACIÓN DE DERECHOS DE MARCA

En algunos casos de poder de mercado, el inicio de acciones judiciales sin fundamento suficiente (*sham litigation*) o el oponerse, con igual falta de causa, a la solicitud de una marca por parte de un concurrente puede ser contrario al art. 82, al constituir una vía de limitar abusivamente la capacidad de actuación de terceros operadores¹⁶³.

Un supuesto de este género se hallaba en la base del asunto *Toltecs/Dorcet*¹⁶⁴. *British American Tobacco*, como titular de la marca *Dorcet*, que no estaba siendo usada, se opuso a la solicitud del registro presentada en el Reino Unido por un modesto competidor holandés para registrar la marca *Toltecs*. Ello obligó a este titular a celebrar un acuerdo transaccional, que posteriormente el TJCE consideró opuesto al art. 81.

Un problema distinto surge cuando diversos competidores inician acciones conjuntas de violación de sus respectivas marcas individuales contra un tercero. A nuestro juicio, ello incide directamente en el *objeto específico* y la *función esencial* del derecho de marca, pero existen opiniones que apuntan a la existencia de una base colusoria en tal proceder.

¹⁶² Véase TJCE *Consten y Grundig*, cit. nota 4.

¹⁶³ Véanse las *Antitrust Guidelines de EEUU*, ap. 6, y el asunto *Yoshida Coro*, recogido en la comunicación de prensa IP (78) 11, de 9 de junio de 1978.

¹⁶⁴ Asunto 35/83, TJCE de fecha 30 de enero de 1985, *BAT c. Comisión* (Rep. 1985, p. 363).

Sólo si la acción fuera deliberadamente infundada entenderíamos eventualmente aplicable el art. 81.

7. LA CELEBRACIÓN DE ACUERDOS TRANSACCIONALES

La transacción de controversias en materia de marcas susceptibles de generar confusión y pertenecientes a diversas partes es muy habitual y, a menudo, se concreta en los denominados acuerdos de *coexistencia* o de *delimitación*. En los mismos, las partes suelen limitarse recíprocamente el uso de determinadas marcas, ya sea por referencia a determinados territorios, ya sea por referencia a productos o servicios concretos.

No existe un marco jurídico claro al respecto, dado que *prima facie* se pueden apreciar dos líneas distintas de razonamiento:

a) La práctica de la Comisión ha consistido en oponerse a los acuerdos transaccionales que producen el efecto de compartimentar el mercado: así sucedió en *Toltecs/Dorcet*¹⁶⁵, *Sidar/Phildar*¹⁶⁶, *Persil*¹⁶⁷ o *Synthex/Synthélabo*¹⁶⁸.

b) Sin embargo, de modo más reciente, el TJCE ha sentado en *Ideal Standard*¹⁶⁹ un principio fundamental: en presencia de dos partes económicamente independientes, la titularidad por cada una de ellas de una misma marca en territorios de Estados miembros distintos no puede constituir por sí misma ninguna infracción del art. 81; es, simplemente, una consecuencia natural de la territorialidad del derecho marcario y del estado de desarrollo del Derecho comunitario al respecto.

En nuestra opinión, sin embargo, ambas posturas deberían ser reconciliables: a pesar de que, en efecto, la Comisión ha adoptado tradicionalmente un criterio poco favorable a los acuerdos de delimitación (aunque no es el caso en los acuerdos de delimitación por producto¹⁷⁰), es asimismo cierto que su postura ha sido más abierta cuando ha considerado que existía un genuino riesgo de confusión. Ése fue el supuesto de las Decisiones *Penney*¹⁷¹ y *Bayer/Tanabe*¹⁷².

Por ello, podría concluirse que allí donde el acuerdo de delimitación responde a la *función esencial* de la marca (garantizar el origen del producto) y no se crean limitaciones más allá de la misma, la delimitación territorial no debería considerarse contraria al art. 81¹⁷³: las partes sim-

¹⁶⁵ Cit. nota 125.

¹⁶⁶ Decisión de la Comisión *Sidar/Phildar* (75/297), *DOCE*, núm. L 125/27.

¹⁶⁷ Véase VII Informe sobre la política de competencia.

¹⁶⁸ Véase XIX Informe sobre la política de competencia.

¹⁶⁹ TJCE *Ideal Standard*, cit. nota 37. También, de modo similar, TJCE *Hag II*, cit. nota 35.

¹⁷⁰ Véase el asunto *Hersey/Herchi* en el XX Informe sobre la política de la competencia.

¹⁷¹ Decisión de la Comisión *Penney* (78/193), *DOCE*, núm. 60/19.

¹⁷² Véase XI Informe sobre la política de la competencia.

¹⁷³ Este razonamiento puede inferirse también de la Decisión *Toltecs/Dorcet*, cit. nota 125.

plemente ejercitan sus respectivos derechos de marca. En el supuesto de que la marca hubiera tenido un origen común en una misma parte, el principio descrito debería ser también aplicable, a condición de que no persistan vínculos económicos entre los ahora diversos titulares de la misma ¹⁷⁴.

8. CESIÓN O TRANSFERENCIA DE MARCAS

Ante todo, es importante clarificar qué sea una cesión de marca a efectos del Derecho de la competencia y, en particular, distinguirla de las licencias exclusivas, puesto que el régimen jurídico aplicable es muy distinto, mientras que la apariencia externa de ambas figuras puede ser similar.

El elemento fundamental a considerar es el efecto económico: una transferencia en la que el cesionario se compromete a satisfacer al cedente el precio calculado sobre los rendimientos futuros de la marca o en la que el cedente se reserva el control de calidad de los productos o existe una cooperación continuada entre las partes puede, en realidad, equipararse a una licencia ¹⁷⁵; por el contrario, una licencia exclusiva por un período de tiempo ilimitado, mediante contraprestación única y sin ningún género de control por parte del cedente, debería ser tratado como una cesión *de facto* a los efectos que nos ocupan ¹⁷⁶.

Las cuestiones que suscitan las transferencias marcarias son, en realidad, muy similares a las que hemos visto en relación con las licencias: una cesión de marca puede infringir el art. 81.1 ya sea porque; 1) constituye el medio mediante el cual se instrumenta una conducta colusoria, o 2) porque su contenido contractual restringe el juego de la competencia.

En el primer supuesto existirá una práctica concertada para compartimentar artificialmente el mercado común, práctica que será contraria al art. 81.1 y raramente podrá beneficiarse de exención alguna. Esto es lo que sucedió en el pionero asunto *Consten y Grundig* ¹⁷⁷, en el que para reforzar la estanqueidad del mercado francés a favor de su distribuidor en exclusiva, el fabricante *Grundig* cedió al mismo la marca con la que se distinguían los productos objeto del contrato de licencia, y el

¹⁷⁴ La posición primitivamente mantenida por el TJCE y abandonada después de TJCE *Hag II*, cit. nota 35, fue la contraria en el sentido de que el origen común y la existencia de un acuerdo de cesión, aun totalmente inocuo en cuanto a sus intenciones, podía infringir el art. 81: TJCE *Sirena*, cit. nota 7; asunto 119/75, TJCE de fecha 22 de junio de 1976, *Terrapini/Terranova* (Rep. 1976, p. 1039), y *Hag I*, cit. nota 34.

¹⁷⁵ Tal es el supuesto de TJCE *Nungesser*, cit. nota 104. Véase también TJCE *Consten y Grundig*, cit. nota 4.

¹⁷⁶ Véase al respecto el considerando noveno del Reglamento sobre contratos de transferencia de tecnología, cit. nota 83.

¹⁷⁷ TJCE *Consten y Grundig*, cit. nota 4. Véase también, sin embargo, asunto 179/83, TJCE de fecha 12 de julio de 1984, *Hydrotherm Gerätebau GmbH c. Compact* y otros (Rep. 1984, p. 2959).

distribuidor pudiera con ello oponerse a las importaciones provenientes de otros países.

Los contenidos de los acuerdos de cesión de marca podemos clasificarlos en cualquiera de las tres categorías siguientes:

a) Si la cesión constituye, en realidad y como se ha explicado, una licencia disimulada, los mismos principios y disposiciones que hemos analizado en el apartado sexto deberían ser de aplicación.

b) Si la transferencia se produce en un contexto en que las partes se mantienen económicamente separados (es decir, nos hallamos ante una genuina cesión de un derecho inmaterial entre terceros independientes), la posición actual del TJCE, tras *Ideal Standard*¹⁷⁸, resulta en que la *doctrina del agotamiento* no se aplica y, por tanto, las partes pueden recíprocamente impedirse la importación de sus respectivos productos en sus respectivos territorios. Cualquier disposición contractual en el acuerdo de cesión, dirigida a asegurar esta posición jurídica de las partes, no es contraria al art. 81.1.

c) Si la cesión implica que las partes se mantienen económicamente independientes¹⁷⁹, pero contiene otras cláusulas que puedan restringir la competencia (tales como coordinación de precios o compartimentación artificial del mercado, más allá de los efectos naturales de la mera titularidad), la transferencia marcaría quedará sujeta al art. 81.1.

9. LA ADQUISICIÓN DERIVATIVA DE MARCAS

La adquisición de marcas pertenecientes a terceros es susceptible a generar problemas de competencia, aunque improbables, desde cuatro perspectivas diferentes: 1) si constituye un abuso por parte de una empresa en posición de dominio; 2) si constituye el objeto de una concentración, tal y como ésta viene definida en el Reglamento sobre control de concentraciones¹⁸⁰; 3) si se trata de una operación accesorial y *necesaria* a una operación de concentración de las referidas, o 4) si constituye una transmisión accesorial, pero *no necesaria*, a una operación de concentración o bien queda excluida del Reglamento sobre control de concentraciones (ya sea porque la concentración carece de *dimensión comunitaria* o bien porque es en realidad una empresa en participación de las excluidas del art. 3.2 del Reglamento¹⁸¹).

Nos parecen muy improbables los supuestos en que la adquisición de una marca pueda dar lugar a su escrutinio bajo el art. 82 y más en la actualidad cuando, desde 1989 con la entrada en vigor del Reglamento

¹⁷⁸ TJCE *Ideal Standard*, cit. nota 37.

¹⁷⁹ Debe observarse que si se introducen determinadas disposiciones (por ejemplo, compromisos de calidad) cabrá argumentar que la cesión ya no es tal sino una licencia exclusiva.

¹⁸⁰ Reglamento sobre control de las operaciones de concentraciones, cit. nota 138.

¹⁸¹ Véanse también el art. 2.4 del Reglamento y la Comunicación de la Comisión sobre el concepto de concentración, cit. nota 138.

sobre control de concentraciones, es posible que la adquisición de una marca significativa ¹⁸² dé lugar a su notificación previa ante la Comisión Europea (o, en su caso, ante las autoridades nacionales de la competencia). Sin embargo, existe un precedente similar a tener en cuenta (*Tetra Pak I*) ¹⁸³, si bien anterior al Reglamento citado, en el cual se cuestionó la adquisición por parte de una firma en posición de dominio de una licencia exclusiva para un proceso de fabricación, que permitía eliminar la principal tecnología alternativa a *Tetra Pak*. Un cuidadoso análisis económico sería necesario antes de aplicar el art. 82.

Cuando la transmisión de la marca constituya en realidad más que el objeto de la operación de control, una operación accesorio a ésta (lo que es mucho más frecuente), el régimen aplicable variará en función de la *necesidad* o no de la cesión de la marca, según ya hemos sumariamente apuntado ¹⁸⁴. En el primer caso, la transferencia quedará aprobada con la autorización de la operación de concentración y, en el segundo, serán aplicables los arts. 81.1 y 81.3 y, por ello, los criterios explicados en el precedente apartado noveno. Si la cesión de la marca, en realidad, adopta la forma jurídica de una licencia (lo que no es inhabitual en este tipo de traspasos de empresa), podrían resultar también aplicables las disposiciones del Reglamento sobre contratos de transferencia de tecnología y los demás criterios expuestos en el apartado quinto de este trabajo.

10. ACUERDOS DE COETIQUETAJE (MARCAS CONJUNTAS) Y OTROS CONVENIOS DE COLABORACIÓN QUE IMPLICAN EL USO DE MARCAS

El concepto *convenios de colaboración* engloba un amplio abanico de acuerdos jurídicos y económicos entre empresas. No resulta factible que los analicemos todos ellos aquí.

En algunos casos, el objeto de este tipo de convenios es limitar la competencia. Ello sucede cuando se encaminan, directa o indirectamente, a fijar precios, limitar la producción, compartimentar el mercado o repartirse los clientes. Este tipo de acuerdos entre competidores contravienen el art. 81.1, puesto que constituyen *cárteles* e infracciones graves del Derecho de la competencia.

A menudo, sin embargo, la finalidad de estos convenios de colaboración no es limitar la competencia, sino perseguir por el contrario efec-

¹⁸² Véase Comunicación de la Comisión sobre el concepto de concentración, ap. 11, *DOCE*, núm. C 66/5, 1998.

¹⁸³ Asunto T-51/89, TPI de fecha 10 de julio de 1990, *Tetra Pack c. Comisión (Tetra Pack I)* (Rep. 1990, p. II-309). El problema planteado por *Tetra Pack I* en el plano técnico-jurídico es un tanto complejo, puesto que se trataba de una licencia exencionada. En cierto modo, *TJCE Continental Can*, cit. nota 17, constituye también un antecedente de este tipo de doctrinas anteriores al Reglamento sobre control de concentraciones, cit. nota 138.

¹⁸⁴ Véanse los aps. 8 y ss. de la Comunicación sobre operaciones accesorias y cuanto se expone al respecto en los epígrafes 5.17 a 5.19 de este trabajo.

tos procompetitivos (agrupar insumos complementarios, reducir los costes, etc.). Su legalidad depende esencialmente del contexto económico del contrato, lo que a su vez viene determinado por el tipo de acuerdo y el poder de mercado de las partes. Se trata fundamentalmente de un análisis económico.

Los acuerdos de colaboración más habituales son: convenios de I+D, de fabricación conjunta, de especialización, de venta conjunta, compra, distribución o promoción conjuntas, acuerdos de estandarización, acuerdos de cooperación medioambiental, licencias multilaterales y acuerdos sobre marcas colectivas de garantía. Muchos de estos convenios incluyen disposiciones relativas al uso de marcas conjuntas o al uso de las marcas de las demás partes, recíprocamente o no, como medio de alcanzar la cooperación pretendida o como complemento a la misma.

La Comisión ha dictado recientemente los Reglamentos relativos a los acuerdos de especialización¹⁸⁵ y de I+D¹⁸⁶ y ha publicado una comunicación sobre acuerdos de cooperación horizontal¹⁸⁷, de gran utilidad para evaluar en general los acuerdos de colaboración desde la perspectiva *antitrust*.

Los problemas más comunes que suscitan este género de acuerdos son:

- a) La creación de cárteles ocultos.
- b) La coordinación directa o indirecta de las políticas de precios.
- c) La compartimentación de los mercados o los clientes o limitación de las ventas interterritoriales.
- d) La limitación de la innovación.
- e) El intercambio de información relevante a los efectos de la competencia.
- f) La posible creación de posiciones de dominio conjuntas.
- g) La exclusión de competidores de mercados de innovaciones o productos.
- h) La fijación de cuotas.
- i) La reducción de la flexibilidad en los precios y la fijación de precios abusivos.

La valoración de cada uno de los contratos referidos y de sus potenciales efectos debe realizarse individualizadamente sobre la base de los textos jurídicos citados.

Los convenios de coetiquetaje y de uso de marcas colectivas o de garantía¹⁸⁸ son legales en principio. No obstante, si conllevan cualesquiera de los efectos referidos, pueden incidir en la prohibición del art. 81.

¹⁸⁵ Reglamento (CE) 2658/2000 de la Comisión, de 29 de noviembre de 2000, cit. nota 67.

¹⁸⁶ Reglamento (CE) 2659/2000 de la Comisión, de 29 de noviembre de 2000, cit. nota 68.

¹⁸⁷ Cit. nota 65.

¹⁸⁸ Véase el art. 15 de la Directiva de Marcas y los arts. 68 y ss. de la Ley de Marcas 17/2001. Nótese que el Reglamento previsto en el art. 69 de la Ley de Marcas constituiría un acuerdo a los efectos del art. 81 TCE.

En su decisión *Transocean II*¹⁸⁹, la Comisión aceptó las disposiciones sobre control de calidad de una marca colectiva (a condición de que las partes pudieran fabricar productos con cualidades diversas), pero prohibió una cláusula que limitaba las exportaciones de productos con la marca colectiva a otros territorios, por la razón de que en éstos existía ya otro fabricante que empleaba la marca colectiva. Otros supuestos de marcas conjuntas son *Pripps/Tuborg* y *SPAR*¹⁹⁰.

Las prácticas exclusionarias basadas en marcas colectivas o de garantía han sido también objeto de investigación por parte de la Comisión. Así sucedió en la decisión *Poroton*¹⁹¹ y en el contrato sobre marca de calidad de la *Asociación de Farmacéuticos Belgas*¹⁹²: en 1989 la Comisión aprobó una marca de calidad para productos de venta en farmacias, pero, a instancias de la Comisión, el acuerdo hubo de incluir también a otros canales de venta.

11. DISTRIBUCIÓN DE MARCAS ENTRE EMPRESAS PERTENECIENTES A UN MISMO GRUPO

A veces plantea dudas jurídicas la compatibilidad entre determinadas operaciones marcarias intragrupo (como la cesión y las licencias entre matrices y filiales) y el Derecho de la competencia.

Sin embargo, procede recordar que éste se sustenta sobre un concepto autónomo y fundamentalmente económico de la noción de empresa que aplica la doctrina conocida como *unidad económica*: cuando un grupo de sociedades no goza de una autonomía real sino que está sometido a un control único, nos hallamos en presencia de una única empresa¹⁹³. Ello conlleva que el art. 81 no se aplique a los acuerdos entre matrices y filiales o empresas comprendidas dentro de la misma unidad económica¹⁹⁴. Para determinar si es éste el caso, debe analizarse cada situación en particular¹⁹⁵.

La consecuencia principal de la doctrina expuesta para los titulares de marcas es que las cesiones y licencias de marcas entre sociedades de un mismo grupo, en principio, no son contrarias a la normativa concurrencial¹⁹⁶.

¹⁸⁹ Decisión *Transocean Marine Paint Association* (74/16), DOCE, núm. L 16.

¹⁹⁰ Decisión *SPAR* (35/28), 1972.

¹⁹¹ Véase el X Informe sobre política de la competencia.

¹⁹² Decisión *Asociación de Farmacéuticos Belgas* de 14 diciembre 1989, DOCE, núm. L 18/35, 1989. En 1996, la Comisión revisó los acuerdos por prácticas de exclusión.

¹⁹³ TJCE *Béguelin*, cit. nota..., y TJCE *Hydrotherm*, cit. nota 177.

¹⁹⁴ Aunque, por otra parte, todo el grupo se considerará sujeto a los arts. 81 y 82 TCE.

¹⁹⁵ Debe señalarse, no obstante, que no todas las filiales caen dentro del principio de la unidad económica: deben encontrarse bajo el control del grupo tanto legal como económicamente. A la inversa, es posible incluir en el grupo una sociedad que no sea *prima facie* una filial. Una guía útil puede ser la Comunicación de la Comisión sobre el concepto de concentración, cit. nota 181.

¹⁹⁶ Véase analógicamente la Decisión *Christiani y Nielsen* (69/195), DOCE, núm. L 165/12.

12. ACUERDOS DE AGENCIA

Por razones análogas a las que subyacen en la teoría de la *unidad económica*, la Comisión ha excluido tradicionalmente del espectro del art. 81 a los contratos de agencia. Esta postura se reflejaba en una ya antigua Comunicación¹⁹⁷, recientemente reemplazada por un capítulo específico de la Comunicación sobre restricciones verticales¹⁹⁸ que actualiza la anterior Comunicación de 1962 y la jurisprudencia posterior a la misma, que no siempre permitía a los contratos de agencia zafarse del Derecho *antitrust*¹⁹⁹.

Los principios actualmente vigentes pueden resumirse como sigue:

a) Los contratos de agencia *genuinos* quedan fuera del ámbito del art. 81.

b) Por consiguiente: 1) las obligaciones relativas a los contratos que el agente debe concluir por cuenta de su principal (por ejemplo, limitaciones territoriales, precios y condiciones de venta y limitaciones de marcas que el principal le imponga) no están afectas al artículo, 2) pero las obligaciones entre el principal y el agente relativas a la relación jurídica que les une (por ejemplo, cláusulas de competencia entre ellos) pueden verse analizadas bajo la óptica de los arts. 81.1 y 81.3.

c) Se considera que los contratos de agencia son *genuinos* en términos generales si el riesgo económico y comercial de las operaciones concluidas a través del agente lo asume fundamentalmente el principal y no el agente.

d) Si el contrato de agencia no es *genuino*, se considera una forma más de *acuerdo vertical* (u *horizontal*, si se celebra entre competidores) y quedará normalmente sujeto a los arts. 81.1 y 81.3 y al Reglamento sobre restricciones verticales²⁰⁰ o, en su caso, disposiciones sobre acuerdos horizontales.

e) Los contratos de agencia, fundamentalmente los celebrados entre competidores, pueden en todo caso infringir el art. 81, si constituyen el instrumento de implantación de una práctica concertada en el caso, por ejemplo, de un grupo de principales que utilice un mismo agente y a la vez impidan colectivamente a otros hacerlo.

f) Los contratos de agencia pueden también infringir el art. 82²⁰¹.

¹⁹⁷ Comunicación de la Comisión sobre contratos de distribución en exclusiva con agentes comerciales, de 24 de diciembre de 1962, *DOCE*, núm. 2921/62.

¹⁹⁸ Véase sección II.2 (aps. 12 y ss.) de la Comunicación sobre restricciones verticales, cit. nota 26.

¹⁹⁹ Asunto C-266/93, TJCE de fecha de 24 octubre 1995, *Bundeskartellamt c. Volkswagen Leasing AG* (Rep. 19995, p. I-3477).

²⁰⁰ La Comisión ha anunciado recientemente la aplicación del Reglamento sobre restricciones verticales a un caso de contrato de agencia no genuino en el asunto *Daimler Chrysler*: comunicado de prensa IP/01/1394.

²⁰¹ Véanse asuntos 40-48, 50, 54-56, 111, 113 y 114/73, TJCE de fecha 16 de diciembre de 1975, *Vereniging Suiker Unie VA y otros c. Comisión* (Suiker Unie) (Rep. 1975, p. 1663).

13. LA CELEBRACIÓN DE ACUERDOS DE SUBCONTRATACIÓN

Los acuerdos de subcontratación suelen implicar la cesión de una tecnología y la concesión de determinados derechos de marca, para la debida fabricación del producto por parte del subcontratista.

Existe una Comunicación de la Comisión de 1979 sobre este tipo de convenios, que los excluye, en términos generales, del ámbito de aplicación del art. 81.1. El subcontratista, en realidad, no ha de ser tratado como una empresa distinta al titular y, por tanto, es lógico que éste imponga a aquél toda suerte de restricciones. De otro modo, no contrataría con el mismo y no se produciría el efecto económico esperado de estos convenios: aumentar la producción. De ello se infiere que son posibles y legales las limitaciones marcarias que sean precisas para conseguir el fin perseguido.

14. LA UTILIZACIÓN DE DISTINTAS MARCAS PARA UNOS MISMOS PRODUCTOS EN ESTADOS MIEMBROS DIVERSOS. REETIQUETAJE Y REEMBALAJE DE PRODUCTOS

Conviene empezar señalando que utilizar, para unos mismos productos, marcas distintas en diversos Estados miembros es una conducta legal desde el punto de vista concurrencial²⁰².

A pesar de que ello produce ciertos efectos anticompetitivos (las importaciones pueden resultar más difíciles o costosas y, a veces, simplemente pueden no ser factibles), estos efectos ya han sido resueltos mediante el art. 7.1 de la Directiva de marcas²⁰³ y las doctrinas del *objeto específico* y la *función esencial* que permiten —en ciertas circunstancias y bajo determinadas condiciones— reemplazar la marca originaria²⁰⁴ —o reenvasar el producto con fines análogos²⁰⁵— por aquella otra con que el producto se comercializa habitualmente en el Estado miembro donde se pretende importar. Los supuestos en que la jurisprudencia permite estas operaciones de reetiquetaje y reembalaje son, sucintamente expuestos, dos:

²⁰² Dos supuestos de uso de distintas marcas son TJCE *Centrafarm c. American Home Products*, cit. nota..., y asunto C-379/97, TJCE de fecha 12 de diciembre de 1999, *Pharmacia & Upjohn c. Paranova* (Rep. 1999, p. 1-3477).

²⁰³ Véase *supra* nota 12.

²⁰⁴ Véase TJCE *Pharmacia & Upjohn c. Paranova*, cit. nota 202. Puede resultar también ilustrativa la Sentencia TJCE *Ballantines*, cit. nota 33, y asuntos C-443/99, TJCE de fecha 23 de abril de 2002, *Merck, Sharp & Dolme c. Paranova*, y 143/00, TJCE de fecha 23 de abril de 2002, *Boehringer Ingelheim c. Swingward*.

²⁰⁵ Específicamente sobre el reembalaje, véase TJCE *Hoffmann-La Roche*, cit. nota 33; TJCE *Centrafarm c. American Home Products*, cit. nota 202, y asunto 1/81, TJCE de fecha 3 de diciembre de 1981, *Pfizer c. Eurim-Pharm* (Rep. 1981, p. 2913); asuntos 427/93, C-429/93 y C-436/93, TJCE de fecha de 11 julio de 1996, *Bristol Myers Squibb y otros c. Paranova* (Rep. 1996, p. 1-3457).

a) Cuando se prueba que el uso de diversas marcas tiene por objeto compartimentar artificialmente el mercado²⁰⁶.

b) Cuando la sustitución de la marca deviene *objetivamente necesaria* (pero no basta la mera conveniencia) para vender el producto en cuestión en el Estado miembro de destino²⁰⁷.

Existe un cierto cuerpo de doctrina jurisprudencial que ha ido delimitando y detallando los supuestos de hecho que hemos resumido. Sin embargo, más que analizarlo en el detalle, que no es propiamente el lugar, conviene prestar atención a cómo el Tribunal ha hallado y perfilado un equilibrio que permite, por una parte, que el titular marcario decida libremente con qué marca distinguir sus productos en los diversos Estados miembros o partes de los mismos (por razones de prestigio, eufónicas, de disponibilidad de marcas, de diferentes políticas de precio o cualesquiera otras) y, por otra parte, protege suficientemente el derecho de terceros a efectuar importaciones paralelas y no verse sorprendidos por acciones de violación de marca en el país de importación²⁰⁸. Ésta es, en esencia, la doctrina sentada por el TJCE.

En otras palabras, la posible acción por infracción de marca que ejercite el titular es una acción unilateral basada en la legislación marcaria y la defensa *natural* de cualquier comercializador paralelo que se vea demandado es esgrimir o el art. 7.1 de la Directiva sobre marcas o la jurisprudencia citada del TJCE. Es decir, puede quedar solucionada la cuestión de legalidad, o no, de la acción por infracción de marca, acudiendo al mero plano de la libre circulación de mercaderías al serle aplicable a la legislación marcaria subyacente la prohibición del art. 28 del Tratado²⁰⁹.

Sin embargo, sería aún posible esgrimir argumentos de Derecho de la competencia fundándose en razonamientos prácticamente idénticos: si una empresa utiliza diferentes marcas en diferentes Estados miembros a fin de compartimentar artificialmente el mercado puede estar infringiendo el art. 81, si su conducta deriva de un acuerdo, o el art. 82²¹⁰, si se halla en posición de dominio.

No obstante —y a pesar de lo que el Tribunal inicialmente pudo sugerir en *Sirena*²¹¹, según ha sido tradicionalmente interpretada— no sería

²⁰⁶ Véase TJCE *Hoffmann-La Roche*, cit. nota 33; TJCE *Centrafarm c. American Home Products*, cit. nota 202, y TJCE *Terrapin/Terranova*, cit. nota 174.

²⁰⁷ TJCE *Pharmacia & Upjhon c. Paranova*, cit. nota 202, y *Merck, Sharp & Dolme c. Paranova*, cit. nota 205.

²⁰⁸ Ya sea por estar usando marcas confundibles con otras que el titular (u otras empresas económicamente relacionadas con él) pueda estar usando en este segundo país (la doctrina del *agotamiento* impediría este tipo de acciones marcarias) o por la sustitución de la marca o del embalaje si resulta *objetivamente necesario* (por ejemplo, para la importación y venta de productos farmacéuticos sujetos a una previa autorización de comercialización).

²⁰⁹ Véase *supra* 2.6.a).

²¹⁰ El art. 82 TCE (*ex ante* art. 86) fue considerado en TJCE *Sirena*, cit. nota 7; *Hoffmann-La Roche*, cit. nota 33, y *Volvo c. Veng*, cit. nota 43, en contextos relativos a derechos de propiedad industrial. Véase también *Parke Davis c. Probel*, cit. nota 41.

²¹¹ TJCE *Sirena*, cit. nota 7.

suficiente para apreciar la existencia de un *acuerdo* a los efectos del art. 81 que la titularidad de la marca derivara de un contrato de cesión. Haría falta una concertación verdadera para que ello fuera argumentable. Como hemos visto, después de *Ideal Standard*²¹² la mera cesión de una marca no se halla sujeta al art. 81.1.

15. COROLARIO

El propósito de los comentarios que preceden ha sido disipar un tanto la cita de Coates y Finnegan que encabeza este trabajo sobre la *communis opinio* según la cual la relación entre los derechos de marca y la normativa *antitrust* es compleja. Quizás no sea simple, pero da más la impresión de que es simplemente desconocida.

Las notas que preceden habrían de ayudar a todo titular de marcas a actuar conforme al Derecho de la competencia cuando realice actos jurídicos en que intervengan marcas o *conductas marcarias*.

También debería permitirle defenderse de los pleitos de que pueda ser objeto, contando con instrumentos jurídicos adicionales. Al contestar toda acción por violación de marcas puede defenderse empleando tres niveles de defensa: 1) primero, las defensas que podríamos llamar puramente *marcarias* (la marca de la actora se halla incurso en causa de nulidad, debe caducarse por falta de uso, etc. —todas las defensas que conocen bien los operadores jurídicos del sector de la propiedad industrial); 2) en segundo lugar, puede acudir a defensas fundadas en torno al principio de libre circulación de mercancías (el derecho de marca ha quedado ya agotado, es posible el reetiquetado por concurrir los requisitos necesarios, etc.); 3) pero, en tercer lugar, es también posible invocar la nulidad en vía civil —y, por consiguiente, la inaplicabilidad— de aquellos actos, contratos o acciones *marcarios* que se hagan valer de contrario y, como se ha tratado de explicar, contravengan los arts. 81 y 82 del Tratado.

Nos hubiera gustado también ampliar el objeto del trabajo mediante referencias al Derecho *antitrust* español y a resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia, pero razones de espacio lo impiden. Somos conscientes de que el Derecho comunitario no siempre resultará aplicable sujetos a la norma *de minimis* o que no afecten al comercio intracomunitario. Sin embargo, es importante tener bien presente que muchos de los principios inspiradores del Derecho comunitario de la competencia, como la práctica nos muestra, son perfectamente trasladables a la hora de razonar sólo desde la perspectiva de la Ley española de Defensa de la Competencia.

²¹² Véase *supra* nota 37.

Por último, señalar únicamente que no siempre los casos citados, ya sea en el texto o en las notas que lo acompañan, se refieren a supuestos de derechos de marca o cubren exactamente la hipótesis jurídica examinada. No siempre existen los precedentes necesarios en materia de marcas, pero las citas pretenden fundamentalmente ilustrar y ayudar a razonar analógicamente, cuando ello resulta posible o conveniente.

El presente estudio se divide en tres partes. En la primera se analiza el concepto de marca y se examina su función social y económica. En la segunda se estudia el derecho de propiedad industrial y se analizan los distintos tipos de marcas. En la tercera se examina el procedimiento de registro de marcas y se analizan los efectos de dicho registro.

En la primera parte se analiza el concepto de marca y se examina su función social y económica. La marca es un signo que sirve para distinguir los productos de una empresa de los de otra. Su función social es informar al consumidor sobre el origen de los productos y su calidad. Su función económica es permitir a la empresa que la marca posee obtener un beneficio económico.

En la segunda parte se estudia el derecho de propiedad industrial y se analizan los distintos tipos de marcas. El derecho de propiedad industrial es el conjunto de normas que regulan la explotación de los derechos de propiedad industrial. Las marcas son uno de los tipos de derechos de propiedad industrial.

En la tercera parte se examina el procedimiento de registro de marcas y se analizan los efectos de dicho registro. El registro de marcas es el procedimiento por el cual se otorga a una marca el derecho de propiedad industrial. Los efectos del registro de marcas son la exclusividad de uso y la posibilidad de ejercer acciones legales contra quienes infrinjan el derecho de propiedad industrial.

LA DOCTRINA DE LOS RECURSOS ESENCIALES EN LA UNIÓN EUROPEA Y EN ESPAÑA: EL CASO MOVILPAGO

Miguel Ángel Pizarro

SEGUNDA PARTE

COMENTARIOS DE RESOLUCIONES Y SENTENCIAS

El objeto del presente artículo es analizar el informe del Tribunal de Defensa de la Competencia emitido el 25 de agosto del 2009 y remitido al Tribunal de Defensa de la Competencia por el 25 de julio del 2009 y remitido al Tribunal de Defensa de la Competencia por el 25 de agosto del 2009. En los últimos días del presente artículo se han producido algunos cambios en el texto de este artículo y se han producido algunos cambios en el texto de este artículo.

El Consejo de Ministros adoptó finalmente la decisión, mediante acuerdo de 17 de noviembre de 2009. El Gobierno español aprobó, en gran medida, las medidas que se proponían que el Tribunal de Defensa de la Competencia y los tribunales.

El artículo que se analiza se refiere a la doctrina de la doctrina de los recursos esenciales. En esta opinión, Movilpago es un asunto en el que los tribunales españoles aplican dicha doctrina, aunque no sea el único caso en el que se aplicó a la doctrina. Concretamente, se trata de los recursos esenciales en los que los tribunales españoles aplican la doctrina de los recursos esenciales y se refieren a la doctrina de los recursos esenciales y se refieren a la doctrina de los recursos esenciales.

Antes de analizar los recursos esenciales conviene recordar cuál es el objeto de la doctrina, tanto desde el punto de vista de las autoridades de defensa de la competencia de los países de la Unión Europea y de la propia España, como de lo analizado desde la teoría económica.

* Las opiniones expresadas en este artículo son únicamente personales y no representan necesariamente la opinión del Tribunal de Defensa de la Competencia.

** Tribunal de Defensa de la Competencia, Informe C-2009/1, disponible en internet: http://www.tdc.es/portal/portal.do?accion=consultar&id_documento=11104

LA DOCTRINA DE LOS RECURSOS ESENCIALES EN LA UNIÓN EUROPEA Y EN ESPAÑA: EL CASO MOVILPAGO

Miguel Ángel PEÑA
Consultor Senior, NERA

Ana RAMOS *
Consultor Senior, NERA

El objetivo fundamental de este artículo es analizar el informe del Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC) en el caso Movilpago¹, notificado al Servicio de Defensa de la Competencia (SDC) el 26 de julio del 2000 y remitido al TDC el 25 de agosto del 2000. En su informe, el TDC consideró que resultaba adecuado declarar procedente dicha concentración, si bien sometiéndola a una serie de condiciones «*con el fin de garantizar que el sistema de medios de pago y sus elementos... van a estar abiertos a todos los operadores dispuestos a participar...*».

El Consejo de Ministros autorizó finalmente la concentración, mediante decisión de 17 de noviembre de 2000. El Gobierno impuso condiciones, en gran medida modeladas en las propuestas por el TDC, aunque algo más favorables a los notificantes.

El análisis que proponemos se realiza desde la óptica de la doctrina de los recursos esenciales. En nuestra opinión, Movilpago es un asunto en el que las autoridades españolas aplican dicha doctrina, aunque no hay en el texto una mención explícita a la misma. Constituye, además, uno de los primeros casos en los que las autoridades españolas aplican la doctrina de los recursos esenciales a un negocio de la llamada «Nueva Economía» y donde están involucrados derechos de propiedad intelectual.

Antes de proceder, hemos creído conveniente resumir cuál es el estado de la cuestión, tanto desde el punto de vista de las autoridades de defensa de la competencia de los EEUU, de la Unión Europea y de la propia España, como de su análisis desde la teoría económica.

* Las opiniones expresadas en este artículo son estrictamente personales de sus autores y no suponen manifestación de postura alguna por parte de *National Economic Research Associates* (NERA).

¹ Tribunal de Defensa de la Competencia, Informe C59/2000, *Expediente concentración Movilpago*, <http://www.mineco.es/tdc/Concen.Economicas/tdccoec59.htm>.

1. LA DOCTRINA DE LOS RECURSOS ESENCIALES: UN ENFOQUE LEGAL

El paradigma fundamental de la doctrina de los recursos esenciales es que una empresa que disfruta de una posición dominante en relación con recursos que son esenciales para el suministro de bienes o servicios en mercados adyacentes comete un abuso cuando, sin justificación objetiva, deniega el acceso a los mismos a terceros que lo solicitan.

Desde su «creación» la doctrina de los recursos esenciales se ha utilizado por autoridades de defensa de la competencia en diversos países como una justificación, una suerte de llave para forzar a determinadas empresas a dar acceso a competidores a sus activos.

Bajo esta doctrina, se espera de la empresa propietaria de los supuestos recursos esenciales no sólo que se abstenga de realizar comportamientos anticompetitivos, sino que fomente la competencia al permitir el acceso.

A. EL ENFOQUE PRIMIGENIO: LOS EEUU

La doctrina de los recursos esenciales tiene sus antecedentes más remotos en los Estados Unidos en 1912 en el caso *United States v. Terminal Railroad Association of St. Louis*².

En un principio, se calificaron como recursos esenciales infraestructuras físicas de transporte (túneles, puentes, puertos, etc.) que presentaban características de monopolio natural, dando lugar a casos como el mencionado *Terminal Railroad Association of St. Louis*. Posteriormente surgieron casos en los que el recurso esencial consistía en una infraestructura física para el transporte de información (fundamentalmente redes de telecomunicaciones) dando lugar a casos como *MCI Communications Corp. v. AT&T*³. Recientemente, el concepto de recurso esencial se ha extendido a activos intangibles, protegidos por derechos de propiedad intelectual vinculados al transporte y procesamiento de información, como, por ejemplo, códigos de sistemas operativos o el diseño de *hardware* para ordenadores, dando lugar a casos como *FTC v. Intel Corp*⁴.

B. DESARROLLO, APOGEO Y DECLIVE EN LA UNIÓN EUROPEA

El primer caso europeo en el que se utilizó la terminología recurso esencial (*essential facility*) fue la decisión de la Comisión Europea (en adelante la Comisión) en el asunto *B&I Line v. Sealink Harbours* de 1992.

² *United States v. Terminal Railroad Association of St. Louis*, 224 us 383 (1912).

³ *MCI Communications Corp. v. AT&T*, 708 F.2d 1081 (7th Cir. 1983), 464 us 891 (1983).

⁴ *FTC v. Intel Corp.*, 8 de junio de 1998, Docket No. 9288.

Es decir, ochenta años después del primer asunto en los EEUU. En este caso se definió un recurso esencial como «*un activo o infraestructura sin acceso al cual los competidores no pueden ofrecer servicios a sus consumidores*»⁵.

Esta primera decisión se ancla firmemente en la doctrina establecida por el Tribunal de Justicia Europeo (TJE) en su sentencia en el asunto *Comercial Solvents*⁶. En ella se establece que una negativa de suministro a un cliente situado en un mercado «aguas abajo» constituirá un abuso si elimina toda la competencia en dicho mercado⁷.

La doctrina de los recursos esenciales constituye, por lo tanto, un caso relativamente especial de los comportamientos abusivos de negativa de suministro (que no existen como tales en el art. 82 del Tratado, pero sí en el art. 6 de la Ley de Defensa de la Competencia española).

Como ya se dijo anteriormente, el paradigma fundamental de la doctrina es que una empresa que disfruta de una posición dominante en relación con recursos que son esenciales para el suministro de bienes o servicios en mercados adyacentes abusa de su posición de dominio cuando, sin justificación objetiva, deniega el acceso a los mismos a terceros que lo solicitan.

La situación más típica en la que un recurso es considerado esencial es la de un *input* controlado por una empresa verticalmente integrada que está también presente en un mercado «aguas abajo» en el que compite con otras empresas que a su vez requieren tener acceso a dicho *input*. Sin embargo, ésta no es la única situación en la que un recurso puede ser considerado esencial. También puede serlo en casos en los que el recurso en cuestión se sitúa «aguas abajo», como en Oscar Bronner, o en casos en los que es adyacente al otro mercado. En nuestra opinión, Movilpago pertenece precisamente a esta última «variedad».

La doctrina de los recursos esenciales adquirió una gran popularidad en la Unión Europea en el marco del gran esfuerzo liberalizador acometido desde mediados de la década de los ochenta y, en especial, dentro del proceso de liberalización de las telecomunicaciones, puesto que podía ayudar al agarre de la competencia en los sectores que se iban liberalizando.

La liberalización implicaba que los antiguos monopolios legales se convertían de la noche a la mañana en empresas en posición dominante desplegadas sobre recursos que constituían cuellos de botella cruciales para el desarrollo de la competencia y de los propios mercados.

La Comisión encontró en los recursos esenciales un argumento poderoso y relativamente fácil de aplicar en los casos de negativas de sumi-

⁵ Decisión de la Comisión en el asunto *B&I v. Sealink*, 11 de junio de 1992 (1992), 5 *CMLR* 255, § 41.

⁶ Asuntos 6/1973 y 7/1973, *Commercial Solvent v. Comisión* (1974), *ECR* 223.

⁷ Véase Richard WISH, *Competition Law*, fourth edition, Butterworths, Bath, 2001, pp. 614-624.

nistro que, desde la política de competencia, venía a complementar de manera contundente las obligaciones de acceso resultantes del marco ONP de liberalización de las telecomunicaciones impuestas a los operadores con un poder de mercado significativo.

Tal complementariedad ha sido reconocida sin ambages por la propia Comisión:

«... el actual marco dentro de la Unión Europea para obtener el acceso a las instalaciones y servicios de telecomunicaciones se apoya en dos conceptos en competencia para remediar los efectos anticompetitivos resultantes de la existencia de cuellos de botella estructurales:

— La aplicación de las provisiones de acceso e interconexión que emanan de la regulación sectorial específica, en general por las ANR a nivel estatal, en un contexto de armonización dentro de la Unión Europea.

— La obligación de acceso, pedida por un demandante en aplicación de la legislación de competencia de la Unión Europea, en especial en virtud de la versión europea de la doctrina de los recursos esenciales, siempre que sea aplicable»⁸.

La manifestación más clara de lo anterior se encuentra en la Comunicación sobre Acceso en el Sector de Telecomunicaciones de 1998, donde se establece de manera explícita que *«una empresa que controla el acceso a un recurso esencial ostenta una posición dominante»⁹.*

El uso por la Comisión de la doctrina de los recursos esenciales recibió un importante impulso con la sentencia del TJE en el asunto Magill¹⁰. Con ella, la obligación de acceso se extiende de las infraestructuras físicas a los derechos de propiedad intelectual, si bien únicamente en presencia de circunstancias excepcionales. Éstas, en opinión del TJE, son las siguientes: 1) que la negativa de suministro afecte a un producto cuya entrega resulte indispensable para el ejercicio de otra actividad; 2) que impida la aparición de un producto nuevo para el cual exista demanda potencial por parte de los consumidores; 3) que no esté justificada de modo objetivo, y 4) que elimine toda la competencia en el mercado adyacente.

La existencia de una lista de criterios a contrastar constituía, en cierto modo, la llave para extender el uso de la doctrina más allá de lo que hasta ese momento había sido su frontera natural en el seno de la política europea de competencia: las infraestructuras físicas.

El uso de argumentos de recursos esenciales demostró, además, ser muy ventajoso para la Comisión, puesto que establecía un cierto auto-

⁸ Herbert UNGERER, *Use of EC Competition Rules in the Liberalisation of the European Union's Telecommunications Sector Assessment of Past Experience and Conclusions for Use in other Utility Sectors*, Brussels, 6 May 2001.

⁹ Comunicación de la Comisión de 31 de marzo de 1998 sobre la aplicación de las normas de competencia a los acuerdos de acceso en el sector de telecomunicaciones (DOCE, núm. C 265, de 22 de agosto de 1998).

¹⁰ *Magill-Radio Telefís Eireann v. EC Commission*, asuntos C-241/91P y C-242/91P [1995], ECR 743 (1995), 4 CMLR 718.

matismo según el cual la tenencia de un recurso esencial equivalía a una posición de dominio y la negativa de acceso a un abuso. En palabras del Abogado General JACOBS en el asunto Oscar Bronner, «*la Comisión considera que la negativa de acceso a un recurso esencial puede ser en sí misma un abuso*»¹¹. De este modo, la apelación a la existencia de un recurso esencial se convirtió en una especie de atajo procedimental que permitía forzar el acceso, sin tener para ello que pasar por todas las etapas necesarias para probar un abuso. Por ejemplo, no era necesario definir mercados relevantes, ni analizar las barreras a la entrada, ni la posición de la empresa en el mercado, ni determinar el carácter abusivo de la negativa de acceso.

La sentencia del TJE en el asunto Oscar Bronner¹² supone un punto de inflexión por varias razones. Por un lado, restablece la «normalidad», recordando a la Comisión que la aplicación del art. 82 requiere una serie de etapas inexcusables: definir el mercado, establecer la dominancia y determinar el abuso. Por otro lado, obliga a una aplicación mucho más rigurosa de la doctrina de los recursos esenciales.

En este sentido, la sentencia establece tres condiciones que han de cumplirse para que, partiendo de una posición dominante previa, una negativa de acceso constituya un abuso de la misma:

1. Que la denegación de acceso suponga la eliminación de toda competencia por parte del solicitante del acceso.
2. Que la denegación de acceso no tenga una justificación objetiva.
3. Que no existan recursos alternativos (incluso si son menos eficientes) o que existan impedimentos legales, técnicos o económicos que impidan al solicitante duplicar el recurso individualmente o en cooperación con otros.

Esta última condición es una de las contribuciones clave de la sentencia Oscar Bronner. La posibilidad de duplicación se evalúa atendiendo a la capacidad del solicitante de replicar el activo en caso de que pudiera alcanzar un volumen de negocio similar al del propietario del supuesto recurso esencial. Con anterioridad, tal posibilidad se determinaba de manera estática a partir de la capacidad de réplica del solicitante en el momento de la solicitud de acceso. Esto implicaba que, en mercados con una fuerte presencia de economías de escala, los nuevos entrantes con una cuota de mercado muy reducida raramente se consideraba que tuvieran esa capacidad de duplicar el recurso.

Ello se traducía en una mayor propensión a forzar la apertura del acceso.

¹¹ Opinión del Abogado General JACOBS de 28 de mayo de 1998, en el caso C-7/1997, *Oscar Bronner GmbH & Co. KG v. Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG and Others*, http://curia.eu.int/jurisp/Opinión_Bronner, punto 50.

¹² Sentencia del Tribunal de Justicia de 26 de noviembre de 1998, http://curia.eu.int/jurisp/sentencia_Bronner.

De hecho, la sentencia se centra mucho más en la posibilidad de duplicar o no el recurso que en el supuesto carácter abusivo de la negativa de acceso. El TJE concluye que no hay abuso puesto que existen otros medios de reparto de periódicos a domicilio, aunque sean menos eficientes y ventajosos, y que no existen obstáculos técnicos, económicos o administrativos que impidan a Oscar Bronner crear por sí misma o en cooperación con terceros una red de reparto de periódicos a domicilio semejante a la de Mediaprint.

En nuestra opinión, pues, el elemento central de la sentencia es la definición de recurso esencial como algo no replicable.

Hay que añadir que la sentencia no aborda otras cuestiones claves como los efectos económicos de la obligación de acceso ni las condiciones del mismo. Cuestiones sobre las que sí se pronuncia el Abogado General JACOBS en su opinión sobre el caso, señalando tanto el riesgo para la competencia a largo plazo asociado a un acceso «demasiado fácil» al supuesto recurso esencial, como la necesidad de establecer unas condiciones de acceso que minimicen ese riesgo retribuyendo adecuadamente al propietario del recurso¹³. Riesgo que, como también señala JACOBS, es especialmente elevado en el caso de bienes, servicios o instalaciones que son resultado de una inversión sustancial, y que puede justificar el no considerar abusiva la negativa a otorgar licencias sobre derechos de propiedad intelectual.

Este razonamiento está totalmente alineado con la reciente suspensión por el presidente del Tribunal de Primera Instancia (TPI) de la ejecución de la decisión de medidas cautelares de la Comisión en el *asunto NDC v. IMS*¹⁴, consistentes en el otorgamiento de licencias de la propiedad intelectual de IMS. En ella, el presidente del TPI reconoce la existencia de una diferencia interpretativa muy grande entre la Comisión e IMS en lo que se refiere a circunstancias excepcionales. En particular, el TPI constata que la negativa a otorgar licencias no impide la aparición de producto nuevo alguno, sino solamente de un clon que permitiría a los demandantes competir con IMS en su propio mercado. Aunque habrá que esperar a conocer la sentencia definitiva, la orden constituye un reconocimiento de que las autoridades admiten que el hecho de que el propietario del recurso ya esté proveyendo servicios en el mercado puede legitimarle para negar el acceso como parte de la exclusividad que le otorga el Derecho de propiedad intelectual.

Una consecuencia práctica de la evolución más reciente de la doctrina es que su uso por la Comisión está en franco declive. La doctrina se considera en la actualidad como una simple etiqueta aplicable a ciertos casos de negativa de suministro. No ofrece ventaja procedimental alguna para la Comisión, y sí un arma de defensa para las empresas que se

¹³ Véanse a este respecto los puntos 57 a 64 de la misma.

¹⁴ Véase orden del presidente del Tribunal de Primera Instancia de suspensión de las medidas cautelares establecidas por la CE, 26 de octubre 2001, <http://curia.eu.int/jurisp/NDC-IMS>.

vean acusadas por la Comisión de controlar un recurso esencial, puesto que normalmente esgrimirán en su descargo la sentencia Oscar Bronner y la opinión del Abogado General JACOBS.

Es muy significativo a este respecto que la Comisión, en sus *Directrices sobre el análisis del mercado y el cálculo de poder de mercado significativo*¹⁵, ignore la definición de recurso esencial como criterio a la hora de decidir sobre la existencia de poder de mercado significativo, escudándose en que no existe jurisprudencia en el sector de las comunicaciones electrónicas y que en otros sectores la doctrina se usa en relación con la existencia de un abuso de posición de dominio. Sin embargo, podría argumentarse que la existencia de una infraestructura de este tipo puede tener efectos muy significativos sobre la competencia efectiva en el mercado en cuestión y, aún más, en los que de él dependen, por lo que la noción de recurso esencial sería relevante a la hora de decidir si existe o no competencia efectiva.

C. Y EN ESPAÑA

Las autoridades españolas de competencia no han permanecido al margen ni de la evolución ni de los vaivenes de la doctrina de los recursos esenciales en la Unión Europea, si bien es difícil encontrar una mención explícita a la misma en sus resoluciones.

Los primeros asuntos en los que el TDC ordena el acceso a algún tipo de recurso son la resolución en el asunto 3C COM (expte. 350/1994)¹⁶, en lo que se refiere a los aeropuertos, y la resolución en el asunto Tabacalera (expte. MC 21/1997)¹⁷, en la que el TDC impuso a esta última medidas cautelares consistentes en el suministro a McLane España de todas las labores de tabaco de sus propias marcas, durante un período de seis meses. En esta última resolución, el TDC hace referencia explícita a la decisión de la Comisión en el asunto Sea Containers v. Stena Link¹⁸.

Argumentaciones coincidentes con la doctrina aparecen también en algunos otros asuntos posteriores, si bien la línea adoptada por el TDC no es constante. Por ejemplo, en el asunto Velatorios de Madrid (expte. 495/2000)¹⁹, el TDC reconoce que

«la cuestión central que se dirime en este expediente es... un problema clásico del derecho de la competencia que consiste en decidir si, en las circunstancias del caso, en el mercado emergente de los servicios funerarios para fallecidos en Madrid con destino en Madrid, mercado que se abrió como consecuencia

¹⁵ *Draft Guidelines on Market Analysis and the calculation of significant market power* 28 de marzo de 2001, Documento de trabajo COM (2001).

¹⁶ Resolución del TDC de 1 de febrero de 1995.

¹⁷ Resolución del TDC de 26 de mayo de 1997. Confirmada por el Tribunal Supremo en mayo de 2001.

¹⁸ Decisión de la Comisión 94/19/EC, de 19 de diciembre de 1993, *DOCE*, núm. L 15, 1994.

¹⁹ Resolución del TDC de 20 de junio de 2001.

de la liberalización total que se declaraba a partir del año 1997, la EMSFMSA —anterior empresa monopolista— estaba obligada a contratar con los competidores los servicios de tanatorio para no caer en la infracción de abuso de posición de dominio».

Pues bien, a pesar de reconocer el carácter esencial de los tanatorios y la posición dominante de la EMSFMA, el TDC resolvió por mayoría no considerar acreditado el abuso, por existir dudas sobre la licitud de la conducta en este caso concreto, en particular debido a la falta de regulación y a que *«la concesión de las licencias urbanísticas a las empresas privadas por parte del Ayuntamiento de Madrid se dilatará tanto en el tiempo».*

Cabría preguntarse, sin embargo, si la demora en la concesión de licencias no podría ser, precisamente, una barrera legal que contribuiría de hecho al carácter no duplicable del recurso esencial, en este caso los tanatorios.

Poco después, en su resolución en el asunto Funerarias Madrid 3 (expte. 502/2000)²⁰, el TDC condenó y multó a la EMSFMSA por abuso de posición dominante consistente en la discriminación en el acceso a los servicios de cementerio a favor de sus propias actividades. El TDC consideró que el objetivo de estas prácticas discriminatorias era tratar de elevar *«barreras al desarrollo legítimo de la actividad comercial de otros competidores aprovechando la condición de prestador exclusivo de los servicios de cementerio en todos aquellos que son municipales».*

Fuera del ámbito mortuario, también es posible identificar razonamientos propios de la doctrina de los recursos esenciales en la resolución en el asunto Polvorines (expte. 450/1999)²¹. En ella, el TDC condenó y multó a UEE por lo que consideró una estrategia de cierre del mercado de la distribución de explosivos industriales a competidores en la producción de los mismos, mercado recientemente liberalizado y en el que UEE disfrutaba de posición dominante. En concreto, UEE, que disponía de su propia red de distribución, firmó diversos acuerdos de compraventa con arriendo posterior con una serie de polvorines independientes y negoció con casi todos ellos cláusulas de compra exclusiva. Implícitamente, el TDC considera la red de polvorines, el único canal a través del cual se pueden distribuir explosivos, como un recurso no duplicable.

Por último, en el expediente de medidas cautelares en el asunto 3M/SIGESA (expte. MC 31/2000)²², el TDC ordenó a 3M España y a Sigesa, S. A., que suministrasen a Iasist, S. A., licencias de un agrupador (*software* de uso clínico en el que 3M tiene posición dominante) en condiciones no discriminatorias para que ésta pudiera suministrarlo a sus clientes, en particular, cuando dicho *software* es necesario para combinarlo con un analizador (otro *software* de uso clínico situado en un mercado

²⁰ Resolución del TDC de 9 de octubre de 2001.

²¹ Resolución del TDC de 26 de enero de 2002.

²² Resolución del TDC de 6 de abril de 2000.

«aguas abajo»). Dichas medidas cautelares han sido renovadas en tres ocasiones, la última el 14 de diciembre de 2001, y ello a pesar de que Iasist dispone de un agrupador competidor, si bien su uso está reduciéndose rápidamente.

A la vista de las últimas sentencias y medidas cautelares dictadas por el TDC, se podría decir que la aplicación de la doctrina de los recursos esenciales en España está en un estadio anterior a la sentencia Oscar Bronner, con los riesgos para el desarrollo de una competencia efectiva en el largo plazo apuntados por el Abogado General JACOBS.

2. LA TEORÍA ECONÓMICA DE LOS RECURSOS ESENCIALES

La teoría económica aporta un marco de análisis para una aplicación eficiente de la doctrina de los recursos esenciales. En particular, para dar respuesta a las cuestiones básicas que las autoridades de defensa de la competencia se han de hacer siguiendo el esquema de análisis propuesto por el TJE en Oscar Bronner. A saber: 1) ¿es el activo replicable?; 2) ¿se dan las condiciones para que la negativa de acceso esté justificada?, y 3) ¿cómo regular las condiciones de acceso?

A. RESPECTO A LA REPLICABILIDAD DEL RECURSO ESENCIAL

Como se ha señalado con anterioridad, una de las novedades más importantes que la sentencia del TJE en Oscar Bronner introduce a la hora de decidir si un recurso es o no esencial es la necesidad de evaluar si el recurso es replicable. Desde un punto de vista económico no puede argumentarse (como venía haciéndose) la inviabilidad de la réplica a partir únicamente de la demanda residual que actualmente enfrenta el solicitante. Es necesario demostrar que la réplica tampoco sería factible aunque la demanda que atendiera fuera similar a la que sirve el actual poseedor del recurso esencial ²³.

No obstante, este criterio no puede limitarse a un análisis estático y simplista basado en cuotas de mercado. De hacerlo, podría dar lugar a resultados paradójicos. Así, por ejemplo, si el propietario del recurso esencial tiene una cuota en el mercado adyacente de menos del 50 por ciento, un análisis simplista tendería a responder que el recurso es replicable, ya que el solicitante puede alcanzar una cuota de mercado similar a la del propietario del recurso.

La teoría económica propone, como alternativa, utilizar el test del inversor privado para determinar si, efectivamente, el supuesto recurso esencial es o no es replicable. Tal y como apuntaba el Abogado General

²³ «Para que el acceso pueda ser considerado indispensable sería necesario al menos establecer (...) que no es económicamente viable con una tirada de diarios comparable a la que distribuye el actual sistema».

JACOBS en su opinión en Oscar Bronner: «*Para que el coste de duplicar el recurso sea por sí solo una barrera a la entrada, debe frenar a cualquier empresa prudente a entrar en el mercado*»²⁴. Para saber si tal barrera existe, es necesario replicar el análisis que llevaría a cabo un inversor privado, un análisis cuantitativo en el que se comparen los costes (hundidos) necesarios para duplicar el recurso con la rentabilidad esperada de dicha inversión. Rentabilidad que a su vez va a depender de: 1) la estructura de mercado; 2) la demanda; 3) el grado de diferenciación del producto; 4) la presencia de economías de escala y de alcance, y 5) la existencia de externalidades de red.

B. RESPECTO A LA LEGITIMIDAD DE LA NEGATIVA DE ACCESO Y A LA OBLIGACIÓN DE ACCESO

Una de las condiciones identificadas por el TJE en el caso Bronner para determinar abuso de posición de dominio es la falta de justificación de la negativa de acceso.

Los economistas han identificado una serie de situaciones en las que la negativa de acceso a los supuestos recursos esenciales y la integración vertical pueden generar ganancias de eficiencia y, por tanto, estar justificada:

— Evitar costes excesivos de incremento de la capacidad en aquellos casos en los que la provisión de acceso exige una ampliación de capacidad y no genera un incremento sustancial en la competencia en el mercado adyacente.

— Evitar el problema del polizón en las inversiones «aguas arriba» o «aguas abajo» de empresas que no invierten en la generación de activos útiles y que se aprovecharían de una política de acceso abierto. La negativa de acceso y la integración vertical vendría a garantizar que los retornos ofrecidos por estos activos remuneran adecuadamente la inversión realizada. Con ello se evita que las empresas ofrezcan menos servicios o de peor calidad de lo que sería eficiente, reduciendo con ello el valor del producto del mercado adyacente (TELSER, 1990)²⁵.

— Prevenir comportamientos oportunistas especialmente en los casos en los que son necesarias inversiones en activos específicos. Dichos comportamientos pueden llevar a una inversión subóptima, que dañaría finalmente a los consumidores (CARLTON y PERLOFF, 1994)²⁶.

— Proteger la reputación vinculada a una buena utilización de estos activos.

— Eliminar el problema de la doble marginalización en presencia de mercados adyacentes monopolísticos. Dos monopolios producen una

²⁴ Opinión del Abogado General JACOBS de 28 de mayo de 1998, punto 66.

²⁵ L. G. TELSER, «Why Should Manufacturers Want Fair Trade II?», *Journal of Law and Economics*, 33, núm. 2, 1990, pp. 409-417.

²⁶ D. CARLTON y J. PERLOFF, *Modern Industrial Organization*, Melbourne, Addison Wesley Longman Australia, 1994.

ineficiencia mayor que un solo monopolio integrado ya que los monopolios separados no internalizan el efecto negativo que ejercen sobre el otro cuando elevan los precios de sus productos, dando lugar a una menor oferta y unos precios mayores que los que existirían con integración verticales (SPENGLER, 1950)²⁷.

— Minimizar los costes de transacción vinculados a la formalización y cumplimiento de contratos que serán especialmente altos en presencia de información imperfecta y cuando: i) las incertidumbres y contingencias que se puedan presentar en los mercados afectados son grandes; ii) existe una gran dependencia tecnológica entre los distintos bienes, y iii) ambos mercados tienden a estar dominados por una o pocas empresas. La industria del *software* es un buen ejemplo de una industria con características en las tres direcciones (COASE, 1937²⁸; GROSSMAN y HART, 1986²⁹).

— Discriminar precios/evaluar la demanda. La integración vertical entre empresas facilita la discriminación de precios si la disponibilidad a pagar de los consumidores por el conjunto de bienes depende de las proporciones en que éstos se consumen. Cuando el monopolista tiene más posibilidades de discriminar vía precios su nivel de *output* será más próximo al eficiente.

— Evitar la sustitución ineficiente entre *inputs*. Cuando los bienes de los dos mercados se utilizan en proporciones variables, la integración reduce otra ineficiencia asociada al monopolio: el uso de proporciones ineficientes de *inputs* (POSNER, 1982)³⁰. Para conseguir eficiencia productiva, se requiere que dos *inputs* se utilicen en una determinada proporción tal que el ratio de sus costes sea igual al ratio de su valor productivo. Esto será así tan sólo si el precio de cada uno de los *inputs* es igual a su coste de producción, lo cual no sucede cuando el productor de uno de los *inputs* es un monopolista. La integración vertical permite la monopolización de uno o más *inputs* sin que éstos se consuman en proporciones ineficientes.

Por todo lo anterior, se puede defender que, además de los requisitos establecidos por el TJE en Oscar Bronner, deberían darse las siguientes condiciones para que estuviese justificado el imponer la obligación de acceso:

— Que el competidor, al que se le deniega el acceso, sea esencial para la competencia o, en otras palabras, que el acceso al activo tenga un efecto importante sobre el grado de competencia en el mercado adyacente.

— Que no existan problemas de capacidad para acceder al activo.

²⁷ J. SPENGLER, «Vertical Integration and Anti-Trust Policy», *Journal of Political Economy*, 58, 1950, pp. 347-352.

²⁸ R. COASE, «The Nature of the Firm», *Economica*, 4 (13-16), 1975, pp. 386-405.

²⁹ S. GROSSMAN y O. HART, «The costs and benefits of ownership: A theory of vertical and lateral integration», *Journal of Political Economy*, 94(4), 1986, pp. 691-719.

³⁰ R. POSNER y F. EASTERBROOKE, *Antitrust. Cases, Economic Notes and Others Materials*, Second Edition, West Publishing Company, American Casebook Series, 1982.

— Que el acceso al activo no ponga en peligro la estabilidad económica de la empresa que lo controla.

— Que el activo esencial sea el fruto de otra regulación anterior (monopolio legal) y no esté sujeto a un alto grado de innovación, ya que en el primer caso, el posible efecto negativo sobre los incentivos a invertir derivado de un mal cálculo de la compensación financiera es menor.

C. RESPECTO A LA REGULACIÓN DE LAS CONDICIONES DE ACCESO

Regular el acceso a un recurso esencial es, en definitiva, regular la tasa de retorno de la inversión realizada en el mismo. Desde el punto de vista schumpeteriano, forzar el acceso a la inversión/innovación reduce los incentivos a innovar de todos los participantes en el mercado y no sólo los del incumbente. Además, puede distorsionar la naturaleza de la inversión/innovación, ya que cuanto más singular sea la innovación, mayor será la obligación de dar acceso. Para que la reducción de los incentivos a innovar sea mínima, es necesario regular adecuadamente esa tasa de retorno.

Las autoridades de defensa de la competencia no suelen entrar a determinar en detalle las condiciones de acceso al recurso esencial, limitándose a establecer que éstas han de ser razonables y no discriminatorias para el solicitante. Así, por ejemplo, la Comunicación sobre acceso establece que *«la empresa que solicite el acceso está dispuesta a abonar el precio razonable y no discriminatorio fijado y (...) aceptará las condiciones de acceso no discriminatorias»*³¹.

El Abogado General JACOBS, en su opinión en Oscar Bronner se muestra, sin embargo, sensible a que la aplicación de la doctrina de los recursos esenciales no desincentive la inversión. Al hacerlo apunta otro principio a cumplir por las condiciones de acceso, a saber, que *«la empresa deberá recibir una compensación plena, permitiéndosele atribuir al acceso una proporción adecuada de sus costes de inversión y obtener una retribución adecuada sobre su inversión adaptada al riesgo incurrido»*³².

Calcular adecuadamente la tasa de retorno es complicado y las probabilidades de error elevadas. Por ello algunos autores opinan que la doctrina de los recursos esenciales debe aplicarse de forma restrictiva para menoscabar lo menos posible los incentivos de las empresas a invertir en la creación y mejoras de este tipo de activos.

Varias son las medidas en manos de las autoridades de defensa de la competencia para regular el acceso a los recursos considerados esenciales. Como criterio general, estas medidas dicen perseguir unas condiciones de acceso «no discriminatorias» y «razonables». La teoría económica contribuye a introducir criterios de eficiencia mostrando que no todas ellas son óptimas en todas las circunstancias.

³¹ Vid. op. cit. supra 9, punto 91 d.

³² Vid. op. cit. supra 11, punto 64.

- Remedios estructurales:
- Compartir el control del recurso esencial.
- Fragmentar la propiedad y establecer restricciones de comportamiento.

Cuando el recurso esencial presenta importantes economías de escala o de red ha de tenerse en cuenta que los remedios estructurales (propiedad compartida o fragmentación) son contrarios al aprovechamiento de estas economías de escala y de red y, por tanto, generan ineficiencias.

- Remedios de conducta:

- Abrir el acceso. Como se ha discutido anteriormente en esta sección, el acceso libre puede generar un fuerte desincentivo a la inversión que se traduzca en una pérdida importante de bienestar social. Esto es especialmente cierto en aquellos casos en los que el recurso esencial requiera inversiones específicas.

- Regular la cantidad y el precio. El criterio generalmente eficiente de fijar precios en función de los costes marginales o costes incrementales no lo es en aquellos casos en los que el desarrollo de un determinado activo lleva aparejados unos importantes costes fijos, costes variables reducidos y costes medios decrecientes, y donde la innovación es el mecanismo de competencia (como sería el caso de muchos de los activos vinculados a la Nueva Economía, por ejemplo, el del protocolo de comunicación desarrollado para Movilpago). En estos casos, la fijación de unos precios de acceso iguales a los costes incrementales de dicho acceso no retribuyen adecuadamente el esfuerzo inversor y, por tanto, lo desincentivan, hipotecando la siguiente ronda de innovación en detrimento de la competencia y de la eficiencia futura.

Este efecto ha sido reconocido por los propios tribunales europeos y por múltiples expertos de economía industrial. Así, por ejemplo, en el caso Renault, el Abogado General MISCHO estableció que «*el inventor está legitimado para recuperar no sólo su coste de producción en sentido estricto y un margen de beneficios razonable sino también sus gastos en investigación y desarrollo*»³³. LIPSKY *et al.* (1999), en referencia al acceso a terceros a la plataforma Windows de Microsoft, abogan por la aplicación del criterio de componentes eficientes (*efficient component pricing rule*) y sostienen que el precio adecuado (para no desincentivar la innovación) debería cubrir los costes incrementales y el coste de oportunidad, definido éste como los ingresos que deja de percibir el propietario de la innovación por ceder su uso a terceros³⁴.

3. EL CASO MOVILPAGO

En el caso Movilpago confluyen economías de red, derechos de propiedad intelectual y la determinación de las condiciones de acceso.

³³ Opinion in Renault (53/1987) (1988), *ECR*, p. 6039.

³⁴ A. LIPSKY *et al.*, «Essential Facilities», *Stanford Law Review*, vol. 51, 1999, pp. 1187-1249.

Aunque no contiene una mención explícita al concepto de recurso esencial, el informe del TDC y los remedios propuestos, recogidos en gran medida en la decisión posterior del Consejo de Ministros, contiene una serie de argumentos y consideraciones que, como se verá, no son ajenas a dicho concepto.

El caso consiste en la creación de una empresa en participación de carácter concentrativo entre el BBVA y Telefónica Móviles para desarrollar y comercializar un medio de pago electrónico a través del teléfono móvil.

El TDC entiende que el mercado afectado por la concentración es el mercado emergente de medios de pago electrónicos. Además de los medios de pago como Movilpago, en el mercado están presentes fundamentalmente las tarjetas de débito y crédito. Sin embargo, al analizar la posición (futura) de Movilpago en el mercado, el TDC parece tener en mente en realidad un mercado más estrecho consistente en los medios de pago electrónicos a través del teléfono móvil³⁵. Este posible mercado mucho más estrecho es fundamental para entender la argumentación del TDC respecto al carácter no duplicable de Movilpago.

Tras definir el mercado, el TDC analiza los efectos de la operación en el mismo y en el de la telefonía móvil, que se considera también afectado por la operación.

En el primer mercado (el de medios de pagos electrónicos), el análisis competitivo realizado no encuentra problemas de competencia. En particular, el TDC concluye en la inexistencia de barreras a la entrada de tipo administrativo o tecnológico y apunta a varios medios de pago electrónico cuya comercialización a corto plazo en España era previsible.

En el de la telefonía móvil, la conclusión es distinta, debido a la posición dominante de Telefónica Móviles en el mismo y a la de Telefónica en el sector de telecomunicaciones en general.

Además, el TDC detecta una serie de barreras que *«pueden crear desde el inicio una fuerte ventaja competitiva para los dos socios de Movilpago en detrimento de otros operadores»*. En concreto, el TDC menciona la capacidad financiera y la fuerte implantación nacional de los dos socios, la base de clientes, en particular de Telefónica Móviles, y la ventaja tecnológica derivada de haber diseñado Telefónica los protocolos técnicos necesarios para el nuevo servicio, que cifra entre cuatro y seis meses.

El TDC entiende que, a la vista de las evidentes economías de red que parecen prevalecer en el sector, lo más probable es que, en el futuro, no hubiese más que una red de pagos electrónicos a través del teléfono móvil en España. Gracias a su ventaja tecnológica y a su gran base de clientes, a juicio del TDC, Telefónica Móviles disponía de una gran ventaja de partida respecto a los otros operadores de móviles. El TDC estimó

³⁵ *«La capacidad financiera y la fuerte implantación nacional de los dos socios de Movilpago actúan de facto como una verdadera barrera de entrada frente a posibles competidores en medios de pago electrónicos a través del teléfono móvil».*

que la presencia de Telefónica Móviles podría convertir a Movilpago en el medio de pago electrónico de mayor aceptación a medio plazo.

Teniendo en cuenta las previsiones de desarrollo consideradas por el TDC respecto al comercio electrónico (previsiones que, por el momento, están muy lejos de haberse cumplido) y el auge de la telefonía móvil, el TDC concluyó que los otros operadores de móviles españoles no podrían permitirse el lujo de no ofrecer a sus clientes un servicio equivalente a Movilpago. De otro modo, su posición en el mercado de móviles se resentiría a medio plazo. Además, a la vista de la ventaja de Telefónica, los operadores alternativos de móviles no tendrían más remedio que adherirse a Movilpago.

En otras palabras, el TDC consideraba Movilpago como un recurso no replicable y, por tanto, esencial para la competencia en el mercado de la telefonía móvil, por lo que el acceso al mismo era imprescindible para mantener o mejorar la posición competitiva de los demás operadores de móviles.

Los remedios impuestos por el Gobierno en Movilpago parecen responder a una triple motivación.

Por un lado, se mitiga la ventaja de Telefónica Móviles en su condición de primer entrante. Para ello se impone una moratoria de tres meses durante los cuales no podría comercializarse Movilpago.

Por otro lado, el Gobierno trata de desactivar los posibles problemas de acceso que podrían plantearse en el futuro si Movilpago se convirtiese en un servicio esencial. Para ello, se incluyen garantías de acceso al servicio y a los protocolos técnicos y especificaciones para la incorporación a Movilpago.

Asimismo, se introdujeron limitaciones respecto a la publicidad y se obligó a que las condiciones técnicas y económicas garantizaran los principios de neutralidad y no discriminación a los operadores de telefonía móvil y financieros ³⁶.

Hay que añadir que tanto BBVA como Telefónica Móviles habían ya previsto desde el principio un sistema abierto a entidades de crédito, operadores de telefonía móvil y comerciantes, en condiciones idénticas y equiparables. Además, las partes afirmaron que Movilpago actuaría en todo momento como agente independiente y que no concedería condiciones más ventajosas a sus empresas matrices.

Por último, se impusieron otros remedios que parecían encaminados a limitar el efecto de red. En concreto, se impiden las exclusividades en los contratos de distribución con comerciantes en lo que se refiere al uso del sistema y se obliga a que los contratos suscritos por Movilpago Banco con consumidores no incluyan cláusula alguna que limite su liber-

³⁶ Sin embargo, el canon será establecido por Movilpago, aunque habrá de ser comunicado a SDC.

tad para firmar con otros operadores financieros adscritos al sistema. Además, también se prohíben durante un año los descuentos por volumen a los operadores de móviles que se puedan adherir al sistema.

¿Eran justificados los temores del TDC respecto a Movilpago?

En Movilpago la situación es algo distinta del esquema tradicional en el que el recurso esencial se sitúa «aguas arriba». En primer lugar, Movilpago es un recurso que se sitúa en un mercado adyacente. Además, es significativo constatar que el supuesto recurso esencial ni siquiera estaba todavía operativo. Por último, la supuesta imposibilidad de duplicar Movilpago es dudosa debido a lo limitado de la ventaja temporal de que disponía y a que en el mercado, definido como el de los medios de pago electrónicos, tal y como reconoce el propio TDC no existen barreras a la entrada y sí numerosas alternativas.

Por otro lado, el desarrollo de los acontecimientos con posterioridad a la decisión del Consejo de Ministros parece indicar que tales temores eran bastante infundados. En primer lugar, porque con posterioridad a la decisión se produjo la crisis de las .com, por lo que la explosión del comercio electrónico no ha sido tan fuerte como se esperaba hace año y medio. En segundo lugar, porque Movilpago no es la única oferta disponible.

De hecho, ahora mismo existen en España tres plataformas de pago electrónico a través de móvil: Caixamóvil, que pertenece a “la Caixa”; Paybox, perteneciente a Deutsche Bank, y Mobipay. Esta última es el resultante de la fusión de la propia Movilpago y de Pagomóvil, empresa creada en su día por el SCH, 4B, Amena y Airtel (hoy Vodafone). De las tres, curiosamente, la única que no ha empezado todavía a prestar servicios comerciales es Mobipay, que a día de hoy sigue todavía en pruebas.

Por tanto, las condiciones impuestas a Movilpago no parecen justificadas si se aplicase un test similar al utilizado por el TJE. Por otro lado, no parece razonable sostener que la situación actual de fusión de Pagomóvil y Movilpago y la pervivencia de otras plataformas sea consecuencia de los remedios. De hecho, la puesta en marcha de otras plataformas no es muy consistente con la obligación de dar acceso a Movilpago, si bien, evidentemente, el acceso tampoco ha impedido la aparición de aquéllas.

4. CONCLUSIONES

La legislación de defensa de la competencia supone una restricción de los derechos de propiedad y de la libertad empresarial sólo justificable por el objetivo de impedir comportamientos anticompetitivos que falseen la competencia efectiva entre empresas en detrimento del interés general. La doctrina de los recursos esenciales que fuerza a dar acceso (gratuito

o en condiciones reguladas) a terceros a una infraestructura o servicio desarrollado con recursos privados es el ejemplo más palpable de dicha restricción. Restricción que afecta a las rentas que los agentes privados obtienen de sus inversiones en innovación y que, por tanto, también puede afectar al interés general en tanto en cuanto modifica los incentivos de estos agentes a innovar.

La posible existencia de un *trade-off* entre los incentivos estáticos (permitir la entrada inmediata de nuevos competidores que amplíen la capacidad de elección de los consumidores y que eventualmente reduzca los precios) y los incentivos dinámicos (incentivos a la innovación y, por tanto, a la entrada de nuevos competidores con tecnologías más eficientes) aconseja prudencia y rigor por parte de las autoridades de defensa de la competencia en la aplicación de la doctrina de los recursos esenciales, como ya pidió el Abogado General JACOBS en el caso Oscar Bronner.

Prudencia que es, como también dijo JACOBS, especialmente necesaria en el caso de servicios de la llamada Nueva Economía, donde la innovación es un factor clave para la competencia, donde existe un mayor desconocimiento de las reglas que rigen el funcionamiento de esos mercados y donde la fijación de los precios de acceso es un factor clave.

La decisión sobre Movilpago es uno de los primeros casos de aplicación de la doctrina de los recursos esenciales a la Nueva Economía en España. Aun cuando la decisión pudiera estar justificada y a pesar de que sus efectos parezcan haber sido inocuos, sería conveniente que las autoridades refinasen su marco de análisis y no lo aplicasen de manera automática como precedente válido en el tratamiento de los activos protegidos por derechos de propiedad intelectual. Es necesario que evalúen convenientemente el *trade-off* entre los incentivos estáticos e incentivos dinámicos si no quieren defender la competencia a corto plazo (y posiblemente los intereses de los competidores menos innovadores) a costa de ahogar la competencia a largo plazo.

CONSIDERACIONES SOBRE LA JURISPRUDENCIA RECIENTE DEL TS Y DEL TJCE EN MATERIA DE AGOTAMIENTO INTERNACIONAL DEL DERECHO DE MARCA

Jorge MIQUEL RODRÍGUEZ

Profesor Titular de Derecho Mercantil
Universidad Autónoma de Barcelona

1. INTRODUCCIÓN

La cuestión del agotamiento de los Derechos de propiedad industrial en general, y dentro de ellos del Derecho de marca, se caracteriza sin duda por su continua evolución jurisprudencial, manifestada a lo largo de las últimas décadas en el ámbito del Derecho comunitario.

Con carácter general, y a falta de ulteriores matizaciones, puede señalarse que hablar de agotamiento de un derecho de exclusiva implica referirse a un límite, que implica su extinción como tal derecho exclusivo, que se produce al introducir en el comercio el objeto sobre el que recae ese derecho con el consentimiento de su titular. El agotamiento del derecho supone, por tanto, que el titular no puede hacerlo valer para impedir la circulación de los productos que él mismo ha introducido en el comercio o han sido introducidos con su consentimiento. En definitiva, el agotamiento implica que cuando el titular del derecho pone el producto en el mercado, pierde la exclusiva.

El concepto de agotamiento puede predicarse de los distintos bienes inmateriales, pudiendo hablarse, por tanto, de agotamiento del Derecho de patente, del Derecho de marca y del Derecho de propiedad intelectual. El principio que justifica la doctrina del agotamiento en todos ellos es semejante: el titular del derecho en exclusiva ve cubiertas sus expectativas cuando pone el producto en el mercado por primera vez. No obstante, en la medida en que la justificación y el alcance de la protección en cada uno de ellos es diferente, la doctrina del agotamiento se formula con matices en relación a los diferentes sectores señalados. El objeto de esta nota es esencialmente el de situar el estado de la cuestión en el Derecho comunitario y también en el Derecho español en torno al agotamiento del Derecho de marca, especialmente en lo

que se refiere a la evolución jurisprudencial del denominado agotamiento internacional ¹.

Se trata de una cuestión en la que confluyen exigencias y estructuras provenientes de dos sectores distintos, si bien estrechamente relacionados. El agotamiento, en cuanto a su concepto mismo, viene configurado por el Derecho de marcas y está concebido como el límite hasta el que llega el Derecho en exclusiva. En cambio, el alcance territorial, que viene expresado en la actualidad por la problemática referida al agotamiento internacional o extracomunitario, y sus condiciones exactas, viene condicionado por consideraciones propias de la libre circulación de mercaderías, y sin duda alguna por límites impuestos por aspectos en buena medida políticos, y no propiamente jurídicos.

2. MARCO NORMATIVO NACIONAL E INTERNACIONAL EN MATERIA DE AGOTAMIENTO DEL DERECHO DE MARCA

La diversa normativa que se refiere, o podría referirse, a la cuestión del agotamiento coincide en establecer un límite en relación al agotamiento comunitario y, en cambio, silenciar cualquier referencia al agotamiento internacional. Nos referiremos brevemente a la regulación más relevante desde la triple perspectiva, española, comunitaria y extracomunitaria.

La Ley de Marcas de 1988 ² establecía en su art. 32 el agotamiento del Derecho en los casos en que se pone en circulación el producto en España por el titular o con su consentimiento expreso. Se contemplaba legalmente, por tanto, un agotamiento meramente nacional, si bien era pacífico que la expresión legal debía interpretarse con mayor amplitud, comprendiendo cualquier puesta en circulación dentro del Espacio Eco-

¹ La bibliografía española en materia de agotamiento es ciertamente importante no solamente en relación al Derecho de marcas, sino en los demás sectores en donde aparece la figura, especialmente en relación al Derecho de patentes, en donde tiene su origen la doctrina del agotamiento. Así, con carácter general, podemos mencionar los trabajos de C. FERNÁNDEZ-NÓVOA primero en *Fundamentos de Derecho de Marcas*, Madrid, 1984, pp. 276 ss.; luego en *Derecho de marcas*, Madrid, 1990, pp. 169 ss., y ahora en *Tratado sobre Derecho de marcas*, Madrid, 2001, pp. 371 ss.; M. LOBATO GARCÍA-MUÁN, «El agotamiento de los derechos de propiedad intelectual e industrial en la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas», *Anuario de Derecho Civil*, 1991, pp. 553 ss.; T. DE LAS HERAS LORENZO, *El agotamiento del Derecho de marcas*, Madrid, 1994; J. A. GÓMEZ SEGADE, voz «Agotamiento del Derecho de patente», *Enciclopedia Jurídica Básica*, t. I, Madrid, 1995, pp. 381 ss.; J. MASSAGUER, «Acerca del agotamiento internacional del Derecho de marca (A propósito de algunas recientes sentencias de Audiencia Provincial)», *Actualidad Civil*, núm. 3, 1995, pp. 119 ss.

² Ley 32/1988, de 10 de noviembre, *BOE* 12 noviembre 1988: «Art. 32. 1. El derecho conferido por el registro de la marca no permitirá a su titular prohibir a los terceros el uso de la misma para productos comercializados en España con dicha marca por el titular o con su consentimiento expreso. 2. No será aplicable el párrafo anterior cuando motivos legítimos justifiquen que el titular se oponga a la comercialización ulterior de los productos, especialmente cuando las características de los productos han sido modificadas o alteradas tras su comercialización».

nómico Europeo³. La Ley de Marcas de 2001⁴ ya acoge la noción de agotamiento comunitario, en el entendido de que al emplear esa expresión nos referiremos al agotamiento del Derecho en el marco del Espacio Económico Europeo, tal como establece la vigente normativa comunitaria.

Precisamente, la normativa de la Unión Europea en materia de marcas se refiere a la cuestión. Así, tanto el art. 7 de la Directiva sobre marcas del año 1988⁵ como el art. 13 del Reglamento sobre la marca comunitaria de 1993⁶, coincidiendo en su redacción y, en consecuencia, en el establecimiento de los límites que fija territorialmente en el marco del Espacio Económico Europeo⁷. Debe advertirse, sin embargo, que en los trabajos preparatorios de la Directiva se reconocía el agotamiento internacional, posición que se abandonó posteriormente⁸.

Probablemente el contexto normativo en el que hubiera podido tener mayor razón de ser la mención al agotamiento internacional en uno u otro sentido —aceptándolo o rechazándolo— hubiera sido con ocasión de la aprobación del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC), que, sin embargo, no contiene referencia alguna a la cuestión⁹. No puede des-

³ Por todos, C. FERNÁNDEZ-NÓVOA, *Tratado sobre Derecho de marcas*, op. cit., pp. 380-381.

⁴ Ley 17/2001, de 7 de diciembre, BOE 8 diciembre 2001: «Art. 36. 1. El derecho conferido por el registro de marca no permitirá a su titular prohibir a terceros el uso de la misma para productos comercializados en el Espacio Económico Europeo con dicha marca por el titular o con su consentimiento expreso. 2. El apartado 1 no se aplicará cuando existan motivos legítimos que justifiquen que el titular se oponga a la comercialización ulterior de los productos, en especial cuando el estado de los productos se haya modificado o alterado tras su comercialización».

⁵ Primera Directiva del Consejo de 21 de diciembre de 1988, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de marcas (89/104/CEE), DOCE, núm. L 40, 11 de febrero de 1989.

⁶ Reglamento (CE) núm. 40/1994 del Consejo, de 20 de diciembre de 1993, sobre la marca comunitaria, DOCE, núm. L 11, 14 de enero de 1994.

⁷ El art. 7 de la Directiva establece, bajo la rúbrica «Agotamiento del derecho conferido por la marca»: «1. El derecho conferido por la marca no permitirá a su titular prohibir el uso de la misma para productos comercializados en la Comunidad con dicha marca por el titular o con su consentimiento. 2. El apartado 1 no se aplicará cuando existan motivos legítimos que justifiquen que el titular se oponga a la comercialización ulterior de los productos, en especial cuando el estado de los productos se haya modificado o alterado tras su comercialización».

La redacción es idéntica en el art. 13 del Reglamento sobre la marca comunitaria (cfr., entre nuestra doctrina, A. M.^a TOBÍO RIVAS, «Comentario al artículo 13», en A. CASADO CERVIÑO y M.^a L. LLOBREGAT HURTADO (coords.), *Comentarios a los Reglamentos sobre la marca comunitaria*, 2.^a ed., Madrid, 2000, pp. 183 ss.

El acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo firmado en Oporto el 2 de mayo de 1992, en su anexo XVII, da una nueva redacción al art. 7.1 sustituyendo la frase «productos comercializados en la Comunidad» por «productos comercializados en una Parte Contratante».

⁸ Sobre la evolución de la regulación de la cuestión en la Directiva, cfr., por todos, FERNÁNDEZ-NÓVOA, *Tratado sobre Derecho de marcas*, op. cit., pp. 371 ss.

⁹ Cfr., sobre el Acuerdo ADPIC, en general, y la cuestión del agotamiento, en particular, J. A. GÓMEZ SEGADÉ, «El acuerdo ADPIC como nuevo marco para la protección de la propiedad industrial e intelectual», *Actas de Derecho Industrial*, XVI, 1996, pp. 33 ss. y 56 ss.; J. MASSAGUER y M. MONTEAGUDO, «Las normas relativas a las marcas de fábrica o de comercio del Acuerdo sobre

conocerse la fuerte tensión existente entre los intereses de los países desarrollados y los menos desarrollados, siendo los primeros proclives a reconocer un agotamiento internacional de la marca, para evitar las importaciones paralelas procedentes de países menos desarrollados¹⁰. La falta de una posición unitaria en torno a la cuestión originó que en el texto definitivo se obviara cualquier pronunciamiento expreso al respecto.

3. EL AGOTAMIENTO EN LA JURISPRUDENCIA COMUNITARIA

A. AGOTAMIENTO COMUNITARIO

Como se ha advertido, la Directiva sobre marcas y el Reglamento sobre la marca comunitaria recogen el principio de agotamiento comunitario, aunque con limitaciones: no se aplicará la doctrina del agotamiento y, por tanto, el titular de la marca podrá impedir importaciones paralelas de otro Estado miembro cuando pruebe que los productos han sido modificados, deteriorados o reempaquetados, pues en esos supuestos se dañaría el prestigio de la marca. Al mismo tiempo, el importador podría invocar la existencia del agotamiento si prueba que el reempaquetado no perjudica al producto, se indica claramente al reempaquetador, etc.¹¹

B. AGOTAMIENTO INTERNACIONAL

De cualquier modo, las cuestiones más discutidas en los últimos tiempos no giran tanto en relación al agotamiento comunitario, como en torno a los requisitos para el agotamiento internacional. Con carácter general, puede señalarse que la idea básica se encuentra en un principio: la puesta en comercio en terceros Estados no comunitarios ni del Espacio Económico Europeo no produce agotamiento internacional de la marca. Existen de cualquier modo, opiniones críticas con esa línea, que consideran

los ADPIC», en J. L. IGLESIAS PRADA (dir.), *Los derechos de propiedad intelectual en la Organización Mundial del Comercio*, Madrid, 1997, pp. 153 ss. y 171 ss.

¹⁰ Cfr., no obstante, las observaciones de J. A. GÓMEZ SEGADE, «El acuerdo ADPIC como nuevo marco para la protección de la propiedad industrial e intelectual», *op. cit.*, p. 56, en el sentido de matizar la trascendencia de la afirmación, recogiendo la opinión de BRONCKERS, «The impact of TRIPs: Intellectual Property protection in developing countries», *Common Market Law Review*, núm. 31, 1994, pp. 1245 ss.

¹¹ Por todos, sintetizando las excepciones al agotamiento, FERNÁNDEZ-NÓVOA, *Tratado sobre Derecho de marcas*, *op. cit.*, pp. 387 ss. Recientemente A. J. DE MARTÍN MUÑOZ, «Las importaciones paralelas con alteración del producto original», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, núm. 207, 2000, pp. 100 ss., comentando la STJCE de 12 de octubre de 1999, en el denominado caso *Upjohn/Paranova*, y las sentencias anteriores más relevantes sobre el particular. Cfr., igualmente, P. VIDAL MARTÍNEZ, «Novedades jurisprudenciales del TJCE en materia de agotamiento del Derecho de marca», *RGD*, núm. 666, marzo 2000, pp. 2377 ss. y 2382 ss.

que debería haber agotamiento internacional, siempre que los productos se pongan en el mercado con el consentimiento del titular de la marca ¹².

En los últimos tiempos, interpretando la Directiva de marcas, y la recepción que han realizado los Estados miembros, ha habido diversas Sentencias que han ido matizando el alcance concreto de la limitación, y en concreto en virtud de tres decisiones especialmente destacables, respectivamente, los casos *Silhouette* y *Sebago*, y los asuntos acumulados *Zino Davidoff* y *Levi's* ¹³.

En primer lugar, la STJCE de 16 de julio de 1998, en el caso *Silhouette International*, estableció que el art. 7.1 de la Directiva impide a los Estados miembros reconocer el agotamiento del Derecho de marca sobre mercancías comercializadas fuera del Espacio Económico Europeo. Es decir, interpreta el silencio de la Directiva en relación al agotamiento internacional como una prohibición de que los Estados miembros lo reconozcan en sus respectivas legislaciones nacionales. Los hechos que dieron lugar a la Sentencia se refieren a 21.000 monturas de gafas fabricadas en Austria por *Silhouette*, que en octubre de 1995 fueron comercializadas en Bulgaria por ella misma, titular de la marca. Se trataba de una partida de monturas que correspondía a modelos anticuados. La venta realizada a la compañía búlgara que las adquirió incluía, según alegaba la fabricante, aunque no quedó acreditado, una orden de que fueran comercializadas únicamente en Bulgaria o en países de la antigua Unión Soviética, impidiendo exportarlas a otros países. Las monturas fueron reimportadas a territorio austriaco por *Hartlauer*, compañía dedicada a la venta de gafas en Austria a precios muy bajos, y que por esa razón no mantenía relaciones comerciales con *Silhouette*, que entendía que la imagen de su producto, relacionada con la calidad, se vería perjudicada si fueran comercializadas por *Hartlauer*. La adquisición y reimportación de las gafas fue acompañada de una importante campaña publicitaria que originó la demanda de *Silhouette*, solicitando que se impidiera la comercialización de la mercancía en territorio austriaco, al no haberse agotado el derecho sobre la marca por no haberse comercializado con su consentimiento dentro del Espacio Económico Europeo. Según se advierte en la Sentencia del TJCE, la nueva Ley de Marcas austriaca, que ya incorpora la Directiva comunitaria, señala expresamente en su Exposición de Motivos que la concreción del alcance territorial quedaba a cargo de los tribunales. Asi-

¹² Así, por ejemplo, F.-K. BEIER, «Propiedad industrial y libre circulación de mercancías en el mercado interior y en el comercio con terceros Estados», *Revista general del Derecho*, núm. 549, 1990, pp. 4507 ss. y 4533.

¹³ Las diversas sentencias han sido objeto de comentario entre nosotros. En relación a los casos *Silhouette* y *Sebago*, cfr. C. FERNÁNDEZ-NÓVOA, *Tratado sobre Derecho de marcas*, op. cit., pp. 382 ss.; P. VIDAL MARTÍNEZ, «Novedades jurisprudenciales del TJCE en materia de agotamiento del Derecho de marca», op. cit., y Á. GARCÍA VIDAL, «El alcance territorial del agotamiento del Derecho de marca (Comentario a las Sentencias de 16 de julio de 1998 *Silhouette* y de 1 de julio de 1999 *Sebago*)», *ADI*, XX, 1999, pp. 567 ss. Sobre la Sentencia referida a las marcas *Zino Davidoff* y *Levi's*, cfr. A. GUTIÉRREZ, «La cuestión del agotamiento internacional del Derecho de marca en el ordenamiento comunitario», *La Ley*, 8 de enero de 2002, y en la prensa económica, M. BALDÓ, «Luz en la lucha contra las importaciones paralelas», *Expansión*, 29 de noviembre de 2001, pp. 62 ss.

mismo, se recuerda que en Austria se admitía tradicionalmente por parte de los tribunales el agotamiento internacional del Derecho de marca. También debe destacarse, entre los aspectos relevantes del litigio, que la acción de cesación solamente está expresamente prevista por la normativa austriaca de marcas en casos en que exista riesgo de confusión, lo que no sucede cuando los productos son originales del titular de la marca, como sucedía en este caso.

Después de la desestimación de la demanda en las dos primeras instancias, *Silhouette* recurrió ante el *Oberster Landesgericht*, que planteó ante el TJCE como cuestiones prejudiciales si es posible interpretar que el art. 7.1 de la Directiva incluye entre el *ius prohibendi* atribuido al titular de la marca la facultad de impedir que un tercero comercialice productos protegidos por la marca comercializados fuera del Espacio Económico Europeo, y, en segundo lugar, en conexión con las referidas particularidades en materia de acción de cesación en la Ley austriaca, si el titular de la marca puede, al amparo del referido art. 7.1, exigir la cesación por parte del tercero del uso de la marca para productos comercializados fuera del Espacio Económico Europeo. Sobre este segundo aspecto, señaló el TJCE que no es suficiente el art. 7.1 de la Directiva como único fundamento para que prospere la acción de cesación.

La primera cuestión fue, en cualquier caso, la que supuso el avance relevante en relación a la problemática del agotamiento internacional, pues el TJCE señaló que el art. 7.1 de la Directiva es incompatible con que los Estados miembros admitan en su propia normativa sobre marcas la existencia del agotamiento internacional del Derecho de marca, pues según el Tribunal, admitir que pudiera darse la disparidad en esta cuestión en los diferentes ordenamientos generaría importantes obstáculos para libertades esenciales como son la de circulación de mercancías y la de prestación de servicios ¹⁴.

La segunda sentencia relevante del TJCE que ha continuado en la línea de establecer precisiones a la cuestión del agotamiento internacional del Derecho de marca fue la Sentencia *Sebago* de 1 de julio de 1999. En este caso, el aspecto más destacado de la decisión se refirió al objeto sobre el que debe recaer el consentimiento que debe manifestar el titular

¹⁴ Debe recordarse que la decisión del TJCE se opone diametralmente al Dictamen del Tribunal de la EFTA de 3 de diciembre de 1997, que había sostenido que el art. 7.1 de la Directiva precisamente dejaba a los Estados miembros la facultad de decidir el alcance territorial del agotamiento del Derecho de marca. Cfr., al respecto, C. FERNÁNDEZ-NÓVOA, *Tratado sobre Derecho de marcas*, op. cit., pp. 382 ss.

De otra parte, en relación a la Sentencia, es digno de mención el trabajo de T. HAYS y P. HANSEN, «*Silhouette is Not the Proper Case Upon Which to Decide the Parallel Importation Question*», *European Intellectual Property Review*, núm. 7, 1998, pp. 277 ss., que entre otras cuestiones alegan la improcedencia de la Sentencia *Silhouette* para tratar la cuestión de las importaciones paralelas, por tratarse en realidad de un supuesto de reimportación, es decir, de un supuesto en que la mercancía había sido comercializada primero dentro del Espacio Económico Europeo, lo que entre otras cuestiones implica el agotamiento del Derecho. Defienden igualmente que las restricciones impuestas por *Silhouette*, que como ya hemos advertido no quedaron probadas, suponen una violación de las normas comunitarias de defensa de la competencia.

de la marca necesario para que pueda existir el agotamiento internacional. *Sebago* es una compañía norteamericana que tiene registrados para el Benelux las marcas de zapatos, *Dockside* y *Sebago*, productos que distribuye en exclusiva en ese territorio *Maison Dubois*. *G-B Unic*, en sus hipermercados *Maxi GB* situados en territorio belga, donde vendió más de 2.500 pares de zapatos *Dockside Sebago*, fabricados en El Salvador, e introducidos en Bélgica por una compañía dedicada a las importaciones paralelas. El fabricante y el distribuidor exclusivo demandaron a *G-B Unic* planteando la *Cour d'apell* de Bruselas al TJCE una serie de cuestiones prejudiciales referidas al alcance de la interpretación que debe darse al art. 7.1 de la Directiva. En concreto, ¿si el titular de la marca puede oponerse a la comercialización de productos auténticos protegidos por la marca que no han sido comercializado dentro del Espacio Económico Europeo por el titular o con su consentimiento en determinadas circunstancias? La pregunta fue contestada por el TJCE en el sentido de establecer que el consentimiento debe referirse a cada ejemplar del producto respecto al que se invoca el agotamiento, sin ser relevante que hubiera habido consentimiento anteriormente a otros productos idénticos. En el razonamiento el TJCE advierte que en caso contrario, y de mantener la posición del demandado de que sería suficiente haber comercializado en el Espacio Económico Europeo productos similares de la misma marca, se vaciaría de contenido la doctrina del agotamiento del Derecho.

La tercera decisión importante en relación al agotamiento internacional es la reciente STJCE de 20 de noviembre de 2001, referida a los asuntos acumulados relativos a las marcas *Zino Davidoff* y *Levi's*¹⁵. En este caso, la cuestión que se plantea como más relevante es cómo debe prestarse ese consentimiento, y en concreto la exigencia de que sea explícito. La Sentencia deriva de una serie de cuestiones prejudiciales planteadas por dos magistrados ingleses ante el TJCE, ante sendas demandas que debían resolver, y que planteaban problemas semejantes. En uno, el titular de las marcas *Davidoff* y *Zino Davidoff* de perfumes demandaba al vendedor en el Reino Unido de productos distinguidos con la marca que habían sido importados desde Singapur, y a los que se habían realizado alteraciones en sus códigos de barras. En el segundo caso, que en realidad también implicaba dos demandas, el objeto del litigio era la importación a Gran Bretaña de pantalones vaqueros de la marca *Levi's* desde los Estados Unidos, Canadá y México. El problema fundamental radicaba en precisar el alcance de la expresión «consentimiento» o, en definitiva, determinar en qué circunstancias debe entenderse prestado el consentimiento al que se refiere el art. 7.1 de la Directiva.

El TJCE establece, en primer lugar, que si bien es cierto que el consentimiento puede ser expresado de modo implícito, solamente puede

¹⁵ Entre los numerosos comentarios que ha originado la Sentencia, y en general el procedimiento previo, cfr. C. STOTHERS, «International Exhaustion of Trade Marks and Consent in the EEA», *European Intellectual Property Review*, núm. 7, 2001, pp. 344 ss., y N. GROSS, «Trade Mark Exhaustion: The Final Chapter?», *European Intellectual Property Review*, núm. 2, 2002, pp. 93 ss.

ser entendido de ese modo el supuesto en que el titular de la marca hubiera manifestado inequívocamente su intención de renunciar a su derecho de oponerse a la introducción en el comercio por primera vez en el Espacio Económico Europeo. Además, precisó determinadas circunstancias en que no se considera satisfecho ese requisito del carácter implícito del consentimiento, que en definitiva vienen a suponer que la carga de probar su existencia recae en quien lo alega, esto es, el importador paralelo. En concreto, los tres supuestos en relación a los que el TJCE denegó el consentimiento implícito son el caso en que el titular de la marca no haya comunicado a los distintos adquirentes fuera del Espacio Económico Europeo su oposición a la introducción de los bienes dentro de ese territorio, el supuesto en el que los bienes no tenían signo alguno de prohibición de importación al Espacio Económico Europeo y aquellos casos en que la propiedad de los productos protegidos por la marca se ha transmitido sin imposición de restricciones contractuales añadidas, en los casos en que la ley aplicable al contrato contempla una licencia implícita. Por último, también se estableció que es irrelevante para determinar si ha habido o no agotamiento el hecho de que los adquirentes sucesivos desconocieran las intenciones del titular de la marca en relación a ese consentimiento, esto es, en el caso en que existan restricciones que se imponen al primer adquirente, que luego no las menciona cuando vende las mercancías, por ejemplo, a los importadores.

Puede decirse, reuniendo las diversas aportaciones de cada una de estas Sentencias, que, según la interpretación del TJCE, el silencio de la Directiva sobre marcas en materia de agotamiento internacional debe interpretarse de manera prohibitiva. Los Estados miembros no pueden reconocer en sus legislaciones la existencia del agotamiento internacional del Derecho de marca. Al mismo tiempo, para que pueda producirse ese agotamiento será imprescindible el consentimiento del titular del Derecho de marca sobre los productos. Ese consentimiento deberá manifestarse en relación a cada partida de productos concretos, y no es suficiente uno genérico. Además, debe ser un consentimiento inequívoco, si bien puede prestarse de manera expresa o tácita. La conclusión global es que se aprecia la consolidación de una tendencia restrictiva en relación a la libre circulación de mercancías, que se encamina a reforzar los derechos del titular de la marca.

4. EL AGOTAMIENTO INTERNACIONAL EN LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA. LA SENTENCIA BACARDÍ

Como ya se ha advertido, no es discutido que la puesta en circulación del producto protegido con la marca produce el agotamiento del Derecho de marca si ésta se ha producido dentro del Espacio Económico Europeo. El llamado agotamiento comunitario presenta unos perfiles bastante definidos, si bien sus límites concretos están aún sujetos a revisión.

La cuestión está menos clara en relación al agotamiento internacional. La jurisprudencia española en materia de agotamiento internacional del Derecho de marca se ha caracterizado por sus oscilaciones en cuanto al resultado final, esto es, reconocer o negar la existencia del agotamiento, y también en la diversidad de argumentos empleados. No existen demasiados pronunciamientos del TS en relación a la cuestión, y sí en cambio mayor número de decisiones de Audiencias Provinciales ¹⁶.

Entre las sentencias de Audiencias Provinciales de las que tenemos noticia puede destacarse en primer lugar la SAP de Sevilla de 26 de febrero de 1990, el llamado caso *Nescafé*, se rechaza la demanda de Nestlé España, S. A., contra un importador que había introducido en el mercado andaluz café *Nescafé* de Colombia porque al poner en circulación el producto en Colombia se había producido el agotamiento ¹⁷. En sentido contrario, en cambio, la SAP de Barcelona de 20 de julio de 1995, caso *Hobie Cat*, en relación a embarcaciones de vela, se pronunciaba en contra del agotamiento internacional del Derecho de marca. En la misma línea han ido sentencias posteriores, como la SAP de Logroño de 23 de marzo de 1999, sobre calzado deportivo *R*, y la SAP de Madrid de 21 de septiembre de 1999, sobre calzado deportivo *A*, citando ambas expresamente, aplicándola, la Sentencia *Silhouette* ¹⁸. También se refirieron a la cuestión del agotamiento internacional, sin pronunciarse de manera expresa, la SAP de Palma de 27 de junio de 1994, sobre productos de cosmética, y, dando la razón al importador, la SAP de Barcelona de 29 de septiembre de 1995, relativa a la marca *Bacardí*, aunque sin acabar de aceptar de manera taxativa el agotamiento internacional ¹⁹.

Por lo que se refiere a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, es curioso observar la posición que sostiene nuestro Alto Tribunal, especialmente en su más reciente pronunciamiento. Como antecedente relevante, cabe mencionar la STS de 15 de mayo de 1985 ²⁰, el caso *Scotsman*, primera sentencia de la Sala 1.ª que se refiere a la cuestión, en la que

¹⁶ Cfr., con una síntesis de la evolución jurisprudencial, J. MASSAGUER, «Acerca del agotamiento internacional del Derecho de marca (A propósito de algunas recientes sentencias de Audiencia Provincial)», *op. cit.*

¹⁷ Sobre la Sentencia *Nescafé*, cfr. T. DE LAS HERAS LORENZO, *El agotamiento del Derecho de marca*, *op. cit.*, pp. 132-133.

¹⁸ Las Sentencias pueden encontrarse respectivamente en RGD, núm. 615, 1995, p. 14694 (*Hobie Cat*); RGD, núm. 663, 1999, pp. 15772 ss. (*calzado deportivo R*), y RGD, núm. 666, 2000, pp. 3042 ss. (*calzado deportivo A*).

En el mismo sentido, aunque no las hayamos consultado directamente, SJ 1.ª Instancia de Madrid de 16 de septiembre de 1996, impidiendo importaciones de maletas *Samsonite*, Sentencia citada por F. VICENT CHULIÁ, *Introducción al Derecho Mercantil*, 11.ª ed., 1998, p. 597, y SAP de Baleares de 11 de febrero de 1998, sobre gafas de sol *Ray-Ban*, que habían sido alteradas, citada por E. DE LA FUENTE GARCÍA, «Signos distintivos», en AAVV, *Propiedad industrial. Teoría y práctica*, Madrid, 2001, p. 162, nota 108.

¹⁹ Cfr., respectivamente, RGD, núm. 616-617, 1996, p. 1213 (*productos de cosmética*), y RGD, núm. 616-617, 1996, p. 891 (*Bacardí*).

Cfr., asimismo, MASSAGUER, «Acerca del agotamiento internacional del Derecho de marca (A propósito de algunas recientes sentencias de la Audiencia Provincial)», *op. cit.*

²⁰ STS (Sala 1.ª) de 15 de mayo de 1985 (Ar. 1985/2393).

el TS reconoce de manera implícita el agotamiento internacional, por la puesta en circulación en Estados Unidos de un producto, una máquina de fabricar hielo, protegido por la marca en los Estados Unidos y en España, que fue importado a España por un tercero ²¹.

La STS de 28 de septiembre de 2001 ²², referida a la marca *Bacardí*, constituye por el momento la más reciente de las decisiones referidas a la cuestión. La Sentencia del TS, que confirma la de la Audiencia Provincial de Barcelona, tiene por objeto la importación a España de una mercancía, botellas de ron de la marca *Bacardí*, desde México, donde había sido comercializada de manera lícita. Es reseñable que, según se desprende de la lectura de la Sentencia, la introducción en el mercado español no se realiza directamente desde México, sino previo paso por otros países de la Unión Europea como Holanda, Francia o Alemania. El TS reconoce el agotamiento de los derechos del titular de la marca sobre productos puestos en circulación fuera del EEE, y en consecuencia sostiene la existencia del agotamiento internacional. Se trata de una posición que sin duda deberá ser modificada en el futuro, atendiendo a la consolidación de la tendencia en sentido contrario en la Jurisprudencia del TJCE, que ha sido además ratificada en diversos Estados miembros, en algunos de ellos, de manera muy significativa, porque en los últimos años se ha producido un importante cambio de rumbo en relación al reconocimiento del agotamiento internacional ²³. De cualquier modo, es sorprendente que se ignore de manera tan notoria la más reciente línea jurisprudencial del TJCE, manifestada como hemos visto no de manera aislada sino de manera consolidada, al tiempo que se realizan por parte de nuestro TS citas inadecuadas de otras decisiones, siendo especialmente llamativo que el TS se refiera en un contexto en que el problema es claramente de agotamiento internacional, a sentencias referidas a problemas de agotamiento comunitario, y que además se refieren a cuestiones bastante pacíficas hoy en día. Así, se mencionan las sentencias *Hag II* de 17 de octubre de 1990, *Hag I* de 3 de julio de 1974, *Consten/Grundig* de 13 de julio de 1966, *Sirena* de 18 de febrero de 1971, *Béguelin/SAGL* de 25 de noviembre de 1971, *whisky escocés* de 11 de julio de 1974, *EMI/CBS* de 15 de junio de 1976, *Polidor/Harlequin* de 9 de febrero de 1982, *Ideal Standard* de 22 de junio de 1994, *Winthrop* de 31 de octubre de

²¹ Cfr., sobre la Sentencia, C. FERNÁNDEZ-NÓVOA, «Dos cuestiones candentes del Derecho de marcas», *La Ley*, núm. 4, 1985, pp. 294 ss.; M. BOTANA AGRA, «Los efectos del Derecho de marca y las importaciones paralelas (Comentario a la STS de 15 de mayo de 1985, caso *Scotman*)», *ADI*, vol. XII, 1987-1988, pp. 179 ss.

²² STS (Sala 1.ª) de 28 de septiembre de 2001 (Ar. 2001/8718).

²³ Muy significativo es el caso alemán, pues desde principios del siglo XX la Jurisprudencia había venido reconociendo el agotamiento internacional del Derecho de marca, aunque a raíz de la promulgación de la nueva Ley de Marcas en 1995 se ha producido un cambio radical en esa posición. Cfr. al respecto la exposición de C. FERNÁNDEZ-NÓVOA, *Tratado sobre Derecho de marcas*, op. cit., pp. 373-378. No es, además, el único caso y son diversos los ordenamientos en los que se ha producido ese cambio de orientación, como puede verse, por ejemplo, en Á. GARCÍA VIDAL, «El alcance territorial del agotamiento del Derecho de marca (Comentario a las Sentencias de 16 de julio de 1998, *Silhouette*, y de 1 de julio de 1999, *Sebago*)», op. cit., pp. 569 ss.

1974 y *Pharmacia/Upjohn Paranova* de 12 de octubre de 1999. Sin embargo, no es excesivamente afortunado el despliegue de citas, puesto que, aunque algunas de ellas se contextualizan, la regla general es que se trata de remisiones inadecuadas, porque no existen razones suficientes para invocarlas en este caso, y en alguna ocasión tampoco se acierta a extraer la conclusión correcta, por ejemplo cuando se citan sentencias que negaban la existencia de agotamiento internacional, es decir, justamente la conclusión contraria a la que llega el TS²⁴. La crítica general que debe realizarse es que se hace un repaso de algunos aspectos relevantes en materia de agotamiento del Derecho de marca, pero fundamentalmente se trata de supuestos de agotamiento comunitario, cuyos principios son esencialmente los que derivan del art. 7.2 de la Directiva y recogidos en la normativa española pero que, como hemos advertido, plantean problemas y límites distintos a los que debería responder la Sentencia *Bacardí*.

Es evidente que, sin haber podido recoger por razones temporales la STJCE *Davidoff y Levi's*, debería haberse tenido en cuenta tanto la Sentencia *Silhouette* como, en caso de haber sido necesario, la Sentencia *Sebago*. En el caso *Bacardí*, de entrada podrían ser objeto de discusión algunos matices, fundamentalmente, en consonancia con lo establecido en la Directiva, referidos al alcance del consentimiento. Se ignora en cambio la premisa esencial establecida en el caso *Silhouette*: no es posible reconocer por parte de los Estados miembros el agotamiento internacional.

El argumento fundamental que alcanzamos a ver en el razonamiento del TS (FD décimo) es el de la compartimentación del mercado, que ha sido sin duda un eje esencial para la consolidación del agotamiento comunitario²⁵. Se omite totalmente cualquier discusión en torno al agotamiento internacional y a la interpretación al respecto del TJCE. Desde una perspectiva de «lo que debería ser», tal vez no le falte razón al TS, pero no cabe duda que en la actualidad, y a falta de una hipotética modificación legislativa impulsada desde la Unión Europea, la dirección en la que se avanza en la actualidad es la contraria a la expresada por el TS en la Sentencia *Bacardí* de 28 de septiembre de 2001²⁶.

²⁴ Cfr., en la misma dirección, A. GUTIÉRREZ, «La cuestión del agotamiento internacional del Derecho de marca en el ordenamiento comunitario», *op. cit.*

²⁵ Alfonso GUTIÉRREZ, «La cuestión del agotamiento internacional del Derecho de marca en el ordenamiento comunitario», *op. cit.*, estima como probable que el TS, en base a lo expresado en el FD séptimo, haya tratado la cuestión esencialmente desde la perspectiva de la función de la marca, primando la tradicional de identificación del origen empresarial del producto.

²⁶ En realidad, la posición que sostiene que debería reconocerse al agotamiento internacional, expresada por un importante sector doctrinal (cfr. *supra*, nota 12), e incluso en los trabajos iniciales de la Directiva (cfr. *supra*, nota 8), es lógica y defendible, pero en tanto no haya una toma de posición expresa en ese sentido a nivel legislativo no cabe más que defenderla en el terreno de *lege ferenda*.

En ese contexto puede advertirse que, según señala N. Gross, «Trade Mark Exhaustion: The Final Chapter?», *op. cit.*, pp. 95-96, existen ocho Estados miembros favorables a admitir el agotamiento internacional, mientras que parece que cinco se oponen y tres no se manifiestan al respecto, lo que podría mantener la presión hacia un cambio de tendencia en la posición actual. A finales del año 2002 se espera un informe de la Comisión que pueda reanudar el debate desde esa perspectiva.

LA DISTRIBUCIÓN DE AUTOMÓVILES Y LA LIBRE COMPETENCIA EN LA UNIÓN EUROPEA

Beatrice VANDEN ABEELE

D&T Estudio Jurídico y Fiscal *

El mercado único tiene por objeto facilitar el acceso a nuevos mercados a los empresarios europeos. La presencia en un nuevo mercado requiere tiempo, inversiones e incluye riesgos. Por tanto, es lógico que los fabricantes establezcan una estructura de distribución eficiente, que contenga algunas restricciones a la libre competencia, pero que fomente a la vez la integración en el mercado y la competencia. Sin embargo, siempre existe el riesgo que tales acuerdos restrictivos creen una barrera de entrada a nuevos competidores.

Por estas razones, el Tratado CE (en adelante, «el Tratado») establece en su art. 81.1 como principio la ilicitud de los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que afecten de manera sensible al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto el impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común.

Cuando el acuerdo restrictivo proporcione ventajas económicas generales que superen las desventajas para la libre competencia, la prohibición prevista por el art. 81.1 del Tratado puede declararse inaplicable. En particular cuando las cuatro condiciones siguientes establecidas por el art. 81.3 del Tratado se reúnen:

- acuerdos, decisiones o prácticas concertadas que contribuyan a mejorar la producción o distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico y
- que reserven al mismo tiempo a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante,
- sin que impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar tales objetivos,
- ni ofrezcan a dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate.

* Este artículo ha sido terminado el 17 de abril de 2002.

Tales acuerdos, aunque restrictivos de la competencia, pueden por tanto ser permitidos previa notificación a la Comisión, justificando su licitud de acuerdo con los motivos mencionados.

En una primera fase y buscando una cierta seguridad jurídica, estas disposiciones llevaban a las empresas a notificar todos y cada uno de sus contratos que contenían algunas restricciones a la libre competencia. Frente a esta práctica y a fin de limitar la enorme cantidad de notificaciones individuales y establecer un régimen general de condiciones bajo las cuales un acuerdo restrictivo puede considerarse exonerado, la Comisión Europea adoptó varios reglamentos de exención para determinadas categorías de acuerdos, llamados reglamentos de «exención por categoría».

En este sentido, se adoptó un Reglamento específico de exención por categorías para los acuerdos de distribución y servicios de venta y posventa de vehículos automóviles. La razón de ser de un Reglamento específico en materia de automóviles se funda en el hecho de que los automóviles tienen características específicas en comparación con otros productos de consumo, tales como su alto nivel tecnológico, su precio, la necesidad de asesorar al consumidor, el servicio posventa, su imagen de marca y el alto nivel de seguridad.

Una de las primeras decisiones de exención individual en este sector, antes de que se aprobara el Reglamento específico en materia de acuerdos de distribución y servicios de venta y posventa de vehículos automóviles, es el caso *BMW*¹, donde la Comisión emitió una exención considerando que el acuerdo de distribución concluido entre BMW y sus concesionarios, aunque contenía cláusulas restrictivas, era justificado en virtud de las condiciones establecidas en el art. 81.3 del Tratado dado las características específicas del producto.

El presente artículo analiza y evalúa el contenido del Reglamento de exención para los acuerdos de distribución y servicios de venta y posventa de vehículos automóviles, así como las modificaciones previstas en un futuro próximo.

1. REGLAMENTO NÚM. 1475/95

A. GENERALIDADES

El Reglamento CE núm. 1475/95² (en adelante «el Reglamento») exonera de notificación previa determinadas categorías de acuerdos de dis-

¹ Bayerische Motoren Werke AG, Decisión de la Comisión de 13 de diciembre de 1974, *DOCE*, núm. L 29/1, de 3 de febrero de 1975.

² Reglamento de la Comisión (CE) núm. 1475/95, de 28 de junio de 1995, relativo a la aplicación del ap. 3 del art. 85 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de distribución y de servicio de venta y de posventa de vehículos automóviles, *DO*, núm. L 145, de 29 de junio de 1995, p. 25.

tribución y de servicio de venta y posventa de vehículos automóviles siempre que respeten las condiciones establecidas por el mismo ³.

Los objetivos de este Reglamento son, en esencia, los siguientes:

— Asegurar que la distribución y el servicio de venta y posventa de vehículos automóviles se realizan de forma eficaz en beneficio de los consumidores y que se hace en condiciones de competencia real.

— Incrementar las opciones de los consumidores en el mercado interior, mejorando asimismo las posibilidades de competencia entre marcas y dentro de las mismas entre concesionarios, así como las de las importaciones paralelas.

— Reforzar la independencia de los distribuidores frente a los fabricantes con el fin de incrementar la competitividad de los mismos.

— Proteger la competitividad en el mercado de servicios posventa, incrementando el acceso de los fabricantes de piezas de recambio a los distribuidores y mejorando la situación competitiva de los talleres independientes.

Con el fin de poder evaluar si estos objetivos han sido alcanzados en la práctica, cabe analizar brevemente el contenido del Reglamento.

B. ÁMBITO DE APLICACIÓN

El Reglamento es aplicable a los acuerdos de distribución y servicio de venta y posventa de automóviles nuevos con tres o más ruedas, destinados a ser utilizados en la vía pública ⁴. Por tanto, los acuerdos deben combinar la venta de automóviles nuevos y la prestación de servicios posventa por parte de los concesionarios, para que puedan acogerse al Reglamento ⁵.

a) *Actividades realizadas por terceros*

i) Concesionarios independientes

El Reglamento establece que un fabricante de automóviles pueda obligar a sus concesionarios autorizados a no vender coches a revendedores fuera de la red autorizada de distribución, es decir, a los concesionarios independientes. Un concesionario independiente puede, sin embargo,

³ Dicho Reglamento reemplaza el Reglamento de la Comisión núm. 123/85, de 12 de diciembre de 1984, relativo a la aplicación del ap. 3 del art. 85 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos de distribución y de servicio de venta y de posventa de vehículos automóviles, DO, núm. L 15, de 18 de enero de 1985, p. 16, que venció el 30 de junio de 1995.

⁴ Asimismo, quedan fuera del ámbito de aplicación del Reglamento los automóviles usados, tractores que no están destinados a ser utilizados en vías públicas, motocicletas...

⁵ En consecuencia, no están cubiertos por el Reglamento los acuerdos de distribución de automóviles sin referencia a la prestación de servicios correspondientes, ni los acuerdos de distribución de piezas de recambio sin conexión con la distribución de vehículos automóviles.

adquirir estos automóviles a través de la importación paralela y comercializar los mismos.

ii) Intermediarios

El Reglamento establece que el fabricante puede exigir a su concesionario autorizado no vender automóviles a intermediarios que actúan para consumidores finales, salvo cuando el intermediario⁶ es capaz de demostrar una autorización previa escrita y firmada por el consumidor para comprar un automóvil específico. El intermediario no puede asumir el riesgo legal o financiero de la venta de automóviles, como lo hace un concesionario, ni crear confusión en cuanto a su estatuto de intermediario⁷.

iii) Compañías de arrendamiento financiero independientes

En ausencia de disposiciones específicas en el Reglamento, el fabricante no puede impedir a sus concesionarios autorizados a vender los automóviles a compañías de arrendamiento financiero, siempre que no ofrezcan una opción de compra, por cuanto dichas compañías no serían comparables a los concesionarios independientes.

b) *Restricciones que recaen sobre el fabricante y que son admitidas*

El fabricante puede comprometerse, dentro de un determinado territorio, a suministrar automóviles y piezas de recambio a un solo concesionario, o un grupo determinado de concesionarios, para su reventa.

Por otra parte, el fabricante puede comprometerse a no vender automóviles o piezas de recambio, ni prestar servicios posventa en relación con los automóviles vendidos, a consumidores finales situados dentro del territorio contractual del distribuidor autorizado.

c) *Restricciones admitidas que recaen sobre el distribuidor autorizado*

i) Posibilidad de vender marcas competidoras de forma separada

El fabricante puede obligar a su concesionario autorizado a no vender automóviles competidores salvo si esto se realiza en locales de venta sepa-

⁶ Comunicación de la Comisión sobre las actividades de los intermediarios en la venta de vehículos automóviles, *DO*, núm. C 329, de 18 de diciembre de 1991, p. 20.

⁷ Decisión de la Comisión de 4 de diciembre de 1991, *eco System v. Peugeot*, *DO*, núm. L 66, de 11 de marzo de 1992, p. 1; Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 22 de abril de 1993, *Peugeot v. Commission*, asunto T-9/92 (1993), *Rec.*, II-0493; Sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de junio de 1994, *Peugeot v. Commission*, asunto C-322/93P (1994), *Rec.*, I-277.

rados, con una gestión aparte (es decir, llevar los libros y las cuentas de forma separada), por medio de una entidad jurídica distinta (es decir, constituir una sociedad mercantil para cada concesión) y de modo que no quepa la confusión entre marcas⁸. No obstante, el concesionario puede exonerarse de estas obligaciones si puede demostrar unas razones objetivas como, por ejemplo, que dichas obligaciones no le permiten operar sobre una base económica viable⁹.

ii) Obligación de no utilizar piezas de recambio proporcionados por el fabricante de automóviles para reparar marcas competidoras

El concesionario autorizado tiene derecho a prestar servicios posventa a coches de otras marcas en el mismo taller. Sin embargo, el fabricante de automóviles puede exigir que terceros no se beneficien de forma indebida de sus inversiones, prohibiendo asimismo que dicho concesionario utilice piezas de recambio del fabricante para la reparación de automóviles de una marca distinta.

iii) Obligación de no vender a concesionarios no autorizados

El fabricante puede prohibir al concesionario autorizado que proporcione sus automóviles a concesionarios independientes. Por el contrario, no le puede impedir vender los automóviles contractuales a otros concesionarios autorizados en cualquier Estado miembro.

iv) Venta de piezas de recambio competidoras sólo cuando son de calidad equivalente

El fabricante puede obligar al concesionario autorizado a utilizar sólo las piezas de recambio que tengan un mismo nivel de calidad que las suministradas por el fabricante para los servicios de garantía y de posventa de los automóviles contractuales. Los concesionarios autorizados pueden utilizar piezas de recambio competidoras para la reparación y el mantenimiento de los automóviles contractuales, siempre y cuando los consumidores sean informados sobre este aspecto.

⁸ Salvo cuando esto se lleve a cabo de forma que no haya confusión posible entre las distintas marcas, lo que resulta difícilmente aplicable en la práctica, ya que el distribuidor sólo podría vender la marca de otro fabricante por medio de una entidad jurídica independiente y en instalaciones separadas.

⁹ En la práctica, son raros los casos de venta por un mismo distribuidor de varias marcas, pertenecientes a fabricantes distintos, salvo en los países nórdicos, donde los distribuidores autorizados no deben respetar las condiciones onerosas en razón de la baja densidad de la población y el gran tamaño de estos países, que hacen indispensable la distribución multimarca para que sea una actividad viable y rentable.

v) Obligación de cumplir determinados estándares mínimos

El fabricante puede exigir que el concesionario autorizado cumpla con algunos requisitos cualitativos relativos al establecimiento comercial, la formación técnica del personal, la reparación, el mantenimiento y el almacenamiento de los automóviles, así como la publicidad. Los concesionarios autorizados pueden hacer publicidad activa fuera del territorio contractual, siempre que no se haga mediante publicidad personalizada. El fabricante también puede imponer umbrales cuantitativos, tales como niveles de existencias y la tenencia de un número determinado de coches de demostración.

vi) Obligación de proporcionar garantías y servicios de reparación sobre automóviles contractuales

Los concesionarios autorizados pueden ser obligados a prestar servicios de garantía y servicios gratuitos para los automóviles contractuales, con independencia del Estado miembro donde el automóvil fue comprado, siempre que haya sido adquirido en un concesionario autorizado.

d) *Condiciones positivas a cumplir por el fabricante*

El fabricante debe proporcionar al concesionario autorizado todo automóvil que corresponda a los modelos del programa contractual y comercializado por el fabricante. Esto tiene particular relevancia para los coches con volante a la derecha utilizados, por ejemplo, en el Reino Unido o Irlanda, y que se pueden adquirir en otros Estados miembros en el continente por razón de precios inferiores, en cuyo caso el fabricante puede cobrar un suplemento justificado proporcionado a los gastos especiales de distribución y diferencias en equipamiento y especificaciones.

e) *Restricciones no exentas*

El Reglamento establece una lista de cláusulas y prácticas prohibidas, que no deben incluirse en los acuerdos de distribución, bajo la sanción de perder automáticamente el beneficio de la exención previsto por el Reglamento, en su caso, para todas las cláusulas restrictivas recogidas en el contrato. Entre tales cláusulas y prácticas inadmisibles cabe reseñar las siguientes:

— Vincular o ampliar las obligaciones del acuerdo a otros productos o servicios, como por ejemplo los servicios de seguro o de arrendamiento financiero.

— Celebrar tales acuerdos restrictivos entre competidores, es decir, cuando ambas partes contratantes son fabricantes de vehículos automóviles.

— Incluir cláusulas más restrictivas que las permitidas por el Reglamento.

— Modificar unilateralmente el territorio contractual por parte del fabricante.

— Imposición por parte del fabricante del precio de reventa o de los niveles de descuento aplicados por el concesionario.

— Restricciones por parte del fabricante a que los consumidores finales o intermediarios compren un vehículo donde éstos consideren que es más ventajoso. Asimismo, el fabricante no puede vincular la remuneración de sus concesionarios autorizados al destino final del vehículo, reduciendo por ejemplo los bonus o márgenes de beneficios del concesionario autorizado si éste vende un automóvil a un consumidor que reside fuera del territorio contractual del concesionario autorizado.

— Restricciones por parte del fabricante al acceso a la información técnica necesaria para la reparación o el mantenimiento de los automóviles contractuales, a talleres independientes sin razones objetivas.

C. CONCLUSIÓN

Este marco regulatorio permite a los fabricantes que puedan organizar sus sistemas de distribución de acuerdo con su estrategia empresarial, decidir su grado de implantación en cada Estado miembro, así como dirigir en consecuencia las actividades de su red de distribución. En cuanto a los distribuidores, éstos se benefician de una cierta protección de sus inversiones y les permite operar en unas condiciones preestablecidas por el fabricante. Fuera del territorio contractual, les resulta difícil actuar. Se ha visto que, dado que se suelen aplicar los mismos márgenes de descuento por parte de los fabricantes a los distribuidores de un mismo Estado miembro, estos últimos no disponen de una libertad real para fijar los precios y condiciones de venta de los vehículos. Actualmente, se asegura al consumidor una distribución de vehículos de forma eficaz, unos servicios de posventa de buena calidad y la posibilidad de comprar un vehículo nuevo a cualquier distribuidor del mercado único.

2. SITUACIÓN ACTUAL

A. INTRODUCCIÓN

Dado que este Reglamento estará en vigor hasta el 30 de septiembre de 2002, se han planteado opciones para la regulación de este sector con el fin de preservar la competencia después de dicha fecha. Así, se podría haber prolongado la validez del Reglamento actualmente en vigor, o bien

se podrían haber incluido los acuerdos de distribución de vehículos automóviles en el Reglamento general aplicable a restricciones verticales ¹⁰.

Teniendo en cuenta la aplicación actual del Reglamento, en la práctica se ha optado por adoptar uno nuevo. La razón de ser de este nuevo Reglamento distinto del anterior para el sector del automóvil puede vislumbrarse mediante la evaluación del alcance práctico del Reglamento actual, realizada por la propia Comisión Europea, así como por varios estudios encomendados por la misma ¹¹, tales como los relativos a:

- la competencia real;
- la vinculación de la venta y los servicios posventa;
- la independencia comercial de los distribuidores;
- la posición de los talleres independientes; y
- la evolución del mercado.

B. COMPETENCIA REAL

a) *Competencia dentro de la misma marca en el mismo Estado miembro*

En cuanto a la competencia dentro de la misma marca, ésta se basa fundamentalmente en la aplicación de descuentos y otros beneficios por los distribuidores autorizados a sus clientes. Sin embargo, las políticas de márgenes (margen fijo para cada coche vendido y una prima por alcanzar determinados objetivos) y primas aplicadas por los fabricantes suelen ser homogéneas, limitando la capacidad de maniobra de los distribuidores ¹². Pese a que los distribuidores pueden libremente fijar sus precios

¹⁰ Reglamento 2790/99 de la Comisión, relativo a las restricciones verticales, DO, núm. L 336, de 29 de diciembre de 1999, p. 21. Se optó por no incluir estos contratos dentro del ámbito de aplicación de este Reglamento general, visto las características específicas de este sector, así como por el efecto acumulativo de los contratos de distribución casi idénticos aplicados por todos los fabricantes en el mercado único.

¹¹ De acuerdo con el art. 11 del Reglamento actual, la Comisión redactó un informe evaluando la aplicación del Reglamento y, en particular, la repercusión del sistema de distribución objeto de exención sobre las divergencias entre los precios aplicados a los vehículos automóviles en los diferentes Estados miembros y sobre la calidad de los servicios prestados a los usuarios finales: «Informe sobre la evaluación del Reglamento (CE) núm. 1475/95, relativo a la aplicación del ap. 3 del art. 85 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de distribución y de servicio de venta y de posventa de vehículos automóviles», 15 de noviembre de 2000, COM (2000) 743.

Entre los estudios encomendados por la Comisión Europea se incluyen los siguientes:

- «Customer preferences for existing and potential sales and servicing alternatives in automotive distribution», Dr. Lademann & Partner, diciembre 2001.
- «Study on the impact of possible future legislative scenarios for motor vehicle distribution on all parties concerned», Andersen, 3 de diciembre de 2001.
- «Car price differentials in the European Union: an economic analysis», Hans Degrysc y Frank Verboven, K. U. Leuven y CEPR, noviembre 2000.
- «The natural link between sales and service», Autopolis, noviembre 2000.

¹² En este sentido, grandes distribuidores no pueden vender vehículos a precios mas bajos y trasladar parte del beneficio a sus clientes.

de reventa, dicha libertad está restringida precisamente por la homogeneidad de dichos márgenes.

b) *Competencia dentro de la misma marca entre diferentes Estados miembros*

La competencia dentro de la misma marca entre los distribuidores de distintos Estados miembros se basa sobre todo en las diferencias de precios de los vehículos nuevos, debidos a, por una parte, factores ajenos a los operadores del mercado, tales como, entre otros, la fiscalidad, la fluctuación de los tipos de cambio y la situación económica general en el Estado miembro, y por otra parte, a la estrategia de precios de los fabricantes. Sin embargo, no son muchos los consumidores que acuden al comercio paralelo (y por tanto contribuyan a la competencia entre distribuidores de diferentes Estados miembros), a causa de la restricción de la publicidad personalizada por los distribuidores autorizados fuera de su territorio contractual¹³, así como por la prohibición de vender a empresas revendedoras no pertenecientes a la red.

c) *Competencia entre diferentes marcas*

La competencia entre fabricantes de distintas marcas es considerada como real y efectiva, a la vista de las cuotas de mercado de cada fabricante en la Unión Europea. Sin embargo, la competencia entre distintas marcas a nivel de distribución es escasa, dado que los fabricantes suelen condicionar la venta simultánea de varias marcas por un distribuidor autorizado a que éstas sean del mismo fabricante. Además el Reglamento actual impone una carga financiera importante a los distribuidores que desean vender diferentes marcas de distintos fabricantes. Por estas razones no se alcanzó el objetivo de mejora de la competencia entre las marcas y la independencia de los distribuidores autorizados frente a sus fabricantes. Sólo existe la venta multimarca cuando se trata de una marca con una cuota de mercado escasa, por lo que la venta de una segunda marca es vital para la viabilidad comercial del distribuidor, tal como sucede en los países nórdicos. Por otra parte, los consumidores suelen ser fieles a una marca determinada, lo que limita aún más la competencia entre las marcas.

d) *Competencia en los servicios de posventa*

En cuanto a los servicios de posventa, la competencia existe entre distribuidores, centros de servicio de los fabricantes, talleres independientes y cadenas de reparación rápida. Sin embargo, durante el período

¹³ Ver punto 2.2.3.v) arriba mencionado.

de garantía del fabricante suelen ser los distribuidores los que prestan de forma casi exclusiva los servicios de posventa, dado que en el caso contrario, los clientes perderían el beneficio de la garantía otorgada por el fabricante. Por tanto, se puede decir que la competencia real entre operadores de servicios de posventa sólo existe una vez que haya expirado el período de garantía.

C. VINCULACIÓN DE LA VENTA Y LOS SERVICIOS DE POSVENTA TAL COMO LO PREVÉ EL REGLAMENTO

Aunque se necesiten especialistas para la reparación y el mantenimiento de una marca determinada cuando estos vehículos requieran conocimientos o equipos técnicos específicos, la práctica demuestra que no tienen por qué ser los distribuidores o centros de servicios de la red del fabricante de dicha marca quienes presten dichos servicios. Los talleres independientes que quieren y pueden adquirir los conocimientos y equipos necesarios también son capaces de realizar el mantenimiento y reparación de coches modernos. Aunque hay motivos económicos para ejercer ambas actividades, dado que la venta de coches nuevos no es muy rentable, el vínculo entre la venta de coches nuevos y los servicios de posventa no parece ser indispensable.

D. INDEPENDENCIA COMERCIAL DE LOS DISTRIBUIDORES

a) *Uso de piezas de recambio de calidad equivalente*

Existe una libertad de elección por parte del distribuidor para utilizar piezas de recambio de calidad equivalente. No obstante, el fabricante puede comprobar la calidad de las piezas de recambio alternativas, y durante el período de garantía o en la prestación de servicio gratuito, el distribuidor puede verse obligado a utilizar sólo piezas de recambio originales del fabricante. Adicionalmente el distribuidor tiene la obligación de informar a sus clientes cuando no usa piezas de recambio originales. En la práctica, el uso de piezas no originales es muy reducido, esencialmente por falta de información a los consumidores sobre el hecho de que las piezas equivalentes no tienen por qué ser de calidad inferior a las piezas originales. Por otra parte, los fabricantes aplicarían una política de márgenes más elevada para las piezas de recambio originales. En estas circunstancias, se puede entender por qué los fabricantes de piezas de recambio tampoco han tenido un acceso real a las redes de distribución.

b) *Duración del contrato de distribución*

En cuanto a la duración del contrato de distribución, el Reglamento prevé una duración mínima de cinco años. El plazo de notificación para

cancelar dicho contrato es de al menos dos años para ambas partes, pudiendo reducirse a un año en casos especiales, tales como la reorganización de la red de distribución. Estas disposiciones permiten al distribuidor beneficiarse de las inversiones por un plazo de tiempo razonable. Sin embargo, estas disposiciones no parecen haber reforzado mucho la independencia de los distribuidores frente a los fabricantes.

c) *Fijación de los objetivos de venta*

Los objetivos de venta de vehículos y piezas de recambio se fijan por acuerdo entre el fabricante y su distribuidor autorizado. Sin embargo, en la práctica, los objetivos de venta no sólo se basan en la producción del fabricante, sino también en las estrategias de comercialización del fabricante en un determinado Estado miembro, lo que puede impedir al distribuidor que venda la mayor cantidad de vehículos posible y así superar los objetivos fijados. Esta situación puede tener un impacto negativo sobre la competencia dentro de la misma marca, y en cierta medida también entre diferentes marcas ¹⁴.

d) *Arbitraje y perito independiente*

La posibilidad de arbitraje o recurso a un perito independiente en caso de desacuerdo sobre determinados aspectos del acuerdo de distribución se ha considerado positivo en la práctica y ha equilibrado las posiciones negociadoras entre distribuidor y fabricante.

E. POSICIÓN DE LOS TALLERES INDEPENDIENTES

En cuanto al acceso a piezas de recambio originales, el acceso a las mismas no resulta problemático, sin embargo el precio no es el mismo que el precio al por mayor aplicado a los distribuidores oficiales, y por tanto resulta más difícil competir. A pesar de que el Reglamento prevé la obligación de acceso a la información técnica por los talleres independientes, en la práctica existen barreras a causa de las condiciones prácticas y económicas para comprar dicha información.

¹⁴ La vinculación de la estrategia de comercialización con la asignación limitada de productos puede neutralizar las diferencias en el rendimiento de los distribuidores y obstaculizar las ventas a consumidores extranjeros. Esta práctica permite proteger a distribuidores de algunos Estados miembros de la competencia dentro de la misma marca por parte de distribuidores ubicados en otros Estados miembros.

F. EVOLUCIÓN DEL MERCADO

a) *Efecto acumulativo*

En la práctica, la mayoría de los contratos de distribución de vehículos automóviles se han acogido al beneficio de la exención del Reglamento, dado que los fabricantes recurren a contratos similares de distribución en todo el mercado común, causando asimismo un «efecto acumulativo»¹⁵ de restricción a la libre competencia, que dificulta el acceso al mercado para nuevos fabricantes porque los distribuidores están vinculados por una cláusula de exclusividad, y por otro lado, para nuevos distribuidores que podrían tener dificultades para encontrar un fabricante que les quiera proporcionar vehículos nuevos debido a la selección cuantitativa a nivel europeo y a la exclusividad territorial de los distribuidores.

b) *Distribución ajustada*

Por otra parte, cabe tener en cuenta los cambios de modelo del sistema de distribución. Así, el sistema tradicional de suministro, basado en existencias, evoluciona hacia la distribución ajustada. El sistema tradicional consiste en que los fabricantes suministran un determinado volumen de producción de vehículos a los distribuidores autorizados de forma anticipada, sin tener en cuenta el número de pedidos realizado por parte de los consumidores. Este sistema permite a los fabricantes minimizar sus costes de producción por producir una cantidad estable, donde los excedentes serán vendidos gracias a los descuentos de los distribuidores, causando asimismo una gran presión para los mismos, sin atender las especificaciones y características solicitadas por el consumidor. Esta situación se ha visto favorecida por el Reglamento actual, que permite tales relaciones entre el fabricante y el distribuidor autorizado. La evolución hacia una distribución ajustada, basada en la demanda del mercado, permite una producción más eficaz y flexible, que podría mejorar la rentabilidad de los distribuidores por la reducción de los costes de almacenamiento y por la concesión de menores descuentos. También permitiría orientar la producción hacia la demanda de los clientes en cuanto a las características del vehículo y el plazo de entrega. Esta evolución se está haciendo gradualmente gracias a, entre otros, la evolución de la informática e Internet que hacen accesibles los pedidos de clientes a los fabricantes, importadores y distribuidores.

¹⁵ Sentencia del Tribunal de 1 de octubre de 1998, Langnese (1998), Rec., I-5609; Bundeskartellamt v. Volkswagen AG y Volkswagen Leasing (1995), Rec., I-3477.

c) *Comercialización por Internet*

Internet, como nuevo método de comercialización de vehículos automóviles, es una herramienta en crecimiento, que informa a los consumidores sobre la oferta, incrementa la transparencia de precios y reduce las diferencias de los mismos entre Estados miembros a través del comercio paralelo. Este medio ha creado una nueva categoría de intermediarios, que actualmente no pueden vender coches directamente a los consumidores, sino que deben pasar por las redes de distribuidores existentes. Algunos fabricantes también desarrollan una actividad comercial por Internet, a través del cual realizan la venta directa de coches a los consumidores.

d) *Nuevas formas de canalización de ventas y servicios*

Las nuevas alternativas de canalización de ventas y servicios se han visto limitadas en su desarrollo por causa del sistema de distribución vigente previsto por el Reglamento actual, basado en la distribución exclusiva¹⁶. En este sentido, la venta de coches en supermercados, actuando éstos como intermediarios, resulta difícil, dado que el Reglamento actual permite a los fabricantes que prohíban a los grandes centros la venta de coches de diversas marcas, que exhiban una selección de los modelos más atractivos o de aquellos que se correspondan a un tipo de producto muy especializado, porque tal sistema¹⁷ reduciría la capacidad de elección del consumidor respecto al vehículo que pudiera adquirir. Los costes de comercialización para el fabricante aumentarían, porque estarían obligados a competir con otras marcas por el espacio disponible en el supermercado y, por otra parte, tendrían que mantener una cobertura territorial en las zonas rurales. Ambos costes se verían repercutidos en el precio del producto.

Se prevé que este sistema aumentaría la competencia entre precios, dado que la compra centralizada por parte de grandes cadenas comerciales implica la concesión de fuertes descuentos. Sin embargo, no está claro si este sistema de distribución se desarrollaría además de los sistemas existentes y por tanto incrementaría las posibilidades de elección de los consumidores.

En la práctica, algunos fabricantes han intentado distribuir sus vehículos a través de supermercados, con el fin de incrementar su penetración

¹⁶ Tal como se indicó anteriormente, las condiciones establecidas por el Reglamento para actuar como intermediario son muy estrictas.

¹⁷ Es decir, un sistema en el que no se exhiben o no se proporcionan todos los modelos posibles.

en el mercado ¹⁸. Por otra parte, algunos supermercados han iniciado también la venta de coches por su parte ¹⁹.

G. ANÁLISIS DE MEJORAS Y ALTERNATIVAS

a) *Áreas de mejoras*

Frente a la situación actual, se examinaron las posibles mejoras en varios estudios encomendados por la Comisión Europea ²⁰.

Las posibles áreas de mejora identificadas incluyeron:

- una mayor independencia de los concesionarios frente a las políticas de comercialización de los fabricantes;
- un mayor acceso al mercado de distribución para los nuevos operadores;
- más innovación en las cadenas de distribución;
- mejora de la competencia en el servicio posventa; y
- más transparencia y convergencia de precios en el mercado único.

b) *Riesgos*

Estas mejoras no pueden tener lugar sino mediante un cambio del marco regulatorio actual de los acuerdos de distribución en este sector. Sin embargo, tales cambios pueden conllevar unos factores de riesgo, tales como:

- una pérdida de control sobre los procesos y partes intervinientes por parte de los fabricantes;
- una reducción estructural y significativa en la rentabilidad de los distribuidores autorizados;
- una disminución de la densidad de las redes de distribución y de la calidad del servicio;
- una disminución de la innovación en la industria de automóviles; y
- dificultad de supervivencia de los pequeños y medianos distribuidores autorizados y de los talleres independientes.

c) *Alternativas consideradas*

Se analizaron varios sistemas de distribución alternativos al existente en virtud del Reglamento, que se describen a continuación:

¹⁸ En algunos casos, la fuerte oposición de los distribuidores hizo que el acuerdo entre fabricante y supermercado, que actuaría como agente comercial de los distribuidores locales, no se llevara a cabo.

¹⁹ En España, los grandes almacenes El Corte Inglés venden coches a través de una empresa conjunta creada con determinados distribuidores.

²⁰ Ver nota 11 al pie.

— La *distribución selectiva cualitativa y cuantitativa con exclusividad territorial limitada* y libertad de venta activa²¹ y pasiva²² fuera del territorio contractual aumentaría el grado de integración del mercado y de competencia entre la misma marca, pero el mercado seguiría fragmentado y con un tipo único de distribución. La limitación de la exclusividad territorial a un período de cinco años permitiría proteger las inversiones iniciales de nuevos concesionarios y abriría al mismo tiempo el mercado a la competencia.

— Un sistema de *distribución selectiva cuantitativa y cualitativa sin exclusividad territorial* implicaría a corto plazo una situación inestable en el mercado y un incremento en la competencia de precios, excluyendo a los distribuidores más débiles. A largo plazo, habría una mayor especialización en la venta y posventa, en el que los fabricantes utilizarían otros medios, tales como criterios cuantitativos y cualitativos de selección o métodos de remuneración en sus políticas de comercialización.

— Un sistema de *distribución exclusiva* permitiría la integración del mercado y reforzaría la competencia entre la misma marca a través de importación paralela, pero no facilitaría la entrada de nuevos distribuidores. Tampoco aumentaría la competencia entre la misma marca en la red oficial de distribuidores, dado que las ventas activas fuera del territorio contractual siguen siendo restringidas. Tampoco se podría garantizar la calidad y el servicio de forma satisfactoria.

— La *distribución selectiva cualitativa* reforzaría la concentración y especialización, y eliminaría la relación contractual estrecha entre fabricante y distribuidor. La mayor independencia de los distribuidores y la posibilidad para ellos de especializarse en algunos segmentos específicos de automóviles, o en los modelos mejor vendidos, obligaría a los fabricantes a adaptar sus estrategias de distribución y de marca. Tal situación pondría en peligro la innovación de estos productos.

— La *distribución libre* sin criterios de exclusividad ni de cantidad o calidad causaría una diversificación de las estrategias de distribución por parte de los fabricantes. Las redes oficiales de distribución sufrirían una inestabilidad importante dado que actuarían en un contexto contractual incierto. Por otra parte, este sistema no incrementaría el acceso al mercado, dado que los fabricantes pueden restringir el número de sus socios distribuidores. Por tanto, este sistema debería ser modificado en

²¹ Por ventas activas se entiende la aproximación activa a clientes individuales dentro del territorio exclusivo o del grupo de clientes exclusivo de otro distribuidor mediante correo directo o visitas, por ejemplo, o la aproximación activa a un grupo de clientes específico o a clientes en un territorio específico asignado exclusivamente a otro distribuidor mediante publicidad en medios de comunicación u otras actividades destinadas específicamente a dicho grupo de clientes o a clientes en ese territorio, o el establecimiento de un almacén o un centro de distribución en el territorio exclusivo de otro distribuidor.

²² Por ventas pasivas se entiende la respuesta a pedidos no suscitados activamente procedentes de clientes individuales, incluida la entrega de bienes o servicios a dichos clientes. En este sentido, se consideran ventas pasivas las actividades de carácter general de publicidad o promoción en medios de comunicación o en Internet que alcancen a clientes de los territorios o grupos de clientes asignados en exclusiva a otros distribuidores pero que constituyen un medio razonable para llegar a los clientes situados fuera de esos territorios o grupos de clientes.

el sentido que los fabricantes estarían obligados a suministrar vehículos a cualquier distribuidor, siempre que este último cumplierse con criterios cualitativos, básicos y no restrictivos.

3. PROYECTO DE NUEVO REGLAMENTO

El pasado 16 de marzo de 2002 se publicó el proyecto²³ de nuevo Reglamento de la Comisión relativo a la aplicación del ap. 3 del art. 81 del Tratado de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas en el sector de los vehículos automóviles, que vendría a sustituir el Reglamento 1475/95 a partir del 1 de octubre de 2002 y tendría una vigencia hasta el 31 de mayo de 2010²⁴. Asimismo, se propone un período transitorio general de un año para los acuerdos de distribución vigentes a la entrada en vigor del nuevo Reglamento.

Habida cuenta de las conclusiones anteriormente descritas en cuanto al alcance y efectos prácticos del Reglamento actual, parece necesario adoptar un régimen distinto y más estricto. El nuevo proyecto de Reglamento establece este nuevo régimen, bajo el cual los acuerdos restrictivos, de venta o reventa de vehículos de motor y piezas de recambios, o de prestación de servicios de reparación y mantenimiento de los mismos pueden beneficiarse de la exención por categorías frente al art. 81.1 del Tratado CE.

A continuación pasaremos a reseñar los aspectos más innovadores y relevantes del proyecto de Reglamento.

A. ELECCIÓN DE SISTEMA DE DISTRIBUCIÓN

No se impone un solo modelo de distribución, como sucede en el Reglamento actual, pues se deja abierta la elección entre un sistema de distribución exclusiva²⁵ o bien selectiva —pudiendo ser esta última cua-

²³ Proyecto de Reglamento de la Comisión relativo a la aplicación del ap. 3 del art. 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas en el sector de vehículos de motor, DO, núm. C 67, de 16 de marzo de 2002. Este proyecto estará sujeto a cambios de acuerdo con las observaciones hechas por, entre otras, las partes interesadas, los Estados miembros y el Parlamento Europeo y el dictamen del Comité Consultivo de Acuerdos y Posiciones Dominantes.

²⁴ Esta fecha coincide con la fecha de vencimiento del Reglamento núm. 2790/99 de la Comisión, relativo a las restricciones verticales, DO, núm. L 336, de 29 de diciembre de 1999, p. 21.

²⁵ El proyecto de Reglamento define la distribución selectiva como un sistema en el cual el proveedor se comprometa a vender los bienes o servicios contractuales, directa o indirectamente, solamente a distribuidores o reparadores seleccionados a partir de criterios definidos, y en el cual estos distribuidores o reparadores se comprometen a no vender estos bienes o servicios a distribuidores o reparadores no autorizados, sin perjuicio de la posibilidad de vender recambios y de la obligación de proporcionar toda la información técnica, todos los sistemas de diagnóstico, todas las herramientas y toda la formación necesaria para la reparación y el mantenimiento de los vehículos

litativa ²⁶ y/o cuantitativa ²⁷—. Esto sí, ya no se pueden combinar los dos sistemas. Estos sistemas de distribución siguen siendo restrictivos de la competencia, pero resultan justificados en razón de la complejidad y el coste del producto.

No se ha optado por un sistema de distribución puramente selectivo cualitativo, que obligaría al fabricante a reconocer tanto a los supermercados o distribuidores por Internet como distribuidores oficiales. En cuanto a los distribuidores por Internet, se puede justificar que el fabricante no quiera suministrarles sus vehículos en razón de que éstos disponen de una mayor independencia frente a los demás distribuidores, que tienen la obligación de invertir en una sala de exposición, en vehículos de exposición y en un personal de ventas cualificado, ya que los consumidores podrían aprovechar la infraestructura de los distribuidores tradicionales y acabar comprando el vehículo a un distribuidor por Internet que puede ofrecer precios inferiores. En cuanto a los supermercados, se llegó a la conclusión de que su incorporación a la red oficial de distribución podría tener un impacto negativo porque podría causar una concentración de operadores, reducir las gamas de productos, disminuir la innovación en este producto y, a largo plazo, llegar a una competencia intramarca menos efectiva y unos precios más elevados.

B. DISTRIBUCIÓN SELECTIVA

Cuando se establece un sistema de distribución selectiva, la venta activa está permitida en todo el mercado común sin limitación alguna ²⁸. El uso de la llamada «cláusula de situación» para la venta de turismos ²⁹ está prohibida, es decir, que el fabricante ya no puede exigir que un distribuidor actúe sólo desde un determinado establecimiento, ni prohibirle abrir otros puntos de venta, almacenes o depósitos en otros lugares, dado que tal restricción provoca una posible compartimentación del mer-

de motor para la puesta en práctica de medidas de protección del medio ambiente a reparadores no autorizados.

²⁶ La distribución selectiva cualitativa se define como un sistema en el cual el proveedor aplica, para seleccionar a los distribuidores o a los reparadores, criterios de carácter puramente cualitativo, requeridos por la naturaleza del bien o el servicio contractual, establecidas uniformemente para todos los miembros potenciales del sistema de distribución, sin aplicarse de manera discriminatoria ni limitando directamente el número de distribuidores o reparadores.

²⁷ Este sistema se define como un sistema de distribución selectiva en el que el proveedor aplica, para seleccionar a los distribuidores y a los reparadores, criterios que limitan directamente el número de distribuidores o reparadores seleccionados.

²⁸ El Reglamento actual sólo permite las ventas pasivas y la publicidad general fuera del territorio del distribuidor.

²⁹ Por «turismo», el proyecto de Reglamento entiende un vehículo de motor destinado al transporte de pasajeros que no conste de más de ocho asientos, además del asiento del conductor. La cláusula de situación sigue permitida para grandes y medianos camiones y autobuses durante un período de cinco años, finalizado el cual las partes deben renegociarla. Sin embargo, el objetivo de tal cláusula de situación nunca puede ser la limitación de las oportunidades de un distribuidor para extender sus actividades.

cado. Estas medidas fortalecen la competencia entre los distribuidores de los distintos Estados miembros, así como la integración del mercado. Asimismo, los distribuidores en países con precios de reventa inferiores podrían abrir puntos de venta o de entrega en países con precios elevados. De tal forma, los consumidores tendrían una oportunidad real de comprar a un distribuidor extranjero a condiciones más favorables, implicando que el fabricante tendrá que nivelar sus precios en toda Europa. Tal medida también beneficiaría al desarrollo del mercado multimarca, mediante la conclusión de acuerdos de representación que concluirían los fabricantes de una determinada marca con distribuidores de otra marca en el mismo territorio.

C. DISTRIBUCIÓN EXCLUSIVA

En cuanto al sistema de distribución exclusiva, el distribuidor autorizado tiene derecho a realizar ventas pasivas a todos los consumidores que acudan a su sala de exposición, y pueden tener sus propios sitios Internet, a través del cual pueden realizar actividades de promoción³⁰. Por otra parte, ya no se le puede impedir que venda a revendedores independientes, incluyendo por ejemplo a los supermercados o distribuidores que operan exclusivamente por Internet.

D. SISTEMA MÁS FLEXIBLE

Tal como se estableció en el Reglamento general aplicable a todo tipo de acuerdos verticales que contienen restricciones³¹, el proyecto de nuevo Reglamento sólo prevé las condiciones y restricciones especialmente graves que son, por lo tanto, inadmisibles³². En consecuencia, ya no se incluye una lista de prácticas permitidas, con el fin de que las empresas organicen sus actividades según sus propias necesidades y de que el mercado sea menos homogéneo.

E. DESVINCULACIÓN ENTRE LA VENTA Y LOS SERVICIOS POSVENTA

Se desvincula la actividad de distribución respecto a los servicios de posventa, pudiendo los distribuidores autorizados subcontratar con un taller autorizado perteneciente a la red del fabricante del automóvil en cuestión y que cumpla las normas de calidad de dicho fabricante. En

³⁰ El fabricante mantiene la posibilidad de prohibir a sus distribuidores exclusivos la promoción y venta activa fuera del territorio contractual, y puede por tanto prohibir que el distribuidor remita mensajes electrónicos personalizados a clientes potenciales situados fuera de su territorio contractual.

³¹ Reglamento núm. 2790/99 de la Comisión, relativo a las restricciones verticales, DO, núm. L 336, de 29 de diciembre de 1999, p. 21.

³² Tales restricciones incondicionales incluyen, por ejemplo, la fijación, directa o indirecta, del precio de reventa por parte del fabricante.

este caso el distribuidor debe comunicar al cliente la dirección del taller subcontratado antes de concluir un contrato de venta de un vehículo nuevo.

Por otra parte, el proyecto de nuevo Reglamento refuerza la competitividad de los talleres independientes, en cuanto al derecho de acceso a las piezas de recambio y a la información sobre las innovaciones técnicas, especialmente en el ámbito de los dispositivos electrónicos y de los equipos de diagnóstico, a la formación y a todo tipo de herramientas, de forma no discriminatoria, velando para que los talleres puedan costearlo y respetando el principio de proporcionalidad. En consecuencia, los talleres independientes se colocarían en una posición que les permitiría reparar automóviles modernos, ofrecer servicios de buena calidad y contribuir a un funcionamiento seguro y fiable de todos los vehículos.

F. INDEPENDENCIA DE DISTRIBUIDORES, INTERMEDIARIOS Y AGENTES

Ya no se permite la fijación de objetivos de ventas, la asignación limitada de productos ni los sistemas de primas basados en un territorio que sea más pequeño que el mercado común, facilitando asimismo que los distribuidores puedan atender los pedidos de todos los consumidores de la Unión Europea. Por otra parte, el papel de los intermediarios y agentes es más importante, dado que el único requisito posible para poder llevar a cabo su actividad es el requisito de la autorización válida del consumidor final. Se suprimirían por tanto las restricciones relativas a, por ejemplo, la localización de su establecimiento y el límite de que un distribuidor no puede vender más de un 10 por ciento de los vehículos nuevos a través de un mismo intermediario³³.

G. CLÁUSULA DE DISPONIBILIDAD

El proyecto de nuevo Reglamento obliga a los fabricantes a suministrar a sus distribuidores autorizados cualquier vehículo correspondiente a los distribuidos por el fabricante en el mercado común, sin necesidad de que el pedido se corresponda con un contrato de venta preexistente³⁴.

H. DISTRIBUCIÓN MULTIMARCA

En cuanto a la distribución multimarca, el proyecto prevé que los distribuidores podrán vender automóviles nuevos de diversos fabricantes

³³ Tales condiciones se establecen en la Comunicación de la Comisión relativa al Reglamento número 123/85, DO, núm. C 17, de 18 de enero de 1985, p. 4, y en la Comunicación de la Comisión aclarando las actividades de los intermediarios de vehículos automóviles, DO, núm. C 329, de 18 de diciembre de 1991, p. 20. Se propone suprimir dichas Comunicaciones.

³⁴ En este sentido, la llamada «cláusula de disponibilidad» es más amplia que la prevista en el Reglamento actualmente en vigor.

en distintas áreas de la misma sala de exposición de un modo que no resulte perjudicial para la imagen de cada una de las marcas individualmente consideradas. En consecuencia, ya no se pueden imponer condiciones tales como las previstas por el Reglamento actual en cuanto a la obligación de tener entidades jurídicas distintas para la venta de cada marca, así como locales de venta separados. Esta modificación permitiría la comparación de modelos de vehículos de diferentes fabricantes y aumentaría la competencia entre marcas, evitando al mismo tiempo costes innecesarios. El argumento de que el personal de ventas de varias marcas intentaría vender los coches con mayor margen de beneficio se vería eliminado, dado que los fabricantes que conceden márgenes más bajos podrían aumentarlos.

I. UMBRAL DE CUOTA DE MERCADO³⁵

El proyecto introduce el concepto de umbral de cuota de mercado, por encima del cual el acuerdo de distribución ya no puede beneficiarse de la exención previsto por el nuevo Reglamento. En este sentido, el nuevo Reglamento sólo cubriría los acuerdos de venta y de servicios posventa a condición de que la cuota de mercado del proveedor no supere un 30 por ciento del mercado en cuestión en el que venda los vehículos de motor nuevos, los recambios para vehículos de motor o los servicios de reparación y mantenimiento. Sin embargo, el umbral de cuota de mercado sería del 40 por ciento si se trata de un sistema de distribución selectiva cuantitativa para la venta de vehículos de motor nuevos. Si el acuerdo vertical contiene obligaciones de suministro exclusivo, la cuota de mercado del comprador no puede superar el 30 por ciento del mercado de referencia en el que adquiera los bienes o servicios contractuales.

Por encima de estos umbrales, el nuevo Reglamento sólo cubriría la distribución selectiva cualitativa, dado que es un sistema menos restrictivo de la competencia. Sin embargo, no se presume la ilegalidad del acuerdo de distribución por el hecho de superar estos umbrales, en cuyo caso habrá que evaluar el acuerdo en particular, en cuanto a sus restricciones y su posible justificación de acuerdo con el art. 8.3 del Tratado.

Asimismo, un taller oficial puede actuar en cualquier lugar que le sea rentable y se permite crear talleres multimarca, ya que el proyecto de nuevo Reglamento no cubre las cláusulas de no competencia.

J. PIEZAS DE RECAMBIO

En cuanto a la distribución de piezas de recambio, el proyecto de nuevo Reglamento trata de mejorar las condiciones en las que los talleres

³⁵ Este concepto también se encuentra en el Reglamento núm. 2790/99 de la Comisión, relativo a las restricciones verticales, *DO*, núm. L 336, de 29 de diciembre de 1999, p. 21. Para la aplicación de este concepto, véase la Comunicación de la Comisión relativa a las Directrices sobre restricciones verticales, *DO*, núm. C 291, de 13 de octubre de 2000, p. 1.

oficiales acceden a las piezas de recambio, dado que hasta el momento éstos deben limitarse, en la práctica, a aquellas piezas suministradas directamente por el fabricante de los automóviles. En este sentido, el proyecto de nuevo Reglamento define el término «recambio de origen» como el recambio original producido por la empresa que también produce los componentes de un vehículo nuevo y que se fabrican en la misma línea de producción que estos componentes. Esta definición permitirá evitar la confusión que existe entre los consumidores, de que los recambios originales sólo son los suministrados por el fabricante de los vehículos y que éstos son de mejor calidad que los que proceden directamente del fabricante de recambios.

K. RESCISIÓN UNILATERAL

Con el fin de impedir que un fabricante rescinda un contrato por causa del comportamiento procompetitivo por el distribuidor o taller, lo que en principio estaría prohibido en virtud del proyecto de nuevo Reglamento, toda notificación de resolución de contrato debe indicar claramente las razones de la rescisión por el fabricante. Por otra parte, en caso de rescisión o de litigio sobre las obligaciones de las partes del contrato de distribución, se puede acudir a un experto independiente o mediador³⁶.

4. CONCLUSIONES

Los objetivos perseguidos por el Reglamento 1475/95 no se han alcanzado en su mayor parte, debido a que no se ha fomentado la libre circulación de automóviles y piezas de recambio, ni la competencia entre las distintas marcas.

Asimismo, la práctica ha demostrado que su aplicación no ha favorecido los intereses de los consumidores y ha contribuido a mantener fragmentados los mercados nacionales.

Sin embargo, el proyecto de nuevo Reglamento trata de remediar estas barreras para implantar un verdadero mercado único a favor de los consumidores, pese a que esto implique replantear en gran medida las estrategias comerciales de fabricantes y reorganizar las redes de distribuidores autorizados.

Los sistemas de distribución que los fabricantes podrán aplicar serán más restrictivos, pero el marco regulatorio ofrece también más libertad a los operadores económicos para que regulen su actividad comercial.

Se intentó reforzar la posición de los distribuidores, quienes podrán actuar en todo el mercado común y vender distintas marcas; de los inter-

³⁶ Tal disposición ya existía en el Reglamento número 1475/95, pero ha sido ampliada a litigios relativos a todas las obligaciones contractuales.

mediarios, quienes tendrán más margen de maniobra, y de los talleres independientes, quienes tendrán garantizado el acceso a la información técnica necesaria y que pueden llegar a ser talleres autorizados cuando cumplan con los criterios cualitativos del fabricante.

El proyecto de nuevo Reglamento también es innovador dado que introduce Internet, como medio de información y comercialización, teniendo en cuenta su importancia para la reducción de los costes de distribución y la nivelación de los precios de adquisición.

En definitiva, pues, este nuevo marco jurídico debería resultar exitoso, dado que se ha establecido a la luz de la experiencia actual negativa, así como de las posibles alternativas, tratando de lograr una mayor integración del mercado único que beneficie a los consumidores en un futuro próximo.

INMUNIDAD TOTAL PARA LA EMPRESA QUE DESMANTELÓ LOS CÁRTELES DE VITAMINAS POR APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE CLEMENCIA (*LENIENCY*)

Inmaculada SANZ SANZ *

Subdirectora General Adjunta
de Conductas Restringidas de la Competencia
Servicio de Defensa de la Competencia

1. INTRODUCCIÓN

Uno de los problemas más graves con que nos enfrentamos aquellos que nos dedicamos a la defensa de la competencia es el descubrimiento y posible persecución de los cárteles, que sabemos que existen y que son absolutamente perjudiciales para la economía, pero el carácter clandestino de la mayoría de ellos —muchos son acuerdos verbales— y las sofisticadas técnicas que las empresas y sus representantes legales utilizan para ocultar cualquier prueba relativa a las reuniones o contactos mantenidos entre ellos conllevan el planteamiento de nuevas vías jurídicas que faciliten el desmantelamiento de dichos cárteles.

Así, el principio de clemencia (*leniency*) se perfila como un nuevo instrumento de política de competencia que permite y facilita al órgano instructor descubrir los cárteles, puesto que, en virtud de la aplicación de la inmunidad o clemencia, cualquier miembro del cártel estará interesado en dar a conocer a las autoridades de competencia la existencia de dicho cártel, al obtener como beneficio la dispensa del pago de la sanción o la reducción de ésta al facilitar información determinante para la persecución del mismo. Además, también puede ser una medida preventiva para la formación de futuros cárteles, pues los miembros del mismo antes de llegar a acuerdos restrictivos tendrán cuidado de poner su confianza en los competidores miembros del cártel que en cualquier momento pueden denunciarles.

* Las opiniones vertidas en el presente artículo son estrictamente personales y no comprometen al Servicio de Defensa de la Competencia.

En este sentido debo destacar la importancia que ha tenido la utilización de la Comunicación de 1996¹ para el incremento del número de cárteles descubiertos por la Comisión en los últimos años gracias a la colaboración de algún miembro de dichos acuerdos colusorios. Así, durante el ejercicio 2001, la Comisión ha sido muy prolífica en la persecución de cárteles al adoptar diez importantes Decisiones (Línea aérea Copenhague/Estocolmo², Gluconato Sódico³, Fábricas de cerveza belgas⁴, Fábricas de cerveza luxemburgesas⁵, Fosfato de cinc⁶, Vitaminas⁷, Papel Autocopiativo⁸, Electrodo de grafito⁹, Ácido cítrico¹⁰ y Comisiones de cambio de los bancos alemanes¹¹), sancionando a un total de 56 empresas (tres de ellas en dos ocasiones) por un importe total de 1.836 millones de euros. En casi todos los casos (excepto en: líneas aéreas de Copenhague y comisiones bancarias alemanas) se aplicó la Comunicación de 1996 sobre dispensa del pago de la sanción, si bien la Decisión de Vitaminas —que será objeto de comentario en este artículo— supone una importante novedad puesto que es la primera vez que la Comisión otorga la inmunidad total a una empresa en virtud de ulteriores modificaciones de la Comunicación de 1996 que analizaremos en detalle.

Además, las cinco últimas Decisiones de la Comisión mencionadas en el párrafo anterior han impuesto sanciones muy elevadas, situándose entre las diez multas más importantes que la Comisión ha aplicado. Esto nos hace reflexionar acerca de la estrecha vinculación que debe existir entre la supuesta eficacia de la incorporación, regulación y aplicación del principio de clemencia y la cuantía de la sanción impuesta a las empresas partícipes en acuerdos colusorios que debe resultar suficientemente disuasoria, cuestión que genera serias dudas en la supuesta incorporación de dicho principio al ordenamiento jurídico español.

Pese a la eficacia práctica que ha tenido para la Comisión la utilización de la Comunicación sobre clemencia para la resolución de los cárteles mencionados anteriormente, existen muchas deficiencias y dificultades en su aplicación que trataremos de abordar en este artículo.

En primer lugar, y como ya hemos expuesto anteriormente, para que exista un funcionamiento eficaz del principio de clemencia resulta impres-

¹ Comunicación de la Comisión relativa a la no imposición de multas o a la reducción de su importe en los asuntos relacionados con acuerdos entre empresas (96/C-207/04).

² Decisión de la Comisión de 5 de octubre del 2001, SAS/Maersk Air (1P/01/1009).

³ Nota de prensa (1P/01/1355). Decisión aún no publicada.

⁴ Nota de prensa (1P/01/1739). Decisión aún no publicada.

⁵ Nota de prensa (1P/01/1740). Decisión aún no publicada.

⁶ Nota de prensa (1P/01/1797), Asunto COM/37.027-Zinc Phosphate. Decisión aún no publicada.

⁷ Decisión de la Comisión de 21 de noviembre de 2001 relativa al asunto COM/E-1/37.512-vitaminis [C(2001)3695 final].

⁸ Decisión de la Comisión de 20 de diciembre de 2001 relativa al asunto COMP/E-1/36.212, Papel autocopiativo [C(2001)4573 final].

⁹ Decisión de la Comisión de 18 de julio de 2001 relativa al asunto COMP/E-1/36490, Graphite Electrodes [C(2001)1986 final].

¹⁰ Decisión de la Comisión de 5 de diciembre de 2001 relativa al asunto COMP/E-1/36.604, Ácido Cítrico [C(2001)3923 final].

¹¹ Nota de prensa (1P/01/1796), Asunto COM/37919. Decisión aún no publicada.

cindible que la cuantía de las sanciones impuestas a los cárteles sean elevadas, de manera que el incentivo a denunciar invocando la inmunidad o clemencia sea mayor. De otro modo, si la multa no alcanza un nivel lo suficientemente disuasorio, los miembros del cártel preferirán que sean las propias autoridades de competencia quienes detecten la existencia del cártel, y asumir el riesgo de resultar imputado y sancionado con una multa reducida por la participación en el cártel, quedando así desvirtuada la razón de ser del principio de clemencia.

En segundo lugar, no cabe duda de que el mero hecho de que la forma jurídica elegida sea una «Comunicación» y no una «Directiva» o «Reglamento» resta eficacia jurídica a la aplicación de dicho principio, puesto que no es vinculante para los tribunales y no tiene la eficacia directa en los Estados miembros que puedan tener las Directivas o los Reglamentos.

En tercer lugar, también nos plantearemos la necesaria transparencia que debe tener el sistema o procedimiento utilizado a fin de dejar el mínimo margen de discrecionalidad al órgano sancionador, así como la excesiva vaguedad que se observa tanto en la Comunicación de 1996 como en la última reforma de la Comisión que ha sido adoptada en febrero del 2002.

Finalmente, un importante debate abierto en la aplicación de la inmunidad o clemencia es determinar qué ocurre con el sistema de responsabilidad civil, especialmente en el caso español, dado que en Estados Unidos —creador del sistema de clemencia— la responsabilidad civil se determina al tiempo en que se otorga la inmunidad o dispensa, mientras que en Europa, a pesar de dispensar al infractor del pago de la sanción, un Tribunal debe determinar *a posteriori*, y sin que exista seguridad jurídica al respecto, la cuantía de la indemnización por daños y perjuicios a terceros por haber pertenecido al cártel.

2. LOS CÁRTELES DE VITAMINAS ¹²

Se trata de una de las Decisiones más importantes adoptadas por la Comisión en materia de cárteles no sólo por la trascendencia de los productos vitamínicos y del poder de mercado de las empresas implicadas, sino también por el elevado importe de la sanción impuesta, y —a los efectos de este artículo— por la importancia que ha tenido la denuncia de uno de los partícipes en dicho cártel invocando la aplicación de la Comunicación de 1996.

Debemos señalar, además, que se trata de un cártel internacional que fue sancionado tanto en Estados Unidos como en Canadá. En el año 1999 las empresas miembros de los distintos acuerdos que operaban en

¹² Decisión de la Comisión de 21 de noviembre de 2001 relativa al asunto COM/E-1/37.512-vitaminis [C(2001)3695 final].

Estados Unidos (Hoffmann-La Roche, BASF, Takeda, Eisai y Daiichi) se declararon culpables de una infracción del art. 15 de la Sherman Act Sentencing Guidelines, y fueron sancionados con las siguientes multas: 500 millones de \$USA para La Roche, 225 millones \$USA para BASF, 72 millones \$USA para Takeda, 40 millones \$USA para Eisai y 25 millones \$USA para Daiichi. En Canadá también se impusieron importantes sanciones, principalmente a Hoffmann-La Roche (48 millones de \$CA), a BASF (18 millones de \$CA) y a Aventis —antes Rhône Poulenc— (14 millones de \$CA).

A continuación haremos un breve resumen de los hechos y de la cuantía de la sanción para centrarnos, finalmente, en el objeto de este artículo: la aplicación de inmunidad por invocación de la Comunicación comunitaria sobre clemencia.

A. HECHOS

Con fecha 12 de mayo de 1999, Aventis (antes Rhône-Poulenc) informó a la Comisión de su implicación en diversos cárteles secretos de reparto de mercados y de fijación de precios de productos vitamínicos entre empresas europeas, aunque se trataba de un cártel internacional.

Los cárteles se referían a sustancias sintéticas a granel, así como a productos estrechamente relacionados con doce grupos vitamínicos: A, E, B1 (thiamine), B2 (riboflavine), B5 (calpan), B6, C, D3, H (biotina), ácido fólico (M), betacaroteno y carotínidos. Dichos complejos vitamínicos son esenciales para la alimentación humana y animal, dado que se añaden tanto a piensos compuestos como a productos alimenticios para consumo humano siendo esenciales para el crecimiento, desarrollo y preservación del ser humano. Además, hay que señalar que en el presente caso están implicadas doce vitaminas, cuando resultan ser aproximadamente quince el número de vitaminas vitales, en el sentido de que cumplen funciones metabólicas específicas, sin que sea posible encontrar productos sustitutivos o alternativos a éstas, y, cuando se combinan entre sí, dichas vitaminas tienen un efecto sinérgico complementario, lo cual implica la trascendencia de las conductas restrictivas analizadas.

Dado que las vitaminas se añaden tanto a piensos compuestos como a productos alimenticios para consumo humano, también se comercializan para fines farmacéuticos como suplementos dietéticos en forma de tableta o cápsula, e incluso en la industria cosmética, etc., la Comisión ha estimado que el valor de mercado de dichos productos en el Espacio Económico Europeo (EEE) alcanza los 800 millones de € en 1998. Esto incluye la vitamina E, cuyo mercado en 1998 se estima en 250 millones de €; la vitamina A, que representa unos 150 millones de €, y la vitamina C, que pasó de 250 millones de € en 1995 (plena vigencia de los acuerdos del cártel) a menos de la mitad, 120 millones de € en 1998.

A continuación en la siguiente tabla se detalla la participación de cada una de las empresas productoras de vitaminas en cada uno de los cárteles, así como la duración del mismo, aunque dicho período es el máximo aplicable, sin que ello suponga que todos los participantes hayan colaborado durante todo el período:

<i>Producto</i>	<i>Participantes</i>	<i>Inicio</i>	<i>Terminación</i>
Vitamina A	Roche, BASF, Aventis	Septiembre 1989	Febrero 1999
Vitamina E	Roche, BASF, Aventis, Eisai	Septiembre 1989	Febrero 1999
Vitamina B1 (Tiamina)	Roche, Takeda, BASF	Enero 1991	Junio 1994
Vitamina B2 (Riboflavina)	Roche, BASF, Takeda	Enero 1991	Septiembre 1995
Vitamina B5 (Calpan)	Roche, BASF, Daiichi	Enero 1991	Febrero 1999
Vitamina B6	Roche, Takeda, Daiichi	Enero 1991	Junio 1994
Ácido Fólico (M)	Roche, Takeda, Kongo, Sumika	Enero 1991	Junio 1994
Vitamina C	Roche, BASF, Takeda, Merck	Enero 1991	Agosto 1995
Vitamina D3	Roche, BASF, Solvay Pharm, Aventis	Enero 1994	Junio 1998
Vitamina H (Biotina)	Roche, Merck, Lonza, Sumito- mo, Tanabe, BASF	Octubre 1991	Abril 1994
Betacaroteno	Roche, BASF	Septiembre 1992	Diciembre 1998
Carotínidos	Roche, BASF	Mayo 1993	Diciembre 1998

Los participantes en cada uno de los cárteles fijaron precios para los diversos productos vitamínicos, asignaron cuotas de mercado, acordaron y aplicaron subidas de precios, y anunciaron sus precios de conformidad con sus acuerdos.

Para ello, intercambiaban información en reuniones periódicas acerca de los volúmenes de venta y los precios sobre una base trimestral o mensual. Además, se dotaron de medios para supervisar y hacer cumplir sus acuerdos, mediante el establecimiento de una estructura formal y una jerarquía entre los diversos niveles de gestión, a menudo con la presencia de los directivos de nivel más alto en el cuadro de mandos para asegurar el funcionamiento de los cárteles. Incluso en los cárteles de los productos más importantes, se preparaba el presupuesto anual que luego era aplicado y supervisado, realizando ajustes de las ventas realizadas a fin de no exralimitarse en las cuotas de mercado asignadas a cada participante.

Los acuerdos del cártel siguieron normalmente este sistema, fijando precios mínimos, cuotas de mercado y mecanismos de compensación. Se promovió inicialmente en relación con las vitaminas A y E, siendo Hoffman-La Roche quien actuó como agente y representante de los productores europeos en las reuniones y negociaciones celebradas en Japón y Extremo Oriente. La simultaneidad de los acuerdos colusorios sobre las diferentes vitaminas demuestra la trascendencia y la premeditación con la que actuó el instigador de dichos cárteles.

B. MULTAS

Para el cálculo de las multas impuestas a los productores de vitaminas, la Comisión ha seguido los criterios establecidos en las Directrices para el cálculo de las multas¹³: gravedad de la infracción, duración, circunstancias atenuantes y agravantes. Además, como más adelante desarrollaremos, la Comisión tiene en cuenta la colaboración prestada por las empresas a lo largo del procedimiento en virtud de lo dispuesto en la Comunicación de 18 de julio de 1996.

En este caso, la naturaleza de los distintos acuerdos de cártel deben considerarse infracciones muy graves de la competencia, con una gran afectación al mercado mundial de vitaminas, productos esenciales para el desarrollo de la vida humana. Por otra parte, la mayoría de los acuerdos fueron de larga duración, es decir, estuvieron vigentes más de cinco años.

Finalmente, la Comisión tuvo en cuenta que tanto Hoffman-La Roche, el mayor productor de vitaminas del mundo (un 50 por ciento del mercado global), como BASF actuaron como instigadores de los distintos cárteles, con la participación de sus más altos ejecutivos. Ambos lograron hacer un frente común con los productores japoneses, e incluso implicaron a Takeda, el mayor productor de vitaminas a granel, para asegurar la coordinación ilegal de los mercados de vitaminas en los que operaba, y así poder tener controlado todo el ciclo: producción y comercialización de vitaminas.

En el siguiente cuadro se detallan los importes de las multas para cada una de las empresas imputadas en los distintos acuerdos restrictivos. Puede observarse que las cinco empresas que no están incluidas en dicho cuadro —Lonza AG (Alemania), Kongo Chemical Co. Ltd. (Japón), Sumitomo Chemical Co. Ltd. (Japón), Sumika Fine Chemicals Ltd. (Japón) y Tanabe Saiyaku Co. Ltd. (Japón)— no fueron multadas porque los cárteles en que participaron (vitamina H, B1, B6 y ácido fólico) terminaron al menos cinco años antes de que la Comisión iniciara su investigación y, por tanto, en el momento de dictar la Decisión las conductas restrictivas habían prescrito.

¹³ Directrices para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del apartado 2 del art. 15 del Reglamento núm. 17 y del apartado 5 del art. 65 del Tratado CECA (98/C9/03).

MULTAS IMPUESTAS EN LOS DISTINTOS CÁRTELES
(en millones de euros)

	A	E	B2	B5	C	D3	Beta	Carot.	Total
Roche (Suiza)	85,5	99,75	42	54	65,25	21	48	46,5	462
BASF (Alemania)	46,17	89,78	18,9	34,02	14,68	7,56	43,2	41,85	296,16
Aventis (Francia)	—	—	—	—	—	5,04	—	—	5,04
Solvay Pharm (Países Bajos)	—	—	—	—	—	9,1	—	—	9,1
Merck (Alemania)	—	—	—	—	9,24	—	—	—	9,24
Daiichi (Japón)	—	—	—	23,4	—	—	—	—	23,4
Eisai (Japón)	—	13,23	—	—	—	—	—	—	13,23
Takeda (Japón)	—	—	8,78	—	28,28	—	—	—	37,05
TOTAL	131,67	202,76	69,68	111,42	117,45	42,7	91,2	88,35	855,22

C. APLICACIÓN DE LA COMUNICACIÓN SOBRE CLEMENCIA

Como puede observarse en el cuadro anterior, Aventis ha obtenido la inmunidad total con respecto a su participación en los cárteles de las vitaminas A y E, dado que fue la primera empresa que cooperó con la Comisión y facilitó pruebas decisivas en cuanto a los acuerdos de precios y de reparto de mercado de estos dos productos.

Efectivamente, supone una importante novedad en cuanto a la aplicación del trato favorable en virtud de lo estipulado en la Comunicación sobre clemencia, dado que es la primera vez que la Comisión otorga la inmunidad total a una empresa por la denuncia de un cártel y por su colaboración en la labor investigadora de la Comisión. Como más tarde expondremos, esto significa la plena legitimación de la inmunidad, clemencia o amnistía que durante años se venía aplicando en países como Estados Unidos, Canadá y Australia, donde la efectividad de adecuados instrumentos de política de defensa de la competencia que permitan descubrir y desmantelar los acuerdos clandestinos tienen una amplia acogida y virtualidad práctica.

En el presente caso, debemos señalar que dicha inmunidad para Aventis sólo se practicó en los cárteles organizados para las vitaminas A y E, no así para la vitamina D3, ya que, en los acuerdos restrictivos relativos a dicho producto, Aventis tuvo una participación pasiva y no proporcionó información alguna a la Comisión, por lo que fue sancionada con 5,04 millones de euros.

En cuanto al resto de los partícipes, aunque no pudieron beneficiarse de la dispensa estipulada en la Sección B, sí obtuvieron importantes reducciones de las sanciones gracias a la aplicación de la Sección D.

Hoffmann-La Roche y BASF, aunque facilitaron información crucial en una fase inicial de la investigación (entre el día 2 de junio y 30 de julio de 1999), y especialmente en los cárteles relativos a las vitaminas B2, B5, C, D3, betacaroteno y carotínidos, además de una sustancial cooperación en los acuerdos restrictivos de vitaminas A y E, no pudieron beneficiarse de las cuantiosas reducciones de la sanción estipuladas en la Sección B, ni tampoco las de la Sección C, por haber sido los principales instigadores del cártel, y no cumplir, por tanto, uno de los requisitos básicos para su aplicación. Así, según lo dispuesto en la Sección D de la Comunicación sobre clemencia, se otorgó a ambas empresas la reducción máxima dispuesta, el 50 por ciento del importe de la sanción.

3. ORIGEN Y FUNDAMENTO DE LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE CLEMENCIA

Resulta imprescindible para las autoridades de competencia prohibir las prácticas restrictivas más perjudiciales para la economía, como son los acuerdos entre competidores en los que se fijan precios, reparto del mercado, cuotas de producción o venta, etc. Así, la pérdida de eficiencia causada por el cártel resulta gravísima para el buen funcionamiento de los mercados y de la economía, dado que supone que se frene la renovación de equipos productivos, la mecanización y, por tanto, las mejoras de productividad de las empresas que operan en el mercado en que se produce el cártel. Además, se paraliza la innovación y la adaptación tecnológica, afectando a los precios no sólo en el corto plazo, sino también en el medio y largo plazo; además de afectar a la pérdida de competitividad en el largo plazo y a las oportunidades de empleo.

Este importante objetivo de perseguir y dismantelar dichos acuerdos no es fácil de cumplir por el carácter clandestino y secreto de éstos, dado que en la mayoría de los casos se trata de acuerdos verbales, y en el caso de que sean acuerdos escritos, éstos difícilmente pueden ser descubiertos, pues la prueba de los mismos es de imposible obtención, dado que sus miembros mantienen un absoluto secreto e incluso se preocupan de hacer desaparecer las pruebas que acreditan su existencia.

Por ello, se han inventado nuevas fórmulas para promover la investigación de los cárteles como son los programas de clemencia que tratan de incentivar a los partícipes en el mismo con la no imposición de multas o la reducción de éstas si confiesan la existencia del acuerdo ilícito y su participación en el mismo.

El origen del principio de clemencia con los programas de inmunidad y trato favorable que conllevan podemos encontrarlo en países como Estados Unidos, Canadá y Australia, donde la legislación de defensa de la

competencia es la más avanzada y donde la sofisticación en las técnicas de funcionamiento clandestino de los cárteles existe desde hace mucho tiempo, y, por ello, han tenido que inventar de forma creativa nuevas fórmulas para poder perseguirlos.

Así, el primer país que introdujo el programa de clemencia fue Estados Unidos en 1978. La Antitrust Division definió por primera vez la clemencia (*leniency*) como la no imposición de sanción a la empresa por la actividad ilegal revelada (*leniency means not charging such a firm criminally for the activity being reported*), es decir, a pesar de que la empresa haya realizado una actividad ilícita no se le va a imponer ninguna sanción si revela a la Antitrust Division la existencia del cártel del que forma parte. En este sentido, disiento de la traducción que hace en su magnífico artículo Santiago ILUNDÁIN FANTOVA¹⁴ cuando define *leniency* como «no acusar criminalmente» a la empresa por la actividad ilegal revelada, pues en mi opinión se olvida de que el énfasis está en *not charging*, no imponer sanción independientemente de que se acuse a la empresa de haber cometido la infracción, he ahí el sentido de clemencia, incluso aunque la empresa resulte imputada por la comisión de la infracción y se acredite la ilicitud de su conducta, se le libera del pago de la sanción por aplicación de la inmunidad o clemencia.

El programa de clemencia diseñado por la Antitrust Division en 1978 adolecía de algunas deficiencias que fueron solventadas en 1993 con la incorporación de un nuevo programa de clemencia para empresas (*Corporate Leniency Program*), dado que antes la inmunidad no era automática, sino que se exigían una serie de requisitos, además de que se aportasen pruebas concluyentes antes de que la Antitrust Division iniciase la investigación. En el nuevo programa de 1993, siguiendo el estudio de Santiago ILUNDÁIN FANTOVA, se pueden distinguir dos formas de clemencia:

A. CLEMENCIA AUTOMÁTICA

Si antes de iniciar cualquier investigación de la Antitrust Division una empresa denuncia la ilegalidad del cártel en el que está participando, podrá beneficiarse de la inmunidad siempre que se cumplan los siguientes requisitos:

1. Cuando la empresa acude a denunciar, la Antitrust Division aún no ha iniciado ninguna investigación ni tiene ninguna información sobre la práctica prohibida.
2. La empresa que obtiene la clemencia tratará de poner fin a su actividad prohibida, si bien en algunos casos, y siempre bajo la supervisión

¹⁴ «La revisión de la normativa comunitaria y las posibilidades de incorporarla a la normativa española».

Centro de Política de la Competencia del Instituto de Estudios Europeos de la Universidad San Pablo-CEU, don Santiago ILUNDÁIN FANTOVA, investigador asociado y abogado de Garrigues & Andersen.

de la Antitrust Division, se puede continuar la participación en el cártel para obtener más información y cooperar más adecuadamente.

3. La empresa debe prestar una total colaboración con el órgano instructor durante toda la investigación, participando muy activamente con éste.

4. La decisión de denunciar la actividad ilícita debe ser un acto corporativo distinto de las confesiones que de forma individual puedan hacer los directivos o los administradores de la empresa.

5. La empresa restituirá los daños y perjuicios causados a terceras partes, siempre que sea posible.

6. Este tipo de clemencia no puede ser aplicado a aquella empresa que haya sido el inductor, líder o instigador de la actividad ilícita.

B. OTRAS POSIBILIDADES DE OBTENER CLEMENCIA

Para aquellas empresas que no cumplan los requisitos exigidos para que les sea otorgada la clemencia automática, e independientemente de que se haya iniciado o no la investigación, pueden obtener clemencia si cumplen los siguientes requisitos:

1. La empresa que denuncia la conducta restrictiva debe ser la primera en acudir a la Antitrust Division.

2. En el momento en el que la empresa acude a denunciar, la Antitrust Division aún no ha obtenido pruebas concluyentes para condenar a dicha empresa ni ningún otro participe en la actividad ilícita.

3. La empresa, en el momento de revelar la actividad ilegal, tomó inmediata y efectivamente las medidas necesarias para poner fin a su participación en la actividad ilícita.

4. La empresa deberá cooperar activamente con la Antitrust Division durante toda la investigación en la obtención de pruebas e información suficiente para acreditar la conducta restrictiva.

5. La decisión de denunciar la actividad ilícita debe ser un acto corporativo distinto de las confesiones que de forma individual puedan hacer los directivos o los administradores de la empresa.

6. La empresa restituirá los daños y perjuicios causados a terceras partes, siempre que sea posible.

7. La Antitrust Division para otorgar clemencia deberá tener en cuenta la naturaleza de la actividad ilícita, así como el rol asumido por la empresa que pide clemencia y el momento en que la empresa acude a denunciar. Así, resulta inaplicable el programa de clemencia a la empresa líder o inductora de la actividad ilícita, y la cuantía de la sanción es mayor cuanto más tarde se denuncie y cuanto más cerca esté la Antitrust Division de obtener por sí misma pruebas convincentes.

En cuanto a la utilidad práctica de dicho programa en Estados Unidos¹⁵, debemos señalar que la revisión del programa en 1993 y el incre-

¹⁵ Report of the International Anticartel Enforcement and Interagency Cooperation (ICPAC), febrero 2000.

mento de la cuantía de las multas han hecho que para las empresas resulte más atractivo el invocar la aplicación de la inmunidad o clemencia. Así, desde 1997 el 90 por ciento de las multas impuestas sancionan la existencia de cárteles internacionales. En los primeros años de aplicación (entre 1987 y 1996) las multas sólo ascendían a 295 millones de dólares, mientras que en los dos años siguientes se eleva a 472 millones, y en el ejercicio 1999 asciende a 1,1 millones de dólares. Vemos, por tanto, el crecimiento exponencial de la cuantía de las multas con la utilización del principio de clemencia.

También observamos el crecimiento exponencial del número de peticiones de clemencia en relación con el elevado incremento de las cuantías de las sanciones. Así, hasta 1998 la Antitrust Division sólo recibía como media una petición al año, mientras que a partir de esa fecha el número ascendió a dos al mes.

Los programas de inmunidad se han convertido en Estados Unidos en el instrumento más eficaz para conocer y perseguir los cárteles internacionales más importantes: «Cártel de los electrodos de grafito»¹⁶, «Cártel de las vitaminas»¹⁷, «Cártel de Marine Construction Investigation»¹⁸, etc.

4. NORMATIVA COMUNITARIA SOBRE CLEMENCIA Y SU APLICACIÓN

A. PRIMERA COMUNICACIÓN SOBRE CLEMENCIA EN 1996

La Comisión incorporó el principio de clemencia en su ordenamiento jurídico en 1996 a través de una Comunicación¹⁹, inspirándose en la normativa americana, aunque como veremos el texto final difiere bastante de dicha normativa, sobre todo en lo relativo a la no aplicación de la inmunidad de forma automática, reservándose la Comisión el poder de apreciación tanto en lo relativo a los requisitos exigidos para otorgar la clemencia, como la cuantía de la reducción de la sanción.

¹⁶ Se había producido un incremento de precios del 30 por ciento. La empresa denunciante recibió la inmunidad total y la empresa inductora del cártel fue sancionada con 30 millones de dólares.

¹⁷ Es el cártel más importante que ha sido descubierto. Se sancionó con 500 millones de dólares a la inductora. Se abrieron procedimientos paralelos en Canadá, Japón, Australia y en la UE (el caso que es objeto de comentario en este artículo).

¹⁸ El cártel consistía en el reparto de mercado, así como en la fijación de los precios de las obras marítimas tales como diques, pozos y plataformas. Se otorgó inmunidad total a la empresa que denunció el cártel y se sancionó con 49 millones de dólares a la empresa inductora a pesar de su colaboración.

¹⁹ Comunicación de la Comisión relativa a la no imposición de multas o a la reducción de su importe en los asuntos relacionados con acuerdos entre empresas (96/C-207/04), DO, núm. C 207, de 18 de julio de 1996.

La Comunicación de 1996 estipula tres tipos de reducciones —que recoge en las Secciones B, C y D—, así como el procedimiento para obtener dichas reducciones —Sección E—:

Sección B. No imposición de multa o reducción muy importante de su importe

La empresa obtendrá una reducción de la sanción del 75 por ciento, como mínimo, pudiendo llegar incluso a la exención total, si cumple los siguientes requisitos:

1. La denuncia debe interponerse antes de que la Comisión haya iniciado cualquier verificación por vía de decisión en los locales de las empresas partícipes del acuerdo, y sin que disponga todavía de la suficiente información para acreditar la existencia del acuerdo ilícito.

2. Que sea la primera en facilitar elementos determinantes para probar la existencia del acuerdo.

3. La empresa haya puesto fin a su participación en la actividad ilícita desde el momento en que denuncia el acuerdo.

4. Que facilite a la Comisión todos los elementos de prueba, información y documentos de que disponga, prestando una cooperación permanente y total durante toda la investigación.

5. No haya obligado a otra empresa a participar en el acuerdo ni haya sido la instigadora o haya desempeñado un papel determinante en la actividad ilícita.

Sección C. Reducción importante del importe de la multa

La empresa que reúna todos los requisitos anteriores con excepción del primero, esto es, si denuncia después de que la Comisión haya realizado una verificación en los locales de las empresas miembros del acuerdo, sin que dicha verificación haya aportado elementos de prueba suficientes como para incoar e iniciar, así, el procedimiento formal, obtendrá una reducción de entre el 50 y 75 por ciento de la multa.

Sección D. Reducción significativa del importe de la multa

Si la empresa que denuncia no cumple todos los requisitos establecidos en las Secciones B y C podrá obtener una reducción de entre el 10 y el 50 por ciento del importe de la sanción cuando:

1. La empresa facilite información a la Comisión antes de enviar el pliego de cargos, y la información enviada sirva para confirmar la existencia de la infracción.

2. Al recibir el pliego de cargos, la empresa informa a la Comisión de la certeza de la existencia de acuerdo restrictivo y de los hechos que lo acreditan.

Sección E. Procedimiento

Esta Comunicación sólo es aplicable a los acuerdos secretos entre empresas que tienen por objeto la fijación de precios, de cuotas de producción o de venta, o el reparto de mercados, o la prohibición de importaciones o exportaciones.

La empresa que denuncie debe ponerse en contacto con la Dirección General de Competencia de la Comisión, quien evaluará, solamente en el momento de adoptar su decisión, si se cumplen las condiciones establecidas en las Secciones B, C o D y si reducirá o no el importe de la sanción.

Además, si durante el procedimiento dejan de cumplirse los requisitos establecidos en las diferentes Secciones, la empresa no podrá beneficiarse del trato favorable previsto en las mismas.

El trato favorable del que goza una empresa en virtud de esta Comunicación no la exime de las consecuencias civiles de su participación en un acuerdo ilegal.

B. APLICACIÓN PRÁCTICA DE LA COMUNICACIÓN DE 1996

Hasta el año 2001 apenas se había aplicado la Comunicación de 1996, pues tan sólo se había invocado el trato favorable en siete casos, todos ellos, por supuesto, relativos a cárteles. En un detallado estudio Miguel Ángel PEÑA CASTELLOT²⁰ analiza la utilización práctica de esta Comunicación desde su entrada en vigor en julio de 1996 hasta el 2001, y concluye que su aplicación ha sido muy tímida, ya que las Secciones B y C aún no se han aplicado, pues aunque se invocaron en tres casos, la Comisión estimó que no resultaban aplicables por faltar algún requisito.

En el primer caso —«Alloy surcharge»²¹—, el pliego de cargos ya había sido enviado, por lo que no se pudo aplicar la Sección B y tampoco la C debido a que, aunque una de las empresas puso fin a su participación en el cártel, no fue la primera en facilitar elementos determinantes para probar la existencia del acuerdo.

²⁰ «An overview of the application of the Leniency Notice», Competition Policy Newsletter, febrero 2002, Miguel Ángel PEÑA CASTELLOT, DG.COMP A-1.

²¹ Decisión de la Comisión de 21 de enero de 1998 relativa a un procedimiento en virtud del art. 65 del Tratado CECA, DOCE, núm. L 100/55, de 1 de abril de 1998.

En el segundo caso —«British Sugar»²²— no se pudo aplicar la Sección B ni C, pues aunque la empresa denunció el acuerdo antes de que la Comisión hubiese comenzado a investigar, su cooperación no fue total ni permanente a juicio de la Comisión.

En el tercer caso —«Amino Acids»²³—, la primera empresa que denunció el cártel era uno de los principales inductores del mismo y, por tanto, sólo se pudo aplicar las reducciones de la Sección D.

Finalmente, se aplicó la Sección D, con reducciones entre el 10 y el 50 por ciento, no sólo a los miembros del cártel mencionados en los tres casos anteriores, sino también a los miembros de otros cuatro acuerdos, que invocaron directamente la Sección D, y que son: «Pre-insulated Pipes»²⁴, «Greek Ferries»²⁵, «Seamless Steel Tubes»²⁶ y FETCSA²⁷.

La conclusión que cabe extraer es la discreta aplicación en la práctica de la Comunicación de 1996 tanto por la falta de transparencia y divulgación de la misma, como por la exclusión del carácter automático de la inmunidad y la discrecionalidad que se concede a la Comisión en su otorgamiento que genera una falta de seguridad jurídica a las empresas que invocan la aplicación de dicha Comunicación.

C. ÚLTIMAS REFORMAS

Dada la escasa aplicación de la Comunicación de 1996 frente a la importancia de su utilización en Estados Unidos, Canadá o Australia, la Comisión se planteó la posibilidad de modificar dicha Comunicación en aras de mejorar su redacción y de incluir el carácter automático de la aplicación de la inmunidad, reduciendo, así, la inseguridad jurídica de las empresas que dependían del criterio adoptado por la Comisión al final del procedimiento. Así, la Comisión presentó el 26 de julio del 2001 la denominada «Comunicación sobre la revisión de su Comunicación de 1996 relativa a la no imposición de multas o a la reducción de su importe en los asuntos relacionados con acuerdos entre empresas»²⁸, que finalmente se materializó en la «Comunicación de la Comisión relativa

²² Decisión de la Comisión de 14 de octubre de 1998 relativa a un procedimiento en virtud del art. 81 del Tratado CE, *DOCE*, núm. L 76/1, de 22 de marzo de 1999.

²³ Decisión de la Comisión de 7 de junio de 2000 relativa a un procedimiento en virtud del art. 81 del Tratado CE y del art. 55 del Tratado EEE.

²⁴ Decisión de la Comisión de 21 de octubre de 1998 relativa a un procedimiento en virtud del art. 81 del Tratado CE, *DOCE*, núm. L 24, de 30 de enero de 1999.

²⁵ Decisión de la Comisión de 9 de diciembre de 1998 relativa a un procedimiento en virtud del art. 81 del Tratado CE, *DOCE*, núm. L 109/24, de 27 de abril de 1998.

²⁶ Decisión de la Comisión de 8 de diciembre de 1999 relativa a un procedimiento en virtud del art. 81 del Tratado CE, Caso IV/35.860.

²⁷ Decisión de la Comisión de 16 de mayo de 2000 relativa a un procedimiento en virtud del art. 81 del Tratado CE, *DOCE*, núm. L 268/1, de 20 de octubre de 2000.

²⁸ Comunicación 2001/C-205/05, *DOCE*, de 26 de julio de 2001.

a la dispensa del pago de las multas y la reducción de su importe en casos de cártel»²⁹.

Con independencia de las modificaciones realizadas para clarificar el texto, el nuevo borrador de la Comisión recoge tres novedades relevantes que a continuación se detallan:

1. Se eliminan las tres Secciones (B, C y D) en las que se establecían distintos porcentajes de reducción de la sanción, para dar paso a dos tipos de reducción [a) dispensa del pago de las multas y b) reducción del importe de la multa]. Así, parece que se otorga la inmunidad total y automática a las empresas que cumplan los requisitos establecidos en la Sección A, y reducciones que varían en los siguientes tres intervalos: 30-50 por ciento, 20-30 por ciento y hasta 20 por ciento, en función de quién sea la empresa más diligente en la colaboración prestada.

2. La segunda novedad a reseñar es la modificación de los supuestos requeridos para otorgar inmunidad (Sección A) o reducción de la sanción (Sección B).

En la Sección A se amplía la dispensa y se clarifica su otorgamiento al separar: por un lado, a la empresa que sea la primera en aportar elementos de prueba que le permitan efectuar una verificación —y sin la colaboración de dicha empresa no podría efectuarla— y, por otro lado, a la empresa que sea la primera en aportar elementos de prueba para establecer la existencia de un cártel restrictivo —y sin esa confesión la Comisión no podría acreditar su existencia.

La Sección B se muestra también más favorable para las empresas que solicitan clemencia, dado que establece a nivel genérico que aquellas empresas que no cumplan los requisitos de la Sección A y faciliten elementos de prueba que aporten un valor añadido significativo a los elementos de los que ya disponía la Comisión pueden optar a reducciones entre el 50 y el 20 por ciento, según sea la primera, la segunda o las siguientes empresas que se pongan a disposición de la Comisión.

3. La tercera novedad, y tal vez la más importante, es la modificación del procedimiento de obtención de la dispensa o de la reducción.

Por un lado, se incrementa la seguridad jurídica de las empresas que solicitan clemencia, pues desde el inicio de su solicitud la Comisión informa de si se dan o no los requisitos necesarios para obtener la dispensa o reducción. Por otro lado, se recoge la posibilidad de que las empresas presenten los elementos de prueba en términos hipotéticos, de tal forma que si no resultan relevantes para conseguir la inmunidad —Sección A— puedan ser retirados. Además, para la aplicación de la Sección B se establece como fecha límite para que la Comisión concluya si procede o no la reducción o la notificación del pliego de cargos.

Finalmente, se determina la confidencialidad de las declaraciones e información suministrada por los beneficiarios de la dispensa o reducción,

²⁹ Comunicación 2002/C-45/03, *DOCE*, de 19 de febrero de 2002.

de manera que la información recogida en relación a la aplicación del principio de clemencia forma parte del expediente y no puede ser utilizada en ningún otro procedimiento que no sea de aplicación del art. 81 del Tratado CE.

Las importantes modificaciones normativas del principio de clemencia que han tenido lugar en el 2001, y que se han visto culminadas con la Comunicación del 2002, han supuesto un avance sin precedentes en la persecución de los cárteles durante todo el 2001, tal y como ya se ha expuesto en la introducción de este artículo. Así, se han logrado dismantelar diversos cárteles de gran trascendencia económica no sólo en el ámbito comunitario, sino también a nivel mundial como son: Gluconato sódico³⁰, Fábricas de cerveza belgas³¹, Fábricas de cerveza luxemburgesas³², Fosfato de cinc³³, Vitaminas³⁴, Papel autocopiativo³⁵, Electrodo de grafito³⁶ y Ácido cítrico³⁷. Las multas impuestas a las casi 49 empresas imputadas (tres de ellas en dos ocasiones) por un importe total que sobrepasa los mil millones de euros nos dan idea de la virtualidad práctica de la invocación de clemencia, dado que redundaría en interés de la Comunidad conceder un trato favorable a las empresas que colaboran con la Comisión, a cambio de proteger el interés público invocado por los consumidores y ciudadanos de descubrir y multar severamente a los inductores y líderes de los cárteles secretos, cuya persecución sería imposible sin este instrumento.

5. PROBLEMAS Y DEFICIENCIAS PRÁCTICAS EN LA INVOCACIÓN DEL PRINCIPIO DE CLEMENCIA EN EUROPA

A. DEFICIENCIAS EN LA REDACCIÓN Y APLICACIÓN DE LA NORMATIVA COMUNITARIA

La antigua Comunicación de 1996 adolecía de multitud de defectos que han tratado de ser corregidos en la nueva Comunicación del 2002, mejorando esencialmente en los siguientes aspectos:

1. Se otorga la dispensa automática si se cumplen los requisitos establecidos en la Sección A.

2. Se establece un procedimiento que incrementa la seguridad jurídica de las empresas que invocan el principio de clemencia, pues la Comisión toma la decisión de aplicarla o no desde el momento en que se

³⁰ Ver nota 3.

³¹ Ver nota 4.

³² Ver nota 5.

³³ Ver nota 6.

³⁴ Ver nota 7.

³⁵ Ver nota 8.

³⁶ Ver nota 9.

³⁷ Ver nota 10.

invoca, y dado el carácter hipotético que se otorga a las pruebas presentadas y la posibilidad de retirarse si dichas pruebas no son suficientes para obtener dispensa o reducción suponen importantes incentivos a los miembros del cártel a denunciar el mismo o a colaborar cuanto antes con la Comisión en el desmantelamiento de éste.

3. Las reducciones de la Sección B —que se obtienen en función de si es la primera, segunda o siguientes empresas quienes colaboran con la Comisión— son muy positivas, dado que una vez que la investigación ha comenzado las empresas tratarán de anticiparse al resto de los miembros del cártel en su colaboración con la investigación y en presentar documentación con mayor valor añadido que el resto.

Por supuesto, podríamos detallar muchísimas más mejoras en la redacción, en el contenido y en el procedimiento estipulado por la Comunicación del 2002. Pero en este artículo prefiero centrarme en aquellas deficiencias o en posibles modificaciones que, en mi opinión, deberían introducirse en dicha Comunicación para mejorar la eficiencia en la invocación de clemencia, y que a continuación expongo:

1. La inseguridad jurídica se mantiene en la nueva Comunicación en diversos aspectos:

— Existe, por un lado, la dispensa total (Sección A) y, por otro, reducciones de hasta el 50 por ciento como máximo (Sección B). Cabe plantearse por qué no estipula el legislador la posibilidad de aplicar el intervalo de reducción de entre el 50 y el 100 por ciento. Suponemos que será un error y que en la práctica sí podrán utilizarse dichos intervalos de disminución de la sanción. No obstante, la redacción de la Comunicación no es pacífica en este aspecto.

— La incorporación del término «valor añadido» para la aplicación de la reducción de la Sección B deja cierto margen de discrecionalidad a la Comisión en su interpretación, bien es verdad que la Comunicación trata de definirlo con el máximo detalle³⁸. En mi opinión, podría haberse utilizado una redacción más similar a la establecida en el sistema americano, que permite la dispensa y la reducción de forma amplia, pero sin dejar ningún margen de discrecionalidad al órgano que instruye, de forma que se incremente la seguridad jurídica de la empresa que colabora con la Comisión para, así, no obstaculizar una cooperación que es útil al interés público.

— El procedimiento de otorgamiento, aunque se agiliza y se retrotrae a las primeras fases del expediente, aún dista mucho de la automaticidad y la falta de discrecionalidad que caracterizan al procedimiento ameri-

³⁸ El concepto de valor añadido alude a la medida en que los elementos de prueba aportados aumentan la capacidad de la Comisión de probar los hechos de que se trata, ya sea por su propia naturaleza, ya por su nivel de detalle o por ambos conceptos. En esta evaluación, la Comisión concederá generalmente más valor a las pruebas escritas que daten del período en que se produjeron los hechos que a las posteriormente establecidas. Del mismo modo, los elementos de prueba directamente relacionados con los hechos en cuestión se considerarán, en general, de mayor valor que los que sólo guarden relación indirecta con los mismos.

cano. Incluso el plantear las pruebas con carácter hipotético no tiene ninguna virtualidad práctica, dado que a través de éstas el órgano instructor ya tiene conocimiento de la existencia del cártel y ya puede iniciar de oficio un investigación sin que la empresa que haya presentado dichas pruebas pueda beneficiarse del programa de clemencia, perdiendo todo sentido que desista o no de la invocación de inmunidad o trato favorable, convirtiéndose en un procedimiento un tanto artificial que sigue limitando el incentivo de las empresas a denunciar los cárteles.

2. Debe mejorar la transparencia en el procedimiento de invocación y concesión de clemencia. Así, la Comisión deberá especificar en cada uno de los casos abiertos en los que se haya invocado clemencia tanto los requisitos, como las condiciones de hecho y los motivos para su otorgamiento o denegación, de manera que la Comisión pueda crear un línea doctrinal clara que de forma indirecta corrija los errores de redacción y de interpretación de que adolece la actual Comunicación. Del mismo modo, debería buscar la Comisión adecuados instrumentos de divulgación de la Comunicación del 2002, así como de todas las Decisiones de la Comisión en las que se haya invocado la aplicación del principio de clemencia.

3. Otro problema añadido es la forma jurídica otorgada al principio de clemencia por la Comisión, dado que su régimen jurídico se ha estipulado a través de una Comunicación que, como ya sabemos, no tiene la fuerza vinculante que puedan tener las Directivas o los Reglamentos. La Comunicación tan sólo actúa como un precedente que sirve de referencia, de manera que cuando las partes o el órgano instructor se aleje de dicho precedente o Comunicación deben motivar explícitamente las causas por las que no cabe su aplicación. Pero, sin duda, lo más importante es que la Comunicación no vincula a los tribunales, suponiendo un insalvable freno para la invocación de clemencia por parte de alguno de los miembros de algún cártel. Bien es verdad que difícilmente se podría haber adoptado otra forma jurídica, dado que parece imposible que se produzca una armonización de las distintas legislaciones nacionales sobre este tema, máxime cuando por el momento tan sólo ha sido incorporado el principio de clemencia en las legislaciones del Reino Unido y Alemania, y está siendo aún objeto de estudio por Irlanda.

B. EFECTO DISUASORIO DE LAS SANCIONES

Sin lugar a dudas, resulta imprescindible para las personas que nos dedicamos a la defensa de la competencia y, sobre todo, para aquellos que defendemos el interés público que sustenta dicha defensa del Derecho de la competencia, no sólo que se consiga acreditar la existencia de una conducta restrictiva, sino que, esencialmente, se interponga a las empresas imputadas un sanción suficiente a fin de cumplir tres importantes objetivos:

- poder disuadir a éstas de reiterar dichas conductas perseguidas u otras similares;
- servir de ejemplo y de límite para que otras empresas no incurran en prácticas prohibidas, y
- mejorar la eficacia de la posible aplicación del programa de clemencia.

En mi opinión, en ocasiones los órganos de defensa de la competencia, tanto comunitarios como españoles, han adolecido de no tener suficientemente en cuenta la importancia del efecto disuasorio que debe tener una sanción para realmente proteger y dar entidad al derecho vulnerado.

Tal vez ésta sea la causa última de la falta de éxito del programa de clemencia comunitario hasta el año 2001 y la principal dificultad para la posible incorporación del programa de clemencia en España.

Por el contrario, los países en donde existe una amplia tradición en la aplicación y en la protección del Derecho de la competencia (Estados Unidos, Canadá, Australia, etc.) son los países que cuentan con una legislación más avanzada en Derecho de la competencia y, obviamente, las cuantías de las sanciones son elevadas, incluso pueden imponerse penas privativas de libertad a los responsables. Así, según el Sherman Act Sentencing Guidelines se pueden imponer multas de hasta 10\$ millones para las empresas y de 350.000\$ para individuos, siendo el límite máximo entre el 15 y el 20 por ciento del volumen de negocio.

Ello hace pensar en la posibilidad de que tanto en las legislaciones de los distintos Estados miembros, como en el Reglamento 17 y en las Directrices comunitarias sobre el cálculo de la cuantía de la sanción, deberían introducirse algunos cambios incrementando el límite máximo del 10 por ciento del volumen de negocio, así como la introducción de determinados delitos de tipo penal para aquellas infracciones gravísimas de la competencia (estos últimos ya se tipifican en algunos países como Francia, Austria e Irlanda).

Pero para que pueda tener alguna eficacia práctica la invocación de clemencia no sólo es deseable que las normas prevean la aplicación de multas importantes y suficientemente disuasorias, sino que efectivamente éstas sean impuestas a los distintos imputados por los distintos órganos de competencia.

Así se observa que en Estados Unidos, pese a la severidad de sus normas en relación con las multas, no se invocaba tan frecuentemente como sería deseable la aplicación de clemencia, debido a que en la práctica las cuantías de las sanciones impuestas no eran suficientemente altas. Sin embargo, se produjo un crecimiento exponencial del número de peticiones de clemencia en relación con el elevado incremento del importe de las multas a partir de 1998 en que se pasó de una petición al año a dos peticiones al mes. Además, gracias a la aplicación efectiva del principio de clemencia se logró desmantelar numerosos cárteles, pasando de

imponer al año multas por un importe total de 295 millones de dólares entre 1987 a 1996, a más de 1.100 millones de dólares en el año 1999.

Del mismo modo, en la Unión Europea, tal y como se ha visto a lo largo de este artículo, la Comisión no ha podido dar ninguna virtualidad práctica al principio de clemencia hasta el año objeto de estudio, pues aunque la Comunicación de clemencia entró en vigor en 1996, las leves cuantías impuestas en los distintos asuntos de cárteles no servían de estímulo a las empresas para invocar el principio de clemencia. En la medida en que la Comisión ha incrementado el importe de sus sanciones, han surgido multitud de denunciantes miembros de los distintos cárteles que han invocado el principio de clemencia y que han permitido a la Comisión dismantelar dichos cárteles e imponer durante el año 2001 multas de gran cuantía, que esperamos que sirvan de estímulo a futuros denunciantes que formen parte de otros cárteles que aún son secretos para la Comisión.

C. SISTEMA DE RESPONSABILIDAD CIVIL

Una importante deficiencia del programa de clemencia comunitario es que la indemnización por responsabilidad civil frente a terceros no se determina en el mismo momento en el que se resuelve la inmunidad o la reducción de la infracción, sino que será el juez civil quien la determine ante una demanda de cualquier tercero que se considere dañado o perjudicado. Esta dualidad de procedimientos aumenta la inseguridad jurídica de las empresas y disminuye la eficacia del programa de clemencia.

En la última reforma —Comunicación del 2002— no se ha solucionado este importante problema, pues se señala expresamente en el considerando 31 que: *«El hecho de que se conceda una dispensa de pago o una reducción del importe de la multa no exime a la empresa de las consecuencias civiles de su participación en infracciones del art. 81 del Tratado CE»*.

Esto significa que, aunque a la empresa que denuncia la existencia del cártel se le otorga inmunidad o la disminución de la sanción, en la Decisión de la Comisión se determina su cualidad de empresa infractora de las disposiciones del Tratado, y que, por tanto, no estará libre de la posible solicitud de indemnización a los terceros perjudicados por sus prácticas.

El problema estriba en cuándo y cómo se determinará dicha responsabilidad civil, pues será el juez quien decida su cuantía siempre que algún tercero la reclame o demande, pero las empresas desconocen cuándo sucederá esto y hasta qué momento puede surgir un tercero dañado. Por tanto, se produce una gran inseguridad jurídica para las empresas denunciantes, pues incluso a veces la cuantía de las indemnizaciones pueden superar con creces la multa impuesta por la Comisión.

Sin embargo, en Estados Unidos y Canadá, donde las indemnizaciones pueden ser increíblemente altas, el sistema otorga a la empresa que invoca clemencia muchísima más seguridad jurídica. La indemnización por daños y perjuicios a terceros se establece dentro del programa de clemencia, y como uno de sus requisitos, ya que, antes de obtenerla, deben haber restituido el daño causado a terceras partes. Por tanto, la responsabilidad civil se determina en el mismo momento en el que se otorga clemencia.

En mi opinión, la Comisión debería aplicar un sistema parecido al americano, pues para las empresas es tan importante o más la cuantía de la indemnización por responsabilidad civil que la impuesta por la Comisión. Sin estos cambios no tiene virtualidad práctica la invocación de clemencia.

Por último, debo señalar que la Comisión ha introducido en la Comunicación del 2002 una pequeña salvedad a fin de poder otorgar alguna seguridad jurídica a la empresa confesante, de manera que nadie pueda utilizar la denuncia de dicha empresa para solicitar a un juez la inmediata indemnización de daños y perjuicios por parte de ésta. Así, se estipula en el considerando 33 que: «*Toda declaración escrita dirigida a la Comisión en relación con la presente Comunicación forma parte de sus expedientes. No podrá divulgarse ni emplearse para fines diferentes de la aplicación del art. 81 del Tratado CE*». Dicha modificación no cambia el fondo del problema de la determinación *a posteriori* de la indemnización aplicable por responsabilidad civil frente a terceros.

6. VENTAJAS E INCONVENIENTES DE SU INCORPORACIÓN EN ESPAÑA

La incorporación o no de algún programa de inmunidad o clemencia en el ordenamiento jurídico español es un tema sin duda muy controvertido, y sobre el que difícilmente se puede adoptar una postura unívoca, pues, si bien es verdad que se producen importantes ventajas en la aplicación del trato favorable a aquellas empresas que denuncian la existencia del cártel del que forman parte, su actual incorporación en el sistema jurídico español tal vez sea una decisión precipitada por los problemas que conllevaría su adopción inmediata.

Por un lado, existen importantes ventajas de la aplicación de clemencia. Así, tal y como ya hemos expuesto claramente a lo largo de este artículo, los distintos programas de inmunidad analizados (principalmente el americano y comunitario, aunque también se aplica en Canadá, Australia, Reino Unido y Alemania) se muestran como los únicos instrumentos eficaces en la persecución de los cárteles secretos.

En España no sólo se ha producido un incremento del número de cárteles, sino que, además, se han sofisticado las técnicas para ocultar dichos acuerdos restrictivos. Hace tan sólo unos años era fácil encontrar acuerdos escritos entre competidores de fijación de precios, limitación

de la producción, etc., en las Actas de alguna Asociación profesional o en determinadas reuniones sectoriales, resultando muy sencillo para los órganos de competencia acreditar la práctica. Posteriormente, tan sólo se encontraban indicios de la existencia de dichos acuerdos restrictivos, utilizándose la fórmula jurídica de la prueba de presunciones para poder imputar a los miembros de dichos acuerdos. En la actualidad, muchas veces no existen ni siquiera indicios y, por tanto, sería un instrumento útil de política de competencia la utilización de programas de clemencia para desmantelar cárteles secretos.

Otra de las importantes ventajas que debemos señalar es el posible efecto preventivo que el programa de inmunidad puede conllevar para la formación de futuros cárteles, en el sentido de que los futuros miembros del cártel, antes de constituirlo, tendrán cierta cautela de confiar en sus competidores por si pueden denunciarles. Sin duda, el establecimiento de programas de clemencia limita la formación de futuros cárteles.

El modelo a seguir sería la introducción de una ley o la modificación de la actual Ley 52/1999, de 28 de diciembre (BOE de 21 de febrero), de Defensa de la Competencia, adoptando un modelo similar al comunitario, una vez que se superen todas las deficiencias apuntadas en el presente artículo. En mi opinión, sería más deseable que se adoptase un sistema similar al americano, aunque ello supusiese apartarnos de nuestra tradición jurídica que adopta normas similares a las establecidas bien por los países miembros o por la propia Unión Europea. No obstante, Reino Unido mantiene un sistema más cercano al sistema americano que al comunitario, sin que ello haya supuesto ningún problema.

Sin embargo, en mi opinión, los insalvables inconvenientes de su incorporación en nuestro ordenamiento superan con creces a las ventajas, y sin duda debería considerarse con cierta cautela la introducción en nuestra legislación de los programas de inmunidad o clemencia.

En primer lugar, por la falta de tradición en nuestro sistema jurídico de programas de perdón o inmunidad de sanciones, dado que no existen figuras similares en otros ámbitos del Derecho, tan sólo podría considerarse como trato favorable —tal y como argumenta Santiago ILUNDAÍN³⁹— la figura de la excusa absolutoria en el delito fiscal, estipulada en el art. 305.4 del Código Penal, que establece que: «*Quedará exento de responsabilidad penal el que regularice su situación tributaria, en relación con las deudas a que se refiere el apartado primero de este artículo, antes de que se le haya notificado por la Administración tributaria la iniciación de actuaciones de comprobación tendentes a la determinación de las deudas tributarias objeto de regularización, o en el caso de que tales actuaciones no se hubieran producido, antes de que el Ministerio Fiscal, el Abogado del Estado o el representante procesal de la Administración autonómica, foral o local de que se trate, interponga querrela o denuncia contra aquél dirigida, o cuando el Ministerio Fiscal o el Juez de instrucción realicen actua-*

³⁹ *Op. cit.*, nota 14.

ciones que le permitan tener conocimiento formal de la iniciación de las diligencias». Como puede observarse, aunque es una figura similar, dista mucho de cualquier programa de inmunidad o reducción de sanción y, por tanto, no puede considerarse como un precedente del sistema de clemencia.

En segundo lugar, la cuantía de las sanciones y el efecto disuasorio que éstas deben conllevar adolecen aún de importantes deficiencias en nuestro país, de forma que la supuesta incorporación en nuestro ordenamiento de la dispensa del pago o inmunidad total como acicate para denunciar o poner en conocimiento de las autoridades de competencia la actuación del cártel no resulta justificada, pues en la mayoría de los casos resulta más cómodo y eficaz que el cártel sea descubierto por la acción investigadora e instructora propia de los órganos de competencia y pagar la leve sanción que se suele imponer. La aplicación del Derecho de la competencia en España aún no tiene un amplio calado y prueba de ello son el importe de las sanciones impuestas, cuestión que ha sido bastante criticada por la doctrina y la opinión pública.

Finalmente, el problema de la responsabilidad civil frente a terceros, que ya ha sido abordado a lo largo de este artículo, resulta si cabe aún más grave en nuestro caso, pues la demanda en vía civil sólo puede interponerse cuando resulte firme la Resolución, cuestión que puede llevar incluso diez o doce años. Así, el art. 13 de la Ley 52/1999, de Defensa de la Competencia, prevé que la acción de resarcimiento de daños y perjuicios puede ejercitarse por los terceros perjudicados en la vía civil una vez que sea firme la Resolución tanto en la vía administrativa como en la vía jurisdiccional. Ello supone que una vez que el Tribunal de Defensa de la Competencia adopta una Resolución agotando la vía administrativa, puede recurrirse en primera instancia en vía jurisdiccional ante la Audiencia Nacional, y en segunda instancia ante el Tribunal Supremo, resultando que para iniciar una demanda por daños y perjuicios ante el juez civil pueden haber transcurrido entorno a diez años —salvo raras excepciones—. Por tanto, qué incentivo va a tener la empresa participante en el cártel para denunciar su existencia, si aunque le otorgasen la inmunidad o la reducción de la sanción, todavía queda pendiente la indemnización de daños y perjuicios a terceros que podrá interponerse como mínimo dentro de diez o doce años.

Por lo expuesto, mantengo ciertas reservas en la inmediata incorporación de un sistema de inmunidad o clemencia en nuestro ordenamiento jurídico, aunque ello no significa que cuando el Derecho de la competencia y su aplicación en España alcance un más alto grado de madurez podamos introducir este tipo de instrumentos que resultan absolutamente eficaces en la persecución y desmantelamiento de los cárteles secretos.

SERVICIO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA,
MINISTERIO DE ECONOMÍA Y CONSEJO
DE MINISTROS

TERCERA PARTE

RESOLUCIONES
Y SENTENCIAS DICTADAS

De las 265 sentencias de 1997, que cubren el primer cuatrimestre, se han producido 144, a 142, a 127 y a 122 expedientes, respectivamente, en los tribunales que se registran a lo largo de 1997-1998.

Las resoluciones figuran según el procedimiento principal para el nivel de significancia en el 50%. Se ha venido mostrando en los últimos años en que los particulares, a través de sus demandas, son los principales desencadenantes de la aplicación del Derecho de la competencia. Ahora se continúa destacando que desde el primer día de 1997 hasta 2001, el porcentaje de demandas respecto del total de asuntos se mantiene sin grandes variaciones, incluyendo entre más del 70 por ciento y menos del 80 por ciento aproximadamente (cuadro 1b infra).

Paralelamente, se sigue registrando un descenso de las expedientes aplicadas de nuevo. Desde esta perspectiva, se se ha notado el flojamiento de demandas que la reforma de 1995 (Ley 15/95) y luego (Ley 15/99) y las resoluciones que hace a otras contribuciones que en el rubro se ocupan de administraciones, y la contribución de Ley de Transparencia (Ley 17/99) como ejemplo. Ahora bien, cabe en cuenta que la reducción de la cifra de casos se da que también se viene produciendo desde 1999 y la disminución de la competencia extrajudicial (por ejemplo, litigios que son resueltos después de los recursos que surtieron de 1997 a 1999). Cabe mencionar también que las resoluciones de las operaciones de concentración están aumentando sobre buena parte de los expedientes de la Administración.

En la tabla de abajo se ha reflejado de cada asunto, el número de expedientes de la Competencia en la provincia de Murcia correspondiente al año 2000. Los datos de esta especie se reflejan en la columna a las personas de Ley de Transparencia (Ley 17/99) y en el 20 por ciento de competencia en España (procedimientos de recursos de amparo) y en los tribunales por donde se han producido en los últimos años.

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 2001 se acentúa el descenso en el número de entrada de nuevos asuntos en el SDC, tendencia que se inició en el ejercicio 1998. De los 268 asuntos de 1997, que marcó el punto culminante, se ha pasado a 191, a 183, a 127 y a 122 expedientes, respectivamente, en los últimos cuatro años. Se regresa a las cotas de 1992-1993.

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 2001, el porcentaje de denuncias respecto del total de asuntos se mantiene sin apenas variación, oscilando entre más del 76 por ciento y menos del 80 por ciento, aproximadamente (cuadro 1b *infra*).

Paralelamente, se sigue registrando un descenso de los expedientes iniciados de oficio. Desde esta perspectiva, no se ha notado el incremento de facultades que la reforma de 1999 trajo consigo (véase Luis 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 van siendo digeridos los asuntos que entraron de 1997 a 1999. Cabe asimismo aventurar que las notificaciones de las operaciones de concentración están absorbiendo ahora buena parte de los recursos de la Administración.

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 2001. Los datos de este apartado se obtienen de la contribución a este *Anuario* de Luis DE GUINDOS JURADO, bajo el título «El control de concentraciones en España: evolución reciente y perspectivas de futuro», y de los datos facilitados por Eduardo PRIETO KESSLER, colaborador también de este *Anuario*.

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
2001	119	95	1	26	122

En el cuadro que sigue se puede apreciar respecto a los últimos siete 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
2001	77,9	0,8	21,3

B. SALIDA DE EXPEDIENTES

El número de expedientes que ha concluido el SDC en el año 2001 ha descendido todavía más respecto de los tres años anteriores, pasando a 119 en lugar de los algo más de 200 del año 1998 (*infra* cuadro 1c). Por lo tanto, se ha producido una sensible reducción del saldo, que ha bajado a niveles que no se conocían desde principios de la década de los noventa 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)

<i>Año</i>	<i>AR.</i>	<i>AC.</i>	<i>SOB.</i>	<i>TDC</i>	<i>Total</i>
1989	6	6	17	19	48
1990	26	6	5	52	89
1991	17	12	8	27	64
1992	39	20	21	31	111
1993	58	15	30	39	142
1994	59	2	19	68	148
1995	55	5	16	63	139
1996	79	13	24	66	182
1997	95	15	19	67	196
1998	119	10	30	53	212
1999	111	9	26	60	206
2000	82	6	27	51	166
2001	53	4	16	46	119

A continuación, igual como se ha hecho con la entrada de expedientes, se presenta un cuadro donde se puede apreciar en los últimos siete años la labor del SDC desde una perspectiva porcentual. Como puede observarse, se mantienen en el año 2001 las proporciones básicas de 2000 y acaso el dato a destacar sea el relativo aumento de los expedientes enviados al TDC en detrimento de los sobreseimientos.

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
2001	44,5	3,4	13,4	38,7

II. CONCENTRACIONES

El número de operaciones de concentración de empresas notificadas voluntariamente ha disminuido en 2001, rompiéndose la tendencia alcista de los dos años anteriores, tras el tirón en 1999, año 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, 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	6	8
1996	23	0	2	27
1997	19	0	7	26
1998	31	0	5	24
1999	51	0	15	31
2000	93	—	12	—
2001	76	—	6	—

Se indica junto al número de notificaciones (NOT) los datos cuantitativos sobre autorizaciones tácitas (AT), remisiones al TDC (RTDC) u otras competencia 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		
		AT	Otras	RTDC	Op	NoOp	C
1999 (desde 1 mayo)	51	35	1	15	1	6	5
2000	93	81	1: Las partes desisten de la operación	12	2	4	4
2001	76	68	2: Las partes desisten de la operación	6	1	3	2

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA *

1. MARCO GENERAL DE LA ACTIVIDAD DEL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

En el año 2001 se ha producido un importante descenso en el número absoluto de resoluciones dictadas por el TDC. En concreto, el TDC ha dictado 82 resoluciones, esto es, la cifra más baja desde 1996.

Este descenso es uniforme en el sentido de que se verifica en todo tipo de decisiones. No obstante, cabe destacar la importante disminución de autorizaciones singulares (21 en 2001), que por primera vez son superadas por los expedientes sancionadores (24 en 2001).

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; 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
2001	24	1	21	26	10	—	82

En función del porcentaje los distintos tipos de resoluciones son los siguientes:

* En este Anuario 2001 se han incluido las informaciones disponibles en el servidor telemático del Tribunal de Defensa de la Competencia (<http://mineco.es/tdc/tdcres.htm>). En la fecha de entrega a imprenta del Anuario todavía no se habían publicado todas las resoluciones adoptadas en el año 2001 en el Boletín Oficial del Ministerio de Economía.

<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
2001	29,27	1,22	25,60	31,71	12,20

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
2001	29,27	1,22	25,60	31,71	12,20	—

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>
05-01-01	1506	482/00	Gas Natural Castilla y León	E.S.
11-01-01	1507	483/00	Colegio Gestores Administrativos Galicia	E.S.
12-01-01	1508	332/93	Distribución selectiva de relojes Breitling (Mod.)	A.S.
18-01-01	1509	478/99	Abogados Cádiz	E.S.
18-01-01	1510	500/00	Uniprex/Agedi	E.S.
22-01-01	1511	480/99	Abogados Jerez	E.S.
22-01-01	1512	484/00	Prensa Córdoba	E.S.

<i>Fecha</i>	<i>Núm.</i>	<i>Exped.</i>	<i>Referencia</i>	<i>Materia</i>
23-01-01	1513	r431/00	Promoción Inmobiliaria Reus	R.A.A.
24-01-01	1514	r454/00	v, Uniprex/Agedi	R.A.A.
01-02-01	1515	A160/95	Morosos Agencias Publicidad	A.S.
09-02-01	1516	R448/00	Prensa Sevilla	R.S.E.
12-02-01	1517	r439/00	v, Autoescuelas Provincia de Madrid	R.A.A.
12-02-01	1518	r470/01	Ambulancias Asturias	R.A.A.
12-02-01	1519	R437/00	Laboratorios Farmacéuticos	R.S.E.
13-02-01	1520	A242/98	ACOMAT	A.S.
02-03-01	1521	r409/00	Seguridad Marítima	R.A.A.
09-03-01	1522	485/00	Agentes Propiedad Murcia	E.S.
12-03-01	1523	R446/00	Protésicos/Odontólogos	R.S.E.
13-03-01	1524	r436/00	Hospital La Princesa/Funerarias	R.A.A.
16-03-01	1525	R461/00	Cementerio La Paz	R.S.E.
21-03-01	1526	r445/00	Arquitectos Vasco-Navarros	R.A.A.
02-04-01	1527	r417/00	Correos	R.A.A.
03-04-01	1528	r435/00	Propiedad Inmobiliaria Toledo	R.A.A.
18-04-01	1529	487/00	Radio Fórmula	E.S.
23-04-01	1530	A281/00	Distribución Selectiva Azzaro	A.S.
24-04-01	1531	489/00	MOB/Telefónica Móviles	E.S.
27-04-01	1532	r447/00	Piñas Andalucía	R.A.A.
18-05-01	1533	r459/00	v, Cooperación Interbancaria	R.A.A.
21-05-01	1534	491/00	Reciclado Vidrio	E.S.
24-05-01	1535	A270/99	AFOGASCA	A.S.
24-05-01	1536	r443/00	Alarmas Andalucía	R.A.A.
25-05-01	1537	A291/01	MOROSOS ASEMAC	A.S.
28-05-01	1538	r425/00	FERIARTE	R.A.A.
30-05-01	1539	493/00	CEPSA	E.S.
31-05-01	1540	R455/00	Transportes Pamplona	R.S.E.
31-05-01	1541	r463/00	v, Alquilercontadores	R.A.A.
13-06-01	1542	494/00	Transportes Ría de Vigo	E.S.
14-06-01	1543	A173/96	Morosos Fabricantes Agroquímicos	A.S.
18-06-01	1544	R434/00	Farmacias Madrid	R.S.E.
20-06-01	1545	495/00	Velatorios Madrid	E.S.
20-06-01	1546	A163/96	Morosos Óptica	A.S.
21-06-01	1547	488/00	REPSOL	E.S.
25-06-01	1548	497/00	Seguros Médicos Ciudad Real	E.S.
02-07-01	1549	A172/96	Morosos Comercio Químico	A.S.

<i>Fecha</i>	<i>Núm.</i>	<i>Exped.</i>	<i>Referencia</i>	<i>Materia</i>
02-07-01	1550	A177/96	Distribución Exclusiva La Casera	A.S.
04-07-01	1551	496/00	Operadores Aeroportuarios	E.S.
06-07-01	1552	A239/98	Asnef-Equifax (Auto)	A.S.
09-07-01	1553	A287/00	Sistema Euro 6000 CECA	A.S.
11-07-01	1554	490/00	Repsol	E.S.
16-07-01	1555	A265/99	Distribución selectiva Christian Dior	A.S.
16-07-01	1556	r449/00	Sindicato Manos Limpias/ASEPEYO	R.A.A.
19-07-01	1557	A170/96	MOROSOS ASEFOSAM	A.S.
20-07-01	1558	A293/01	Pool Ferroviario	A.S.
27-07-01	1559	R462/00	Publicidad Radios Sevilla	R.S.E.
30-07-01	1560	A111/95	Morosos Marmolistas Valencia	A.S.
30-07-01	1561	r479/01	v, Compañías Petroleras	R.A.A.
10-09-01	1562	499/00	IMT/REPSOL	E.S.
10-09-01	1563	501/00	Cepsa 2	E.S.
14-09-01	1564	A286/00	LancasterGroup de España, S. A.	A.S.
18-09-01	1565	A300/01	Banca electrónica Uno-E. Com	A.S.
24-09-01	1566	R441/00	Codorniu/Freixenet	R.S.E.
01-10-01	1567	r442/00	Transmediterránea/Camorit	R.A.A.
05-10-01	1568	R433/00	Storage	R.S.E.
08-10-01	1569	r460/00	Experian Bureau	R.A.A.
08-10-01	1570	r475/01	Manufacturas Acero	R.A.A.
09-10-01	1571	502/00	Funerarias Madrid 3	E.S.
10-10-01	1572	r491/01	v, 3M/SIGESA	R.A.A.
11-10-01	1573	504/00	Abogados Madrid	E.S.
11-10-01	1574	r452/00	Atención Primaria Mallorca	R.A.A.
24-10-01	1575	503/00	Feriantes Huesca	E.S.
24-10-01	1576	A192/96	Garajes Barcelona	A.S.
26-10-01	1577	A301/01	Franquicia Open English	A.S.
29-10-01	1578	r456/00	Muebles Vanguardia	R.A.A.
30-10-01	1579	r471/01	Cofares/Organon	R.A.A.
31-10-01	1580	r482/01	Farmacéuticos Almería	R.A.A.
21-11-01	1581	A174/96	Morosos Empresas Carpintería	A.S.
21-11-01	1582	r467/01	Cajamadrid/Ausbanc	R.A.A.
26-11-01	1583	r477/01	Centros Deportivos Almazora	R.A.A.
03-12-01	1584	507/00	Cirugía Plástica Aragón	E.S.
05-12-01	1585	R488/01	Laboratorios Farmacéuticos	R.S.E.
14-12-01	1586	MC33/01	Iasist, 3M, SIGESA	M.C.
19-12-01	1587	506/00	Transporte Mercancía Vizcaya	E.S.

2. PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA

A. EXPEDIENTES SANCIONADORES

El número de expedientes sancionadores que ha resuelto el TDC en el año 2001 se ha mantenido muy cercano al de 2000, con un leve descenso, pues se han resuelto 24 frente a los 29 del año anterior. Debe, por tanto, señalarse una tendencia a la disminución progresiva del número de expedientes (en el año 1999 se resolvieron 35 expedientes).

Todos los expedientes sancionadores instruidos en el año 2001 han desembocado en resoluciones finales, no habiéndose emitido ninguna resolución incidental (en el año 2000 el TDC adoptó tres resoluciones incidentales).

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 art. 10.1 LDC; y la multa impuesta en aplicación del art. 10.3 LDC. Cabe señalar que en este año se ha producido un desistimiento, concretamente, en el expediente 500/2000.

<i>Fecha</i>	<i>Exped.</i>	<i>Conducta</i>	<i>Dec.</i>	<i>Multa 10.1 LDC</i>	<i>Multa 10.3 LDC</i>
05-01-01	482/00 Denuncia	Art. 1. Fijación de precios y reparto de mercado. Art. 6. Abuso de posición de dominio en el reparto geográfico de mercado a través de la presencia monopolística en un mercado conexo.	E.	14.000.000 ptas. 15.000.000 ptas.	
11-01-01	483/00 Denuncia	Art. 1. Actos encaminados a limitar la actividad profesional de los colegiados.	E.	5.000.000 ptas.	
18-01-01	478/99 Denuncia	Art. 1. Exigir el requisito de habilitación a los abogados de otros colegios provinciales.	E.	2.000.000 ptas.	
18-01-01	500/00 Denuncia	Art. 6. Abuso de posición de dominio consistente en la imposición de un contrato-tipo en el que se establece un sistema de remuneración con condiciones desiguales para prestaciones equivalentes.	D.		

<i>Fecha</i>	<i>Exped.</i>	<i>Conducta</i>	<i>Dec.</i>	<i>Multa 10.1 LDC</i>	<i>Multa 10.3 LDC</i>
22-01-01	480/99 Denuncia	Art. 1. Exigir el requisito de habilitación y pago de tasas a los abogados de otros colegios provinciales.	E.	800.000 ptas.	
22-01-01	484/00 Denuncia	Art. 1. Creación y puesta en marcha de un Índice de Morosos de las agencias de publicidad y medios de comunicación pertenecientes a la Asociación sin estar autorizado.	E.	48.080,96 €	
09-03-01	485/00 Denuncia	Art. 7. Publicación y difusión de manifestaciones denigratorias para los operadores que no son Agentes de la Propiedad Inmobiliaria, perturbando gravemente la estructura del mercado y obstaculizando la existencia de una competencia suficiente.	E.	1.000.000 ptas.	
18-04-01	487/00 Denuncia	Art. 1. Celebración de un pacto entre el Grupo PRISA y el Grupo GODÓ para el control de Antena 3 de Radio, S. A.	E.	No sanción administrativa	
24-04-01	489/00 De oficio	Art. 6. Abuso de posición de dominio consistentes en la elaboración de listas negras imponiendo sin justificación a diversas empresas mayoristas la negativa a vender a determinados distribuidores.	E.	50.000.000 ptas.	
21-05-01	491/00 Denuncia	Art. 1. Acuerdos y recomendaciones tendentes a la fijación de precios, al reparto de mercados y a la expulsión del mercado de operadores no asociados.	E.	25.000.000 ptas.	
30-05-01	493/00 Denuncia	Art. 1. Realización de prácticas anticompetitivas en el ámbito de la distribución exclusiva de productos petrolíferos.	E.	200.000.000 ptas.	
20-06-01	495/00 Denuncia	Art. 6. Abuso de posición de dominio consistentes en denegar la contratación del servicio de tanatorio a las empresas funerarias legalmente constituidas en Madrid.	N.E.		
13-06-01	494/00 Denuncia	Art. 6. Abuso de posición de dominio consistente en la imposición de precios no equitativos.	E.	15.000 ptas.	

<i>Fecha</i>	<i>Exped.</i>	<i>Conducta</i>	<i>Dec.</i>	<i>Multa 10.1 LDC</i>	<i>Multa 10.3 LDC</i>
21-06-01	488/00 Denuncia	Art. 1. LDC Art. 85 TCE. Diversas conductas que no respetan las relaciones de distribución exclusiva.	N.E.		
25-06-01	497/00 De oficio	Art. 6. Conducta restrictiva de la competencia consistente en obstaculizar el acceso al mercado de nuevos competidores al exigir la exclusividad de los miembros de su cuadro médico.	E.	90.151,82 €	
4-07-01	496/00 De oficio	Arts. 1. y 6. Perseguir la repercusión uniforme y simultánea de la tasa de utilización del dominio público aeroportuario en las operaciones de carga y descarga de mercancías (tasa E-2), con el objeto de restringir la competencia en el mercado del transporte aéreo de mercancías para la exportación desde el Aeropuerto de Madrid-Barajas.	E.	72.121,45 €	
11-07-01	490/00 Denuncia	Art. 1.1. Vulnerar las normas que prohíben la fijación de precios y limitan la duración máxima de los contratos de suministro.	E.	3.005.060,52 €	
10-09-01	499/00 Denuncia	Art. 1. Realización de acuerdos colusorios tales como unificación de tarifas y homologación de ciertas empresas consignatarias, con la finalidad de impedir la actuación en sus muelles de los consignatarios no homologados.	E.	50.000.000 ptas.	
10-09-01	501/00 Denuncia	Art. 1. Realización de prácticas anticompetitivas en el ámbito de la distribución exclusiva de productos petrolíferos.	N.E.	No es exigible responsabilidad en este expediente, al concurrir una identidad sustancial entre éste y el tramitado por este Tribunal con el núm. 493/00 y que se sancionó el 30-05-01	
9-10-01	502/00 Denuncia	Art. 6. Abuso de posición de dominio por la discriminación a los familiares de los fallecidos a la hora de contratar los servicios de cementerio y los servicios de reducción de restos cuando éstos provienen de las empresas funerarias privadas.	E.	12.000.000 ptas.	

Fecha	Exped.	Conducta	Dec.	Multa 10.1 LDC	Multa 10.3 LDC
11-10-01	504/00 Denuncia	Art. 1. Limitar el derecho a la publicidad de los abogados del Colegio de Madrid.	E.	119.997,6 €	
24-10-01	503/00 Denuncia	Arts. 1 y 7. Recomendar la no asistencia de los feriantes a la Feria de Huesca de agosto de 1998, así como publicar anuncios denigratorios contra la adjudicataria.	E.	300.000 ptas. 300.000 ptas. 300.000 ptas.	
3-12-01	507/00 Denuncia	Art. 7. Práctica de supuestos actos de denigración y de comparación contra otros médicos y cirujanos.	N.E.		
19-12-01	506/00 Denuncia	Arts. 1 y 6. Concertación de tarifas y prácticas comerciales relativas a operaciones relacionadas con el transporte de contenedores por camión y con destino u origen en el puerto de Bilbao.		300.506 € 3.005,06 € 16.828 € 300.506 € 27.646 € 300.506 € 13.222 € 300.506 €	

El análisis de estas resoluciones de expedientes sancionadores puede sintetizarse en las siguientes consideraciones:

Como en el año anterior, 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 19 expedientes derivan de una denuncia, mientras que únicamente cuatro encuentran su origen en la acción de la Administración Pública (en el último de los expedientes reseñados no disponemos de este dato). Nos remitimos a las consideraciones efectuadas en este mismo apartado en el *Anuario* de 1999, señalando, no obstante, que no se puede afirmar que la entrada en vigor de la reforma operada por Ley 52/1999, de 28 de diciembre, haya incidido en una tendencia al equilibrio entre estas dos cifras.

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 2001, de un total de 23 resoluciones se considera en tres que no existe acreditación, y en una se aprecia concurrencia de expedientes.

En cuanto a las multas, cabe señalar la notable disminución de su cuantía respecto a los ejercicios anteriores. Esta tendencia puede verse con suma claridad en el cuadro que sigue y se confirma introduciendo el dato del número de expedientes resueltos:

<i>Año</i>	<i>Multa 10.1 LDC</i>	<i>Multa 10.3 LDC</i>	<i>Total</i>
1996	314.725.000 ptas.	10.350.000 ptas.	325.075.000 ptas.
1997	1.765.207.080 ptas.		1.765.207.080 ptas.
1998	353.620.000 ptas.		353.620.000 ptas.
1999	3.400.662.000 ptas. + 210.000 €	400.000 ptas	3.401.062.000 ptas. + 210.000 €
2000	2.759.200.000 ptas.		2.759.200.000 ptas.
2001	375.715.000 ptas. + 4.598.137,41 €		375.715.000 ptas. + 4.598.137,41 €

B. MEDIDAS CAUTELARES

El año 2001 confirma también la estabilización en este capítulo. En el año 2001, como en el año 1999, sólo se ha resuelto un expediente, frente a los dos casos de 2000.

El cuadro siguiente refleja estas resoluciones con su fecha; su número de expediente; el sector material en que se localiza el conflicto; la decisión del TDC; y, en su caso, la fianza exigida.

<i>Fecha</i>	<i>Exped.</i>	<i>Sector</i>	<i>Decisión</i>	<i>Fianza</i>
14-12-01	MC33/01	Software de información sanitaria	Adopción de medidas cautelares. Ordenar el suministro en condiciones no discriminatorias para poder suministrarlo directamente a sus clientes, así como toda la información relativa a precios y condiciones de suministro para cada período de referencia.	

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 2001 con los 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	
2001	9	9	2	

Es patente la disminución del número de expedientes resueltos concernientes a autorizaciones singulares.

a) *Resolución final sobre primera solicitud*

El TDC ha dictado, en el año 2001, nueve 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>
13-02-01	A242/98	Registro de incidencias comerciales y de impagos.	Caducidad del expediente y archivo de actuaciones.	
23-04-01	A281/00	Contrato-tipo de distribución selectiva de productos de perfumería fabricados por Parfums Loris Azzaro.	Autorización.	5 años
24-05-01	A270/99	Registro de morosos.	Autorización.	5 años
25-05-01	A294/01	Registro de morosos.	Autorización.	5 años
14-06-01	A287/00	Sistema de fijación de tasas de intercambio entre las entidades de crédito que forman parte del Sistema Euro 6000 en las operaciones de pago mediante tarjeta.	Autorización.	5 años

<i>Fecha</i>	<i>Exped.</i>	<i>Conducta</i>	<i>Decisión</i>	<i>Límite temporal</i>
20-07-01	A293/01	Constitución de una Agrupación de Interés Económico entre SEMAT, TRANSFESA y RENFE con el fin de explotar en común sus respectivos parques de vagones y plataformas porta-automóviles para el transporte de vehículos en la península Ibérica.	Autorización.	Tiempo solicitado.
14-09-01	A286/00	Contrato-tipo de distribución selectiva para los productos de la marca Lancaster.	Autorización.	5 años
18-09-01	A300/01	Acuerdo de cooperación relativo al desarrollo conjunto entre el BBVA y TERRA de un proyecto de banca electrónica por Internet denominado UNO E. COM.	No aplicación de la LDC.	
26-10-01	A301/01	Modelo de contrato de franquicia.	No lo requiere por estar ya autorizado.	

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 cinco años de duración.

El gráfico siguiente permite apreciar el distinto contenido de estas resoluciones en comparación con los cuatro años anteriores. Los datos del año 2001 confirman la tendencia a la baja de los expedientes resueltos, destacando otro nuevo descenso de las autorizaciones singulares. En el gráfico se distingue entre: otorgamiento de la autorización (AUT.); de no autorización (N. AUT.); de desistimiento 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	
2001	6		1	2	

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	
2001	66,67		11,11	22,22	

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 2001, nueve 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>
01-02-01	A160/95	Registro de morosos.	Prórroga.	5 años
14-06-01	A173/96	Registro de morosos.	Prórroga.	5 años
20-06-01	A163/96	Registro de morosos.	Prórroga.	5 años
02-07-01	A172/96	Registro de morosos.	Prórroga.	5 años
02-07-01	A177/96	Contrato-tipo de franquicia industrial y distribución exclusiva.	Prórroga.	5 años
19-07-01	A170/96	Registro de morosos con modificación.	Renovación.	5 años
30-07-01	A111/95	Registro de morosos.	Prórroga.	5 años
24-10-01	A192/96	Registro de morosos.	Prórroga.	5 años
21-11-01	A174/96	Registro de morosos.	Renovación.	5 años

c) *Modificación de autorizaciones anteriormente otorgadas*

<i>Fecha</i>	<i>Exped.</i>	<i>Conducta</i>	<i>Decisión</i>	<i>Límite temporal</i>
12-01-01	332/93	Contrato-tipo de distribución selectiva de relojes deportivos marca Breitling. Extensión del servicio de postventa a todos los productos de la marca, definición de las responsabilidades de cada uno de los escalones de la cadena de distribución y normas de utilización de Internet en la publicidad de los productos de marca Breitling.	Autorización.	5 años
16-07-01	A265/99	Contrato-tipo de distribución selectiva de productos de la marca Christian Dior. Establecer el canal Internet.	Autorización.	No detalla

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 (R.A.A. + R.S.E.) siguen siendo proporcionalmente las más numerosas, si bien dicha proporción, que había venido aumentando hasta 1998, parece tender a disminuir desde 1999, confirmando esta tendencia en 2001.

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

Las resoluciones de recursos contra el archivo de actuaciones son 26 en el ejercicio 2001 y son todas ellas resoluciones finales. 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>
23-01-01	r431/00	Prácticas restrictivas de la competencia incursas en las prohibiciones del art. 7 LDC consistentes en la comisión de diversos actos desleales constitutivos de una estrategia destinada a expulsar del mercado a la denunciante.	Desestimación.
24-01-01	r454/00	Abuso de posición de dominio por la imposición de un contrato-tipo en el que se aplica una remuneración no equitativa por el uso de fonogramas.	Desistimiento.
12-02-01	r439/00	Declaración de confidencialidad de determinados datos remitidos en respuesta al cuestionario de solicitud de información requerido por el Servicio en el expediente sancionador que se sigue contra diversas autoescuelas de la provincia de Madrid.	Estimación.
12-02-01	r470/01	Explotación, en régimen de monopolio, del transporte sanitario del Insalud en el Principado de Asturias.	Rechazar por ex-temporáneo. Desestimación.
02-02-01	r409/00	Realización de actividades de limpieza de aguas marítimas y lucha contra la contaminación del medio marino, sin tener competencias para ello.	Desestimación.
13-03-01	r436/00	Acaparamiento del mercado de los servicios funerarios originados en el Hospital y la exclusión del resto de competidores, mediante la convocatoria, celebración, adjudicación y posterior explotación de un punto de información.	Desestimación.
21-03-01	r445/00	Imposición en la convocatoria de un concurso público de una lista cerrada de arquitectos para la firma de los proyectos correspondientes.	Desestimación.
02-04-01	r417/00	Realización de una campaña de prensa con falsas imputaciones contra el denunciante IFCC, así como dirigirse a servicios postales extranjeros calificando de ilegal la actividad de IFCC y retener la correspondencia depositada por error en los buzones de la red pública por los clientes de IFCC.	Estimación.
03-04-01	r435/00	Realización de campañas de prensa con contenidos falsos o denigratorios para los operadores que no ostentan el título de agente de la propiedad inmobiliaria.	Desestimación.
27-04-01	r447/00	Otorgamiento de licencia para el aprovechamiento y posterior venta de las piñas procedentes de los montes públicos, sin sujeción a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.	Desestimación.

<i>Fecha</i>	<i>Exped.</i>	<i>Conducta</i>	<i>Decisión</i>
18-05-01	r459/00	Recurso al acuerdo de no acceder a la solicitud de INCRESA de personación como parte interesada en el expediente 2199/00 del Servicio, de renovación de autorización singular concedida al Centro de Cooperación Interbancaria para un Registro de Aceptaciones Impagadas.	Estimación.
24-05-01	r443/00	Realización de ofertas comerciales tendentes a eliminar a los competidores.	Desestimación.
28-05-01	r425/00	Control de la admisión de participantes a las ferias por estar integrados en distintos órganos de la dirección.	Desestimación.
31-05-01	r463/00	Negativa del servicio a considerarle parte interesada en el expediente 2132/00 incoado por denuncia suya contra diversas empresas y el Ministerio de Industria y Energía por comisión, colaboración o encubrimiento de restricciones a la libre competencia y estafa en el precio de alquiler de los contadores.	Desestimación.
16-07-01	r449/00	Remisión de publicidad acompañando a la nómina de los funcionarios y trabajadores del Ayuntamiento de Madrid.	Estimación.
30-07-01	r479/01	Solicitud de inaplicabilidad de la ampliación del plazo máximo de instrucción del expediente sancionador y acuerde el desistimiento.	Estimación. Admitir el desistimiento.
01-10-01	r442/00	Acuerdos colectivos entre las navieras sobre fijación de precios.	Estimación.
8-10-01	r460/00	Operación de un Registro de solvencia patrimonial y de crédito sin autorización para ello.	Desestimación.
8-10-01	r475/01	Negativa de suministro injustificada.	Estimación.
10-10-01	r491/01	Declaración de incompetencia del Servicio para realizar la propuesta al TDC de medidas cautelares solicitada por IASIST, S. A.	Desestimación. Iniciar de oficio expediente de MC.
11-10-01	r452/00	Impulsar directamente la prescripción de unos determinados fármacos, estableciendo un incentivo específico para los médicos.	Desestimación.
29-10-01	r456/00	Restricciones a la entrada en el mercado de la Iluminación Decorativa Contemporánea y del Mueble de Vanguardia, así como limitaciones y control de la distribución de productos en este mercado.	Desestimación.
30-10-01	r471/01	Abuso de posición de dominio en el mercado mediante una negativa injustificada de suministro de BOLTIN siendo el único fabricante y propietario en el mundo del principio activo TIBOLONA.	Estimación.

<i>Fecha</i>	<i>Exped.</i>	<i>Conducta</i>	<i>Decisión</i>
31-10-01	r482/01	Abuso de posición de dominio por prácticas colusorias de concertación y fijación de precios.	Desestimación.
21-11-01	r467/01	Subordinación de la concesión de los préstamos hipotecarios a la suscripción de una póliza de seguro de vida o amortización de crédito con una entidad aseguradora perteneciente a su mismo grupo empresarial y en la que el beneficiario de dicho seguro es la entidad prestamista.	Desestimación.
26-11-01	r477/01	Ofrecer cursos de aerobio en instalaciones públicas a precios supuestamente predatorios instrumentados mediante tasas y en horario idéntico al practicado por el único centro deportivo privado del mismo municipio.	Estimación.

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	
2001	16	9		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	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	
2001	61,54	34,61		3,85

En un porcentaje más elevado todavía que en ejercicios anteriores, el TDC desestima el recurso y mantiene el mismo criterio que el SDC.

B. RECURSOS CONTRA EL SOBRESEIMIENTO DE EXPEDIENTES

En el año 2001, con 10 resoluciones, se disminuye la cifra de 2000 (ese año fueron 12), superando, no obstante, la estadística de 1999 (fueron 8).

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>
09-02-01	R448/00	Supuesta concertación con los vendedores de prensa de Sevilla para que rechazaran el suministro del fondo editorial de la denunciante.	Desestimación.
12-02-01	R437/00	Negativa injustificada de suministro de determinadas especialidades farmacéuticas.	Desestimación.
12-03-01	R446/00	Remisión de circulares a los colegiados en las que se recomienda no facilitar los datos fiscales de los pacientes a los laboratorios que fabrican las prótesis dentales, de manera que éstas no puedan ser facturadas directamente a los mismos.	Desestimación.
16-03-01	R461/00 411/00	Sistemática negativa a prestar servicios de velación en el tanatorio propiedad de la denunciada.	Desistimiento.
31-05-01	R455/00	Acuerdo mediante el cual se concedía a Caja Navarra y Caja Pamplona el privilegio consistente en que la tarjeta monedero de la que ambas eran emisoras exclusivas en Pamplona (Euro 6000) fuera la única utilizable por los usuarios del transporte público de esta ciudad para acceder a las tarifas reducidas, excluyendo injustificadamente a las demás tarjetas.	Estimación parcial.
18-06-01	R434/00	Exclusión de la actividad habitual de suministro de medicamentos a determinadas residencias.	Desestimación.
27-07-01	R462/00	Existencia de acuerdos para bajar el descuento a las agencias de publicidad.	Desestimación.
24-09-01	R441/00	Elaboración de vino con variedad no autorizada, riego periódico de viñedos, posesión de parcelas con rendimiento de uva superior al límite permitido y con límites de densidad de plantación superior a las permitidas, imitación, erigirse en el primer elaborador del cava con menosprecio de los demás productores y ventas a precio irrisorio.	Desestimación.

<i>Fecha</i>	<i>Exped.</i>	<i>Conducta</i>	<i>Decisión</i>
05-10-01	R433/00	Abuso de posición dominante por la injustificada falta de suministro de piezas y recambios, así como cartas y anuncios con la finalidad de perjudicar a un competidor.	Estimación parcial en cuanto a lo primero y desestimación en cuanto a lo segundo.
05-12-01	R488/01	Negativa de suministro de determinadas especialidades farmacéuticas.	Desestimación.

En este caso, como sucedía con las resoluciones de recursos contra acuerdos de archivo, es esencial conocer la confirmación de la acción del SDC por parte del TDC o si existe un cierto grado de revisión. A continuación exponemos los datos de 2001 junto con los de los cuatro años anteriores, distinguiendo entre: no estimación del recurso (N. EST.); estimación del recurso (EST.); declaración de inadmisibilidad (INAD.), o desistimiento 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
2001	7	2		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
2001	70	20		10

Cabe advertir que sigue descendiendo el porcentaje de recursos estimados por el TDC.

4. CONCENTRACIONES

Se indican a continuación los ocho casos en que, durante el año 2001, el TDC ha emitido dictamen respecto de una operación de concentración.

<i>Exped.</i>	<i>Partes</i>	<i>Dictamen</i>
C60/00	Endesa/Iberdrola.	Con condiciones.
C61/00	Banco Herrero/Banco Sabadell	No oposición.
C62/00	Roca/Laufen.	No oposición.
C63/01	Nutreco/Agrovic.	Con condiciones.
C64/01	Pío Coronado/Cemetro.	Con condiciones.
C65/01	Kuraray/Clariant.	No oposición.
C66/01	Kuraray/Clariant.	No oposición.
C66/01	Iberdrola/Berrueza.	Oposición.
C67/01	Repsol/RACE.	No oposición.

En resumen:

	<i>Oposición</i>	<i>No oposición</i>	<i>No oposición con condiciones</i>	<i>Total</i>
2000	4	4	7	15
2001	1	4	3	8

<i>Exped.</i>	<i>Partes</i>	<i>Dictamen</i>
C60/00	Endesa/Iberdrola.	Con condiciones.
C61/00	Banco Herrero/Banco Sabadell	No oposición.
C62/00	Roca/Laufen.	No oposición.
C63/01	Nutreco/Agrovic.	Con condiciones.
C64/01	Pío Coronado/Cemetro.	Con condiciones.
C65/01	Kuraray/Clariant.	No oposición.
C66/01	Kuraray/Clariant.	No oposición.
C66/01	Iberdrola/Berrueza.	Oposición.
C67/01	Repsol/RACE.	No oposición.

AUDIENCIA NACIONAL

La Sección Sexta de la Audiencia Nacional, que conoce de los recursos contencioso-administrativos interpuestos contra las resoluciones del TDC, ha dictado 49 sentencias en 2001. Esta cifra supone una importante superación de las cifras de 1998 (31 sentencias), que sufrieron una caída espectacular en 1999 (18 sentencias) y se recuperaron en 2000 (33 sentencias).

Además, en 2001, la Audiencia Nacional ha dictado una sentencia de 19 de diciembre de 2001 que resuelve un recurso contra una Orden Ministerial en el que el recurrente invoca la violación del antiguo art. 92 del Tratado CEE. La Audiencia Nacional desestima el recurso, entendiendo que la Orden Ministerial impugnada no constituye una ayuda a empresas en el sentido de la citada disposición comunitaria.

A continuación se relacionan las sentencias relativas a los recursos contencioso-administrativos interpuestos contra las resoluciones del TDC con indicación de su fecha; la resolución del TDC objeto del recurso contencioso-administrativo; la materia central a la que se refieren; y si confirman o anulan la resolución del TDC:

<i>Fecha</i>	<i>Resolución TDC</i>	<i>Materia</i>	<i>Decisión</i>
24-01-01	23-03-98 Auto	Inadmisibilidad e impertinencia de la prueba propuesta.	Inadmisibilidad
05-02-01	16-02-98 Desestimación del recurso contra acuerdo del sdc de archivo	Supuestas prácticas abusivas de diversos Ayuntamientos que impiden efectuar el reparto de queso fresco que fabrica y que, previa petición, suministra a los consumidores.	Confirma Res. TDC
14-02-01	03-06-97 Expediente sancionador	Concertación para la aplicación de los mismos precios base e idénticas bonificaciones y penalizaciones por calidad de leche de vaca, realizadas con los ganaderos.	Confirma Res. TDC
14-02-01	03-06-1997 Expediente sancionador	Concertación para la aplicación de los mismos precios base e idénticas bonificaciones y penalizaciones por calidad de leche de vaca, realizadas con los ganaderos.	Confirma Res. TDC
14-02-01	03-06-1997 Expediente sancionador	Concertación para la aplicación de los mismos precios base e idénticas bonificaciones y penalizaciones por calidad de leche de vaca, realizadas con los ganaderos.	Confirma Res. TDC

<i>Fecha</i>	<i>Resolución TDC</i>	<i>Materia</i>	<i>Decisión</i>
21-02-01	03-06-97 Expediente sancionador	Concertación para la aplicación de los mismos precios base e idénticas bonificaciones y penalizaciones por calidad de leche de vaca, realizadas con los ganaderos.	Confirma Res. TDC
21-02-01	28-07-97 Expediente sancionador	Acuerdo de boicot para impedir la implantación en el mercado de un nuevo competidor.	Confirma Res. TDC
14-03-01	03-06-97 Expediente sancionador	Concertación para la aplicación de los mismos precios base e idénticas bonificaciones y penalizaciones por calidad de leche de vaca, realizadas con los ganaderos.	Confirma Res. TDC
19-03-01	03-06-98 Acuerdo de suspensión	Admitir a trámite el expediente 1603/97 del SDC y suspender la tramitación del expediente 432/98 del TDC por presuntas prácticas restrictivas de la competencia consistentes en la aprobación de un acuerdo <i>interline</i> aprovechado para un incremento simultáneo y una homogeneización de tarifas con abuso de posición de dominio colectiva.	Confirma Res. TDC
22-03-01	10-06-97 Expediente sancionador	Acuerdo de reparto de mercado del algodón bruto recolectado para desmotar mediante la fijación de coeficientes fijos para cada empresa. Acuerdo de pagar el algodón al precio mínimo oficial, obligándose a no pagar sobrepuestos, retornos. Se establecen penalizaciones por compras superiores a cada cupo. Creación de una mesa de seguimiento como órgano de control continuo del cumplimiento del acuerdo. Para asegurar el cumplimiento se exige la constitución de una garantía por cada empresa.	Confirma Res. TDC
28-03-01	28-07-98 Expediente sancionador	Publicación de diversos anuncios que incluyen manifestaciones falsas y susceptibles de inducir a error al público, al afirmar su exclusividad en la mediación inmobiliaria, así como denigrantes con el objetivo de eliminar del mercado a todos los operadores que no fuesen API y obstaculizando una competencia suficiente.	Confirma Res. TDC
30-03-01	19-05-97 Desestimación del recurso contra acuerdo del SDC de archivo	Denuncia contra las entidades de crédito de España por presunto acuerdo contra la libertad de mercado.	Confirma Res. TDC
04-04-01	08-01-98 Desestimación del recurso contra acuerdo del SDC de archivo	Distribución de carburantes. Operación de concentración cooperativa con el fin de integrar la práctica totalidad de los empresarios revendedores minoristas titulares de estaciones de servicio.	Confirma Res. TDC
06-04-01	03-06-97 Expediente sancionador	Concertación para la aplicación de los mismos precios base e idénticas bonificaciones y penalizaciones por calidad de leche de vaca, realizadas con los ganaderos.	Confirma Res. TDC
06-04-01	03-06-97 Expediente sancionador	Concertación para la aplicación de los mismos precios base e idénticas bonificaciones y penalizaciones por calidad de leche de vaca, realizadas con los ganaderos.	Confirma Res. TDC

<i>Fecha</i>	<i>Resolución TDC</i>	<i>Materia</i>	<i>Decisión</i>
10-04-01	03-06-97 Expediente sancionador	Concertación para la aplicación de los mismos precios base e idénticas bonificaciones y penalizaciones por calidad de leche de vaca, realizadas con los ganaderos.	Confirma Res. TDC
25-04-01	26-05-97 Inadmisión del recurso contra acuerdo del SDC de archivo 26-05-97 Adopción MC 30-07-97 Inc. MC. Multa coercitiva 04-02-98 Inc. MC. Multa coercitiva 22-12-97 Adopción MC 04-02-98 Inc. MC Imposición de multa coercitiva	Negativa de suministro en el sector de la distribución del tabaco.	Estima los recursos contra la resolución del TDC de 30-07-97 y 04-02-98 y confirma la Res. del TDC de 26-05-97 y 22-12-97
03-05-01	10-06-97 Expediente sancionador	Acuerdo de reparto de mercado del algodón bruto recolectado para desmotar mediante la fijación de coeficientes fijos para cada empresa. Acuerdo de pagar el algodón al precio mínimo oficial, obligándose a no pagar sobrepuestos, retornos. Se establecen penalizaciones por compras superiores a cada cupo. Creación de una mesa de seguimiento como órgano de control continuo del cumplimiento del acuerdo. Para asegurar el cumplimiento se exige la constitución de una garantía por cada empresa.	Confirma Res. TDC
11-05-01	20-10-98 Estimación del recurso contra acuerdo del SDC de archivo	Distribución de carburantes. Imposición de un contrato abusivo de venta en exclusiva; fijación de precios y de las condiciones comerciales; condiciones desiguales para prestaciones equivalentes.	Confirma Res. TDC
23-05-01	25-11-97 Desestimación del recurso contra acuerdo del SDC de sobreseimiento	Inclusión por Aenor en el proyecto de norma Une relativa a sistemas de impermeabilización de cubiertas de una membrana que supone un elevado encarecimiento del producto, limitando la libertad del usuario y consumidor para elegir fuentes de aprovisionamiento más económicas, vulnerando los arts. 1.1.b) de la LDC y 85.1 del Tratado de la Comunidad.	Confirma Res. TDC
08-06-01	10-11-98 Desestimación del recurso contra acuerdo del SDC de archivo	Concurso para la contratación de la dirección de obra de infraestructura del puerto deportivo de Zumaia, con indicación de que el director de la obra deberá ser un ingeniero de caminos, canales y puertos. Exclusión de la convocatoria de los ingenieros técnicos de obras públicas.	Confirma Res. TDC
19-06-01	10-06-97 Expediente sancionador	Art. 1.1.a) y c). Acuerdo de reparto de mercado del algodón bruto recolectado para desmotar mediante la fijación de coeficientes fijos para cada empresa. Acuerdo de pagar el algodón al precio mínimo oficial, obligándose a no pagar sobrepuestos, retornos. Se establecen penalizaciones por compras superiores a cada cupo. Creación de una mesa de seguimiento como órgano de control continuo del cumplimiento del acuerdo. Para asegurar el cumplimiento se exige la constitución de una garantía por cada empresa.	Confirma Res. TDC

<i>Fecha</i>	<i>Resolución TDC</i>	<i>Materia</i>	<i>Decisión</i>
19-06-01	15-07-98 Desestimación de adopción de MC	Abuso de posición de dominio mediante la fijación de tarifas excesivamente elevadas a los hoteles por concepto de la recepción de emisiones de televisión vía satélite en las habitaciones.	Confirma Res. TDC
22-06-01	03-06-97 Expediente sancionador	Concertación para la aplicación de los mismos precios base e idénticas bonificaciones y penalizaciones por calidad de leche de vaca, realizadas con los ganaderos.	Confirma Res. TDC
29-06-01	20-07-98 Desestimación del recurso contra acuerdo del SDC de archivo	Cesión gratuita por parte de distintos Ayuntamientos de suelo a una determinada empresa pública destinada a la construcción de viviendas sociales. Ayudas públicas.	Confirma parcialmente Res. TDC
10-07-01	16-01-98 Desestimación del recurso contra acuerdo del SDC de sobreseimiento	Abuso de posición de dominio en la distribución de explosivos.	Confirma Res. TDC
11-07-01	28-10-98 Expediente sancionador	Art. 6.1. Condicionar el otorgamiento de visado de la hoja de encargo profesional por parte del Colegio Oficial de Aparejadores y Arquitectos Técnicos de Mallorca a que se paguen, depositen o avalen los honorarios devengados por un profesional anterior.	Confirma Res. TDC
14-07-01	3-07-97 Expediente sancionador	Concertación para la aplicación de los mismos precios base e idénticas bonificaciones y penalizaciones por calidad de leche de vaca, realizadas con los ganaderos.	Confirma Res. TDC
18-07-01	03-07-97 Expediente sancionador	Concertación para la aplicación de los mismos precios base e idénticas bonificaciones y penalizaciones por calidad de leche de vaca, realizadas con los ganaderos.	Confirma Res. TDC
20-07-01	26-05-97 Desestimación del recurso contra acuerdo del SDC de archivo	Promoción y construcción de pabellones industriales por parte de una empresa de construcción y el Ayuntamiento de Zumaia.	Confirma Res. TDC
06-09-01	03-06-97 Expediente sancionador	Concertación para la aplicación de los mismos precios base e idénticas bonificaciones y penalizaciones por calidad de leche de vaca, realizadas con los ganaderos.	Confirma Res. TDC
14-09-01	18-12-98 Expediente sancionador	Presunto acuerdo para la fijación de precios en la obtención del permiso de conducir tipo B-1.	Confirma Res. TDC
26-09-01	30-03-98 Desestimación del recurso contra acuerdo del SDC de sobreseimiento	Ejecución de obras directamente por la Administración Pública en situación de ventaja y sin acudir a concursos públicos. Empresa Pública.	Confirma Res. TDC
26-09-01	23-12-97 Estimación del recurso contra acuerdo del SDC de archivo	Inclusión de Mob, S. A., en una lista negra de distribuidores de los servicios Moviline y Movistar.	Inadmisibilidad
03-10-01	23-12-97 Expediente sancionador	Abuso de posición dominante del art. 6.2.a) de la LDC consistente en la imposición de un canon a los marmolistas de Madrid por la realización de sus trabajos, de la que es responsable la Empresa Mixta de Servicios Funerarios de Madrid.	Confirma Res. TDC

<i>Fecha</i>	<i>Resolución TDC</i>	<i>Materia</i>	<i>Decisión</i>
31-10-01	08-05-98 Expediente sancionador	Publicación de un cuadro de precios de referencia y determinación de honorarios, en el que se establecen los criterios para calcular el presupuesto correspondiente a una edificación concreta, incluyendo un módulo establecido por el Colegio Oficial de Arquitectos de Asturias. Para obtención del visado es requisito el ajuste del presupuesto del proyecto a la aplicación de los módulos.	Confirma Res. TDC
02-11-01	16-02-99 Expediente sancionador 26-02-99 Inc./Aclaración	Abuso de posición de dominio en la venta de algunos tipos de cigarros Farias a precio inferior al de su coste de producción y comercialización. Precios predatorios.	Confirma Res. TDC
08-11-01	23-12-97 Expediente sancionador	Art. 1.1.b) y c) de la LDC. Acuerdos entre la Empresa de Servicios Funerarios de Madrid, S. A., y la Asociación de Empresas de Piedra y Mármol de Madrid para el control de la actividad de ornamentación de unidades de enterramiento en los cementerios del Municipio de Madrid y el reparto del mercado entre los miembros de dicha asociación, con expulsión de dicho mercado de quienes no fueran miembros de la misma, así como abuso de posición dominante del art. 6.2.a) de la LDC consistente en la imposición de un canon a los marmolistas de Madrid por la realización de sus trabajos, de la que es responsable la Empresa Mixta de Servicios Funerarios de Madrid.	Confirma parcialmente Res. TDC
12-11-01	29-07-99 Expediente sancionador	Art. 6. Obligación de los asociados de no prestar servicios que no hayan sido previamente aprobados por Fleurop-Interflora España, S. A., a no ejercer actividades que hagan la competencia a los servicios prestados por la red interflora, ni ejecutar las órdenes transmitidas por establecimientos no incorporados a la red.	Confirma parcialmente Res. TDC y rebaja la cuantía de la sanción.
14-11-01	03-06-97 Expediente sancionador	Concertación para la aplicación de los mismos precios base e idénticas bonificaciones y penalizaciones por calidad de leche de vaca, realizadas con los ganaderos.	Confirma Res. TDC
14-11-01	15-07-98 Desestimación adopción MC	Abuso de posición de dominio mediante la fijación de tarifas excesivamente elevadas a los hoteles por concepto de la recepción de emisiones de televisión vía satélite en las habitaciones.	Confirma Res. TDC
22-11-01	11-01-99 Expediente sancionador	Boicot mediante diversos actos a ASISA por parte del Colegio de Médicos de Sevilla.	Confirma Res. TDC
28-11-01	03-06-97 Expediente sancionador	Concertación para la aplicación de los mismos precios base e idénticas bonificaciones y penalizaciones por calidad de leche de vaca, realizadas con los ganaderos.	Confirma Res. TDC
28-11-01	03-11-99 Autorización singular	Autorización con duración de cinco años para la constitución por Asnef-Equifax de un Registro de Información de Crédito accesible para todas las entidades financieras referidas en el expediente administrativo, previo pago de una cuota, en condiciones no discriminatorias y siempre que dicho Registro no desvele información sobre la parte acreedora.	Anula Res. TDC

<i>Fecha</i>	<i>Resolución TDC</i>	<i>Materia</i>	<i>Decisión</i>
08-12-01	07-07-97 Denegación de autorización singular	Creación y funcionamiento de un fichero de servicios de información de crédito denominado «Asnef-Equifax Servicio de Información de Crédito».	Confirma Res. TDC
12-12-01	29-06-98 Desestimación del recurso contra acuerdo del sdc de archivo	Visado de proyecto profesional.	Confirma Res. TDC
14-12-01	10-06-97 Expediente sancionador	Art. 1.1.a) y c). Acuerdo de reparto de mercado del algodón bruto recolectado para desmotar mediante la fijación de coeficientes fijos para cada empresa. Acuerdo de pagar el algodón al precio mínimo oficial, obligándose a no pagar sobrepagos, retornos. Se establecen penalizaciones por compras superiores a cada cupo. Creación de una mesa de seguimiento como órgano de control continuo del cumplimiento del acuerdo. Para asegurar el cumplimiento se exige la constitución de una garantía por cada empresa.	Confirma Res. TDC
14-12-01	03-06-97 Expediente sancionador	Concertación para la aplicación de los mismos precios base e idénticas bonificaciones y penalizaciones por calidad de leche de vaca, realizadas con los ganaderos.	Confirma Res. TDC
19-12-01	23-06-98 Desestimación del recurso contra acuerdo del sdc de archivo	Denuncia contra la Dirección General de Patrimonio del Estado por la convocatoria de un concurso para la adquisición de ordenadores en que la normativa, por la vía de la exigencia técnica, sólo autorizaba a presentarse al concurso a los fabricantes de PC.	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. Este año, el incremento del número de sentencias ha supuesto un aumento de la importancia relativa de las sentencias que confirman la resolución dictada por el TDC, pues de las 49 sentencias 42 son confirmatorias. Las siete restantes se reparten en dos sentencias de inadmisibilidad del recurso, cuatro de estimación parcial y únicamente una que anula la resolución del TDC. Finalmente, cabe observar que únicamente en un caso de estimación parcial la Audiencia Nacional ha reducido el importe de las sanciones impuestas.

A continuación se detalla de forma esquemática el contenido de las sentencias, numéricamente y en porcentaje, con comparación respecto a los ejercicios anteriores:

	2001		2000		1999		1998	
	Núm.	%	Núm.	%	Núm.	%	Núm.	%
Confirma Res. TDC	42	85,7	22	66,7	16	89,0	25	80,6
Confirma parcialmente Res. TDC	4	8,2	6	18,2	1	5,5	1	3,2
Anula Res. TDC	1	2,0	5	15,1	—	—	4	12,9
Inadmisibilidad	2	4,1	—	—	1	5,5	1	3,2

Se debe recordar a continuación las decisiones del Tribunal Superior en las que se levo a cabo el ejercicio de la competencia. Si bien la mayoría de Sentencias han sido dictadas por la Sala de lo Contencioso-Administrativo en resolución de recursos interpuestos ante la Audiencia Nacional directed a un acto no susceptible de ser recurrido ante el Tribunal en la materia, cabe destacar el progreso sustancial de las acciones de la Sala de lo Civil. Además, esta sala también la Sala de lo Social del Tribunal Superior ha dictado una sentencia en la que se aplica el Derecho de la Competencia.

4. SENTENCIAS DICTADAS POR LA SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

Fecha	Resolución	Materia	Decisión
14/1/2001	Resolución de recurso de amparo interpuesto ante Tribunal Superior de Justicia de Cataluña	Procedimiento sancionatorio de la Administración Local en materia de gestión de residuos. Recurso de amparo interpuesto ante el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.	Procedimiento sancionatorio de la Administración Local.
14/1/2001	Resolución de recurso de amparo interpuesto ante Tribunal Superior de Justicia de Cataluña	Procedimiento sancionatorio de la Administración Local en materia de gestión de residuos. Recurso de amparo interpuesto ante el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.	Procedimiento sancionatorio de la Administración Local.
14/1/2001	Resolución de recurso de amparo interpuesto ante Tribunal Superior de Justicia de Cataluña	Procedimiento sancionatorio de la Administración Local en materia de gestión de residuos. Recurso de amparo interpuesto ante el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.	Procedimiento sancionatorio de la Administración Local.

TRIBUNAL SUPREMO

Se hacen constar a continuación las Sentencias del Tribunal Supremo en las que se invoca o aplica el Derecho de la competencia. Si bien la mayoría de Sentencias han sido dictadas por la Sala de lo Contencioso-Administrativo en resolución de recursos contra sentencias de la Audiencia Nacional dictadas a su vez en vía de recurso contra actos administrativos en la materia, cabe destacar el progresivo aumento de decisiones de la Sala de lo Civil. Además, este año también la Sala de lo Social del Tribunal Supremo ha dictado una sentencia en la que se invoca el Derecho de la Competencia.

1. SENTENCIAS DICTADAS POR LA SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

<i>Fecha</i>	<i>Resolución</i>	<i>Materia</i>	<i>Decisión</i>
Sentencia 31-1-2001	Recurso de casación contra Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía.	Recurso interpuesto por «Distribuidora Internacional de Alimentación» (DIA) sobre denegación de licencia de apertura de supermercado de alimentación. El recurrente alega la infracción, entre otras normas, de la Ley de Defensa de la Competencia.	Desestimación del recurso de casación.
Sentencia 31-1-2001	Recurso de casación contra Auto de la Audiencia Nacional.	Recurso interpuesto por «Lácteas del Jarama» contra auto de la Audiencia Nacional sobre suspensión del recurso contencioso-administrativo contra una resolución del TDC. El auto decreta la suspensión de la resolución del TDC en cuanto al pago de la multa pero no en cuanto a los demás extremos que resuelve.	Desestimación del recurso de casación.
Sentencia 5-2-2001	Recurso de casación contra Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.	Recurso interpuesto por «Expo-Congres» contra Sentencia del TSJ de Cataluña sobre ferias comerciales, siendo parte recurrida la Generalidad de Cataluña. El recurrente alega la infracción, entre otras normas, de la Ley de Defensa de la Competencia y el art. 85 rce. El voto particular analiza esta alegación, concluyendo su improcedencia.	Desestimación del recurso de casación.

<i>Fecha</i>	<i>Resolución</i>	<i>Materia</i>	<i>Decisión</i>
Sentencia 2-3-2001	Recurso contra el Real Decreto Legislativo 1/1996 de Propiedad intelectual.	Recurso interpuesto por la «Asociación Fonográfica y Videográfica española», siendo partes recurridas la Administración del Estado y diversas entidades de autores y artistas. En relación al derecho de prohibir la comunicación al público de los fonogramas por parte de las empresas productoras de éstos, el TS invoca la Resolución del TDC sobre explotación abusiva de posición de dominio en la gestión de los derechos de propiedad intelectual.	Estimación parcial del recurso declarando que el Gobierno se excedió en los límites de la delegación.
Sentencia 2-3-2001	Recurso de casación contra Auto de la Audiencia Nacional.	Recurso interpuesto por la Empresa Mixta de Servicios Funerarios de Madrid contra el auto de la Audiencia Nacional que decreta la suspensión de la resolución del TDC en cuanto al pago de la multa pero no en cuanto a los demás extremos que resuelve.	Desestimación del recurso de casación.
Sentencia 30-4-2001	Recurso de casación contra Sentencia de la Audiencia Nacional.	Recurso interpuesto por la Caixa d'Estalvis de Manresa y la Caixa d'Estalvis de Terrassa contra Sentencia de la Audiencia Nacional que confirma una resolución del TDC en la que se declaró acreditada una práctica restrictiva de la competencia consistente en la celebración de un acuerdo de mercados entre éstas y otras Cajas de Ahorro y se impuso una multa.	Desestimación del recurso de casación.
Sentencia 4-6-2001	Recurso de casación contra Sentencia de la Audiencia Nacional.	Recurso contra la Sentencia de la Audiencia Nacional que confirma una resolución del TDC en la que se acordó el archivo de las actuaciones originadas por la denuncia presentada por diversas editoriales jurídicas y algunos miembros de la Magistratura y de los servicios secretariales del TS.	Desestimación del recurso de casación.
Auto 1-10-2001	Recurso de queja contra providencia de la Audiencia Nacional en que se acuerda que no procede resolver nuevamente sobre lo acordado en Auto anterior.	Mediante Resolución el TDC acuerda multar a Telefónica y publicar la sanción. Telefónica recurre ante la Audiencia solicitando suspensión de la sanción y la no publicación. La Audiencia resuelve mediante acto en el que deniega la suspensión pero ordena al TDC la no publicación. Telefónica recurre solicitando nuevamente la suspensión. Petición que vuelve a ser denegada por la Audiencia Nacional mediante providencia. Telefónica interpone recurso de queja.	Se declara sin contenido el recurso de queja.
Auto 15-10-2001	Recurso de casación contra Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Se discute la admisibilidad del recurso.	Recurso de casación contra Sentencia sobre modificación del Reglamento Metropolitano del Taxi. El «Sindicato de Taxistas Autónomos de Barcelona» interpone el recurso alegando la infracción, entre otras normas, de la Ley de Defensa de la Competencia. Pero el escrito no contiene ningún juicio de relevancia de ésta u otra norma reputada infringida.	Inadmisibilidad del recurso de casación.
Sentencia 18-12-2001	Recurso de casación contra Auto de la Audiencia Nacional decretando la suspensión de la Resolución del Pleno del TDC impugnada en el único extremo relativo a la multa.	Recurso interpuesto por Industrias Lácteas San Vicente, S. A., contra la resolución del TDC que, entendiéndose acreditada la realización por ella y otras cuarenta y ocho empresas de una práctica restrictiva de la competencia consistente en haberse concertado para aplicar los mismos precios base e idénticas bonificaciones y penalizaciones por calidad de leche en las compras de leche de vaca realizadas con los ganaderos.	Desestimación del recurso de casación y condena expresa en costas a la parte recurrente.

Además, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo ha dictado una Sentencia en relación con una operación de concentración.

<i>Fecha</i>	<i>Resolución</i>	<i>Materia</i>	<i>Decisión</i>
Auto 21-3-2001	Recurso contra Acuerdo del Consejo de Ministros.	Recurso contra el Acuerdo de Consejo de Ministros mediante el que se dejaba sin efecto la operación de concentración consistente en la fusión de Salcai y Utinsa. El recurrente solicita la suspensión del Acuerdo, pretensión que es resuelta de forma separada en el presente Auto.	Admisión de la suspensión de la ejecución del Consejo de Ministros.

2. SENTENCIAS DICTADAS POR LA SALA DE LO CIVIL

<i>Fecha</i>	<i>Resolución</i>	<i>Materia</i>	<i>Decisión</i>
Auto 16-10-2001	Interpuesto recurso de casación contra Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, el Ministerio Fiscal emitió dictamen contrario a la admisión del recurso.	Recurso de casación interpuesto por diversas empresas de transporte que alegan la infracción del art. 8 de la Ley de Defensa de la Competencia en lo referente a la doctrina del levantamiento del velo. Invocan que las actuaciones de la empresa Relodypaq son imputables a RENFE.	Inadmisibilidad del recurso de casación.
Auto 27-11-2001	Recurso de queja contra Auto de la Audiencia Provincial de Vizcaya en el que declara no haber lugar a recurso de casación.	El recurrente fundamenta el interés casacional en la Ley 7/1997 de Medidas Liberalizadoras en Materia de Suelo y de Colegios Profesionales que dispone el ejercicio de las profesiones liberales en régimen de libre competencia.	Estimación del recurso.
Auto 14-12-2001	Recurso de revisión contra Sentencia firme de la Audiencia Provincial de Madrid.	Recurso interpuesto por la sociedad Gueygar, S. L., por haberse obtenido, después de pronunciada la Sentencia, documentos decisivos de los que no pudo disponer la parte por causa de fuerza mayor. El documento en que pretende fundar la demanda consiste en una Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia dictada con posterioridad a la Sentencia recurrida.	Inadmisión a trámite de la revisión.
Sentencia 21-12-2001	Recursos de casación contra la Sentencia dictada en grado de apelación por la Audiencia Provincial de Cádiz como consecuencia del juicio sobre reclamación de cantidad.	El recurrente invoca, en el recurso de casación, las normas comunitaria y nacional de defensa de la competencia relativas a la duración máxima de los acuerdos de compra con pacto de exclusividad para limitar la indemnización que se le exige a resultas de la resolución unilateral de un contrato de suministro y distribución. El Tribunal Supremo considera que se trata del planteamiento improcedente de una cuestión nueva.	Desestimación de los recursos de casación interpuestos.

3. SENTENCIAS DICTADAS POR LA SALA DE LO SOCIAL

Fecha	Resolución	Materia	Decisión
Sentencia 16-7-2001	Recurso de casación contra Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.	Recurso interpuesto por la «Asociación de Empresarios Mayoristas de Frutas y Hortalizas del Mercado Central de Madrid» a resultas de un procedimiento sobre impugnación de convenio colectivo. Dicho convenio colectivo fue modificado por el Ayuntamiento de Madrid en ejecución de dictamen del TNC sobre la liberalización del comercio del plátano.	Desestimación del recurso.

COMISIÓN EUROPEA *

DECISIONES RELATIVAS A CONCENTRACIONES

A. NOTIFICACIONES RECIBIDAS

Se rompe la progresión constante sin inflexión que se constataba desde 1994. La disminución del número de notificaciones recibidas no es muy significativa (de 345 notificaciones en el año 2000 a 335 en el año 2001, esto es, una disminución del 3 por ciento), aunque habrá que esperar a las estadísticas futuras para interpretar este cambio de tendencia.

Año	1991	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001
Número de notificaciones recibidas	63	60	58	95	110	131	172	235	292	345	335

B. DECISIONES FINALES

La Comisión ha adoptado 340 decisiones finales en materia de concentraciones durante el año 2001. Esta cifra supone una leve disminución (345 en el año 2000), tras el importante incremento de año 2000 frente a la del ejercicio anterior (270 en el año 1999). Este cambio de tendencia coincide con la evolución de las estadísticas correspondientes a las notificaciones recibidas y, aquí también, habrá que esperar a qué pasa en el próximo año.

De las cifras que a continuación se muestran destaca 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 mantienen en las cifras mínimas, si bien en ligero aumento: 5 en el año 2001, frente a las 2 en el 2000.

* En este *Anuario 2001* no se han podido incluir las informaciones relativas a las Decisiones de aplicación de los arts. 81 y 82 TCE, así como a las decisiones relativas a ayudas públicas, por no haberse hecho públicas todavía por la Comisión europea en el servidor telemático de la DG de competencia (<http://europa.eu.int/comm/competition/>). Tampoco se había publicado el *XXXI Informe sobre la política de la competencia* en la fecha de elaboración del presente *Anuario*.

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	2001
6.1.a)	Fuera del ámbito de aplicación	5	9	4	5	9	6	4	6	1	1	1
6.1.b)	Compatible con el mercado común	47	43	49	78	90	109	118	207	236	293	299
6.1.b)	Compatible con el mercado común con condiciones	3	4	—	2	3	—	2	12	19	28	13
6.1.b)	Compatible con el mercado común y remisión parcial a los Estados miembros	—	1	—	1	—	—	6	3	1	4	6
9.3.b)	Remisión total a los Estados miembros	—	—	1	—	—	3	1	1	3	2	1
9.3.b)	Remisión parcial a los Estados miembros en la fase II	—	—	—	—	—	—	—	—	1	—	—
8.2	Compatible con el mercado común	1	1	1	2	2	1	1	2	—	3	5
8.2	Compatible con el mercado común con condiciones	3	3	2	2	3	3	7	5	8	12	10
8.3	Prohibiciones	1	—	—	1	2	3	1	2	1	2	5
8.4	Restablecer la competencia efectiva	—	—	—	—	—	—	2	—	—	—	—
	Total decisiones finales	60	61	57	91	109	125	142	238	270	345	340

C. NOTIFICACIONES RETIRADAS DURANTE SU TRAMITACIÓN

Año	1991	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001
Número de notificaciones retiradas	—	3	2	6	4	6	9	9	12	14	12

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 2001 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 la *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>
31-1-2001	Asuntos acumulados T-197/97 y T-198/97	Weyl Beef Products bv, Exportsls chterij Chris Hogeslag bv, Groninger Vleeshandel bv / Comisión europea	Art. 85, apartado 1, del Tratado CE (actualmente art. 81 CE, apartado 1). Recurso de anulación. Desestimación de una denuncia. Interés comunitario. Relación entre el art. 85 del Tratado CE y el art. 92 del Tratado CE (actualmente art. 87 CE, tras su modificación).
14-2-2001	T-26/99	Trabisco, S. A. / Comisión europea	Competencia. Distribución en el sector del automóvil. Desestimación de una denuncia. Recurso de anulación.
14-2-2001	T-62/99	Société de distribution de mécaniques et d'automobiles (Sodiman) / Comisión europea	Competencia. Distribución en el sector del automóvil. Desestimación de una denuncia. Recurso de anulación.
14-2-2001	T-115/99	Système européen promotion (SEP) SARL / Comisión europea	Competencia. Distribución en el sector del automóvil. Desestimación de una denuncia. Recurso de anulación.
20-2-2001	T-112/98	Mannesmannröhren-Werke AG / Comisión europea	Recurso de anulación. Competencia. Decisión de solicitud de información. Multas coercitivas. Derecho a negarse a dar una respuesta que implique el reconocimiento de una infracción. Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.
21-3-2001	T-206/99	Métropole télévision, S. A. / Comisión europea	Competencia. Desestimación de una denuncia. Ejecución de una Sentencia del Tribunal de Primera Instancia por la que se anula una Decisión de exención de la Comisión. Obligación de motivación. Obligaciones en materia de tramitación de denuncias.

<i>Fecha</i>	<i>Asunto</i>	<i>Partes</i>	<i>Materia</i>
28-3-2001	T-144/99	Institut des mandataires agréés près l'Office européen des brevets / Comisión europea	Competencia. Art. 85 del Tratado CE (actualmente art. 81 CE). Código de conducta profesional. Prohibición de publicidad comparativa. Oferta de servicios.
5-7-2001	T-25/99	Colin Arthur Roberts et Valerie Ann Roberts / Comisión europea	Competencia. Contratos de suministro de cerveza. Denuncia. Art. 85, apartado 1, del Tratado CE (actualmente art. 81 CE, apartado 1).
12-7-2001	Asuntos acumulados T-202/98, T-204/98 y T-207/98	Tate & Lyle plc, British Sugar plc, Napier Brown & Co. Ltd. / Comisión europea	Competencia. Mercado del azúcar. Infracción del art. 85 del Tratado CE (actualmente art. 81 CE). Multas.
18-9-2001	T-112/99	Métropole télévision (M6), Suez-Lyonnaise des eaux, France Télécom, Télévision française 1, S. A. (TF1) / Comisión europea	Recurso de anulación. Competencia. Televisión de pago. Empresa en participación. Art. 85 del Tratado CE (actualmente art. 81 CE). Art. 85, apartado 1, del Tratado. Declaración negativa. Restricción accesoria. «Rule of reason». Art. 85, apartado 3, del Tratado. Decisión de exención. Duración.
22-11-2001	T-139/98	Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato (AAMS) / Comisión europea	Competencia. Art. 86 del Tratado CE (actualmente art. 82 CE). Abuso de posición dominante. Sector de los cigarrillos en Italia. Contrato de distribución. Cláusulas abusivas. Comportamientos abusivos. Reducción de la multa.
22-11-2001	T-9/98	Mitteldeutsche Erdoel-Raffinerie GmbH / Comisión europea	Ayudas de Estado. Ampliación del plazo de inversión queda derecho a la utilización de una prima fiscal. Régimen general de ayudas. Recurso de anulación. Admisibilidad. Acto que afecta directa e individualmente a la demandante. Interés para ejercitar la acción. Ayuda adicional. Ayuda a la inversión o ayuda de funcionamiento. Principio de proporcionalidad.

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>
31-1-2001	Asuntos acumulados T-197/97 y T-198/97	Desestimar los recursos.
14-2-2001	T-26/99	Desestimar el recurso.
14-2-2001	T-62/99	Desestimar el recurso.
14-2-2001	T-115/99	Desestimar el recurso.
20-2-2001	T-112/98	1) Anular la decisión C(98)1204 de la Comisión, de 15 de mayo de 1998, relativa a un procedimiento de aplicación del art. 11, apartado 5, del Reglamento núm. 17 del Consejo, por lo que respecta al último guión de las preguntas 1.6, 1.7 y 2.3, y a la pregunta 1.8 de la solicitud de información enviada a la demandante el 13 de agosto de 1997. 2) Desestimar el recurso en todo lo demás.

<i>Fecha</i>	<i>Asunto</i>	<i>Pronunciamiento</i>
21-3-2001	T-206/99	Anular la decisión de la Comisión de 29 de junio de 1999, por la que se desestima la denuncia presentada por Métropole Télévision, S. A., el 5 de diciembre de 1997.
28-3-2001	T-144/99	1) Anular el art. 1 de la Decisión 1999/267/CE de la Comisión, de 7 de abril de 1999, relativa a un procedimiento de aplicación del art. 85 del Tratado CE [IV/36147, Código de conducta del IAA (EPI)], en cuanto se refiere al art. 2, letra b), punto 3, y al art. 5, letra c), del Código de conducta del Instituto de Agentes Autorizados ante la Oficina Europea de Patentes. 2) Desestimar el recurso en todo lo demás.
5-7-2001	T-25/99	Desestimar el recurso.
12-7-2001	Asuntos acumulados T-202/98, T-204/98 y T-207/98	1) Anular, en la medida en que afecta a la demandante en el asunto T-202/98, el art. 3 de la Decisión 1999/210/CE de la Comisión, de 14 de octubre de 1998, relativa a un procedimiento con arreglo al art. 85 del Tratado CE (asuntos IV/F-3/33.708, British Sugar plc.; IV/F-3/33.709, Tate & Lyle plc.; IV/F-3/33.710, Napier Brown & Company Ltd., y IV/F-3/33.711, James Budgett Sugars Ltd.). 2) Fijar en 5,6 millones de euros el importe de la multa impuesta en el art. 3 de la Decisión 1999/210 a la demandante en el asunto T-202/98. 3) Desestimar los recursos en los asuntos T-204/98 y T-207/98.
18-9-2001	T-112/99	Desestimar el recurso.
22-11-2001	T-139/98	Desestimar el recurso.
22-11-2001	T-9/98	Anular la Decisión 98/194/CE de la Comisión, de 1 de octubre de 1997, relativa a la prórroga de la prima fiscal a la inversión, del 8 por ciento, en beneficio de las inversiones en los antiguos Estados federados alemanes mediante la Jahressteuergesetz (Ley tributaria) correspondiente a 1996, en la medida en que afecta a la situación de la demandante.

También hay que reseñar la adopción de los siguientes Autos adoptados en aplicación de las normas de la competencia relativas a las ayudas públicas.

<i>Fecha</i>	<i>Asunto</i>	<i>Partes</i>	<i>Materia</i>
28-5-2001	T-53/01 R	Poste Italiane SpA / Comisión europea	Procedimiento sobre medidas provisionales. Art. 86 CE, leído en relación con el art. 82 CE. Art. 86 CE, apartado 2. Servicios postales. Urgencia. Ponderación de todos los intereses en conflicto.
15-11-2001	T-151/01 R	Der Grün e Punkt. Duales System Deutschland AG / Comisión europea	Procedimiento sobre medidas provisionales. Abuso de posición dominante. Art. 82 CE. Derecho de marca. <i>Fumus boni iuris</i> . Urgencia. Ponderación de todos los intereses en conflicto.

A continuación se relacionan los anteriores Autos con indicación de su pronunciamiento.

<i>Fecha</i>	<i>Asunto</i>	<i>Pronunciamiento</i>
28-5-2001	T-53/01 R	1) Admitir la intervención de Recapitalia Consorzio Italiano delle Agenzie di Recapito Licenziatarie del Ministero delle Comunicazioni y de TWT Post Groep nv en el asunto T-53/01 R en apoyo de las pretensiones de la Comisión. 2) Estimar, en la fase del procedimiento sobre medidas provisionales, las solicitudes de trato confidencial formuladas por Poste Italiane SpA y por la Comisión. 3) Desestimar la demanda de medidas provisionales.
15-11-2001	T-151/01 R	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 2001 en aplicación de las normas de la competencia relativas a ayudas públicas. Se indica su fecha, su asunto, las partes intervinientes y la materia sobre la que versa. Estas Sentencias pueden consultarse en la 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>
15-3-2001	T-73/98	Société chimique Prayon-Rupel, S. A. / Comisión europea	Ayudas de Estado. Falta de incoación del procedimiento del art. 93, apartado 2, del Tratado CE (actualmente art. 88 CE, apartado 2). Dificultades serias.
21-3-2001	T-69/96	Hamburger Hafen und Lagerhaus Aktiengesellschaft, Zentralverband der Deutschen Seehafenbetriebe eV, Unternehmensverband Hafen Hamburg / Comisión europea	Ayudas de Estado. Ayudas a la inversión en material en el sector del transporte combinado. Art. 93 del Tratado CE (actualmente art. 88 CE). Recurso de anulación. Admisibilidad.
4-4-2001	T-288/97	Regione autonoma Friuli-Venezia Giulia / Comisión europea	Transportes de mercancías por carretera. Ayudas de Estado. Recurso de Anulación. Perjuicio para los intercambios comerciales entre los Estados miembros y distorsión de la competencia. Requisitos para una excepción a la prohibición establecida en el art. 92, apartado 1, del Tratado CE (actualmente art. 87 CE, apartado 1, tras su modificación). Ayudas nuevas o ayudas existentes. Principio de protección de la confianza legítima. Principio de proporcionalidad. Motivación.
7-6-2001	T-187/99	Agrana Zucker und Stärke AG / Comisión europea	Recurso de anulación. Ayudas de Estado. Ayuda incompatible con el mercado común. Plazo de investigación. Acta de adhesión. Declaración núm. 31. Motivación.

A continuación se relacionan las anteriores Sentencias con indicación de su pronunciamiento.

<i>Fecha</i>	<i>Asunto</i>	<i>Pronunciamiento</i>
15-3-2001	T-73/98	Anular la Decisión de la Comisión de 16 de diciembre de 1997 de no formular objeciones respecto a la concesión de ayudas por parte de la República Federal de Alemania a Chemische Werke Piesteritz GmbH.
21-3-2001	T-69/96	Declarar la inadmisibilidad del recurso.
4-4-2001	T-288/97	1) Anular el art. 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 art. 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.
7-6-2001	T-187/99	Desestimar el recurso.

3. NORMAS RELATIVAS A CONCENTRACIONES

Se relaciona a continuación la Sentencia dictada por el TPI durante el año 2001 en aplicación de las normas relativas a concentraciones. Se indica su fecha, el número de asunto, las partes intervinientes y la materia sobre la que versa. Esta Sentencia puede consultarse en la *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>
31-1-2001	T-156/98	RJB Mining / Comisión europea	Tratado CECA. Concentración de empresas. Admisibilidad. Ayudas de Estado.

A continuación se relaciona la anterior Sentencia con indicación del pronunciamiento del Tribunal de Primera Instancia.

<i>Fecha</i>	<i>Asunto</i>	<i>Pronunciamiento</i>
31-1-2001	T-156/98	Anular la Decisión de la Comisión de 29 de julio de 1998 por la que se autoriza la toma de control de Saarbergwerke AG y Preussag Anthrazit GmbH por parte de RAG Aktiengesellschaft (asunto IV/CECA.1252, RAG/Saarbergwerke AG/Preussag Anthrazit).

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS

1. NORMAS DE LA COMPETENCIA APLICABLES A LAS EMPRESAS

Se relacionan a continuación las Sentencias y Autos dictados por el TJCE durante el año 2001 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 la 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>
29-3-2001	C-163/99	República Portuguesa / Comisión europea	Competencia. Derechos exclusivos. Gestión de aeropuertos. Cánones de aterrizaje. Art. 90, apartado 3, del Tratado CE (actualmente art. 86 CE, apartado 3).
17-5-2001	C-449/98 P	International Express Carriers Conference (IECC) / Comisión europea	Recurso de casación. Decisión de desestimación de una denuncia. Competencia. Servicios postales. Recenvío postal.
17-5-2001	C-450/98 P	International Express Carriers Conference (IECC) / Comisión europea	Recurso de casación. Decisiones de desestimación de una denuncia. Abuso de posición dominante. Servicios postales. Recenvío postal.
17-5-2001	C-340/99	TNT Traco SpA / Poste Italiane SpA, anteriormente Ente Poste Italiane, y otros	Arts. 86 y 90 del Tratado CE (actualmente arts. 82 CE y 86 CE). Servicios postales. Normativa nacional que somete la prestación de servicios de correo rápido por entidades que no gestionan los servicios universales al pago de la tasa postal aplicable normalmente a los servicios universales. Atribución de los ingresos procedentes del pago de dicha tasa a la entidad que tiene encomendada la gestión exclusiva de los servicios universales.
12-7-2001	Asuntos Acumulados C-302/99 P y C-308/99 P	Comisión europea República Francesa / Télévision française 1, S. A. (TF1)	Recurso de casación. Motivo que carece de eficacia. Crítica de fundamentos de Derecho que no influyen en el fallo impugnado. Imposición de costas.
20-9-2001	C-453/99	Courage Ltd. / Bernard Crehan, Bernard Crehan / Courage Ltd. y otros	Art. 85 del Tratado CE (actualmente art. 81 CE). Contrato de compra exclusiva de cerveza. Arrendamiento de establecimientos de bebidas. Práctica colusoria. Derecho de una parte contratante a una indemnización por daños y perjuicios.

<i>Fecha</i>	<i>Asunto</i>	<i>Partes</i>	<i>Materia</i>
16-10-2001	Asuntos Acumulados C-396/99 y C-397/99	Comisión europea / República Helénica	Incumplimiento de Estado. Directivas 90/388/CEE y 96/2/CE. Mercado de servicios de telecomunicaciones. Comunicaciones móviles y personales.
16-10-2001	C-429/99	Comisión europea / República Portuguesa	Telecomunicaciones. Directivas 90/388/CE y 96/19/CE. Telefonía vocal. Servicios de rellamada. Portugal Telecom.
25-10-2001	C-475/99	Firma Ambulanz Glöckner / Landkreis Südwestpfalz	Arts. 85, 86 y 90 del Tratado CE (actualmente arts. 81, 82 y 86 CE). Transporte de enfermos en ambulancia. Derechos especiales o exclusivos. Restricción de la competencia. Misión de interés general. Justificación. Repercusión en el comercio entre Estados miembros.
29-11-2001	C-221/99	Giuseppe Conte / Stefania Rossi	Honorarios de los arquitectos. Procedimiento monitorio sumario. Dictamen del colegio profesional. Arts. 5 y 85 del Tratado CE (actualmente arts. 10 y 81 CE).
6-12-2001	C-146/00	Comisión europea / República Francesa	Telecomunicaciones. Financiación del servicio universal. Aportación de los nuevos operadores.

A continuación se relacionan las anteriores Sentencias con indicación de su pronunciamiento.

<i>Fecha</i>	<i>Asunto</i>	<i>Pronunciamiento</i>
29-3-2001	C-163/99	Desestimar el recurso.
17-5-2001	C-449/98 P	Desestimar el recurso.
17-5-2001	C-450/98 P	Desestimar el recurso.
17-5-2001	C-340/99	<p>1) En la medida en que el comercio entre los Estados miembros pueda verse afectado, los arts. 86 y 90 del Tratado CE (actualmente arts. 82 y 86 CE), interpretados conjuntamente, se oponen a que una normativa de un Estado miembro, que atribuye a una empresa privada la gestión, con carácter exclusivo, del servicio postal universal, supedita el derecho de cualquier otro operador económico a prestar un servicio de correo rápido no comprendido en el servicio universal al requisito de abonar a la empresa encargada del servicio universal una tasa postal equivalente a la tasa de franqueo que normalmente se paga, salvo si se prueba que los ingresos procedentes de la tasa postal son necesarios para que dicha empresa pueda garantizar el servicio postal universal en condiciones económicamente aceptables y si la propia empresa está obligada al pago de la misma tasa cuando preste un servicio de correo rápido no comprendido en dicho servicio universal.</p> <p>2) Esta prueba podrá aportarse según las normas del ordenamiento jurídico interno del Estado miembro afectado, entendiéndose que tales normas no pueden ser menos favorables que las referentes a recursos semejantes de naturaleza interna, ni hacer prácticamente imposible o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico comunitario.</p>

Fecha	Asunto	Pronunciamiento
12-7-2001	Asuntos acumulados C-302/99 P y C-308/99 P	Desestimar los recursos.
20-9-2001	C-453/99	<ol style="list-style-type: none"> 1) Una parte en un contrato que pueda restringir o falsear el juego de la competencia, en el sentido del art. 85 del Tratado CE (actualmente art. 81 CE), puede invocar la infracción de esta disposición para obtener una protección jurisdiccional (<i>relief</i>) contra la otra parte contratante. 2) El art. 85 del Tratado se opone a una norma de Derecho nacional que prohíbe a una parte en un contrato que pueda restringir o falsear el juego de la competencia, en el sentido de la citada disposición, solicitar una indemnización por daños y perjuicios como reparación de un perjuicio ocasionado por la ejecución del citado contrato por el mero hecho de que el autor de la solicitud sea parte en éste. 3) El Derecho comunitario no se opone a una norma de Derecho nacional que no permite que quien sea parte en un contrato que pueda restringir o falsear el juego de la competencia se base en sus propios actos ilícitos para obtener una indemnización por daños y perjuicios, cuando esté acreditado que esta parte tiene una responsabilidad significativa en la distorsión de la competencia.
16-10-2001	Asuntos acumulados C-396/99 y C-397/99	Declarar que la República Helénica ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de las Directivas 96/2/CE de la Comisión, de 16 de enero de 1996, por la que se modifica la Directiva 90/388/CEE en relación con las comunicaciones móviles y personales, y 90/388/CEE de la Comisión, de 28 de junio de 1990, relativa a la competencia en los mercados de servicios de telecomunicaciones, al no adoptar, dentro del plazo señalado, las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento al art. 2, apartados 1 y 2, de la Directiva 96/2, en relación con el art. 3 bis, párrafos segundo y tercero, de la Directiva 90/388, en su versión modificada por la Directiva 96/2.
16-10-2001	C-429/99	Al haber aplazado hasta el 1 de enero de 2000 la supresión de los derechos exclusivos de que dispone Portugal Telecom en materia de sistemas de rellamada, la República Portuguesa ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del art. 2, apartado 2, párrafo cuarto, de la Directiva 90/388 de la Comisión, de 28 de junio de 1990, relativa a la competencia en los mercados de servicios de telecomunicaciones, en su versión resultante de la Directiva 96/19/CE de la Comisión, de 13 de marzo de 1996, por la que se modifica la Directiva 90/388 en lo relativo a la instauración de la plena competencia en los mercados de telecomunicaciones.
25-10-2001	C-475/99	<ol style="list-style-type: none"> 1) Una disposición nacional, como el art. 18, apartado 3, de la Rettungsdienstgesetz (Ley sobre el servicio de socorro), en su versión de 22 de abril de 1991, según la cual la autoridad competente debe denegar la autorización necesaria para prestar servicios de transporte en ambulancia cuando su utilización pueda menoscabar el funcionamiento y la rentabilidad del servicio de asistencia médica de urgencia, cuya gestión ha sido encomendada a organizaciones de asistencia sanitaria como las controvertidas en el procedimiento principal, puede conferir a éstas un derecho especial o exclusivo en el sentido del art. 90, apartado 1, del Tratado CE (actualmente art. 86 CE, apartado 1). 2) En la medida en que las autoridades competentes tomen unilateralmente y bajo su responsabilidad exclusiva la decisión de conceder o denegar dicha autorización, en función de los requisitos establecidos por la ley y sin acuerdo o concertación de dichas autoridades con las propias organizaciones de asistencia sanitaria, o de éstas entre sí, no existe una infracción del art. 90, apartado 1, del Tratado en relación con el art. 85, apartado 1, letra c), del Tratado CE [actualmente art. 81 CE, apartado 1, letra c)].

Fecha	Asunto	Pronunciamiento
		<p>3) Una disposición nacional, como el art. 18, apartado 3, de la Rettungsdienstgesetz, en su versión de 22 de abril de 1991, infringe el art. 90, apartado 1, del Tratado, en relación con el art. 86 del Tratado CE (actualmente art. 82 CE), siempre que conste que:</p> <p>a) las organizaciones de asistencia sanitaria como las controvertidas en el litigio principal ocupan una posición dominante en el mercado de los servicios de transporte de urgencia;</p> <p>b) esta posición dominante existe en una parte sustancial del mercado común, y</p> <p>c) es bastante probable, habida cuenta de las características económicas del mercado de que se trate, que esa disposición impida efectivamente que las empresas establecidas en Estados miembros distintos del Estado miembro considerado presten en el territorio de este último servicios de transporte en ambulancia, o incluso se establezcan en él.</p> <p>4) No obstante, una disposición como el art. 18, apartado 3, de la RettDG 1991 está justificada con arreglo al art. 90, apartado 2, del Tratado, siempre que no impida la concesión de una autorización a operadores independientes en caso de que conste que las organizaciones de asistencia sanitaria que tienen encomendada la gestión del servicio de asistencia médica de urgencia son manifiestamente incapaces de satisfacer la demanda en el ámbito de los servicios de transporte médico de urgencia y de transporte de enfermos.</p>
29-11-2001	C-221/99	<p>1) Los arts. 5 y 85 del Tratado CE (actualmente arts. 10 y 81 CE) no se oponen a una normativa nacional que, en el marco de un procedimiento monitorio sumario que tiene por objeto el cobro de los honorarios de un arquitecto, miembro de un colegio profesional, obliga al órgano jurisdiccional que conoce del litigio a acatar el dictamen emitido por dicho colegio en cuanto al cálculo del importe de tales honorarios en la medida en que el dictamen pierde su fuerza vinculante cuando el deudor inicia un procedimiento contradictorio.</p> <p>2) Los arts. 5 y 85 del Tratado no se oponen a una legislación nacional según la cual los miembros de una profesión liberal pueden fijar libremente el importe de los honorarios relativos a determinadas prestaciones que efectúan.</p>
6-12-2001	C-146/00	<p>Declarar que, al no haber observado lo dispuesto en el art. 4 de la Directiva 90/388/CEE de la Comisión, de 28 de junio de 1990, relativa a la competencia en los mercados de servicios de telecomunicaciones, modificada por la Directiva 96/19/CE de la Comisión, de 13 de marzo de 1996, y no haber respetado el art. 5, apartados 1 y 3 a 5, de la Directiva 97/33/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de junio de 1997, relativa a la interconexión en las telecomunicaciones en lo que respecta a garantizar el servicio universal y la interoperabilidad mediante la aplicación de los principios de la oferta de red abierta (ONP), la República Francesa ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de las mencionadas Directivas.</p>

También hay que reseñar la adopción de los siguientes Autos adoptados en aplicación de las normas de la competencia aplicables a las empresas.

<i>Fecha</i>	<i>Asunto</i>	<i>Partes</i>	<i>Materia</i>
10-7-2001	C-497/99 P	Irish Sugar plc / Comisión europea	Recurso de casación. Art. 86 del Tratado CE (actualmente art. 82 CE). Azúcar. Posición dominante colectiva. Abuso. Recurso en parte manifiestamente inadmisibile y en parte manifiestamente infundado.
20-9-2001	C-1/01 P	Asia Motor France, S. A., André-François Bach, Monin automobiles / Comisión europea	Competencia. Decisión desestimatoria de denuncias. Recurso de casación en parte manifiestamente inadmisibile y en parte manifiestamente infundado.
18-10-2001	C-241/00 P	Kish Glass Co. Ltd. / Comisión europea Pilkington United Kingdom Ltd.	Recurso de casación. Competencia. Posición dominante. Mercado del vidrio flotado. Derechos del denunciante. Recurso de casación. Manifiestamente infundado.

A continuación se relacionan los anteriores Autos con indicación de su pronunciamiento.

<i>Fecha</i>	<i>Asunto</i>	<i>Pronunciamiento</i>
10-7-2001	C-497/99 P	Desestimar el recurso de casación.
20-9-2001	C-1/01 P	Desestimar el recurso de casación.
18-10-2001	C-241/00 P	Desestimar el recurso de casación.

2. NORMAS RELATIVAS A AYUDAS PÚBLICAS

Se relacionan a continuación las Sentencias dictadas por el TJCE durante el año 2001 en aplicación de las normas relativas a ayudas públicas. Se indica su fecha, su asunto, las partes intervinientes y la materia sobre la que versa. La totalidad de las resoluciones puede consultarse en la 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>
15-2-2001	C-99/98	República de Austria / Comisión europea	Recurso de anulación. Proyecto de ayudas de Estado en el sector de los semiconductores de potencia. Notificación a la Comisión. Contenido de la notificación y de las preguntas adicionales formuladas por la Comisión. Naturaleza y duración del plazo de investigación. Derecho de oposición de la Comisión. Art. 93, apartado 3, del Tratado CE (actualmente art. 88 CE, apartado 3).

<i>Fecha</i>	<i>Asunto</i>	<i>Partes</i>	<i>Materia</i>
13-3-2001	C-379/98	Preusen Elektra AG / Schleswag AG	Electricidad. Fuentes de energía renovables. Normativa nacional que impone a las empresas suministradoras de electricidad una obligación de compra de electricidad a precios mínimos y que reparte las cargas derivadas de esta obligación entre esas empresas y las empresas de gestión de redes situadas en un nivel de distribución anterior. Ayudas de Estado. Compatibilidad con la libre circulación de mercancías.
22-3-2001	C-17/99	República Francesa / Comisión europea	Ayudas de Estado. Ayudas de salvamento y reestructuración. Procedimiento de examen de las ayudas de Estado. Falta de requerimiento al Estado miembro para que comunique la información necesaria.
22-3-2001	C-261/99	Comisión europea / República Francesa	Incumplimiento de Estado. Ayudas de Estado incompatible con el mercado común. Recuperación. Inexistencia de imposibilidad absoluta de ejecución.
3-5-2001	C-204/97	República Portuguesa / Comisión europea	Ayudas de Estado. Ayudas a los productores de vinos de licor y de aguardientes. Ayudas concedidas por la República Francesa en el marco de un aumento de tributos nacionales.
3-7-2001	C-378/98	Comisión europea / Reino de Bélgica	Incumplimiento de Estado. Ayudas de Estado. Art. 93, apartado 2, párrafo segundo, del Tratado CE (actualmente art. 88 CE, apartado 2, párrafo segundo). Obligación de recuperar las ayudas concedidas en el marco de las operaciones Maribel <i>bis</i> y Maribel <i>ter</i> . Imposibilidad de ejecución.
9-10-2001	C-400/99	República Italiana / Comisión europea	Recurso de anulación. Ayudas de Estado. Ayudas a una empresa de transporte marítimo. Contrato de servicio público. Ayuda existente o ayuda nueva. Incoación del procedimiento previsto en el art. 88 CE, apartado 2. Obligación de suspensión. Sobreseimiento o inadmisibilidad.
8-11-2001	C-143/99	Adria-Wien Pipeline GmbH, Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke GmbH / Finanzlande sdirektion für Kärnten	Impuesto sobre la energía. Devolución limitada a las empresas productoras de bienes corporales. Ayudas de Estado.
22-11-2001	C-53/00	Ferring, S. A. / Agence centrale des organismes de sécurité sociale (ACOSS)	Ayudas de Estado. Ventaja fiscal concedida a determinadas empresas. Mayoristas distribuidores.

En el cuadro siguiente puede observarse el pronunciamiento de cada una de las Sentencias dictadas (sin referencia a las costas procesales).

Fecha	Asunto	Pronunciamiento
15-2-2001	C-99/98	Anular la Decisión sg(98)D/1124 de la Comisión, de 9 de febrero de 1998, relativa a la incoación del procedimiento formal de examen previsto en el art. 93, apartado , del Tratado CE (actualmente art. 88 CE, apartado 2) en relación con la ayuda de Estado núm. C 84/97 (ex N 509/96), en favor de la sociedad Siemens Bauelemente OHG.
13-3-2001	C-379/98	<ol style="list-style-type: none"> 1) Una normativa de un Estado miembro que, por una parte, obliga a las empresas privadas suministradoras de electricidad a adquirir la electricidad generada en su zona de suministro por fuentes de energía renovables a precios mínimos superiores al valor económico real de este tipo de electricidad y, por otra, reparte la carga financiera derivada de esta obligación entre dichas empresas suministradoras de electricidad y los gestores privados de redes eléctricas situados en un nivel de distribución anterior no constituye una ayuda de Estado en el sentido del art. 92, apartado 1, del Tratado CE (actualmente art. 87 CE, apartado 1, tras su modificación). 2) En el estado actual del Derecho comunitario relativo al mercado de la electricidad, una normativa de este tipo no es incompatible con el art. 30 del Tratado CE (actualmente art. 28 CE, tras su modificación).
22-3-2001	C-17/99	Desestimar el recurso.
22-3-2001	C-261/99	Declarar que la República Francesa ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del Tratado CE, al no haber dado cumplimiento a la Decisión 1999/378/CE de la Comisión, de 4 de noviembre de 1998, relativa a la ayuda que Francia tiene previsto conceder a Nouvelle Filature Lainière de Roubaix.
3-5-2001	C-204/97	Anular la Decisión de la Comisión de 6 de noviembre de 1996, relativa a las ayudas previstas por la República Francesa en favor de los productores de vinos de licor y de aguardientes, en forma de ayudas a las acciones de promoción y ayudas técnicas, en forma de ayudas a la investigación, a la asistencia técnica y a la inversión.
3-7-2001	C-378/98	Declarar que el Reino de Bélgica ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del art. 189, párrafo cuarto, del Tratado CE (actualmente art. 249 CE, párrafo cuarto) y de los arts. 2 y 3 de la Decisión 97/239/CE de la Comisión, de 4 de diciembre de 1996, relativa a las ayudas concedidas por Bélgica en el marco de la operación Maribel <i>bis/ter</i> , al no haber adoptado en el plazo señalado las medidas necesarias para recuperar de las empresas beneficiarias las ayudas previstas en el marco de las operaciones Maribel <i>bis</i> y Maribel <i>ter</i> , que habían sido declaradas ilegales e incompatibles con el mercado común por dicha Decisión.
9-10-2001	C-400/99	<ol style="list-style-type: none"> 1) Desestimar la petición de la Comisión de las Comunidades Europeas, formulada sobre la base del art. 91, apartado 1, del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia, que tiene por objeto que el Tribunal de Justicia acuerde el sobreseimiento del recurso o declare la inadmisibilidad de éste. 2) Continuar el procedimiento en cuanto al fondo.
8-11-2001	C-143/99	<ol style="list-style-type: none"> 1) Unas medidas nacionales que prevén la devolución parcial de los impuestos sobre la energía que gravan el gas natural y la energía eléctrica no constituyen ayudas de Estado en el sentido del art. 92 del Tratado CE (actualmente art. 87 CE, tras su modificación), cuando se aplican a todas las empresas situadas en el territorio nacional, independientemente del objeto de su actividad. 2) Deben ser consideradas como ayudas de Estado en el sentido del art. 92 del Tratado unas medidas nacionales que prevén la devolución parcial de los impuestos sobre la energía que gravan el gas natural y la energía eléctrica únicamente en favor de las empresas respecto a las cuales conste que se dedican con carácter principal a la producción de bienes corporales.

Fecha	Asunto	Pronunciamiento
22-11-2001	C-53/00	<p>1) El art. 92 del Tratado CE (actualmente art. 87 CE, tras su modificación) debe interpretarse en el sentido de que una medida como la prevista en el art. 12 de la Ley núm. 97-1164, de 19 de diciembre de 1997, de financiación de la seguridad social para 1998, en la medida en que grava únicamente las ventas directas de medicamentos realizadas por los laboratorios farmacéuticos, tan sólo constituye una ayuda de Estado a los mayoristas distribuidores si la ventaja que éstos obtienen de la no sujeción al gravamen sobre las ventas directas de medicamentos sobrepasa los costes adicionales que tales mayoristas soportan para el cumplimiento de las obligaciones de servicio público que les impone la normativa nacional.</p> <p>2) El art. 90, apartado 2, del Tratado CE (actualmente art. 86 CE, apartado 2) debe interpretarse en el sentido de que no cubre una ventaja fiscal de la que disfrutaban determinadas empresas encargadas de la gestión de un servicio público, como las consideradas en el litigio principal, en la medida en que tal ventaja sobrepase los gastos adicionales del servicio público.</p> <p>3) El art. 59 del Tratado CE (actualmente art. 49 CE, tras su modificación) no puede aplicarse a una situación, como la que es objeto del asunto principal, que no está vinculada a una prestación de servicios.</p>

LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

... Ley 3428/74, de 27 de diciembre, sobre el Sistema Financiero Administrativo y del Orden Social (BOE núm. 313 de 30 de diciembre de 1974, p. 24497).

CUARTA PARTE

NOVEDADES NORMATIVAS

Esta Ley modifica el artículo 25 de la Ley de Ordenación del Sistema Financiero Administrativo y del Orden Social, de 27 de diciembre de 1974, en lo que respecta a las prerrogativas por las personas. La Ley 3428/74, de 27 de diciembre de 1974, en su artículo IV se dedica a la organización de las unidades de gestión y de ejecución administrativa, dentro de las cuales se incluye la creación del Organismo Autónomo de Defensa de la Competencia.

Concretamente, el art. 25 de esta Ley modifica la Ley 3428/74, de 27 de diciembre de 1974, en lo que respecta a las prerrogativas...

El art. 25 de la Ley de Ordenación del Sistema Financiero Administrativo y del Orden Social, de 27 de diciembre de 1974, queda modificado en los siguientes términos:

Art. 25. *Nómina y prerrogativas de sus miembros.*

1. El Tribunal de Defensa de la Competencia se compondrá de un número de miembros académicos, con personalidad jurídica propia, diferenciada y autonomía de gestión en las materias comprendidas en el art. 25 de la Ley de Organización y Funcionamiento de los Organismos Autónomos, de la Ley de Defensa de la Competencia, de su competencia administrativa, como así también, de los miembros (individuales) y representantes de consumidores y usuarios.

2. Tanto como sea general y de carácter de funcionamiento, el Tribunal de Defensa de la Competencia y personas de carácter de carácter académico, dentro de las materias comprendidas en el art. 25 de la Ley de Organización y Funcionamiento, de su competencia administrativa, como así también, de los miembros (individuales) y representantes de consumidores y usuarios.

3. El Tribunal de Defensa de la Competencia se compondrá de un número de miembros académicos, con personalidad jurídica propia, diferenciada y autonomía de gestión en las materias comprendidas en el art. 25 de la Ley de Organización y Funcionamiento, de su competencia administrativa, como así también, de los miembros (individuales) y representantes de consumidores y usuarios.

4. Igual al Organismo de su competencia, el Tribunal de Defensa de la Competencia estará en el siguiente orden:

LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

— Ley 24/2001, de 27 de diciembre, sobre Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social (*BOE*, núm. 313, de 31 de diciembre de 2001, p. 50493).

Esta Ley establece determinados objetivos de política económica, cuya consecución hace necesario la aprobación de diversas medidas normativas que permiten una mejor y más eficaz ejecución del programa económico del Gobierno, en los distintos ámbitos en que aquél desenvuelve su acción. Éste es el fin perseguido por la presente Ley, cuyo Título IV se dedica a la regulación de las medidas de gestión y organización administrativa, incluyéndose una norma relativa a la creación del Organismo autónomo Tribunal de Defensa de la Competencia.

Concretamente, el art. 63 de esta Ley modifica la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, en cuanto a los siguientes extremos:

«Uno. Se modifica el art. 20 de la Ley de Defensa de la Competencia, que queda redactado en los siguientes términos:

“Art. 20. Naturaleza jurídica y fines generales.

1. El Tribunal de Defensa de la Competencia se configura como un Organismo autónomo, con personalidad jurídica pública diferenciada y autonomía de gestión en los términos establecidos en la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, que, sin perjuicio de su adscripción administrativa, ejerce sus funciones con plena independencia y sometimiento al ordenamiento jurídico.

2. Tiene como fin general el de preservar el funcionamiento competitivo de los mercados y garantizar la existencia de una competencia efectiva en los mismos, protegiéndola mediante el ejercicio de las funciones de resolución, informe y propuesta que la presente Ley le atribuye expresamente.

3. El Tribunal tiene su sede en la capital del Estado y su competencia, de acuerdo con la normativa sobre coordinación de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de defensa de la competencia, se extiende a todo el territorio español.

4. Para el desarrollo de sus fines, los recursos del Tribunal de Defensa de la Competencia estarán integrados por:

- a) los bienes y valores que constituyan su patrimonio y los productos y rentas del mismo;
- b) los ingresos propios que estén autorizados a obtener;
- c) las dotaciones que puedan percibir a través de los Presupuestos Generales del Estado.

5. El Tribunal de Defensa de la Competencia elaborará anualmente un Anteproyecto de presupuesto con la estructura que señale el Ministerio de Hacienda y lo remitirá a éste para su elevación al acuerdo de Gobierno y posterior remisión a las Cortes Generales integrado en los Presupuestos Generales del Estado.

El régimen presupuestario, económico financiero, de contabilidad, intervención y de control financiero será el establecido por la Ley General Presupuestaria, de acuerdo con lo previsto en el art. 50 de la Ley 6/1997.

El control interno del Tribunal de Defensa de la Competencia se llevará a cabo por una Intervención Delegada de la Intervención General de la Administración del Estado en el Organismo autónomo, sin perjuicio de las funciones que correspondan al Tribunal de Cuentas.

6. El Tribunal de Defensa de la Competencia está adscrito al Ministerio de Economía, el cual ejercerá el control de eficacia sobre su actividad y se regirá por lo dispuesto en esta Ley y su normativa de desarrollo y en la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado.

7. El personal al servicio del Tribunal de Defensa de la Competencia será funcionario o laboral en los mismos términos que los establecidos para la Administración General del Estado y la contratación del Tribunal se regirá por las normas generales de contratación de las Administraciones Públicas”.

Dos. Se modifica el ap. 1 del art. 21 de la Ley de Defensa de la Competencia, que queda con la siguiente redacción:

“1. El Tribunal de Defensa de la Competencia estará regido por el Pleno, integrado por un Presidente y ocho Vocales, nombrados mediante Real Decreto, a propuesta del Ministro de Economía, entre juristas, economistas y otros profesionales de reconocido prestigio”.

Tres. Se modifica el ap. 1 del art. 22 de la Ley de Defensa de la Competencia, que queda con la siguiente redacción:

“1. El Presidente y los Vocales del Tribunal de Defensa de la Competencia ejercerán su función con dedicación absoluta y tendrán las incompatibilidades establecidas con carácter general para los altos cargos de la Administración del Estado”.

Cuatro. Se modifica el ap. 1 del art. 24 de la Ley de Defensa de la Competencia, que queda con la siguiente redacción:

“1. El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia se entiende válidamente constituido con la asistencia del Presidente o Vicepresidente y cinco vocales”.

Cinco. Se modifica el ap. 6 del art. 57 de la Ley de Defensa de la Competencia, que queda redactado en los siguientes términos:

“6. La cuantía de la tasa regulada en este precepto será:

a) De 3.005 euros cuando el volumen de ventas global en España del conjunto de los partícipes en el acuerdo de concentración sea igual o inferior a 40.000 millones de pesetas o 240.404.841,75 euros.

b) De 6.010 euros cuando el volumen de ventas global en España de las empresas partícipes sea superior a 40.000 millones de pesetas o 240.404.841,75 euros e igual o inferior a 480.800.000 euros.

c) De 12.020 euros cuando el volumen de ventas global en España de las empresas partícipes sea superior a 480.800.000 euros e igual o inferior a 3.000.000.000 de euros.

d) De una cantidad fija de 24.000 euros cuando el volumen de ventas en España del conjunto de los partícipes sea superior a 3.000.000.000 de euros, más 6.000 euros adicionales por cada 3.000.000.000 de euros en que el mencionado volumen de ventas supere la cantidad anterior, hasta un límite máximo de 60.000 euros”.

Seis. Se añade un nuevo apartada, el 9, al art. 57 de la Ley de Defensa de la Competencia, con la siguiente redacción:

“9. El 50 por ciento de la recaudación obtenida por el pago de la presente tasa se afectará a los recursos del Tribunal de Defensa de la Competencia como ingresos propios”.

La Ley 24/2001 también afecta al régimen jurídico de defensa de la competencia en cuanto a que su art. 2, de modificación de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades, en el ap. 52, da nueva redacción a la Disposición Adicional decimocuarta de esta última Ley, que queda redactada en los siguientes términos:

«Disposición Adicional decimocuarta. Régimen fiscal de las transmisiones de activos realizadas en cumplimiento de disposiciones con rango de ley y de la normativa de defensa de la competencia.

Las transmisiones de elementos patrimoniales a que se refiere el art. 36 *ter* de esta Ley que se efectúen en cumplimiento de obligaciones establecidas por disposiciones con rango de ley, publicadas a partir de 1 de enero de 2002, o por acuerdos de la Comisión Europea o del Consejo de Ministros adoptados a partir de esa misma fecha, en aplicación de las normas de defensa de la competencia en procesos de concentración empresarial, tendrán el siguiente tratamiento en el Impuesto sobre Sociedades:

a) La renta positiva que se obtenga no se integrará en la base imponible, si el importe obtenido en la transmisión se reinvierte en las condiciones establecidas en el art. 36 *ter* de esta Ley.

a) *bis* Dicha renta positiva se integrará, sin reducción ni exención alguna, en la base imponible del período en el que se transmitan, o por cualquier otro motivo se den de baja en el balance, los bienes y derechos objeto de la reinversión.

b) Los elementos patrimoniales en que se materialice la reinversión se valorarán, a los exclusivos efectos de cálculo de la renta positiva, por el mismo valor que tenían los bienes y derechos transmitidos. En el caso de reinversión parcial, dicho valor se incrementará en el importe de la renta integrada en la base imponible.

c) El sujeto pasivo podrá presentar consultas sobre la interpretación y aplicación de la presente disposición, cuya contestación tendrá carácter vinculante para la Administración tributaria, en los términos previstos en el art. 107 de la Ley 230/1963, de 28 de diciembre, General Tributaria».

— Real Decreto 1443/2001, de 21 diciembre, por el que se desarrolla la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, en lo referente al control de las concentraciones económicas (*BOE*, núm. 16, de 18 de enero de 2002, p. 2307).

Este Real Decreto regula el procedimiento a seguir por los órganos de defensa de la competencia en concentraciones económicas y control. Esta norma responde a la necesaria adaptación del procedimiento de control de concentraciones a los cambios normativos acaecidos en los últimos años, en lo referente al procedimiento de control de concentraciones y a la forma y contenido de la notificación de las mismas. Deroga el Real Decreto 1080/1992, de 11 de septiembre de 1992.

— Resolución de 28 de septiembre de 2001 sobre la conversión a euros de los valores correspondientes a los procedimientos sancionadores tramitados por el Ministerio de Economía y sus organismos y entes dependientes (*BOE*, núm. 238, de 4 de octubre de 2001, p. 36831).

— Ley 9/2001, de 4 junio, por la que se modifica la Disposición Transitoria sexta de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico; determinados artículos de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, y determinados artículos de la Ley 46/1998, de 17 de diciembre, sobre Introducción del euro (*BOE*, núm. 134, de 5 de junio de 2001, p. 19532).

La presente Ley modifica los arts. 5, 15, 17, 18 y 21 de la Ley 16/1989, en materia de exenciones, sanciones y concentración empresarial.

— Real Decreto-ley 2/2001, de 2 febrero, por el que se modifica la Disposición Transitoria sexta de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, y determinados artículos de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (*BOE*, núm. 30, de 3 de febrero de 2001, p. 4205).

La presente norma modifica los art. 17 y 18 de la Ley 16/1989, en materia de acuerdos adoptados por el Gobierno en expedientes de concentración empresarial y de atribución de competencias para velar su cumplimiento. También modifica la Disposición Transitoria sexta de la Ley 54/1997, en materia de los costes de transición a la competencia.

— Resolución de 22 de febrero de 2001 de convalidación del Real Decreto-ley 2/2001, de 2 de febrero, que modifica la Disposición Transitoria sexta de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico,

y determinados artículos de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (BOE, núm. 51, de 28 de febrero de 2001, p. 7454).

— Proyecto de Ley de coordinación de las competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de defensa de la competencia, presentado el 22 de junio de 2001 (BOCG, Congreso de los Diputados, serie A, núm. 40-1, de 29 de junio de 2001, p. 1)¹.

LEGISLACIÓN COMUNITARIA

1. ACUERDOS ENTRE EMPRESAS

A. Decisiones concertadas

— Comunicación de la Comisión relativa a unas Directrices sobre la aplicabilidad del art. 81 del Tratado (a los acuerdos de cooperación tecnológica) (2002, núm. C 3, de enero de 2002, pp. 3-4).

La presente Comunicación establece orientaciones para determinar si los acuerdos concertados por el Reglamento (CE) núm. 2602/2000 de la Comisión, de 29 de noviembre de 2000, relativo a la aplicación del art. 3 del art. 61 del Tratado a determinados acuerdos de cooperación de investigación (véase, núm. L 304, de 3 de diciembre de 2000, pp. 3-6), y por el Reglamento (CE) núm. 2609/2000 de la Comisión, de 29 de noviembre de 2000, relativo a la aplicación del art. 3 del art. 61 del Tratado a determinados acuerdos de acuerdos de investigación y desarrollo (véase, núm. L 304, de 3 de diciembre de 2000, pp. 7-8).

— Comunicación de la Comisión relativa a los acuerdos de menor importancia que no restringen la competencia de forma sustancial en el sentido del art. 61 del art. 61 del Tratado (comunicación de la Comisión Europea (de interés) (2002, núm. C 305, de 22 de diciembre de 2002, pp. 7-8).

La presente Comunicación se refiere a la Comunicación relativa a los acuerdos de menor importancia publicada en 1999.

— Proyecto de Comunicación de la Comisión relativa a la duración del pago de las patentes y a la posibilidad de su conversión en pagos de interés (2002, núm. C 205, de 21 de junio de 2002, pp. 30-31).

El presente proyecto modificará la Comunicación de la Comisión relativa a la no aplicabilidad de patentes o a la reducción de su importe en los acuerdos relacionados con licencias entre empresas, publicada en 1996.

— Comunicación sobre Servicios de Pagos Financieros en Europa (Documento COM(2000) 280 final, de 20 de septiembre de 2000, véase, núm. C 17, de 19 de enero de 2001, pp. 4-5).

¹ Este proyecto ya ha sido aprobado mediante Ley 1/2002, de 21 de febrero, BOE, núm. 46, de 22 de febrero de 2002.

Los documentos relativos a la tramitación del Proyecto de Ley en las Cortes Generales se incluyen en el presente *Anuario* en el capítulo de «Documentos».

LEGISLACIÓN COMUNITARIA

1. ACUERDOS ENTRE EMPRESAS

A. DISPOSICIONES GENERALES

— Comunicación de la Comisión relativa a unas Directrices sobre la aplicabilidad del art. 81 del Tratado CE a los acuerdos de cooperación horizontal (*DOCE*, núm. C 3, de 6 de enero de 2001, pp. 2 ss.).

La presente Comunicación establece orientaciones para determinados tipos de acuerdos cubiertos por el Reglamento (CE) núm. 2658/2000 de la Comisión, de 29 de noviembre de 2000, relativo a la aplicación del ap. 3 del art. 81 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de especialización (*DOCE*, núm. L 304, de 5 de diciembre de 2000, pp. 3 ss.), y por el Reglamento (CE) núm. 2659/2000 de la Comisión, de 29 de noviembre de 2000, relativo a la aplicación del ap. 3 del art. 81 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de investigación y desarrollo (*DOCE*, núm. L 304, de 5 de diciembre de 2000, pp. 7 ss.).

— Comunicación de la Comisión relativa a los acuerdos de menor importancia que no restringen la competencia de forma sensible en el sentido del ap. 1 del art. 81 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (de *minimis*) (*DOCE*, núm. C 368, de 22 de diciembre de 2001, pp. 3 ss.).

La presente Comunicación sustituye a la Comunicación relativa a los acuerdos de menor importancia publicada en 1997.

— Proyecto de Comunicación de la Comisión relativa a la dispensa del pago de las multas y a la reducción de su importe en casos de cártel (*DOCE*, núm. C 205, de 21 de julio de 2001, pp. 18 ss.).

El presente proyecto modificará la Comunicación de la Comisión relativa a la no imposición de multas o a la reducción de su importe en los asuntos relacionados con acuerdos entre empresas publicada en 1996.

— Comunicación sobre Servicios de Interés General en Europa [Documento COM (2000) 580 final, de 20 de septiembre de 2000, *DOCE*, núm. C 17, de 19 de enero de 2001, pp. 4 ss.].

— Informe de la Comisión presentado al Consejo Europeo de Laeken sobre «Los servicios de interés general» [Documento COM (2001) 598 final, de 17 de octubre de 2001].

B. POLÍTICAS SECTORIALES

— Documento de trabajo de la Comisión sobre una Propuesta de un nuevo marco regulador de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, unas Directrices de análisis del mercado y cálculo del peso significativo en el mercado de conformidad con el art. 14 de la propuesta de Directiva relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas [Documento COM (2001) 175 final, de 28 de marzo de 2001].

— Proyecto de Directiva de la Comisión relativa a la competencia en los mercados de servicios de comunicaciones electrónicas (*DOCE*, núm. C 96, de 27 de marzo de 2001, pp. 2 ss.).

— Propuesta modificada de Directiva del Parlamento y del Consejo de modificación de la Directiva núm. 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 [Documento COM (2001) 109 final, de 21 de marzo de 2001, http://europa.eu.int/eur-lex/es/com/dat/2001/es_501PC0109.html].

— Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el acceso al mercado de los servicios portuarios [Documento COM (2001) 35 final, de 13 de febrero de 2001, http://europa.eu.int/eur-lex/es/com/dat/2001/es_501PC0035.html].

2. CONTROL DE CONCENTRACIONES

— Comunicación de la Comisión sobre las soluciones aceptables con arreglo al Reglamento del Consejo (CEE) núm. 4064/89 y al Reglamento de la Comisión (CE) núm. 447/98 (*DOCE*, núm. C 68, de 2 de marzo de 2001, pp. 3 ss.).

La presente Comunicación tiene por objetivo ofrecer orientaciones sobre las modificaciones a las concentraciones, incluidos, en particular, los compromisos de modificación de concentraciones.

— Libro Verde sobre la revisión del Reglamento del Consejo (CEE) núm. 4064/89 [Documento COM (2001) 745 final, de 11 de diciembre de 2001].

Con este documento la Comisión Europea ha iniciado el proceso informal para la revisión de la principal reglamentación sobre el control de las concentraciones. El seguimiento de los documentos y consultas puede ser realizado en la dirección <http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/review/>.

— Decisión de la Comisión de 23 de mayo de 2001, relativa al mandato de los consejeros auditores en determinados procedimientos de competencia (*DOCE*, núm. L 162, de 19 de junio de 2001, pp. 21 ss.).

C. AYUDAS DE ESTADO

— Reglamento (CE) núm. 68/2001 de la Comisión, de 12 de enero de 2001, relativo a la aplicación de los arts. 87 y 88 del Tratado CE a las ayudas a la formación (*DOCE*, núm. L 10, de 13 de enero de 2001, pp. 20 ss.).

El presente Reglamento se aplica a las ayudas a la formación concedidas en todos los sectores, incluidas las actividades relacionadas con la producción, transformación o comercialización de los productos. El Reglamento ha entrado en vigor el vigésimo día siguiente al de su publicación en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* y se mantendrá en vigor hasta el 31 de diciembre de 2006.

— Reglamento (CE) núm. 69/2001 de la Comisión, de 12 de enero de 2001, relativo a la aplicación de los art. 87 y 88 del Tratado CE a las ayudas de *minimis* (*DOCE*, núm. L 10, de 13 de enero de 2001, pp. 30 ss.).

El presente Reglamento se aplica a las ayudas concedidas a empresas en todos los sectores, con excepción del sector del transporte y de determinadas actividades relacionadas con la producción, transformación o comercialización de los productos, de las ayudas a las actividades relacionadas con la exportación y de las ayudas que dependan de que se prime la utilización de productos nacionales en detrimento de los importados. El Reglamento ha entrado en vigor el vigésimo día siguiente al de su publicación en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* y se mantendrá en vigor hasta el 31 de diciembre de 2006.

— Reglamento (CE) núm. 70/2001 de la Comisión, de 12 de enero de 2001, relativo a la aplicación de los arts. 87 y 88 del Tratado CE a las ayudas estatales a las pequeñas y medianas empresas (*DOCE*, núm. L 10, de 13 de enero de 2001, pp. 33 ss.).

El presente Reglamento se aplica, sin perjuicio de los Reglamentos o Directivas comunitarias especiales establecidos en el marco del Tratado CE por los que se rige la concesión de ayudas estatales en sectores específicos, independientemente de que sean más o menos restrictivos que el presente Reglamento, a las ayudas concedidas a las pequeñas y medianas empresas de todos los sectores. El Reglamento no es aplicable con relación a determinadas actividades relacionadas con la producción, transformación o comercialización de los productos, a las ayudas a las actividades relacionadas con la exportación y a las ayudas que dependan de que se prime la utilización de productos nacionales en detrimento de los importados. El Reglamento ha entrado en vigor el vigésimo día siguiente al de su publicación en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* y se mantendrá en vigor hasta el 31 de diciembre de 2006.

— Directrices comunitarias sobre ayudas estatales en favor del medio ambiente (*DOCE*, núm. C 37, de 3 de febrero de 2001, pp. 3 ss.).

Las presentes Directrices sustituyen a las Directrices sobre ayudas estatales a favor del medio ambiente publicadas en 1994. Las nuevas Directrices adaptan la política comunitaria a los compromisos adquiridos en el marco del Protocolo de Kyoto.

— Comunicación de la Comisión a los Estados miembros por la que se modifica la Comunicación de la Comisión a los Estados miembros con arreglo al ap. 1 del art. 93 del Tratado CE por la que se aplican los arts. 92 y 93 del Tratado al seguro de crédito a la exportación a corto plazo (*DOCE*, núm. C 217, de 2 de agosto de 2001, pp. 2 ss.).

La presente Comunicación modifica la Comunicación de 1997 sobre el seguro de crédito a la exportación. Las modificaciones afectan a aspectos puntuales de la Comunicación de 1997, en particular, a la definición de los riesgos negociables. La Comunicación de 2001 establece la ampliación del período de validez de la Comunicación de 1997 (*DOCE*, núm. C 281, de 17 de septiembre de 1997, pp. 4 ss.) hasta el 31 de diciembre de 2004 y la aplicación de las modificaciones introducidas a partir del 1 de enero de 2002.

— Comunicación de la Comisión relativa a las ayudas estatales y el capital riesgo (*DOCE*, núm. C 235, de 21 de agosto de 2001, pp. 3 ss.).

La presente Comunicación precisa el posicionamiento de la Comisión en cuanto a la compatibilidad con el mercado común del papel del capital público en la generación de capital riesgo, teniendo en cuenta la política comunitaria de fomento del capital riesgo desarrollada desde el año 1998.

— Comunicación de la Comisión sobre la aplicación de las normas en materia de ayudas estatales a los servicios públicos de radiodifusión (*DOCE*, núm. C 320, de 15 de noviembre de 2001, pp. 5 ss.).

La presente Comunicación enuncia los principios que la Comisión seguirá en su aplicación del art. 87 y del ap. 2 del art. 86 del Tratado CE a la financiación estatal de los servicios públicos de radiodifusión. Esta Comunicación responde a las denuncias presentadas por operadores privados de radiodifusión ante supuestas violaciones de los principios del Tratado CE en relación con los sistemas de financiación pública creados a favor de los servicios públicos de radiodifusión.

— Comunicación de la Comisión relativa a la metodología de análisis de las ayudas estatales vinculadas a costes de transición a la competencia (http://europa.eu.int/comm/competition/state_aid/legislation/aid3.html).

El objeto de la presente Comunicación es precisar la forma en que la Comisión se propone aplicar, a la vista de la Directiva núm. 96/92/CE sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad, las normas del Tratado en relación a tales ayudas estatales.

— Decisión del Órgano de Vigilancia de la AELC, núm. 152/01/COL, de 23 de mayo de 2001, por la que se revisan las Directrices sobre la aplicación de las disposiciones de la ayuda estatal del EEE para la pro-

tección del medio ambiente y que modifica por vigésima octava vez las normas procesales y sustantivas en el campo de la ayuda estatal (*DOCE*, núm. L 237, de 6 de septiembre de 2001, pp. 16 ss.).

— Decisión que adapta la normativa vigente en el AELC en materia de ayudas estatales a favor del medio ambiente a las Directrices comunitarias sobre ayudas estatales a favor del medio ambiente que entraron en vigor el 1 de enero de 2001.

— Propuesta de Reglamento del Consejo sobre las ayudas estatales a la industria del carbón [Documento COM (2001) 109 final, de 25 de julio de 2001, http://europa.eu.int/eur-lex/es/com/dat/2001/es_501PC0423.html].

QUINTA PARTE

DOCUMENTACIÓN

PROYECTO DE LEY DE COORDINACIÓN
DE LAS COMPETENCIAS DEL ESTADO
Y LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS
EN MATERIA DE DEFENSA
DE LA COMPETENCIA
QUINTA PARTE

PROYECTO DE LEY

DOCUMENTACIÓN

En virtud de la Ley 1/1987, de 26 de febrero, por la que se adopta el sistema de referéndum expreso del sufragio de abstención.

(179) Proyecto de Ley.

ALBILLOS.

Asensio Quintana.

Proyecto de Ley de coordinación de las competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de defensa de la competencia.

Asensio.

Documentación de referencia: una recopilación legislativa propia, elaborada en el 340 del Reglamento y en el Gabinete de Estudios y Hacienda. Asimismo, publicar en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, esta vez en forma propia de documentos, por un período de quince días hábiles que finalizará el día 17 de septiembre de 2011.

En materia de dicho acuerdo se reserva la preferencia de modificación en el art. 67 del Reglamento de la Cámara.

Publica el Congreso la Ley Diputación de la parte de 2011 - 2. D. La Secretaría General del Congreso de las Diputaciones, Rafael García Escudero, 18/2/2011.

El Boletín Oficial de las Cortes Generales y el Boletín de las Cortes. En respuesta, para el Proyecto de Ley, 18/2/2011, 18/2/2011.

PROYECTO DE LEY DE COORDINACIÓN DE LAS COMPETENCIAS DEL ESTADO Y LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS EN MATERIA DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

PROYECTO DE LEY ¹

La Mesa de la Cámara, en su reunión del día de hoy, ha adoptado el acuerdo que se indica respecto del asunto de referencia.

(121) Proyecto de Ley.

121/000040.

Autor: Gobierno.

Proyecto de Ley de coordinación de las competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de defensa de la competencia.

Acuerdo:

Encomendar su aprobación con competencia legislativa plena, conforme al art. 148 del Reglamento, a la Comisión de Economía y Hacienda. Asimismo, publicar en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, estableciendo plazo de enmiendas, por un período de quince días hábiles, que finaliza el día 17 de septiembre de 2001.

En ejecución de dicho acuerdo se ordena la publicación de conformidad con el art. 97 del Reglamento de la Cámara.

Palacio del Congreso de los Diputados, 26 de junio de 2001.—P. D. La Secretaria General del Congreso de los Diputados, Piedad García Escudero Márquez.

¹ *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, VII Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, núm. 40-1, 29 de junio de 2001.

LEY DE COORDINACIÓN DE LAS COMPETENCIAS DEL ESTADO Y LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS EN MATERIA DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

I. La Sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de noviembre de 1999, dictada en los recursos de inconstitucionalidad acumulados núms. 2009/1989 y 2027/1989, estimó parcialmente los citados recursos y declaró la inconstitucionalidad de la cláusula «en todo o en parte del mercado nacional» contenida expresamente o por remisión en los arts. 4, 7, 9, 10, 11 y 25.a) y c) de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia.

Los efectos del fallo se traducen en la necesidad de establecer, mediante Ley estatal, el marco para el desarrollo de las competencias ejecutivas del Estado y las Comunidades Autónomas previstas en la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, y su desarrollo reglamentario.

II. Los Fundamentos Jurídicos en los que el Alto Tribunal basa el fallo parten del reconocimiento de que la materia denominada «defensa de la competencia», como tal, no se halla atribuida expresamente al Estado por la Constitución. Por consiguiente, en la medida en que el conjunto de competencias atribuidas al Estado por la Constitución no lo impidan, podrá corresponder a las Comunidades Autónomas en virtud de sus propios Estatutos.

Analizando los Estatutos de Autonomía, existen referencias más o menos generalizadas de atribución competencial a las Comunidades Autónomas en materia de «comercio interior», lo cual, conforme a la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en la sentencia antes citada, abarca la competencia relacionada con la «defensa de la competencia», si bien se restringe al ámbito ejecutivo, siendo en todo caso del Estado la competencia legislativa.

La conclusión que de ello se desprende es que las Comunidades Autónomas que así lo han previsto en sus Estatutos tienen competencias ejecutivas en relación con el «comercio interior» y, por ende, con la «defensa de la competencia».

No obstante, 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 —art. 149.1.13.^a a de la Constitución—, todo ello en aras a respetar la igualdad de las condiciones básicas de ejercicio de la actividad económica —arts. 139.1 y 149.1.1.^a de la Ley Fundamental—. Por esta razón, considera el Tribunal Constitucional que no sólo

la normación, sino todas las actividades ejecutivas que determinen la configuración real del mercado único de ámbito nacional han de atribuirse al Estado, al que corresponderán, por tanto, las actuaciones ejecutivas en relación con aquellas prácticas que puedan alterar la libre competencia en un ámbito supracomunitario o en el conjunto del mercado nacional, aunque tales actos ejecutivos deban realizarse en el territorio de cualquiera de las Comunidades Autónomas.

III. Por otro lado, el Tribunal Constitucional ha venido a imponer al Estado el deber de articular los mecanismos de coordinación que garanticen la uniformidad de la disciplina de la competencia en todo el mercado nacional y, desde luego, establecer los mecanismos de conexión pertinentes, siempre que resulten constitucional y estatutariamente correctos, y los imprescindibles mecanismos de colaboración e información recíproca.

IV. El FJ 8.º de la sentencia reconoce la vigencia de los preceptos de la Ley impugnada, a pesar de haber sido declarados nulos, hasta tanto el Estado no fije los puntos de conexión que permitan a las Comunidades Autónomas ejercer las competencias ejecutivas que les reconocen sus Estatutos de Autonomía. En caso contrario, se produciría un vacío normativo que atentaría contra los intereses constitucionalmente relevantes referidos a la defensa de la competencia.

A pesar de ello, el propio Tribunal Constitucional reconoce que la postergación en el tiempo de los efectos de la nulidad declarada genera una situación anómala y provisional que debe acabar cuanto antes invocando la lealtad constitucional que vincula al Estado para ponerle fin en el plazo más breve.

Por ello, debe adoptarse una iniciativa legislativa que establezca el marco para la ejecución de las competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas con pleno respeto a los criterios impartidos por el Tribunal Constitucional, iniciativa que acomete la presente Ley.

V. La Ley contiene cinco artículos que desarrollan los apartados que, según el Tribunal Constitucional, deben establecerse para el adecuado ejercicio de las competencias relacionadas con la defensa de la competencia, tres Disposiciones Adicionales, una Disposición Transitoria y una Disposición Final.

El artículo primero establece los puntos de conexión que delimitan genéricamente el ejercicio de las competencias por parte del Estado y de las Comunidades Autónomas. Estos puntos se basan en el FJ 7.º de la Sentencia de 11 de noviembre de 1999, según el cual, la competencia objetiva que cabe atribuir a las Comunidades Autónomas en materia de defensa de la competencia se halla limitada a aquellas actuaciones ejecutivas que hayan de realizarse en el territorio de cada Comunidad Autónoma y que no afecten al mercado supraautonómico. Ello implica que la competencia del Estado se extiende no sólo a la normación sino también a todas las actuaciones ejecutivas en relación con aquellas prácticas

que puedan alterar la libre competencia en el ámbito supraautonómico o en el conjunto del mercado nacional, aunque tales actuaciones se realicen en el territorio de una Comunidad Autónoma.

Este principio es reconocido como criterio general por la Ley y se extiende a las competencias respecto de los procedimientos que tengan por objeto actuaciones asociadas con los acuerdos prohibidos, las autorizaciones singulares de acuerdos prohibidos, el abuso de posición dominante y el falseamiento de la libre competencia por actos desleales. Además, con el fin de garantizar el adecuado ejercicio de las competencias, la seguridad jurídica de los operadores económicos y la uniformidad en la aplicación de las normas, todo ello en aras a minimizar los conflictos derivados de la interpretación de este criterio general, la Ley establece un conjunto de reglas adicionales tendentes a aclarar cuándo una conducta es competencia del Estado y cuándo lo es de una Comunidad Autónoma.

Dichas reglas, en definitiva, implican la atribución al Estado de la competencia relativa a conductas que puedan atentar contra la unidad de mercado nacional o contra principios reconocidos en la Constitución tales como el establecimiento de un equilibrio económico adecuado y justo entre las diversas partes del territorio español, la libertad de circulación y establecimiento de las personas y la libre circulación de bienes en todo el territorio nacional o la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales.

El artículo segundo establece un mecanismo dinámico y equilibrado de resolución de los conflictos que la aplicación de los puntos de conexión pueda generar. Los procedimientos de resolución de conflictos parten de un recíproco y simétrico suministro de información acerca de las denuncias o solicitudes de autorización recibidas o de actuaciones practicadas de oficio entre los órganos competentes en materia de defensa de la competencia de modo que, si surgen diferencias acerca de quién debe instruir y resolver un determinado procedimiento, una vez transcurrido un plazo prudencial para el detenido estudio de la cuestión, se emita un dictamen no vinculante por la Junta Consultiva en materia de Conflictos. Se prevé la participación de la Administración del Estado en la Junta Consultiva en materia de Conflictos, no sólo en los supuestos de controversia entre ésta y las Administraciones autonómicas, sino entre los que eventualmente puedan oponer a las Comunidades Autónomas entre sí, por considerarse que en este caso se está debatiendo sobre efectos supraautonómicos de las conductas de que se trate.

Dicha Junta Consultiva emitirá un dictamen valorando la atribución de la competencia de tramitación y resolución del procedimiento de que se trate.

Si las Administraciones en conflicto no asumen el resultado del dictamen, se contempla una remisión a lo dispuesto en la Ley Orgáni-

ca 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, a fin de que sea el Alto Tribunal el que decida acerca de qué Administración debe ser la que resuelva el procedimiento en cuestión a través del planteamiento de un conflicto, positivo o negativo, entre el Estado y las Comunidades Autónomas o entre éstas entre sí. No obstante, en la medida en que se prevén otros procedimientos de cooperación y coordinación entre las Administraciones en conflicto, la elevación de la cuestión ante el Tribunal Constitucional debe erigirse en última instancia de resolución de las cuestiones competenciales.

El artículo tercero regula la Junta Consultiva en materia de Conflictos, la cual, fiel a la naturaleza arbitral de este órgano, es paritaria. Así, se prevé su integración por un número igual de representantes designados tanto por el Estado como por las Comunidades Autónomas, siendo flexible el número total en función de las Comunidades Autónomas en conflicto, todo ello con la finalidad de mantener la citada paridad en su composición.

El artículo cuarto regula los aspectos institucionales relacionados con la ejecución por parte de las Comunidades Autónomas de las competencias en materia de defensa de la competencia. Entre dichos aspectos resalta la posibilidad de que, por vía convencional, los órganos estatales colaboren con aquellas Comunidades que no hayan institucionalizado los mecanismos orgánicos para desarrollar sus competencias; la Ley también establece el marco para la creación de instituciones competentes en materia de defensa de la competencia en las Comunidades Autónomas y aclara las normas de procedimiento aplicables a las actuaciones de dichos órganos.

Fiel a las directrices impuestas por el Tribunal Constitucional, el artículo cinco regula tres órdenes de mecanismos de coordinación para el armónico desarrollo de las competencias por el Estado y las Comunidades Autónomas; de un lado, crea el Consejo de Defensa de la Competencia, órgano que reúne a representantes de todas las Administraciones territoriales con competencia en la materia, cuyas funciones básicas se refieren a la centralización de la información relevante sobre la competencia en los mercados, a la discusión de los criterios conducentes a lograr la adecuada coordinación en la aplicación de la Ley y al informe de las disposiciones que regulen cuestiones relacionadas con la materia.

De otro lado, dicho precepto dedica un apartado especial a los mecanismos que aseguren la completa, simétrica y recíproca información acerca de las conductas restrictivas de la libre competencia de las que tengan conocimiento los órganos competentes a fin de posibilitar el desarrollo de sus funciones.

Por último, el artículo cinco atribuye legitimación al Servicio de Defensa de la Competencia para intervenir en los procedimientos tramitados por los órganos autonómicos, entendiendo esta legitimación como un instrumento de cierre para evitar diferencias en la doctrina que se siga a la hora de aplicar el ordenamiento de defensa de la competencia.

No cabe duda de que la uniformidad en la aplicación de las normas de defensa de la competencia se erige en elemento indispensable para garantizar la unidad del mercado nacional y la igualdad de las condiciones básicas de ejercicio de la actividad económica.

VI. La Disposición Adicional primera adapta las referencias en exclusiva al Servicio y al Tribunal de Defensa de la Competencia que figuran en el texto de la Ley 16/1989 ante la nueva realidad de órganos administrativos que se irán creando una vez puesto en práctica el modelo competencial previsto en la presente Ley.

La Disposición Adicional segunda reproduce el mandato del art. 36.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en la medida en que impone la traducción al castellano de todas las comunicaciones y notificaciones que los órganos de defensa de la competencia de las Comunidades Autónomas con lengua cooficial propia dirijan al Tribunal y al Servicio de Defensa de la Competencia, pues ello implica la producción de efectos de dichos escritos fuera del territorio de la respectiva Comunidad Autónoma.

La Disposición Adicional tercera deja a salvo las competencias que la legislación sectorial atribuye a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

La Disposición Transitoria prevé el ejercicio de las competencias de ejecución correspondientes a las Comunidades Autónomas por los órganos estatales hasta el momento en que aquellas que tengan previsión estatutaria hayan constituido sus respectivos órganos de defensa de la competencia; de no preverse este régimen supletorio, se correría el riesgo de incurrir en un vacío normativo y orgánico que podría impedir la persecución de conductas que puedan llegar a menoscabar la competencia en ámbitos autonómicos.

Art. 1. Puntos de conexión.

1. Corresponderá al Estado el ejercicio de las competencias reconocidas en la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, respecto de los procedimientos que tengan por objeto las conductas previstas en los arts. 1, 6 y 7 de la mencionada Ley, cuando las citadas conductas alteren o puedan alterar la libre competencia en un ámbito supraautonómico o en el conjunto del mercado nacional, aun cuando el ejercicio de tales competencias haya de realizarse en el territorio de cualquiera de las Comunidades Autónomas.

2. En todo caso, se considera que se altera o se puede alterar la libre competencia en un ámbito supraautonómico o en el conjunto del mercado nacional, en los siguientes casos:

a) Cuando una conducta altere o pueda alterar la libre competencia en un ámbito supraautonómico o en el conjunto del mercado nacional

o pueda afectar a la unidad de mercado nacional, entre otras causas, por la dimensión del mercado afectado, la cuota de mercado de la empresa correspondiente, la modalidad y alcance de la restricción de la competencia, o sus efectos sobre los competidores efectivos o potenciales y sobre los consumidores y usuarios, aun cuando tales conductas se realicen en el territorio de una Comunidad Autónoma.

b) Cuando una conducta pueda atentar contra el establecimiento de un equilibrio económico adecuado y justo entre las diversas partes del territorio español, implicar medidas que directa o indirectamente obstaculicen la libre circulación y establecimiento de las personas y la libre circulación de bienes en todo el territorio nacional, suponer la compartimentación de los mercados o menoscabar las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales, aun cuando tales conductas se realicen en el territorio de una Comunidad Autónoma.

3. Corresponderá a las Comunidades Autónomas con competencias en la materia el ejercicio en su territorio de las competencias reconocidas en la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, respecto de los procedimientos que tengan por objeto las conductas previstas en los arts. 1, 6 y 7 de la mencionada Ley cuando las citadas conductas, sin afectar a un ámbito superior al de una Comunidad Autónoma o al conjunto del mercado nacional, alteren o puedan alterar la libre competencia en el ámbito de la respectiva Comunidad Autónoma.

4. El ejercicio de las competencias relativas a las autorizaciones a las que se refiere el art. 4 de la Ley 16/1989, de 19 de julio, de Defensa de la Competencia, corresponderá al Estado o a las Comunidades Autónomas de acuerdo con los puntos de conexión establecidos en el presente artículo. No obstante, si después de otorgada una autorización por una Comunidad Autónoma se alteraran las circunstancias determinantes de la atribución competencial por afectar la conducta autorizada a un ámbito supraautonómico o al conjunto del mercado nacional, será necesaria una nueva autorización cuyo otorgamiento corresponderá a los órganos estatales de defensa de la competencia.

5. Corresponderá en todo caso al Estado:

a) La aplicación de las normas contenidas en el Capítulo II y Capítulo III del Título I de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia.

b) La autorización, mediante reglamentos de exención, de categorías de acuerdos, decisiones, recomendaciones, prácticas concertadas o conscientemente paralelas, a que se refiere el art. 5 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia.

c) La representación en materia de defensa de la competencia ante otras autoridades nacionales, Foros y Organismos Internacionales y, en concreto, ante la Unión Europea, la OCDE, la OMC y la UNCTAD.

Art. 2. Resolución de conflictos.

1. Las Comunidades Autónomas notificarán al Servicio de Defensa de la Competencia todas las denuncias y solicitudes de autorización singular recibidas en aplicación de la presente Ley, así como aquellas conductas detectadas de oficio respecto de las que existan indicios racionales de infracción, de acuerdo con lo establecido en el art. 5. En dicha notificación se expresará el órgano, estatal o autonómico, que se considere competente.

El órgano competente de la Comunidad Autónoma notificante podrá iniciar el procedimiento correspondiente si en el plazo de quince días el Director del Servicio de Defensa de la Competencia no comunica su opinión en contrario.

Si el Director del Servicio de Defensa de la Competencia considera de su competencia la aplicación de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, a la conducta notificada, se lo comunicará al órgano notificante.

Se entenderá que el órgano notificante mantiene su competencia si en el plazo de cinco días no remite las actuaciones al Servicio de Defensa de la Competencia.

Si el órgano notificante mantuviese su competencia sobre dicha conducta, el órgano competente de cualquiera de las Administraciones en conflicto solicitará la convocatoria de la Junta Consultiva en materia de Conflictos prevista en el art. 3 para que en el plazo de quince días emita su informe.

Emitido el informe previsto en el párrafo anterior, en el plazo de diez días se podrá iniciar el procedimiento por el órgano estatal o autonómico que se considere competente, sin perjuicio de la aplicación de lo establecido en el Capítulo II del Título IV de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional.

2. El Servicio de Defensa de la Competencia notificará a los órganos autonómicos correspondientes una nota sucinta de todas las denuncias y solicitudes de autorización singular recibidas y de las actuaciones practicadas de oficio; en dicha nota se expresará el órgano, estatal o autonómico, que se considere competente.

El órgano considerado competente en la nota sucinta remitida por el Servicio de Defensa de la Competencia podrá iniciar el procedimiento si en el plazo de quince días no recibe opinión en contrario de ningún otro órgano que recabe para sí la competencia; a estos efectos, el Servicio de Defensa de la Competencia dará traslado inmediato, en su caso, de la denuncia o solicitud de autorización singular recibida o de las actuaciones practicadas de oficio.

Si otro órgano autonómico se considera competente en relación con dicha conducta, el Servicio de Defensa de la Competencia o los órganos

autonómicos correspondientes solicitarán la convocatoria de la Junta Consultiva en materia de Conflictos prevista en el art. 3 para que en el plazo de quince días emita su informe.

Emitido el informe previsto en el párrafo anterior, en el plazo de diez días se podrá iniciar el procedimiento por el órgano estatal o autonómico que se considere competente, sin perjuicio de la aplicación de lo establecido en el Capítulo II del Título IV de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional.

3. Si el Director del Servicio de Defensa de la Competencia considera que la conducta notificada por el órgano competente de una Comunidad Autónoma de acuerdo con lo dispuesto en el art. 5.º no es de su competencia sino de la de una Comunidad Autónoma distinta de la notificante, se lo comunicará a los órganos competentes de ambas para que, en su caso, manifiesten o mantengan su competencia sobre dicha conducta en el plazo de quince días.

Si los órganos de ambas Comunidades Autónomas se consideran competentes sobre dicha conducta, el órgano estatal o los órganos competentes de cualquiera de las restantes Administraciones en conflicto solicitará la convocatoria de la Junta Consultiva en materia de Conflictos prevista en el art. 3 para que en el plazo de quince días emita su informe.

4. Si el conflicto se plantease con posterioridad a la incoación del procedimiento, incluso en la fase de resolución, se estará a lo dispuesto en los párrafos anteriores. La convocatoria de la Junta Consultiva en materia de Conflictos interrumpirá automáticamente el procedimiento que, en su caso, se estuviere tramitando y suspenderá el plazo para resolver y notificar la resolución.

5. Una vez incoados los expedientes sancionadores por los órganos competentes, podrán adoptar todas las medidas que estimen oportunas para que cesen las conductas infractoras; en especial advertirán al público de las conductas que hubieren dado lugar al acuerdo de incoación y de las medidas adoptadas para su cese.

6. En todo caso, lo dispuesto en este artículo se entiende sin perjuicio de la utilización de las vías jurisdiccionales pertinentes.

Art. 3. La Junta Consultiva en materia de Conflictos.

1. La Junta Consultiva en materia de Conflictos es el órgano consultivo especializado en el asesoramiento, mediante dictamen no vinculante, para la resolución de los conflictos de atribución de competencias que se susciten entre la Administración del Estado y de las Comunidades Autónomas o entre éstas entre sí con ocasión de la aplicación de la legislación de defensa de la competencia. En el ejercicio de sus funciones la Junta podrá recabar informe del Tribunal de Defensa de la Competencia.

2. El Presidente de la Junta Consultiva en materia de Conflictos será nombrado por el Ministro de Economía, oído el Consejo de Defensa

de la Competencia, entre personas de reconocido prestigio y con amplia experiencia en materia de defensa de la competencia. Su voto será dirimente en caso de empate y su mandato será de cinco años; no obstante, expirado el plazo de su mandato, continuará en el ejercicio de sus funciones hasta la toma de posesión del nuevo Presidente.

3. La Junta Consultiva en materia de Conflictos estará compuesta por el Presidente y los siguientes Vocales:

a) Por la Administración General del Estado, un representante designado por el Ministro de Economía, quien actuará como Secretario.

b) Por la Comunidad Autónoma en conflicto, dos representantes por ella designados.

Excepcionalmente, en el supuesto en que hubiese más de una Comunidad Autónoma afectada por el conflicto de competencias, se designará un solo representante por cada una de ellas. Si las Comunidades Autónomas en conflicto fueren tres o más, se elevará el número de representantes de la Administración General del Estado para garantizar la composición paritaria de la Junta. En todo lo referente al funcionamiento, convocatoria, reuniones y régimen de adopción de acuerdos de la Junta Consultiva en materia de Conflictos se estará a lo dispuesto, en materia de órganos colegiados, en el Capítulo II del Título II de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, sobre Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y en el Capítulo IV del Título II de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado.

Art. 4. Aspectos institucionales de la ejecución por parte de las Comunidades Autónomas de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia.

1. El Servicio de Defensa de la Competencia y el Tribunal de Defensa de la Competencia podrán celebrar convenios de colaboración con los órganos competentes de las Comunidades Autónomas para la instrucción y resolución de los procedimientos que tengan por objeto conductas que sean competencia tanto del Estado como de estas últimas. Dichos convenios establecerán las formas y mecanismos concretos a través de los cuales se instrumentará la referida colaboración.

2. Los procedimientos de ejecución establecidos en la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, serán aplicables a las actuaciones que desarrollen los órganos competentes de las Comunidades Autónomas.

Art. 5. Mecanismos de coordinación.

Uno. 1. El Consejo de Defensa de la Competencia es el órgano de colaboración, coordinación e información recíproca entre el Estado y las Comunidades Autónomas para promover la aplicación uniforme de la legislación de competencia.

El Consejo de Defensa de la Competencia actúa en Pleno, que se reunirá al menos una vez al año. En todo lo referente a su funcionamiento, convocatoria, reuniones y régimen de adopción de acuerdos, se estará a lo dispuesto, en materia de órganos colegiados, en el Capítulo II del Título II de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, sobre Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y en el Capítulo IV del Título II de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado.

2. El Pleno del Consejo de Defensa de la Competencia estará constituido por los siguientes miembros:

- un representante de cada una de las Comunidades Autónomas con competencias en materia de defensa de la competencia;
- un número igual de representantes de la Administración General del Estado nombrados por el Ministro de Economía, entre los cuales figurarán el Director del Servicio de Defensa de la Competencia, que lo presidirá, y tres Vocales del Tribunal de Defensa de la Competencia designados por su Presidente;
- un Secretario, con voz pero sin voto, nombrado por el Ministro de Economía.

3. El Consejo de Defensa de la Competencia, como órgano de participación y colaboración entre la Administración General del Estado y las Comunidades Autónomas, asumirá las siguientes funciones:

- Realizar el seguimiento periódico de la política de defensa de la competencia por parte de las distintas Administraciones Públicas.
- Promover el intercambio de información y la realización y publicación de estudios en los que se pongan de manifiesto los criterios seguidos por las distintas Administraciones en la aplicación de la normativa de defensa de la competencia y, en su caso, la necesidad de uniformizarlos.
- Informar sobre los proyectos de disposiciones de carácter general que afecten a las materias de la defensa de la competencia en las que las Comunidades Autónomas tienen competencias de ejecución.

Dos. Con el fin de facilitar la aplicación de la presente Ley, se establecen los siguientes mecanismos de información recíproca:

a) Las Comunidades Autónomas remitirán al Servicio de Defensa de la Competencia copia de todas las denuncias y solicitudes de autorización singular recibidas en aplicación de la presente Ley. Asimismo, notificarán al Servicio de Defensa de la Competencia aquellas conductas detectadas de oficio respecto de las que existan indicios racionales de infracción.

b) El Servicio de Defensa de la Competencia remitirá a los órganos autonómicos una nota sucinta de todas las denuncias y solicitudes de autorización singular que reciba y de las actuaciones practicadas de oficio respecto de las que existan indicios racionales de infracción que se refieran a conductas que afecten a su respectiva Comunidad Autónoma.

c) Cuando la conducta contemplada en los aps. *a)* y *b)* haya sido detectada de oficio, la notificación consistirá en una descripción de la conducta detectada, con indicación de las partes, del ámbito al que se extiende y de los motivos que justifican la iniciación del expediente.

d) El Servicio de Defensa de la Competencia comunicará a los órganos autonómicos correspondientes los expedientes incoados que afecten a su territorio.

Tres. Al objeto de procurar la aplicación uniforme de la Ley de Defensa de la Competencia, el Servicio de Defensa de la Competencia podrá comparecer, en calidad de interesado, en los procedimientos administrativos tramitados por los órganos de defensa de la competencia de las Comunidades Autónomas.

Los órganos autonómicos deberán comunicar al Servicio de Defensa de la Competencia los acuerdos y resoluciones adoptados tanto en la fase de instrucción como de resolución que pongan fin al procedimiento, con el fin de que éste pueda ejercer, en su caso, el recurso contra dichos acuerdos ante las instancias correspondientes.

Cuatro. El Servicio de Defensa de la Competencia y el Tribunal de Defensa de la Competencia, en el ejercicio de las funciones que les son propias, podrán recabar de los órganos autonómicos competentes los informes que consideren relevantes en relación con aquellas conductas que, afectando a un ámbito supraautonómico o al conjunto del mercado nacional, incidan de manera sensible en el territorio de la respectiva Comunidad Autónoma.

DISPOSICIONES ADICIONALES

Primera. Referencias al Tribunal y al Servicio de Defensa de la Competencia contenidas en la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia.

1. Las referencias al Tribunal de Defensa de la Competencia y al Servicio de Defensa de la Competencia que se contienen en los artículos de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, que se enumeran a continuación, se entenderán efectuadas a los órganos de las Comunidades Autónomas con competencias en la materia, cuando las potestades administrativas y los procedimientos en ellos regulados se ejerzan o tramiten en relación con conductas que, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 1 de la presente Ley, sean competencia de las Comunidades Autónomas: art. 4, art. 7, art. 9, art. 10, art. 11, art. 12, art. 13, art. 29, art. 31, art. 32, art. 33, art. 34, art. 36, art. 36 *bis*, art. 37, art. 38, art. 39, art. 40, art. 41, art. 42, art. 43, art. 44, art. 45, art. 46, art. 47, art. 48, art. 49, art. 51 *bis*, art. 53, art. 56.

2. Los órganos que en las Comunidades Autónomas ejerzan las funciones que en el Estado se atribuyan al Tribunal de Defensa de la Com-

petencia deberán actuar con independencia, cualificación profesional y sometimiento al ordenamiento jurídico.

Segunda. Traducción al castellano de las comunicaciones y notificaciones de las Comunidades Autónomas con lengua cooficial dirigidas al Servicio de Defensa de la Competencia.

En cumplimiento de lo dispuesto en el párrafo 3.º del art. 36 de la LRJAPAC todas las comunicaciones y notificaciones de los órganos competentes de las Comunidades Autónomas dirigidas al Servicio de Defensa de la Competencia y al Tribunal de Defensa de la Competencia contenidos en la presente Ley deberán ser traducidas al castellano.

Tercera. Competencias atribuidas a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

Lo dispuesto en la presente Ley se entiende sin perjuicio de las competencias que la legislación específica atribuye a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

DISPOSICIÓN TRANSITORIA

Única.

En tanto las Comunidades Autónomas no hayan constituido sus respectivos órganos de defensa de la competencia, el Estado seguirá ejerciendo las competencias que les correspondan.

DISPOSICIÓN FINAL

Única. Entrada en vigor.

La presente Ley entrará en vigor a los tres meses de su publicación en el *Boletín Oficial del Estado*.

ENMIENDAS AL PROYECTO DE LEY
DE COORDINACIÓN DE LAS COMPETENCIAS
DEL ESTADO Y LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS
EN MATERIA DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA.
CONGRESO DE LOS DIPUTADOS

ENMIENDAS E ÍNDICE DE ENMIENDAS AL PROYECTO DE LEY
DE COORDINACIÓN DE LAS COMPETENCIAS DEL ESTADO
Y LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS EN MATERIA
DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA ¹

En cumplimiento de lo dispuesto en el art. 97 del Reglamento de la Cámara, se ordena la publicación en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales* de las enmiendas presentadas en relación con el Proyecto de Ley de coordinación de las competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de defensa de la competencia (núm. expediente 121/000040), así como del índice de enmiendas al articulado.

Palacio del Congreso de los Diputados, 5 de noviembre de 2001.—P. A. El Secretario General Adjunto para Asuntos Parlamentarios del Congreso de los Diputados, Manuel Delgado-Iribarren García-Campero.

ENMIENDA NÚM. 1

PRIMER FIRMANTE:

Grupo Parlamentario Federal de Izquierda Unida

JUSTIFICACIÓN

El Grupo Parlamentario Federal de Izquierda Unida entiende que el Gobierno de la Nación ha procedido a regular la materia objeto de este Proyecto de Ley con demora en el tiempo y de forma deficiente.

Tarde por haberse dado más de dos años entre la Sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de noviembre de 1999 y este Proyecto de Ley. Tardanza especialmente dolorosa si tenemos en cuenta que el con-

¹ *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, Serie A: Proyectos de Ley, núm. 40-11, 8 de noviembre de 2001.

flicto subyacente entre Comunidades Autónomas y Administración General del Estado lleva más de una década recorriendo nuestra vida política y jurídica.

Pero este Proyecto de Ley no sólo llega tarde, sino que, a nuestro juicio, regula mal la materia objeto del mismo. El tono general de este Proyecto de Ley de «coordinación de las competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de defensa de la competencia» es claramente paternalista, neocentralista e innecesariamente tutelar.

El Tribunal Constitucional, en la citada Sentencia de 1999, no estableció que en materia de defensa de la competencia las Comunidades Autónomas debían ser autoridades administrativas vicarias de la Administración General del Estado. Más bien al contrario, lo que pone de relieve nuestro Alto Tribunal es que las Comunidades Autónomas, en virtud de su autonomía política, de su capacidad para cogenerar y vigilar el interés general del Estado español y de su propio acervo competencial, están perfectamente capacitadas para llevar a cabo, junto con la Administración General del Estado, la labor de defensa de la competencia.

Pues bien, el Proyecto de Ley de «coordinación de las competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de defensa de la competencia», redactado por el Gobierno del PP, apunta precisamente en la dirección opuesta. Dibuja unas Administraciones Públicas autonómicas menores de edad en materia de defensa de la competencia, necesitadas de la guía, el consejo y la decisión en última instancia de la Administración General del Estado. Sólo por este motivo el Grupo Parlamentario Federal de Izquierda Unida, desde su credo federal, debe rechazar este Proyecto de Ley.

Pero, a nuestro juicio, este Proyecto de Ley no sólo es rechazable por haber llegado tarde o por su tono contrario al derecho a la autonomía de las Comunidades Autónomas y a una comprensión integral o compuesta del Estado español. Este Grupo Parlamentario está convencido de que el propio término «competencia» y su hermano «defensa de la competencia» está en estos momentos en plena crisis en España.

En primer lugar, la libre competencia, por más que sea una necesidad, es más una entelequia que una realidad garantizada. Nunca un gran conglomerado empresarial bancario, energético o de telecomunicaciones español (por poner tres ejemplos notorios) ha sido, hasta la fecha, tratado en pie de igualdad como una pequeña empresa del sector. Se nos dirá que precisamente para eso se han establecido las normas *antitrust* en todo occidente y que ésa es la *raison d'être* de una amplia panoplia de organismos sectoriales reguladores de la competencia (*inter alia* Comisión Nacional del Mercado de Valores; Comisión de Mercado de las Telecomunicaciones; Tribunal de Defensa de la Competencia; etc.). Pero la propia ineficacia, amordazamiento político y permeabilidad a los intereses de las empresas en posesión de una posición de dominio en el mercado de dicho organismo nos hace recelar de los mismos hechos, bien conocidos de la actualidad, que no vienen sino a darnos la razón.

En este contexto este Proyecto de Ley de «coordinación de las competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de defensa de la competencia» viene a acentuar las debilidades del modelo español de defensa de la competencia, pues en vez de propiciar la colaboración y cooperación de las diferentes Administraciones Públicas competentes en la materia, se margina a las Comunidades Autónomas y se crean mecanismos jurídicos de cierre del sistema claramente antiparitarios y de notoria preponderancia de la Administración General del Estado. Si el autonomismo conflictual nunca es bueno para el Estado español, en un campo de especial complicación y fragilidad para la *res publica* como es éste, las consecuencias del enfoque propio del PP aún son más graves.

Por todo lo anterior, el Grupo Parlamentario Federal de Izquierda Unida presenta esta enmienda a la totalidad con petición de devolución del Proyecto de Ley de «coordinación de las competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de defensa de la competencia» al Gobierno de la Nación con petición de una nueva redacción más acorde con el texto y el espíritu del Título VIII de nuestra Constitución.

ENMIENDA NÚM. 2

PRIMER FIRMANTE:

Don Joan Puigercós i Boixassa (Grupo Parlamentario Mixto)

JUSTIFICACIÓN

Si bien la Sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de noviembre de 1999 incide en la necesidad mediante Ley estatal, el marco para el desarrollo de las competencias ejecutivas del Estado y las Comunidades Autónomas previstas en la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, y su desarrollo reglamentario, es muy dudoso que el Proyecto de Ley elaborado por el Gobierno del PP contemple los mecanismos necesarios para garantizar el equilibrio que debería presidir las relaciones entre las Comunidades Autónomas y el Estado cuando se aborda la resolución de un conflicto de competencias. De hecho, basta una lectura atenta del citado Proyecto de Ley para llegar a la conclusión de que, a pesar de su intento de aparentar todo lo contrario, el Gobierno pretende mantener a toda costa la hegemonía del Estado sobre las Comunidades Autónomas respecto a la resolución de los conflictos de atribución de competencias que se susciten entre la Administración del Estado y de las Comunidades Autónomas o entre éstas entre sí, con ocasión de la aplicación de la legislación de defensa de la competencia.

Dicha hegemonía del Estado contradice claramente los fundamentos jurídicos en que se sustenta la Sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de noviembre de 1999, que especifica que la materia denominada «defensa de la competencia», como tal, no se halla atribuida expresamente al Estado por la Constitución, de manera que, en la medida en que el

conjunto de competencias atribuidas al Estado por la Constitución no lo impidan, podrá corresponder a las Comunidades Autónomas en virtud de sus propios estatutos. Sin embargo, el texto impulsado por el Gobierno contiene numerosos ejemplos que demuestran que se mantiene la inercia de limitar la capacidad de maniobra de las Comunidades Autónomas en este terreno. Uno de los ejemplos más flagrantes nos lo ofrece el art. 3 del Proyecto de Ley, que establece que el Presidente de la Junta Consultiva en materia de conflictos (con voto dirimente en caso de empate) será nombrado por el Ministro de Economía y que en el supuesto en que hubiese más de una Comunidad Autónoma afectada por el conflicto se designará un solo representante por cada una de ellas y otro representante designado por el Ministro de Economía, añadiendo que si las Comunidades Autónomas fueren tres o más se elevaría el número de representantes de la Administración General del Estado.

Por otra parte, la evidencia que el supuesto equilibrio entre el Estado y las Comunidades Autónomas, al afrontar la resolución de los conflictos de atribución de competencias, es una falacia que esconde la preponderancia del Estado choca frontalmente con las conclusiones del Libro Blanco de la Comisión Europea de 1999 sobre esta materia. En dichas conclusiones se apuesta por la máxima descentralización posible de los mecanismos de resolución de conflictos en materia de defensa de la competencia, una descentralización que obviamente no se producirá en el caso de que prospere la Proposición de Ley del Gobierno del PP.

Por todos estos motivos, solicitamos la devolución al Gobierno del Proyecto de Ley de coordinación de las competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de defensa de la competencia.

ENMIENDA NÚM. 3

PRIMER FIRMANTE:

Doña Begoña Lasagabaster Olazábal (Grupo Parlamentario Mixto)

JUSTIFICACIÓN

El Gobierno ha presentado el Proyecto de Ley de coordinación de las competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de defensa de la competencia, a fin de adaptar la Ley 16/1989, de 19 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), a lo decidido por el Tribunal Constitucional, en su Sentencia 208/1999, de 11 de noviembre de 1999.

Estimando la pretensión de las actoras, el fallo declaró inconstitucional la cláusula «en todo o en parte del mercado nacional», contenida, expresamente o por remisión, en determinados artículos de la LDC y ordenó elaborar una ley estatal estableciendo los criterios de conexión pertinentes. La declaración de inconstitucionalidad de los preceptos se debe a que desconocen las competencias ejecutivas que, sobre defensa de la competencia, deben quedar reconocidas a aquellas Comunidades Autó-

nomas que dispongan de Estatutos de Autonomía con atribuciones en materia de comercio interior. El TC entiende que esta referencia competencial al comercio interior abarca, asimismo, la defensa de la comEs-tado la competencia legislativa.

A falta de delimitación expresa, atendiendo a la teleología de lo ordenado por la sentencia del TC, debemos inferir que las competencias ejecutivas de las CCAA se extienden a todos los supuestos restrictivos de la competencia contemplados por la LDC. Ello supone que tales competencias ejecutivas deben de considerarse referidas a las conductas *per se* prohibidas, por sus efectos nocivos sobre la competencia (las colusiones o carteles del art. 1; el abuso de posición dominante del art. 6; el falseamiento de la libre competencia por actos desleales del art. 7 LDC); así como a otros supuestos, en principio, no prohibidos, sino sometidos a control por sus posibles repercusiones negativas sobre la competencia (las concentraciones, art. 1.418, y las ayudas públicas, art. 19 LDC).

Sin embargo, contrariamente a esta interpretación teleológica, la Ley de coordinación propuesta por el Gobierno contempla tan sólo la descentralización de las funciones ejecutivas relativas a las conductas prohibidas por la LDC (arts. 1, 6 y 7), orillando los casos de control de las concentraciones y de las ayudas públicas (arts. 1.418 y 19), algo que, a nuestro modo de ver, implica un reconocimiento únicamente parcial, a todas luces restrictivo, de las competencias ejecutivas, a las que estimamos se refiere, con carácter general, el TC en su sentencia.

Pero, además de restringir el ámbito material de las actuaciones ejecutivas de las Comunidades Autónomas, el proyecto presentado establece todo un sistema dirigido a articular una falsa descentralización. No sólo eso, sino que las propuestas de creación de nuevos órganos, los mecanismos de información recíproca, etc., que se contemplan, parecen no tener otro sentido que el de fiscalizar, desde los organismos centrales, la labor de las instancias autonómicas, mermando así aún más, si cabe, esta competencia ejecutiva en materia de defensa de la competencia, que les ha sido finalmente reconocida (diez años después de publicarse la LDC).

Los citados «mecanismos de información recíproca», por ejemplo, se configuran de tal modo que resultan poco operativos respecto del objeto al que deben servir: la descentralización de las competencias ejecutivas. Exigen la gestión de una ingente cantidad de información, lo cual incrementa enormemente la labor administrativa y entorpece los procesos. Así que los mecanismos propuestos para llevar a cabo la coordinación se nos antojan, francamente, redundantes y excesivos. Si bien se indica que su finalidad es la de «facilitar la aplicación de la presente Ley», su contenido parece orientarse en la dirección opuesta. La obligación de las instancias autonómicas de remitir, a los órganos centrales, toda la información que reciban o la participación concurrente de diversos órganos en las mismas funciones contribuye a complicarla.

De este modo, la propuesta se presenta como un medio para tratar de anular las competencias propias de las CCAA, contrariamente a lo ordenado por el TC en su sentencia. Pero, además, genera otro efecto negativo. Contribuye a prolongar innecesariamente los procedimientos administrativos que, no olvidemos, afectan a los operadores económicos, restándoles así la celeridad y el dinamismo necesarios para el desarrollo de su actividad. En definitiva, del texto legal propuesto parece desprenderse que el Gobierno presenta un mayor interés y preocupación por centralizar y controlar esta materia (en detrimento de las CCAA) que por salvaguardar y fomentar la eficiencia económica y la competitividad de las empresas.

Por todas estas consideraciones y sus graves consecuencias no podemos prestar nuestro apoyo a los criterios de coordinación de las competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de defensa de la competencia que contiene la iniciativa del Gobierno y, por ende, solicitamos la devolución del Proyecto de Ley.

ENMIENDA NÚM. 4

PRIMER FIRMANTE:

Don Carlos Aymerich Cano (Grupo Parlamentario Mixto)

JUSTIFICACIÓN

La Sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de noviembre de 1999, en su FJ 8.º, imponía al Estado la obligación de poner fin, en el plazo más breve posible, a la situación generada a raíz de la nulidad provisional de determinados artículos de la Ley de Defensa de la Competencia (LDC). Con evidente retraso, el Gobierno presenta este Proyecto de Ley que establece los criterios de conexión en materia de defensa de la competencia entre el Estado y las Comunidades Autónomas, pero trazando un diseño centralizado y apenas respetuoso con las legítimas aspiraciones competenciales de las Comunidades Autónomas en esta materia.

La delimitación del concepto de defensa de la competencia, desde la perspectiva competencial, no puede ser realizada sin hacer referencia al ordenamiento comunitario europeo, pues los principios inspiradores en esta materia son idénticos y la finalidad perseguida por la regulación de la competencia es garantizar la libertad de empresa, en cuanto pueda verse amenazada por el juego incontrolado de las tendencias naturales del mercado. La normativa comunitaria, que es directamente aplicable en España y que ha sido incorporada a la Ley de Defensa de la Competencia, se ha materializado, desde la perspectiva de su aplicación, en la concurrencia de los órganos comunitarios competentes en defensa de la competencia y de las autoridades de los Estados miembros, siempre con respeto del principio de autonomía institucional de éstos. Esta concurrencia competencial pone de relieve que la Unión Europea no ha asumido todas las competencias para la aplicación de la normativa en

esta materia, sin que por ello quiebre el principio de unidad del mercado comunitario. Lo cual es lógico, pues dicha unidad se garantiza a través de la vigencia de una misma normativa sin que su aplicación por diversas Administraciones altere la homogeneidad necesaria.

A pesar de esta clara analogía, el Gobierno presenta un Proyecto de Ley que se aparta de ese modelo, pues contiene una regulación que, además de la capacidad normativa ejercida por el Estado, reserva al mismo amplias facultades de ejecución en defensa de la competencia en detrimento de las facultades que las Comunidades Autónomas tienen en esta materia, especialmente si las relacionamos con las competencias exclusivas de éstas en comercio interior. Sería bastante más respetuoso y leal con el reparto de las competencias afectadas derivado de la Constitución plasmar un marco uniforme y reservar la ejecución del mismo a las Comunidades Autónomas, excepto únicamente en aquellos casos en que los efectos de las conductas o situaciones prohibidas desborden claramente ese ámbito.

El presente Proyecto de Ley no se limita a establecer criterios de conexión y coordinación entre el Estado y las CCAA en la materia que regula, sino que va bastante más allá, al pretender establecer una redistribución de las competencias ejecutivas en materia de defensa de la competencia, en oposición clara con las atribuciones competenciales autonómicas. Para ello, se opone a las competencias autonómicas «la unidad de mercado nacional» como referencia argumental sobre la que se construyen los puntos de conexión, pero olvidando deliberadamente que si bien de la Constitución se deriva la unicidad del orden económico en todo el Estado, tal unidad, sin embargo —como ya ha señalado el Tribunal Constitucional—, no significa uniformidad, ya que la misma configuración del Estado español y la existencia de entidades con autonomía política supone necesariamente una diversidad de regímenes jurídicos. Por tanto, es perfectamente admisible la compatibilidad entre la unidad económica y de mercado con la diferenciación jurídica derivada de la diversidad de intervenciones de las Comunidades Autónomas en el ámbito económico, más aún en este caso, donde la uniformidad está garantizada por la existencia de una normativa común.

Rechazamos, pues, la ambigua y difusa concreción de los puntos de conexión en materia de defensa de la competencia que establece este Proyecto, pues no se corresponden con la necesaria reserva al Estado de tutelar conductas o actuaciones en defensa de la competencia que realmente exceden del ámbito territorial de una Comunidad Autónoma y exigen esa intervención por su repercusión en la integridad del mercado estatal, sino que extienden las atribuciones del Estado de forma excesiva, reduciendo a mínimos la posibilidad de intervención autonómica, vaciando de ese modo las competencias autonómicas.

Por otra parte, también se proyecta un esquema centralizado de colaboración y coordinación, al atribuirse la aplicación uniforme de la LDC al Servicio de Defensa de la Competencia, que es un órgano del Estado,

en un intento de subordinación jerárquica de los órganos que puedan crear en el futuro las CCAA para la defensa de la competencia en su ámbito. La legitimación del Servicio de Defensa de la Competencia en los procedimientos administrativos tramitados por los órganos de las CCAA no puede imponerse desde una norma estatal, y únicamente responde a un afán primordial de seguir manteniendo la dirección en la ejecución de la política de defensa de la competencia en manos del Estado, aun interfiriendo en competencias autonómicas, a pesar de la clara delimitación ordenada por el Tribunal Constitucional.

ENMIENDA NÚM. 5

PRIMER FIRMANTE:

Don José Núñez Castaín (Grupo Parlamentario Mixto)

JUSTIFICACIÓN

La reforma institucional de nuestro sistema legal de defensa de la competencia que se persigue con este Proyecto de Ley de coordinación de las competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de defensa de la competencia debería haberse abordado en el marco, más general, de la actualización de nuestra legislación antimonopolio, vigente desde 1989 (Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia), con el fin de adecuarlo a las previsiones del Libro Blanco de la Comisión Europea de 1999, sobre la modernización de las normas de aplicación de los arts. 85 y 86 del Tratado de la CE.

Precisamente, una de las principales conclusiones del citado Libro Blanco de la Comisión Europea pasa por el desarrollo de una política de aplicación descentralizada de las normas de la competencia, trasladando a las autoridades nacionales, ya estatales, ya autonómicas o regionales, facultades de ejecución que actualmente residen en las autoridades comunitarias.

Conclusión que no se ve reflejada en el espíritu de este Proyecto de Ley que tiene más bien un corte centralista.

Por otro lado, el Proyecto de Ley no responde a su enunciado porque se limita a dar cumplimiento a una Sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de noviembre de 1999 que declaró inconstitucionales algunos párrafos del texto de la citada Ley 16/1989 que no habían tenido en cuenta la competencia ejecutiva de las Comunidades Autónomas en materia de defensa de la competencia. La coordinación de las competencias estatales y autonómicas es un concepto más amplio, supone, en primer lugar, determinar cuáles son los ámbitos en que aquellas competencias de ejecución podrán ejercitarse por parte de las Comunidades Autónomas (conductas prohibidas, concentraciones económicas y ayudas públicas) y, sólo entonces, en segundo lugar, regular legalmente los criterios de coordinación entre los órganos estatales y autonómicos encargados de velar por la

defensa de la libre competencia. Es, por tanto, un proyecto limitado e incompleto y, por tanto, ineficaz, pues pretende establecer una coordinación entre competencias de las administraciones sin previamente haber definido exactamente esas competencias.

ENMIENDA NÚM. 6

PRIMER FIRMANTE:

Grupo Parlamentario Vasco (EAJPNV)

Enmienda a la totalidad, de devolución.

De acuerdo con el art. 110.3 del Reglamento de la Cámara, las enmiendas a la totalidad versan sobre la oportunidad, los principios o el espíritu del Proyecto de Ley.

En presente caso no puede cuestionarse la pertinencia de una norma de rango legal que fije los criterios de conexión determinantes de la atribución al Estado y a las Comunidades Autónomas de las competencias ejecutivas previstas en el marco normativo vigente en materia de defensa de la competencia. Hace ya casi tres años que la Sentencia del Tribunal Constitucional 208/1999, de 11 de noviembre, instaba al Estado a aprobar, «en el plazo más breve posible», una norma de estas características y, más recientemente, la Disposición Final segunda de la Ley 52/1999, de 28 de diciembre, urgía al Gobierno a presentar en el Congreso de los Diputados, antes del 1 de octubre del año 2000, el Proyecto de Ley que abordara esta regulación.

Empero, el mismo mandato jurisprudencial que sirve para defender no ya la oportunidad, sino, incluso, el deber jurídico de abordar una regulación legal de los criterios de conexión anteriormente citados, obliga a oponerse a los principios y el espíritu del Proyecto de Ley presentado por el Gobierno para regular la coordinación de las competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de defensa de la competencia.

En efecto, aunque la sentencia reseñada se limita a declarar la inconstitucionalidad de la cláusula «en todo o en parte del mercado nacional», contenida expresamente o por remisión en los arts. 4, 7, 9, 10, 11 y 25.a) y c) de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, lo hace sobre una base argumental que no es de exclusiva aplicación a los concretos preceptos declarados inconstitucionales por el Alto Tribunal, siendo igualmente válida para los supuestos de intervención previstos en los arts. 14 y 19 de la mencionada Ley.

Ciertamente, los términos en los que se plantea el litigio fuerzan al Alto Tribunal a circunscribir su declaración de inconstitucionalidad a los artículos arriba señalados, pero lo que el razonamiento de la sentencia considera contrario al orden constitucional de distribución de competencias es «la pretensión de universalidad en la atribución al Estado de

las competencias ejecutivas (...) [que] atribuye al Tribunal y al Servicio de Defensa de la Competencia la totalidad de la función aplicativa». El Proyecto de Ley ignora esta circunstancia y continúa reservando exclusivamente al Estado todas las actuaciones ejecutivas que la defensa de la competencia puede exigir llevar a cabo en el ámbito de las concentraciones económicas y de las ayudas públicas. El Alto Tribunal afirma en la repetida sentencia que «la competencia ejecutiva atribuida a las Comunidades Autónomas por sus respectivos Estatutos no puede resultar enervada por la legislación del Estado»; pero el proyecto que nos ocupa sigue manteniendo enervada parte de la competencia ejecutiva autonómica que enervó la Ley de Defensa de la Competencia declarada inconstitucional.

Por otro lado, el Proyecto no da satisfacción a la función que le encomienda el Tribunal Constitucional en la sentencia señalada. El Alto Tribunal delimita las competencias estatales y autonómicas en el ámbito de la defensa de la competencia, postulando que mientras el Estado es competente para llevar a cabo «las actuaciones ejecutivas en relación con aquellas prácticas que puedan alterar la libre competencia en un ámbito supracomunitario y el conjunto del mercado nacional, aunque tales actuaciones se realicen en el territorio de cualquiera de las Comunidades Autónomas», a éstas —o, más concretamente, a aquellas que gocen de competencias en materia de comercio exterior— corresponden «las actuaciones ejecutivas que hayan de realizarse en su territorio y que no afecten al mercado supracomunitario». Este supuesto, lo que el Alto Tribunal requiere al legislador es la fijación de unos criterios de conexión que definan, con claridad, objetividad y certeza, en qué concretos supuestos intervienen los órganos estatales de defensa de la competencia y en qué otros corresponde actuar a los autonómicos; o, dicho de otro modo, que establezca unos criterios objetivos que permitan determinar con precisión cuándo nos hallamos ante prácticas o actuaciones que, por afectar o alterar la libre competencia en el ámbito supracomunitario o en el conjunto del mercado nacional, requieren la intervención de los órganos estatales de defensa de la competencia, y cuándo, por el contrario, las prácticas contrarias a la competencia no superan el territorio de una Comunidad Autónoma y, por tanto, reclaman la intervención de los órganos autonómicos.

El Proyecto, sin embargo, se limita a reproducir las afirmaciones del Alto Tribunal que trazan genéricamente la frontera que separa las competencias estatales de las autonómicas en materia de defensa de la competencia, sin dar cumplimiento a lo que aquél le exige, que consiste, precisamente, en definir unos criterios que permitan al operador jurídico determinar con exactitud cuándo el supuesto de hecho que hipotéticamente pudiera presentársele se sitúa a un lado de la línea divisoria y cuándo se ubica en el otro.

Esta indefinición del Proyecto obliga a incorporar a su articulado un complicado y poco operativo procedimiento de resolución de conflictos

que concluye con el posible planteamiento de un conflicto de competencias ante el Tribunal Constitucional, lo que, en esencia, supone reenviar de nuevo la resolución del problema al Alto Tribunal, algo, ciertamente, poco oportuno cuando se están adoptando medidas legislativas para aliviar la fuerte congestión que padece este órgano jurisdiccional.

ENMIENDA NÚM. 7

PRIMER FIRMANTE:

Doña Begoña Lasagabaster Olazábal (Grupo Parlamentario Mixto)

Enmienda, de modificación, al art. 1.1.

Se propone introducir las referencias de dos artículos más de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (14 y 19), y suprimir la frase «... aun cuando el ejercicio de tales competencias haya de realizarse en el territorio de cualquiera de las Comunidades Autónomas».

Texto definitivo: «Art. 1. Puntos de conexión. 1. Corresponderá al Estado el ejercicio de las competencias reconocidas en la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, respecto de los procedimientos que tengan por objeto las conductas previstas en los arts. 1, 6, 7, 14 y 19 de la mencionada Ley, cuando las citadas conductas alteren o pueda alterar la libre competencia en un ámbito supraautonómico o en el conjunto del mercado nacional».

JUSTIFICACIÓN

En el fallo de la Sentencia del TC 208/1999, de 11 de noviembre, que obliga a la revisión de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), ordena textualmente: «... declarar inconstitucional la cláusula “en todo o en parte del mercado nacional” contenida expresamente o por remisión en los arts. 4, 7, 9, 11 y 25.a) y c)»...». Es la respuesta a los recursos de inconstitucionalidad interpuestos por los representantes del Gobierno Vasco y de la Generalitat de Catalunya, por considerar que los arts. 4, 7, 9, 10.1 y 4, 11, 12.2, 20, 25.a) y c), 31, 32.1, 33.1, 34.2 y 3, 35, 36 a 49 (Tít. III, Cap. I), 53 y la Disposición Transitoria primera, ap. 1, invadían sus ámbitos de competencias.

Por parte del TC ni de las mencionadas CCAA existe alusión alguna a los arts. 14 y 19 de la LDC relativos al control de las concentraciones de empresas y de las ayudas públicas, respectivamente. Sin embargo, no olvidemos que la pretensión de las actoras y la resolución del TC consisten en declarar la inconstitucionalidad de determinados preceptos de la LDC, por desconocer las competencias ejecutivas de la legislación estatal sobre defensa de la competencia atribuidas a las CCAA en sus Estatutos.

Pues bien, si ha quedado reconocido que las CCAA que disponen de Estatutos de Autonomía en dicho sentido tienen competencias para llevar a cabo la ejecución de la legislación estatal sobre defensa de la competencia, entendemos que tal atribución no puede quedar limitada a determinados sectores de la LDC, sino que ha de referirse a toda ella. Por tanto, atendiendo a la teleología de lo ordenado por la STC, las competencias ejecutivas de las CCAA habrán de extenderse a todos los supuestos restrictivos de la competencia contemplados por la LDC.

Entre ellos se distinguen (esquemáticamente):

a) Las conductas *per se* prohibidas, por sus defectos restrictivos de la competencia:

— Las colusiones o carteles (art. 1 LDC).

No obstante, bajo determinadas condiciones (arts. 2 y 3), éstas gozan de un régimen de exención (arts. 4 y 5).

— El abuso de posición dominante (art. 6 LDC).

— El falseamiento de la libre competencia por actos desleales (art. 7 LDC).

b) Otros supuestos, en principio, no prohibidos, sino sometidos a control, por sus posibles repercusiones negativas sobre la competencia:

— Las concentraciones (art. 1.418 LDC, procedimiento de control).

— Las ayudas públicas (art. 19 LDC).

Sin embargo, la Ley de coordinación que aquí se propone contempla únicamente la descentralización de las funciones ejecutivas relativas a las conductas prohibidas por la LDC (arts. 1, 6 y 7), orillando los casos de control de las concentraciones y de las ayudas públicas (arts. 1.418 y 19), al que, a nuestro modo de ver, implica un reconocimiento únicamente parcial, limitado de las competencias ejecutivas, en general, a las que estimamos se refiere el TC en su sentencia.

ENMIENDA NÚM. 8

PRIMER FIRMANTE:

Doña Begoña Lasagabaster Olazábal (Grupo Parlamentario Mixto)

Enmienda, de supresión, al art. 1.2.

Se propone la supresión de todo el punto 2 del primer párrafo.

JUSTIFICACIÓN

— El ap. a) constituye una alusión repetida al ámbito supraautonómico o al mercado nacional, por hallarse ya recogida en el punto 1.

— El ap. b), relativo a la libre circulación de las personas, etc., resulta innecesario. Se halla fuera de lugar, por tratarse de una referencia a cuestiones ajenas a la materia de defensa de la competencia.

— De la redacción y el empeño por describir dichos conceptos se extrae la impresión de que se pretende limitar sospechosamente el ámbito de actuación reconocido a las CCAA. Además, su texto choca con el contenido del inciso final del punto 3.

ENMIENDA NÚM. 9

PRIMER FIRMANTE:

Doña Begoña Lasagabaster Olazábal (Grupo Parlamentario Mixto)

Enmienda, de modificación, al art. 1.3.

Se propone introducir las referencias de dos nuevos artículos de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (14 y 19), y sustituir el término «conductas» por «supuestos».

Texto definitivo: «3. Corresponderá a las Comunidades Autónomas con competencias en la materia el ejercicio de su territorio de las competencias reconocidas en la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, respecto de los procedimientos que tengan por objeto los supuestos previstos en los arts. 1, 6, 7, 14 y 19 de la mencionada Ley, cuando los citados supuestos, sin afectar a un ámbito superior al de una Comunidad Autónoma o al conjunto del mercado nacional, alteren o puedan alterar la libre competencia en el ámbito de la respectiva Comunidad Autónoma».

ENMIENDA NÚM. 10

PRIMER FIRMANTE:

Doña Begoña Lasagabaster Olazábal (Grupo Parlamentario Mixto)

Enmienda, de supresión, al art. 1.5.a).

Texto que se propone: Se propone suprimir todo el ap. a) del punto 5 correspondiente al primer artículo.

JUSTIFICACIÓN

En el fallo de la Sentencia del TC 208/1999, de 11 de noviembre, que obliga la revisión de la Ley 16/1989, de 7 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), ordena textualmente: «... declarar inconstitucional la cláusula “en todo o en parte del mercado nacional” contenida expresamente o por remisión en los arts. 4, 7, 9, 11 y 25.a) y c)...». Es la respuesta a los recursos de inconstitucionalidad interpuestos por los representantes del Gobierno Vasco y de la Generalitat de Catalunya, por considerar que los arts. 4, 7, 9, 10.1 y 4, 11, 12.2, 20, 25.a) y c), 31, 32.1, 33.1, 34.2 y 3, 35, 36 a 49 (Tít. III, Cap. I), 53 y la Disposición Transitoria primera, ap. 1, invadían sus ámbitos de competencias.

Por parte del TC ni de las mencionadas CCAA existe alusión alguna a los arts. 14 y 19 de la LDC, relativos al control de las concentraciones de empresas y de las ayudas públicas, respectivamente. Sin embargo, no olvidemos que la pretensión de las actoras y la resolución del TC consisten en declarar la inconstitucionalidad de determinados preceptos de la LDC, por desconocer las competencias ejecutivas de la legislación estatal sobre defensa de la competencia atribuidas a las CCAA en sus Estatutos.

Pues bien, si ha quedado reconocido que las CCAA que disponen de Estatutos de autonomía en dicho sentido tienen competencias para llevar a cabo la ejecución de la legislación estatal sobre defensa de la competencia, entendemos que tal atribución no puede quedar limitada a determinados sectores de la LDC, sino que ha de referirse a toda ella. Por tanto, atendiendo a la tecnología de lo ordenado por la STC, las competencias ejecutivas de las CCAA habrán de extenderse a todos los supuestos restrictivos de la competencia contemplados por la LDC.

Entre ellos se distinguen (esquemáticamente):

a) Las conductas *per se* prohibidas, por sus efectos restrictivos de la competencia:

— Las colusiones o carteles (art. 1 LDC).

No obstante, bajo determinadas condiciones (arts. 2 y 3), éstas gozan de un régimen de exención (arts. 4 y 5).

— El abuso de posición dominante (art. 6 LDC).

— El falseamiento de la libre competencia por actos desleales (art. 7 LDC).

b) Otros supuestos, en principio, no prohibidos, sino sometidos a control, por sus posibles repercusiones negativas sobre la competencia:

— Las concentraciones (art. 1.418 LDC, procedimiento de control).

— Las ayudas públicas (art. 19 LDC).

Sin embargo, la Ley de coordinación que aquí se propone contempla únicamente la descentralización de las funciones ejecutivas relativas a las conductas prohibidas por la LDC (arts. 1, 6 y 7), orillando los casos de control de las concentraciones y de las ayudas públicas (arts. 1.418 y 19), algo que, a nuestro modo de ver, implica un reconocimiento únicamente parcial, limitado, de las competencias ejecutivas, en general, a las que estimamos se refiere el TC en su Sentencia.

ENMIENDA NÚM. 11

PRIMER FIRMANTE:

Doña Begoña Lasagabaster Olazábal (Grupo Parlamentario Mixto)

Enmienda, de supresión, al art. 2.1.

Texto propuesto: Se propone la supresión del punto 1 correspondiente al art. 2.

JUSTIFICACIÓN

De este art. 2, que lleva el rótulo de «Resolución de conflictos», criticamos antes de nada su ubicación: ¿A qué conflictos se refiere? Atendiendo a una mejor ordenación sistemática de la norma, se echa en falta una primera referencia a los «mecanismos de coordinación» (contenidos en el art. 5), para luego establecer los correspondientes mecanismos de resolución de conflictos que puedan suscitarse a raíz de lo dispuesto.

El párrafo número 1 del art. 2 se enmarca en el contexto del art. 5.Dos, relativo a los «mecanismos de información recíproca» que se establecen para «todas las denuncias y solicitudes de autorización singular». Esto no tiene otro sentido que el de fiscalizar, desde los órganos centrales, la labor de las instancias autonómicas, mermando así su competencia ejecutiva en materia de defensa de la competencia, que les ha sido finalmente reconocida (diez años después de publicada la LDC).

Además, dichos «mecanismos de información recíproca» no hacen más que retrasar los procedimientos que, no olvidemos, afectan a los operadores económicos, por lo que restan en celeridad y el dinamismo necesarios para el desarrollo de su actividad. Del texto legal propuesto parece desprenderse que el Gobierno presenta un mayor interés por centralizar y controlar esta materia (en detrimento de las CCAA), que por salvaguardar y fomentar la eficiencia económica y la competitividad de las empresas.

ENMIENDA NÚM. 12

PRIMER FIRMANTE:

Doña Begoña Lasagabaster Olazábal (Grupo Parlamentario Mixto)

Enmienda, de supresión, al art. 2.2, 3, 4, 5 y 6.

Texto que se propone: Se propone suprimir los puntos 2, 3, 4, 5 y 6 del art. 2.

JUSTIFICACIÓN

Continuando en la línea del razonamiento expuesto para la enmienda al punto 1 del art. 2, criticamos el envío al Servicio de Defensa de la Competencia de la información relativa a «todas las denuncias y solicitudes de autorización singular recibidas y de las actuaciones practicadas de oficio», para que ésta, a través de una nota sucinta, remita dicha información a los órganos autonómicos correspondientes, indicando el órgano estatal o autonómico que se considere competente. Además, ni tan siquiera se exige que tal indicación sea motivada.

Consideramos que se trata de un instrumento innecesario; que exige la gestión de una ingente cantidad de información, lo cual incrementa enormemente la labor administrativa y entorpece los procesos. Los mecanismos propuestos para llevar a cabo la coordinación se nos antojan, francamente, redundantes y excesivos. Si la ley prevé la creación de un órgano *ad hoc*, como es el Consejo de Defensa de la Competencia (*vid.* art. 5.Uno.1: «... órgano de colaboración, coordinación e información recíproca entre el Estado y las CCAA, para promover la aplicación uniforme de la legislación de competencia»), ¿a qué finalidad responde establecer la obligación de remitir toda esa información al SDC? Si bien el art. 5.Dos indica que su finalidad es la de «facilitar la aplicación de la presente Ley», su contenido parece orientarse en la dirección opuesta. La participación de dos órganos (Consejo de Defensa de la Competencia y Servicio de Defensa de la Competencia) en las mismas funciones contribuye a complicarla.

Por otro lado, a su vez, constituye un medio más para tratar de anular las competencias propias de las CCAA, contrariamente a lo ordenado por el TC en su Sentencia.

ENMIENDA NÚM. 13

PRIMER FIRMANTE:

Doña Begoña Lasagabaster Olazábal (Grupo Parlamentario Mixto)

Enmienda, de supresión, al art. 5.2.

JUSTIFICACIÓN

De este art. 2, que lleva el rótulo de «Resolución de conflictos», criticamos antes de nada su ubicación: ¿A qué conflictos se refiere? Atendiendo a una mejor ordenación sistemática de la norma, se echa en falta una primera referencia a los «mecanismos de coordinación» (contenidos en el art. 5), para luego establecer los correspondientes mecanismos de resolución de conflictos que puedan suscitarse a raíz de lo dispuesto.

El párrafo número 1 del art. 3 se enmarca en el contexto del art. 5.Dos, relativo a los «mecanismos de información recíproca» que se establecen para «todas las denuncias y solicitudes de autorización singular». Esto no tiene otro sentido que el de fiscalizar, desde los órganos centrales, la labor de las instancias autonómicas, mermando así su competencia ejecutiva en materia de defensa de la competencia, que les ha sido finalmente reconocida (diez años después de publicada la LDC).

Además, dichos «mecanismos de información recíproca» no hacen más que retrasar los procedimientos que, no olvidemos, afectan a los operadores económicos, por lo que restan en celeridad y el dinamismo necesarios para el desarrollo de su actividad. Del texto legal propuesto parece desprenderse que el Gobierno presenta un mayor interés por cen-

tralizar y controlar esta materia (en detrimento de las CCAA), que por salvaguardar y fomentar la eficiencia económica y la competitividad de las empresas.

ENMIENDA NÚM. 14

PRIMER FIRMANTE:

Doña Begoña Lasagabaster Olazábal (Grupo Parlamentario Mixto)

Enmienda, de supresión, al art. 5.3.

JUSTIFICACIÓN

Al Servicio de Defensa de la Competencia se le reconocen expresamente facultades para fiscalizar y, desde luego, obstaculizar el libre desarrollo de las facultades ejecutivas reconocidas a las instancias autonómicas en materia de defensa de la competencia. El absoluto sometimiento de las mismas a la Administración Central, que posibilita el precepto que se propone suprimir, no tiene disimulo. Algo que evidentemente no concuerda con la finalidad a la que ha de servir la elaboración de esta Ley de coordinación.

ENMIENDA NÚM. 15

PRIMER FIRMANTE:

Doña Begoña Lasagabaster Olazábal (Grupo Parlamentario Mixto)

Enmienda, de adición, a la Disposición Adicional primera.

Texto que se propone: Se propone introducir también los arts. 14 a 19 de la Ley de Defensa de la Competencia en la relación de artículos que recoge esta Disposición Adicional.

JUSTIFICACIÓN

Además de la justificación recogida en la enmienda al punto 1 del art. 1, no olvidemos que el Servicio de Defensa de la Competencia es una Dirección General del Ministerio de Economía y Hacienda, cuyo director representa una instancia de carácter político.

ENMIENDA NÚM. 16

PRIMER FIRMANTE:

Grupo Parlamentario de Coalición Canaria

Enmienda, de adición, al art. 1.4, párrafo primero.

Se propone el siguiente texto: «4. El ejercicio de las competencias relativas a las autorizaciones a las que se refiere el art. 4 de la Ley 16/1989,

de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, y la aplicación de las normas contenidas en su Capítulo II y Capítulo III corresponderá al Estado o a las Comunidades Autónomas de acuerdo con los puntos de conexión establecidos en el presente artículo». (Resto igual.)

JUSTIFICACIÓN

Correlativamente con la justificación de la enmienda a la letra *a*) del ap. 5 del art. 1, en este párrafo primero del ap. 4 se deben ampliar las facultades tanto del Estado como de las Comunidades Autónomas a los casos de concentraciones económicas y ayudas públicas, según afecten a un único ámbito autonómico y no sean significativos en el ámbito nacional o bien que afecten a un ámbito supraautonómico o al conjunto del mercado nacional.

Nótese también el error en el texto publicado en el *Boletín Oficial de las Cortes* en este ap. 4, donde se indica el «19 de julio» como fecha de aprobación de la Ley 16/1989, en lugar de «17 de julio».

ENMIENDA NÚM. 17

PRIMER FIRMANTE:

Grupo Parlamentario de Coalición Canaria

Enmienda, de supresión, al art. 1.5.a).

Se propone la supresión de la letra *a*) del punto 5.

JUSTIFICACIÓN

La letra *a*) del ap. 5 del art. 1 atribuye en exclusiva al Estado la aplicación de las normas contenidas en el Capítulo II y en el Capítulo III de la Ley 16/1989, relativos las concentraciones económicas y a las ayudas del Estado. Esta atribución resulta contraria tanto a la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en su Sentencia de 11 de noviembre de 1999, como a los principios de distribución de competencias que el propio Proyecto de Ley establece en su art. 1, porque no está teniendo en cuenta que el mercado afectado tanto por una concentración económica como por una ayuda pública se puede circunscribir al ámbito de una sola Comunidad Autónoma, en cuyo caso ésta debería ser la única competente para intervenir disciplinando ese mercado. Actualmente la Ley 16/1989, de 17 de julio, en su art. 14, exige que se notifiquen los proyectos en los que se adquiriera o se incremente una cuota igual o superior al 25 por ciento del mercado nacional «o de un mercado geográfico definido dentro del mismo», es decir, en este último caso, está admitiendo que la concentración sólo pueda afectar a un ámbito autonómico y no sea significativa en el ámbito nacional, en tal caso, por tanto, la competencia para

conocer de dicho proyecto de concentración o de ayudas públicas debería corresponder a la Comunidad Autónoma en cuestión y no al Estado en exclusiva como pretende el texto enmendado.

ENMIENDA NÚM. 18

PRIMER FIRMANTE:

Grupo Parlamentario de Coalición Canaria

Enmienda, de adición, al art. 2, punto 1, primer párrafo, y punto 2, primer párrafo.

Texto propuesto: «1. Las Comunidades Autónomas notificarán al Servicio de Defensa de la Competencia mediante nota sucinta todas las denuncias, solicitudes de autorización singular y proyectos de concentraciones económicas y de ayudas públicas recibidas en aplicación de la presente Ley, así como aquellas conductas detectadas de oficio respecto de las que existan indicios racionales de infracción, de acuerdo con lo establecido en el art. 5.Dos. En dicha notificación se expresará el órgano, estatal o autonómico, que se considere competente». (Resto igual.)

«2. El Servicio de Defensa de la Competencia notificará a los órganos autonómicos correspondientes una nota sucinta de todas las denuncias y solicitudes de autorización singular y de los proyectos de concentraciones económicas de ayudas públicas recibidas, así como de las actuaciones practicadas de oficio; en dicha nota se expresará el órgano, estatal o autonómico, que se considere competente». (Resto igual.)

JUSTIFICACIÓN

Idéntica justificación que la de la enmienda al art. 5.Dos, letras *a*) y *b*), relativa a los mecanismos de información recíproca, en los que debe partirse de una posición recíproca y simétrica entre Comunidades Autónomas y órganos estatales de defensa de la competencia. Por otro lado se debe ampliar la obligación de suministro de información a los casos de concentraciones económicas y ayudas públicas.

ENMIENDA NÚM. 19

PRIMER FIRMANTE:

Grupo Parlamentario de Coalición Canaria

Enmienda, de modificación, al art. 5.Dos, letras *a*) y *b*).

Se propone el siguiente texto: «*a*) Las Comunidades Autónomas remitirán al Servicio de Defensa de la Competencia nota sucinta de todas las denuncias y solicitudes de autorización singular, así como de los proyectos de concentraciones económicas y de ayudas públicas recibidas en

aplicación de la presente Ley. Asimismo, notificarán al Servicio de Defensa de la Competencia aquellas conductas detectadas de oficio respecto de las que existan indicios racionales de infracción. b) El Servicio de Defensa de la Competencia remitirá a los órganos autonómicos una nota sucinta de todas las denuncias y solicitudes de autorización singular, así como de los proyectos de concentraciones económicas y de ayudas públicas que reciba y de las actuaciones practicadas de oficio respecto de las que existan indicios racionales de infracción que se refieren a conductas que afecten a su respectiva Comunidad Autónoma».

JUSTIFICACIÓN

En el establecimiento de los mecanismos de información recíproca no debería distinguirse la calidad y cantidad de la información que deben suministrarse entre sí las CCAA y el Servicio de Defensa de la Competencia. No encaja en una actitud de deberes mutuos que las CCAA deban entregar «una copia de todas» y cada una de las denuncias y solicitudes al Servicio de Defensa de la Competencia, y que éste, en cambio, sólo deba notificar una «copia sucinta» de las que afecten a la respectiva Comunidad Autónoma. Este desigual trato va en contra del espíritu del propio Proyecto de Ley que en su Exposición de Motivos (ap. V) declara que «los procedimientos de resolución de conflictos parten de un recíproco y simétrico suministro de información».

Por otro lado, de acuerdo con las justificaciones a las enmiendas al art. 1, también se debe ampliar la obligación de suministro de información a los casos de concentraciones económicas y ayudas públicas.

ENMIENDA NÚM. 20

PRIMER FIRMANTE:

Grupo Parlamentario de Coalición Canaria

Enmienda, de modificación, al art. 5.Tres, párrafos primero y segundo.

«Tres. Al objeto de procurar la aplicación uniforme de la Ley de Defensa de la Competencia, el Servicio de Defensa de la Competencia podrá comparecer, en calidad de interesado, en los procedimientos administrativos tramitados por los órganos de defensa de la competencia de las Comunidades Autónomas. Igual facultad se atribuye a los órganos correspondientes de las Comunidades Autónomas en la medida en que afecten a su ámbito territorial los procedimientos tramitados por el Servicio de defensa de la competencia. Los órganos autonómicos y los estatales en materia de defensa de la competencia deberán comunicarse entre sí los acuerdos y resoluciones adoptados tanto en la fase de instrucción como de resolución que ponga fin al procedimiento, con el fin de que puedan ejercer, en su caso, el recurso contra dichos acuerdos ante las instancias correspondientes».

JUSTIFICACIÓN

Idéntica justificación que la de las enmiendas anteriores: debe respetarse la posición recíproca y simétrica entre las Comunidades Autónomas y los órganos estatales en cuanto a los mecanismos de información mutua.

ENMIENDA NÚM. 21**PRIMER FIRMANTE:**

Grupo Parlamentario de Coalición Canaria

Enmienda, de adición, Disposición Adicional (nueva).

Se propone la adición de una nueva Disposición Adicional con el siguiente texto: «Disposición Adicional. 1.º De acuerdo con el art. 46 del Estatuto de Autonomía de Canarias y el 299.2 del Tratado constitutivo de las Comunidades Europeas, en la aplicación de las disposiciones de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, especialmente las contenidas en su Título I, así como en los reglamentos que se dicten para su desarrollo y ejecución, se tendrán en cuenta las características estructurales y permanentes del Archipiélago Canario y sus exigencias especiales, derivadas de su situación ultraperiférica, a fin de que las condiciones de competencia no supongan un obstáculo para su desarrollo. 2.º Los órganos correspondientes de defensa de la competencia tendrán en consideración las condiciones previstas en el apartado anterior y sus efectos sobre la competencia, en el inicio, instrucción y resolución de los expedientes que se tramiten para la adopción de medidas dirigidas al mantenimiento o restablecimiento de la competencia efectiva, especialmente en materia de autorizaciones singulares de acuerdos, decisiones, recomendaciones y prácticas a que se refiere el art. 1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, así como en la imposición de sanciones, en el control de concentraciones económicas y en el examen de las ayudas de Estado».

JUSTIFICACIÓN

Las regiones ultraperiféricas de la Unión Europea debido a su peculiar situación estructural social y económica, derivada de su «gran lejanía, insularidad, reducida superficie, relieve y clima adversos y dependencia económica de un reducido número de productos», gozan en el ordenamiento comunitario de una aplicación más flexible de las políticas comunes —incluida la política de la competencia—. En este contexto se sitúa el Archipiélago Canario, en cuyo *status* —reconocido en el art. 299.2 del TCE— puede derivar un régimen específico para ciertas categorías de acuerdos, decisiones y prácticas concertadas o un régimen singular de

ayudas del Estado para fomentar su desarrollo regional (elevación de cuantías exentas, intensidades, etc.). Sin embargo, estas circunstancias particulares, que se reconocen y amparan en el ámbito comunitario, no han tenido reflejo alguno ni en el texto de la vigente Ley 16/1989, ni en las sucesivas reformas.

La presente enmienda trata de evitar, de acuerdo con el Estatuto de Autonomía de Canarias y con el *status* jurídico de las regiones ultraperiféricas previsto en el art. 299.2 del Tratado constitutivo de las Comunidades Europeas, que una aplicación rígida de la política de defensa de la competencia imponga condiciones más gravosas para el Archipiélago sin tener en cuenta su situación estructural desfavorable.

ENMIENDA NÚM. 22

PRIMER FIRMANTE:

Grupo Parlamentario Federal de Izquierda Unida

Enmienda, de supresión.

Eliminar la expresión «su voto será dirimente en caso de empate y».

JUSTIFICACIÓN

Evitar que un órgano que nace con vocación paritaria se convierta *de facto* en un foro de ratificación de las decisiones tomadas por la Administración General del Estado, a través del voto de calidad del Presidente de la Junta Consultiva.

ENMIENDA NÚM. 23

PRIMER FIRMANTE:

Grupo Parlamentario Federal de Izquierda Unida

Enmienda, de adición.

Añadir un nuevo ap. 4 al art. 3 con el siguiente texto: «Los dictámenes se adoptarán por consenso de los miembros de la Junta Consultiva y cuando éste sea imposible de alcanzar, se emitirá un dictamen que contenga un resumen de los diferentes puntos de vista jurídicos expresados por los miembros de la misma, todo ello sin perjuicio de lo estipulado en el último párrafo del número anterior de este artículo en relación a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y a la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado».

JUSTIFICACIÓN

Evitar que un órgano que nace con vocación paritaria se convierta *de facto* en un foro de ratificación de las decisiones tomadas por la Administración General del Estado, a través del voto de calidad del Presidente de la Junta Consultiva.

ENMIENDA NÚM. 24**PRIMER FIRMANTE:**

Don Joan Puigercós i Boixassa (Grupo Parlamentario Mixto)

Enmienda, de supresión, al art. 1.2.a).

Suprimir el siguiente texto: «o pueda afectar a la unidad de mercado nacional».

ENMIENDA NÚM. 25**PRIMER FIRMANTE:**

Don Joan Puigercós i Boixassa (Grupo Parlamentario Mixto)

Enmienda, de supresión, al art. 1.2.b).

ENMIENDA NÚM. 26**PRIMER FIRMANTE:**

Don Joan Puigercós i Boixassa (Grupo Parlamentario Mixto)

Enmienda, de supresión, al art. 1.4.

Suprimir totalmente el segundo párrafo, desde «No obstante...» hasta «defensa de la competencia».

ENMIENDA NÚM. 27**PRIMER FIRMANTE:**

Don Joan Puigercós i Boixassa (Grupo Parlamentario Mixto)

Enmienda, de supresión, al art. 1.5.a) y c).

ENMIENDA NÚM. 28**PRIMER FIRMANTE:**

Don Joan Puigercós i Boixassa (Grupo Parlamentario Mixto)

Enmienda, de modificación, a los párrafos primero, segundo, cuarto y quinto del art. 2.1.

El contenido del primer párrafo sería el siguiente: «1. Las Comunidades Autónomas facilitarán al Servicio de Defensa de la Competencia

una nota sucinta de todas las denuncias y solicitudes de autorización singular recibidas y de las actuaciones practicadas de oficio. En dicha nota se expresará el órgano, estatal o autonómico, que se considera competente».

El segundo párrafo quedaría así: «El órgano competente de la Comunidad Autónoma notificante podrá iniciar el procedimiento correspondiente si en el plazo de diez días el Director del Servicio de Defensa de la Competencia no comunica su opinión en contrario».

El texto del cuarto párrafo sería el siguiente: «Se entenderá que el órgano notificante mantiene su competencia si en el plazo de siete días no remite las actuaciones al Servicio de Defensa de la Competencia».

El quinto párrafo quedaría así: «Si el órgano notificante mantuviese su competencia sobre dicha conducta, el órgano competente de cualquiera de las Administraciones en conflicto solicitará la convocatoria de la Junta Consultiva en materia de Conflictos prevista en el art. 3 para que en el plazo de diez días emita su informe».

ENMIENDA NÚM. 29

PRIMER FIRMANTE:

Don Joan Puigcercós i Boixassa (Grupo Parlamentario Mixto)

Enmienda, de modificación, al segundo párrafo del art. 2.2.

El texto sería el siguiente: «El órgano considerado competente en la nota sucinta remitida por el Servicio de Defensa de la Competencia podrá iniciar el procedimiento si en el plazo de diez días no recibe opinión en contrario de ningún otro órgano que recabe para sí la competencia; a estos efectos, el Servicio de Defensa de la Competencia dará traslado inmediato, en su caso, de la denuncia o solicitud de autorización singular recibida o de las actuaciones practicadas de oficio».

ENMIENDA NÚM. 30

PRIMER FIRMANTE:

Don Joan Puigcercós i Boixassa (Grupo Parlamentario Mixto)

Enmienda, de modificación, al art. 3.2.

El texto sería el siguiente: «2. El Presidente de la Junta Consultiva en materia de Conflictos será nombrado a propuesta del Ministro de Economía y con la aprobación del Consejo de Defensa de la Competencia, por mayoría cualificada de 3/5 partes de los miembros del Consejo. Si no se obtuviera la mayoría necesaria, el Ministro de Economía presentaría otro candidato en el plazo de cinco días, el cual requeriría también el apoyo de las 3/5 partes de los miembros del Consejo, y así sucesivamente hasta obtener un candidato consensuado».

ENMIENDA NÚM. 31**PRIMER FIRMANTE:**

Don Joan Puigcercós i Boixassa (Grupo Parlamentario Mixto)

Enmienda, de modificación, al art. 5.Uno.1.

Sustituir: «la aplicación uniforme de la legislación de competencia».
Por: «la aplicación de la legislación de competencia».

ENMIENDA NÚM. 32**PRIMER FIRMANTE:**

Don Joan Puigcercós i Boixassa (Grupo Parlamentario Mixto)

Enmienda, de modificación, al art. 5.Uno.2.

Sustituir: «... un número igual de representantes de la Administración General del Estado nombrados por el Ministro de Economía, entre los cuales figurarán el Director del Servicio de Defensa de la Competencia, que lo presidirá, y tres Vocales del Tribunal de Defensa de la Competencia designados por su Presidente». Por: «... el Director del Servicio de Defensa de la Competencia, que lo presidirá, y tres Vocales del Tribunal de Defensa de la Competencia designados por su Presidente».

ENMIENDA NÚM. 33**PRIMER FIRMANTE:**

Don Joan Puigcercós i Boixassa (Grupo Parlamentario Mixto)

Enmienda, de modificación, al art. 5.Dos.a).

El texto sería el siguiente: «a) Las Comunidades Autónomas remitirán al Servicio de Defensa de la Competencia una nota sucinta de todas las denuncias y solicitudes de autorización singular que reciba y de las detectadas de oficio respecto de las que existan indicios racionales de infracción».

ENMIENDA NÚM. 34**PRIMER FIRMANTE:**

Don Joan Puigcercós i Boixassa (Grupo Parlamentario Mixto)

Enmienda, de supresión, al art. 5.3.

ENMIENDA NÚM. 35**PRIMER FIRMANTE:**

Don Joan Puigcercós i Boixassa (Grupo Parlamentario Mixto)

Enmienda, de modificación, a la Disposición Adicional segunda.

El texto sería el siguiente: «Segunda. Las comunicaciones y notificaciones de los órganos competentes de las Comunidades Autónomas

con lengua cooficial dirigidas al Servicio de la Competencia, podrán ser presentadas en la lengua propia, sin perjuicio de que sean traducidas al castellano».

ENMIENDA NÚM. 36

PRIMER FIRMANTE:

Don José Núñez Castaín (Grupo Parlamentario Mixto)

Enmienda, de adición.

Añadir un tercer párrafo al art. 1.4 con el siguiente texto: «Del mismo modo, si después de otorgada una autorización por el Tribunal de Defensa de la Competencia se alteraran las circunstancias determinantes de la atribución competencial por no afectar ya la conducta autorizada a un ámbito supraautonómico o al conjunto del mercado nacional, será necesaria una nueva autorización cuyo otorgamiento corresponderá a los órganos autonómicos de defensa de la competencia».

JUSTIFICACIÓN

En congruencia con el reconocimiento a las Comunidades Autónomas de competencias ejecutivas sobre la materia de defensa de la competencia.

ENMIENDA NÚM. 37

PRIMER FIRMANTE:

Don José Núñez Castaín (Grupo Parlamentario Mixto)

Enmienda, de supresión.

Modificación del art. 1.5. Se propone el siguiente texto: «Corresponderá al Estado o a las Comunidades Autónomas, de acuerdo con los puntos de conexión establecidos en el presente artículo: a) La aplicación de las normas contenidas en el Capítulo II y Capítulo III del Título I de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia. b) La autorización, mediante reglamentos de exención, de categorías de acuerdos, decisiones, recomendaciones, prácticas concertadas o conscientemente paralelas, a que se refiere el art. 5 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia».

JUSTIFICACIÓN

En coherencia con el reconocimiento de competencias ejecutivas a las Comunidades Autónomas en materia de defensa de la competencia, también deben atribuirse a aquéllas las correspondientes a concentra-

ciones económicas (Capítulo II) y ayudas públicas (Capítulo III), del Título I de la Ley de Defensa de la Competencia (en adelante LDC). Aunque el Tribunal Constitucional no lo haya contemplado no existe motivo alguno para excluir estos ámbitos de la LDC de las competencias ejecutivas reconocidas a las Comunidades Autónomas. En cuanto a la supresión del ap. c), no debe excluirse la posibilidad de que las Comunidades Autónomas puedan tener representación institucional en materia de defensa de la competencia ante instancias supranacionales.

ENMIENDA NÚM. 38

PRIMER FIRMANTE:

Don José Núñez Castaín (Grupo Parlamentario Mixto)

Enmienda, de modificación.

Modificación del art. 2.2, párrafos primero y segundo. Se propone el siguiente texto: «En tanto afecten a su respectiva Comunidad Autónoma, el Servicio de Defensa de la Competencia notificará a los órganos autonómicos correspondientes todas las denuncias y solicitudes de autorización singular recibidas, así como de las actuaciones practicadas de oficio. En dicha notificación se expresará el órgano, estatal o autonómico, que se considere competente. El órgano considerado competente en la notificación remitida por el Servicio de Defensa de la Competencia podrá iniciar el procedimiento si en el plazo de quince días no recibe opinión en contrario de ningún otro órgano que recabe para sí la competencia; a estos efectos, el Servicio de Defensa de la Competencia dará traslado inmediato, en su caso, de la denuncia o solicitud de autorización singular recibida o de las actuaciones practicadas de oficio».

JUSTIFICACIÓN

Dar idéntico tratamiento de los órganos autonómicos y estatal de defensa de la competencia. Obligación de notificar, no de remitir una «nota sucinta», como señala el texto enmendado, en la medida en que ello mejorará la coordinación entre todas las Administraciones y no supondrá un aumento excesivo de la carga de trabajo del Servicio de Defensa de la Competencia (según la Memoria de Actividades del Servicio de Defensa de la Competencia correspondiente a 1999, durante dicho año se iniciaron 154 actuaciones frente a presuntas conductas prohibidas, de las cuales 149 se iniciaron previa denuncia y sólo 9 de oficio. El número de expedientes de autorizaciones singulares tramitados durante dicho año ascendió a 29).

ENMIENDA NÚM. 39**PRIMER FIRMANTE:****Don José Núñez Castaín (Grupo Parlamentario Mixto)**

Enmienda, de modificación.

Modificación del art. 2.3, párrafo primero. Se propone el siguiente texto: «Si el Director del Servicio de Defensa de la Competencia considera que la conducta notificada por el órgano competente de una Comunidad Autónoma de acuerdo con lo dispuesto en el art. 5.Dos no es de su competencia sino de la de una Comunidad Autónoma distinta de la notificante, se lo comunicará en el plazo de quince días a los órganos competentes de ambas para que, en su caso, manifiesten o mantengan su competencia sobre dicha conducta en el plazo de quince días».

JUSTIFICACIÓN

Fijar un plazo para realizar las comunicaciones a las que se refiere el texto.

ENMIENDA NÚM. 40**PRIMER FIRMANTE:****Don José Núñez Castaín (Grupo Parlamentario Mixto)**

Enmienda, de modificación.

Modificación del art. 2.5. Se propone el siguiente texto: «En los casos de expedientes sancionadores, una vez incoados por los órganos competentes, podrán éstos adoptar todas las medidas que estimen oportunas para que cesen las conductas infractoras; en especial advertirán al público de las conductas que hubieren dado lugar al acuerdo de incoación y de las medidas adoptadas para su cese».

JUSTIFICACIÓN

Aclarar que también puede tratarse de expediente para otorgar una autorización singular que no tienen carácter sancionador.

ENMIENDA NÚM. 41**PRIMER FIRMANTE:****Don José Núñez Castaín (Grupo Parlamentario Mixto)**

Enmienda, de modificación.

Modificación del art. 3.1. Se propone el siguiente texto: «La Junta Consultiva en materia de Conflictos es el órgano consultivo especializado

en el asesoramiento, mediante dictamen no vinculante, para la resolución de los conflictos de atribución de competencias que se susciten entre la Administración del Estado y de las Comunidades Autónomas o entre éstas entre sí con ocasión de la aplicación de la legislación de defensa de la competencia. En el ejercicio de sus funciones la Junta podrá recabar informe del Tribunal de Defensa de la Competencia, así como de los órganos autonómicos competentes en materia de defensa de la competencia».

JUSTIFICACIÓN

En coherencia con el reconocimiento de competencias ejecutivas a las Comunidades Autónomas en materia de defensa de la competencia.

ENMIENDA NÚM. 42

PRIMER FIRMANTE:

Don José Núñez Castaín (Grupo Parlamentario Mixto)

Enmienda, de modificación.

Modificación del art. 5.Uno.3, segundo guión (—). Se propone el siguiente texto: «Promover el intercambio de información y la realización y publicación de estudios en los que se pongan de manifiesto los criterios seguidos por las distintas Administraciones en la aplicación de la normativa de defensa de la competencia para, en su caso, impulsar el establecimiento de criterios uniformes en la aplicación de la misma».

JUSTIFICACIÓN

Mejora de redacción y eliminación del término «uniformizarlos».

ENMIENDA NÚM. 43

PRIMER FIRMANTE:

Don José Núñez Castaín (Grupo Parlamentario Mixto)

Enmienda, de modificación.

Modificación del art. 5.Dos.b). Se propone el siguiente texto: «El Servicio de Defensa de la Competencia remitirá a los órganos autonómicos copia de todas las denuncias y solicitudes de autorización singular que reciba y de las actuaciones practicadas de oficio respecto de las que existan indicios racionales de infracción que se refieran a conductas que afecten a su respectiva Comunidad Autónoma».

JUSTIFICACIÓN

Dar idéntico tratamiento a los órganos, estatal y autonómicos, en lo que se refiere a los mecanismos de información periódica objeto de este apartado.

ENMIENDA NÚM. 44

PRIMER FIRMANTE:

Grupo Parlamentario Vasco (EAJPNV)

Enmienda, de modificación, al art. 1, aps. 1, 2 y 3.

Se propone la siguiente redacción: «Art. 1. Criterios de conexión. 1. A los efectos de esta Ley, la distribución de funciones entre el Estado y las Comunidades Autónomas con competencias en materia de comercio interior, en relación con todas las actuaciones ejecutivas previstas en la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, se realizará de acuerdo con los criterios de conexión que se establecen en el presente artículo. 2. Corresponderán al Estado las actuaciones ejecutivas que establece la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, respecto a los procedimientos que tengan por objeto las conductas y prácticas previstas en la mencionada Ley, cuando las mismas puedan alterar la libre competencia en un ámbito supraautonómico o en el conjunto del mercado nacional, aunque tales actuaciones se realicen en el territorio de cualquiera de las Comunidades Autónomas. Se entenderá, de acuerdo con lo dispuesto en el párrafo anterior, que corresponden a las Comunidades Autónomas con competencias en materia de comercio interior las actuaciones ejecutivas que se ajusten a los siguientes criterios de conexión: a) Que la empresa o empresas implicadas en las conductas y prácticas tengan su domicilio social en la Comunidad Autónoma y realicen en el territorio de la misma la mayor parte de su volumen de operaciones, entendiéndose por tal el importe total de las contraprestaciones, excluido el Impuesto sobre el Valor Añadido, obtenido en el ejercicio inmediato anterior por la empresa en las entregas de bienes y prestaciones de servicios realizadas en su actividad. b) Que la empresa o empresas implicadas en las conductas y prácticas no alcancen una incidencia superior a una cuota del 25 por ciento del mercado nacional.»

MOTIVACIÓN

Corregir las importantes deficiencias técnicas y de fondo que presenta este artículo del Proyecto, que debemos considerar como el contenido nuclear de toda iniciativa legislativa, dado que responde directamente al mandato del Tribunal Constitucional, dirigido al legislador estatal, para concretar los criterios de conexión que permitan la concreción operativa

del reparto de competencias entre los poderes públicos respecto a las actuaciones ejecutivas que contempla la Ley de Defensa de la Competencia. En concreto, en palabras del Alto Tribunal, se trata de establecer los criterios de conexión pertinentes para que las Comunidades Autónomas puedan ejercitar sus competencias.

Sin embargo, la cuestión es que cualquier operador jurídico puede constatar con facilidad que el Proyecto —y el artículo que nos ocupa en particular— tiene deficiencias más allá de la deseable corrección técnica, esto es, que proyecta un encaje tramposo del mandato del Tribunal Constitucional, con manipulaciones de su sentido y alcance jurídicos, e incluso con alteraciones de la literalidad del fallo judicial y de su argumentación, que originan el resultado apreciable de un sistema con manifestaciones de restricción inconstitucional de las competencias autonómicas y, sobre todo, con una absoluta falta de seguridad jurídica y objetividad para conocer cuándo pueden las Comunidades Autónomas ejercer sus competencias.

La primera deficiencia del texto del Proyecto que destacamos comprende una restricción de las competencias autonómicas, al identificar exclusivamente su ámbito de actuación con respecto a algunas —y no todas— de las conductas y prácticas objeto de los procedimientos previstos en la legislación de defensa de la competencia. En concreto, el texto conduce a que queden excluidos de la competencia autonómica los procedimientos que tengan por objeto las conductas y prácticas aludidas en al LDC, en sus art. 14 —sobre concentraciones económicas— y 19 —sobre ayudas públicas—.

Aunque la STC 208/1999, de 11 de noviembre, se limita a declarar la inconstitucionalidad de la cláusula «en todo o en parte del mercado nacional» contenida expresamente o por remisión en los arts. 4, 7, 9, 10, 11 y 25.a) y c) de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, lo hace sobre una base argumental que no es de exclusiva aplicación a los concretos preceptos declarados inconstitucionales por el Alto Tribunal, sino que se proyecta sobre el reparto de todas las competencias ejecutivas, pues lo que declara el Alto Tribunal como contrario al orden constitucional de distribución de competencias es «la pretensión de universalidad en la atribución al Estado de las competencias ejecutivas (...) [que] atribuye al Tribunal y al Servicio de Defensa de la Competencia la totalidad de la función aplicativa». Además, adviértase que la referencia al art. 25 engloba implícitamente a todas las conductas y prácticas objeto de consideración en la legislación.

La segunda deficiencia que apuntamos comprende la más grave consecuencia para justificar el rechazo del texto, pues el mismo obvia por completo la exigencia de concretar los criterios de conexión que permiten conocer cuándo deben ejercer sus competencias las CCAA. El Proyecto se limita a indicar el criterio genérico que ya estableció el TC en su Sentencia que debe guiar el reparto de funciones y la propia elaboración de los puntos de conexión (cuando las conductas y prácticas de las empre-

sas puedan alterar la libre competencia en su ámbito supraautonómico o en el conjunto del mercado nacional).

Un punto de conexión debe ser objetivo, cierto y seguro en su identificación para que pueda percibirse *a priori* con claridad el supuesto de hecho del que depende la atribución competencial a una u otra Administración Pública, teniendo en cuenta, además, que son los propios ciudadanos los que deben poder apreciarlo para entablar sus relaciones ante la instancia pública adecuada, para que puedan ejercer sus derechos y defender sus intereses respecto a las actuaciones públicas, etc.

A pesar de la rúbrica de este artículo del Proyecto, en lugar de fijarse los puntos de conexión, se establece un mecanismo para que únicamente puedan ser fijados *a posteriori*, eludiendo las garantías mínimas de objetividad y seguridad. No se fija un punto de conexión con la enumeración de causas por las que las conductas pueden afectar al ámbito supraautonómico [ap. 2.a) del art. 1 del Proyecto], pues las mismas causas también justifican la afectación al ámbito autonómico, lo que revela que se trata de un mecanismo inútil para el fin que nos ocupa. Tampoco se puede determinar que una conducta afecte al ámbito supraautonómico porque atenta contra ciertos principios [ap. 2.b) del art. 1 del Proyecto], pues ello supone excluir el reparto competencial constitucional por materias y excluye la tutela de estos mismos principios que tienen también asignada los poderes públicos autonómicos, lo que revela igualmente que se trata de un mecanismo inútil para el fin que nos ocupa. Por otro lado, la redacción del Proyecto adolece de otras deficiencias técnicas. No puede sostenerse en rigor que la LDC «reconozca competencias», como parece presuponer el texto del proyecto. Prevé una serie de supuestos de intervención administrativa con el fin de garantizar la libre competencia. La STC 208/1999 los denomina «actuaciones ejecutivas».

Se establece que la intervención ejecutiva corresponderá al Estado «aun cuando el ejercicio de tales competencias haya de realizarse en el territorio de cualquiera de las Comunidades Autónomas». Sin embargo, lo que la STC 208/1999 postula al sostener lo que el texto del proyecto reproduce con algunos cambios, en el pasaje transcrito, no es que la competencia ejecutiva estatal en el ámbito de defensa de la competencia opere, también, cuando tal competencia se ejerza en el territorio de cualquiera de las Comunidades Autónomas —lo que no tendría sentido, si se tiene en cuenta que el aparato administrativo dependiente del Estado proyecta su actuación sobre todo el territorio estatal—, sino cuando las actuaciones contrarias o potencialmente contrarias a la competencia tienen lugar en el territorio de cualquier Comunidad Autónoma. Los redactores del proyecto han cambiado la voz «actuaciones» por la expresión «el ejercicio de tales competencias» y con ello han subvertido el sentido del pasaje tomado del Tribunal Constitucional.

La enmienda que presentamos se dedica simplemente a fijar los repetidos puntos de conexión. El esquema permite alcanzar la razonable presunción de que aquellas conductas y prácticas de las que corresponde

conocer a las CCAA, que por lo tanto no alteran la libre competencia en el ámbito supraautonómico o en el conjunto del mercado nacional, sean aquellas realizadas por empresas de la Comunidad Autónoma correspondiente y que no superen el 25 por ciento de la cuota de mercado. En tales casos insistimos en que parece más que razonable concluir que los efectos de la actividad económica no exceden del respectivo ámbito autonómico, lo que, como se ha dicho, es la clave constitucional para que las CCAA ejerzan sus competencias».

ENMIENDA NÚM. 45

PRIMER FIRMANTE:

Grupo Parlamentario Vasco (EAJPNV)

Enmienda, de modificación, al art. 1, ap. 4.

Se propone la siguiente redacción: «3. Cuando el régimen previsto en el apartado precedente afecte a las autorizaciones singulares a las que se refiere el art. 4 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, las autorizaciones otorgadas por una Comunidad Autónoma que recaigan sobre acuerdos, decisiones, recomendaciones y prácticas que, después de autorizadas pasen a afectar a un ámbito supraautonómico o al conjunto del mercado nacional conforme a lo dispuesto en las letras anteriores, habrán de ser renovadas por los órganos estatales de defensa de la competencia».

MOTIVACIÓN

Coherencia con la anterior.

ENMIENDA NÚM. 46

PRIMER FIRMANTE:

Grupo Parlamentario Vasco (EAJPNV)

Enmienda, de supresión, al art. 1, ap. 5, párrafo *a*).

MOTIVACIÓN

Aunque la STC 208/1999, de 11 de noviembre, se limita a declarar la inconstitucionalidad de la cláusula «en todo o en parte del mercado nacional» contenida expresamente o por remisión en los arts. 4, 7, 9, 10, 11 y 25.a) y c) de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, lo hace sobre una base argumental que no es de exclusiva aplicación a los concretos preceptos declarados inconstitucionales por el Alto Tribunal, sino que se proyecta también para los supuestos de intervención previstos en los arts. 14 y 19 de la mencionada Ley, que de nin-

guna manera pueden sustraerse al reparto de competencias ejecutivas que diseña el Alto Tribunal, para el que lo contrario al orden constitucional de distribución de competencias es «la pretensión de universalidad en la atribución al Estado de las competencias ejecutivas (...) [que] atribuye al Tribunal y al Servicio de Defensa de la Competencia la totalidad de la función aplicativa».

ENMIENDA NÚM. 47

PRIMER FIRMANTE:

Grupo Parlamentario Vasco (EAJPNV)

Enmienda, de modificación, al art. 1, ap. 5, parágrafo b).

Se propone la siguiente redacción: «4. En todo caso, corresponderá al Estado la autorización, mediante reglamentos de exención, de categorías, de acuerdos, decisiones, recomendaciones, prácticas concertadas o conscientemente paralelas, a que se refiere el art. 5 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia».

MOTIVACIÓN

Adaptación del texto a las modificaciones propuestas en las enmiendas precedentes.

ENMIENDA NÚM. 48

PRIMER FIRMANTE:

Grupo Parlamentario Vasco (EAJPNV)

Enmienda, de supresión, al art. 1, ap. 5, parágrafo c).

MOTIVACIÓN

Subvierte sin justificación el régimen de distribución competencial que resulta de la stc 208/1999. La reserva competencial operada a favor del Estado por el art. 149.1.3 CE no puede dar cobertura a este precepto, que alude a foros, como el de la Unión Europea, que no son internacionales, sino domésticos y se refiere a relaciones en las que difícilmente pueden incardinarse los organismos que se citan en el Proyecto.

ENMIENDA NÚM. 49

PRIMER FIRMANTE:

Grupo Parlamentario Vasco (EAJPNV)

Enmienda, de modificación, al art. 2, ap. 1, penúltimo y último párrafos.

Se propone la siguiente redacción: «Si el órgano notificante mantuviese su competencia sobre dicha conducta, el órgano correspondiente

de cualquiera de las Administraciones en conflicto podrá solicitar la convocatoria de la Junta Consultiva en materia de Conflictos prevista en el art. 3, para que en el plazo de quince días emita su informe. Una vez evacuado el informe previsto en el párrafo anterior, podrá iniciarse el procedimiento correspondiente en el plazo máximo de diez días. Si el dictamen de la Junta Consultiva se hubiese emitido con el voto unánime de todos sus miembros o las Administraciones en conflicto alcanzasen un acuerdo en torno a este punto, la tramitación y resolución del procedimiento corresponderán al órgano en cuyo poder se encontrase el expediente, sin perjuicio de la aplicación de lo establecido en el Capítulo II del Título IV de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional».

MOTIVACIÓN

No parece conveniente forzar a las Administraciones en conflicto a solicitar, en todo caso, la convocatoria de la Junta Consultiva. La voz «solicitará» impone un automatismo que carece de sentido cuando las Administraciones en conflicto, por ejemplo, reciben del órgano notificante una explicación convincente de las razones por las que mantiene su competencia. Por otra parte, conviene suprimir la expresión «que se considere competente» porque, en el contexto del precepto, resulta confuso y problemático. En efecto, el supuesto de hecho sobre el que opera el precepto es, precisamente, la existencia de un conflicto entre varias Administraciones que se consideran (todas ellas) competentes para conocer y resolver el asunto. Si sus respectivas representaciones no se ponen de acuerdo en el seno de la Junta Consultiva y el dictamen de ésta, con arreglo al art. 3.1 del Proyecto, no es vinculante, tras su evacuación, cualquiera que sea el sentido en el que se pronuncie, nos seguimos encontrando ante las mismas Administraciones que siguen considerándose competentes para conocer y resolver el asunto. En este contexto, establecer, como hace el Proyecto, que se podrá iniciar el procedimiento por el órgano que «se considere competente», genera confusión, porque, supuesto que la expresión no puede referirse a la Administración que «se considere competente en el dictamen de la Junta Consultiva», lo cierto es que todas las Administraciones «se consideran competentes».

ENMIENDA NÚM. 50

PRIMER FIRMANTE:

Grupo Parlamentario Vasco (EAJPNV)

Enmienda, de modificación, al art. 2, ap. 2, párrafos primero y segundo.

Se propone la siguiente redacción: «El Servicio de Defensa de la Competencia notificará a los órganos autonómicos correspondientes todas las denuncias y solicitudes de autorización singular recibidas en aplicación

de la presente Ley, así como de aquellas conductas detectadas de oficio con respecto a las cuales existan indicios racionales de infracción de acuerdo con lo establecido en el art. 5.Dos. En dicha notificación se expresará el órgano, estatal o autonómico, que se considere competente. El órgano considerado competente en la comunicación remitida por el Servicio de Defensa de la Competencia podrá iniciar el procedimiento si en el plazo de quince días no recibe opinión en contrario de ningún otro órgano que recabe para sí la competencia».

MOTIVACIÓN

Los órganos autonómicos de defensa de la competencia difícilmente podrán impulsar el procedimiento de resolución de conflictos, previsto en el art. 3 del Proyecto, si únicamente disponen de una «nota sucinta» de las denuncias, solicitudes de autorización y actuaciones de oficio que obren en su poder. En este punto, la regulación del texto original es de una asimetría que resulta casi desdeñosa para con las Comunidades Autónomas, dado que tampoco cabe prever un aluvión tal de denuncias y solicitudes de autorización que haga imposible o económicamente inabordable mantener cumplidamente informados (mediante la remisión de una copia) a todos los órganos de Defensa de la Competencia de las Comunidades Autónomas con facultades en materia de comercio interior.

ENMIENDA NÚM. 51

PRIMER FIRMANTE:

Grupo Parlamentario Vasco (EAJPNV)

Enmienda, de modificación, al art. 2, ap. 2, penúltimo y último párrafos.

Se propone la siguiente redacción: «Si otro órgano autonómico se considera competente en relación con dicha conducta, el Servicio de Defensa de la Competencia o los órganos autonómicos correspondientes podrán solicitar la convocatoria de la Junta Consultiva en materia de Conflictos prevista en el art. 3 para que en el plazo de quince días emita su informe. Una vez evacuado el informe previsto en el párrafo anterior, podrá iniciarse el procedimiento correspondiente en el plazo máximo de diez días. Si el dictamen de la Junta Consultiva se hubiese emitido con el voto unánime de todos sus miembros o las Administraciones en conflicto alcanzasen un acuerdo en torno al modo de considerarlo, la tramitación y resolución del procedimiento corresponderán al órgano que se propusiere en el mismo. En caso contrario, corresponderán al órgano en cuyo poder se encontrare el expediente, sin perjuicio de la aplicación de lo establecido en el Capítulo II del Título IV de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional».

MOTIVACIÓN

La misma que la aportada en la enmienda al art. 2, ap. 1, penúltimo y último párrafos.

ENMIENDA NÚM. 52**PRIMER FIRMANTE:**

Grupo Parlamentario Vasco (EAJPNV)

Enmienda, de modificación, al art. 3, ap. 3, último párrafo.

Se propone suprimir el último inciso del párrafo desde «... y en el Capítulo IV del Título II de la Ley 6/1997, de 14 de abril...».

MOTIVACIÓN

La remisión a lo dispuesto en el Capítulo II del Título II de la Ley 30/1992, de 26 de diciembre (LRJAP y PAC), y el Capítulo IV del Título II de la Ley 6/1997, de 14 de abril, LOFAGE, se hace a los efectos del «funcionamiento, convocatoria, reuniones y régimen de adopción de acuerdos de la Junta Consultiva en materia de Conflictos». Ocurre, sin embargo, que, por su propia naturaleza y finalidad, la LOFAGE no hace referencia alguna a estos aspectos del régimen jurídico de los órganos colegiados, limitándose a establecer los requisitos que han de cumplirse para constituirlos (art. 38), su clasificación y composición (art. 39) y el modo de su creación, modificación y supresión (art. 40); aspectos todos ellos que (en la medida en que una norma de rango legal pueda condicionar la actuación futura del propio legislador) podrán ser parámetro de actuación para el legislador que disponga la creación de la Junta Consultiva, pero no constituyen una pauta jurídica útil para ordenar su funcionamiento. La referencia a la LRJAP y PAC es, pues, suficiente a los efectos del precepto.

ENMIENDA NÚM. 53**PRIMER FIRMANTE:**

Grupo Parlamentario Vasco (EAJPNV)

Enmienda, de modificación, al art. 5, ap. 1, punto 1, párrafo segundo.

Se propone suprimir el último inciso del párrafo desde «... y en el Capítulo IV del Título II de la Ley 6/1997, de 14 de abril...».

MOTIVACIÓN

La misma que la aducida para la enmienda al art. 3, ap. 3, último párrafo.

ENMIENDA NÚM. 54**PRIMER FIRMANTE:**

Grupo Parlamentario Vasco (EAJPNV)

Enmienda, al art. 5, ap. 2, párrafo *b*).

Se propone la siguiente redacción: «Igualmente, el Servicio de Defensa de la Competencia remitirá a los órganos autonómicos de defensa de la competencia copia de todas las denuncias y solicitudes de autorización singular que reciba y de las actuaciones practicadas de oficio respecto de las que existan indicios racionales de infracción».

MOTIVACIÓN

La misma que la aportada en la enmienda al art. 2, ap. 2, párrafo primero.

ENMIENDA NÚM. 55**PRIMER FIRMANTE:**

Grupo Parlamentario Vasco (EAJPNV)

Enmienda, de supresión, al art. 5, ap. 3, párrafo primero.

MOTIVACIÓN

Los mecanismos de colaboración, cooperación e información recíproca que contempla el Proyecto son suficientes para procurar la aplicación uniforme de la LDC. Nótese, por ejemplo, que, según el art. 5.Uno.1, el Consejo de Defensa de la Competencia tiene como objetivo «promover la aplicación uniforme de la legislación de competencia». Una vez dictada ésta, el interés por su aplicación uniforme no es exclusivamente estatal. Corresponde, también, a las Comunidades Autónomas y su consecución se procura a través de un órgano que el propio proyecto califica como «... de colaboración, coordinación e información recíproca...». La condición de interesado no permite al Estado disponer de más información sobre la actuación de los órganos autonómicos que la que le suministran los citados mecanismos y, sin embargo, introduce un cuerpo extraño en la caracterización jurídica que el interesado tiene en el procedimiento administrativo.

ENMIENDA NÚM. 56**PRIMER FIRMANTE:**

Grupo Parlamentario Vasco (EAJPNV)

Enmienda, de modificación, al art. 5, ap. 3, párrafo segundo.

Se propone la siguiente redacción: «Las Comunidades Autónomas y el Servicio de Defensa de la Competencia se comunicarán mutuamente las resoluciones que dicten en materia de defensa de la competencia».

MOTIVACIÓN

El texto original se refiere con una técnica defectuosa a «los acuerdos y resoluciones adoptados tanto en la fase de instrucción como de resolución que pongan fin al procedimiento». Es preferible limitar el deber de comunicación a las resoluciones que ponen fin al procedimiento. Para los actos de tramitación resultan suficientes los mecanismos de colaboración, cooperación e información recíproca previstos en el Proyecto.

Por otra parte, el deber de comunicar las resoluciones que se dicten debe ajustarse a una pauta de reciprocidad. En fin, la también técnicamente defectuosa referencia a los recursos que se puedan «ejercer (...) ante las instancias correspondientes» sobra. El Proyecto no pretende reconocer nuevos supuestos de legitimidad para impugnar los actos dictados en materia de defensa de la competencia por vía administrativa o jurisdiccional, por lo que el establecimiento del deber de comunicación es suficiente.

ENMIENDA NÚM. 57

PRIMER FIRMANTE:

Grupo Parlamentario Vasco (EAJPNV)

Enmienda, de modificación, al art. 5, ap. 4.

Se propone la siguiente redacción: «El Servicio de Defensa de la Competencia y el Tribunal de Defensa de la Competencia, en el ejercicio de las funciones que les son propias, deberán recabar de los órganos autonómicos correspondientes informe en relación con aquellas conductas que, afectando a un ámbito supraautonómico o al conjunto del mercado nacional, incidan de manera sensible en el territorio de la respectiva Comunidad Autónoma».

MOTIVACIÓN

Garantizar que las Comunidades Autónomas puedan emitir su parecer en relación con las actuaciones del Servicio y del Tribunal de Defensa de la Competencia que afecten de manera especial a su territorio.

ENMIENDA NÚM. 58

PRIMER FIRMANTE:

Grupo Parlamentario Vasco (EAJPNV)

Enmienda, de modificación, a la Disposición Adicional primera, 1.

Se propone añadir al listado los siguientes artículos: art. 14, art. 15, art. 15 *bis*, art. 15 *ter*, art. 16, art. 17, art. 18, art. 19.

MOTIVACIÓN

Aunque la stc 208/1999, de 11 de noviembre, se limita declarar la inconstitucionalidad de la cláusula «en todo o en parte del mercado nacional» contenida expresamente o por remisión en los arts. 4, 7, 9, 10, 11 y 25.a) y c) de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, lo hace sobre una base argumental que no es de exclusiva aplicación a los concretos preceptos declarados inconstitucionales por el Alto Tribunal, sino que se proyecta también para los supuestos de intervención previstos en los arts. 14 y 19 de la mencionada Ley, que de ninguna manera pueden sustraerse al reparto de competencias ejecutivas que diseña el Alto Tribunal, para el que lo contrario al orden constitucional de distribución de competencias es «la pretensión de universalidad en la atribución al Estado de las competencias ejecutivas (...) [que] atribuye al Tribunal y al Servicio de Defensa de la Competencia la totalidad de la función aplicativa».

ENMIENDA NÚM. 59

PRIMER FIRMANTE:

Grupo Parlamentario Vasco (EAJPNV)

Disposición Adicional tercera. De supresión.

MOTIVACIÓN

El Proyecto tiene por objeto fijar los criterios de conexión que permitan a las Comunidades Autónomas ejercitar las competencias que el Tribunal Constitucional ha establecido que les corresponden en su Sentencia 208/1999, de 11 de noviembre. Se tienen que ver con la defensa de la competencia, tales competencias autonómicas no pueden ser enervadas por el hecho de que una Ley establezca disposiciones especiales para un ámbito concreto.

ENMIENDA NÚM. 60

PRIMER FIRMANTE:

Grupo Parlamentario Vasco (EAJPNV)

Enmienda, de modificación, Disposición Transitoria.

Se propone la siguiente redacción: «En tanto las Comunidades Autónomas no hayan constituido sus respectivos órganos de defensa de la competencia, el Estado seguirá ejercitando las competencias que ejercite a la entrada en vigor de esta Ley».

MOTIVACIÓN

Las competencias que este precepto autoriza a seguir ejercitando al Estado hasta el momento en el que las Comunidades Autónomas constituyan sus respectivos órganos de defensa de la competencia no «le corresponden». Precisamente la stc 208/1999, de 11 de noviembre, lo ha postulado sin ambages. Lo que la disposición enmendada permite al Estado es continuar ejercitando transitoriamente competencias que, en puridad, no le corresponden, pero que de hecho ejercita con el fin de evitar el vacío.

ENMIENDA NÚM. 61**PRIMER FIRMANTE:**

Grupo Parlamentario Popular en el Congreso

Enmienda, de modificación.

Se propone la incorporación de un ap. *d*) al punto 5 del art. 1 del Proyecto de Ley, con la siguiente redacción: «*d*) La aplicación en España de los arts. 81.1 (*ex*. 85.1) y 82 (*ex*. 86) del Tratado de la Comunidad Europea y de su Derecho derivado, de acuerdo con lo dispuesto al respecto en el art. 25.c) de la Ley de Defensa de la Competencia».

JUSTIFICACIÓN

Aclarar que la aplicación en España de la normativa comunitaria sobre conductas contrarias a la competencia es una competencia, en todo caso, estatal.

ENMIENDA NÚM. 62**PRIMER FIRMANTE:**

Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió)

Enmienda, de modificación, al art. 1.

Redacción que se propone: «Art. 1. Puntos de conexión. 1. Corresponderá al Estado al ejercicio de las competencias reconocidas en la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, respecto de los procedimientos que tengan por objeto las conductas previstas en los arts. 1, 6 y 7 de la mencionada Ley, así como las autorizaciones singulares previstas en el art. 4, la autorización mediante reglamentos de extensión de categorías de acuerdos, decisiones, recomendaciones, prácticas concertadas o conscientemente paralelas a las que se refiere el art. 5, y las operaciones que en los términos de los arts. 14 y 19 de la misma se califiquen como concentraciones económicas o ayudas públicas, cuando

las citadas conductas, autorizaciones, operaciones o ayudas alteren o puedan alterar la libre competencia en un ámbito supraautonómico o en el conjunto del mercado estatal, aun cuando se realicen en el territorio de cualquiera de las Comunidades Autónomas. 2. Corresponderá a las Comunidades Autónomas con competencias en la materia el ejercicio en su territorio de las competencias reconocidas en la Ley 16/1989, de 7 de julio, a las que se refiere el número anterior, cuando las citadas conductas, autorizaciones, operaciones o ayudas, sin afectar a un ámbito superior al de una Comunidad Autónoma o al conjunto del mercado estatal, alteren o puedan alterar la libre competencia en el ámbito de la respectiva Comunidad Autónoma. 3. Se entenderá que no afecta a un ámbito superior al de una Comunidad Autónoma o al conjunto del mercado estatal en los siguientes casos: *a)* Cuando más del 50 por ciento del volumen de ventas derivado de las operaciones afectadas por las conductas prohibidas, el abuso de posición dominante y el falseamiento de la libre competencia por actos desleales a los que se refieren los arts. 1, 6 y 7 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, tenga lugar en el ámbito territorial de una misma Comunidad Autónoma. *b)* Cuando las concentraciones económicas a las que se refiere el procedimiento previsto en el art. 14 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, impliquen la adquisición o incremento de una cuota igual o superior al 25 por ciento del mercado de un determinado producto o servicio de la respectiva Comunidad Autónoma o la constitución de una entidad cuyo volumen de ventas en el ámbito territorial de una misma Comunidad Autónoma sea superior al 50 por ciento del total o a 60.000.000 de euros. *c)* Cuando las autorizaciones a las que se refieren los arts. 4 y 5 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, afecten a conductas prohibidas, respecto de las cuales extienda sus competencias una Comunidad Autónoma de acuerdo con el punto de conexión establecido en la letra *a)* de este número. No obstante, si después de otorgada una autorización por una Comunidad Autónoma se alteraran las circunstancias determinantes de la atribución competencial por afectar la conducta autorizada a un ámbito supraautonómico o al conjunto del mercado estatal, será necesaria una nueva autorización, cuyo otorgamiento corresponderá a los órganos estatales de defensa de la competencia. *d)* Cuando la ayudas públicas a las que se refiere el art. 19 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, se hayan hecho efectivas con cargo a los recursos públicos de una Comunidad Autónoma, o respecto de aquellos que, como consecuencia de disposición legal, deban gestionar, no entendiéndose por gestión la mera función de pago. 4. Con carácter general, a los efectos de la determinación del porcentaje de ventas a los que se refiere el número anterior, se entenderá por tal el resultante de deducir de la cifra de ventas de productos y/o prestación de servicios por operaciones ordinarias de las empresas partícipes el importe de las reducciones sobre ventas, el Impuesto sobre el Valor Añadido y demás impuestos directamente relacionados con dicho volumen de ventas. Para el cálculo del referido porcentaje se considerarán los datos correspondientes al año inmediatamente anterior, con independencia de

que la actividad se haya producido durante todo el año o parte de él, produciéndose en este último caso la elevación al período anual. Con carácter especial, se aplicarán las siguientes reglas:

— En el caso de grupos de empresas a los que se refiere el art. 42 del Código de Comercio, el volumen total de ventas será el resultante de adicionar al correspondiente a la empresa o empresas afectadas los volúmenes de ventas que por la misma actividad correspondan a las empresas por ella/s dominadas, los de los que la/s dominen, así como los de las que por cualquiera de las anteriores se dispongan de derechos de control. En ningún caso se tendrán en cuenta, a los efectos de calcular el volumen de ventas, las transacciones que se hayan realizado entre empresas del grupo o las realizadas fuera de la Comunidad Autónoma.

— En relación con las entidades de crédito y cualesquiera otras de carácter financiero, no se tomará en consideración el concepto de volumen de ventas, que será sustituido por la décima parte correspondiente al mercado de la Comunidad Autónoma, y esta décima parte del total de sus balances se multiplicará por la relación entre los créditos contra entidades de crédito y contra la clientela que resultase de operaciones con residentes en la Comunidad Autónoma.

— En el caso de entidades de seguros, se sustituirá el volumen de ventas por el valor de las primas brutas emitidas que comprendan todos los importes cobrados y pendientes de cobro en concepto de contratos de seguro establecidos por dichas entidades o por cuenta de las mismas, incluyendo las primas cedidas a las reaseguradoras, y tras la deducción de los gravámenes percibidos sobre la base del importe de las primas o del volumen total de éste, tomando en cuenta las primas brutas abonadas por residentes en España.

5. Corresponderá, en todo caso, al Estado la representación en materia de defensa de la competencia ante otras autoridades estatales, foros y organismos internacionales y, en concreto, ante la Unión Europea, la OCDE, la OMC y la UNCTAD».

JUSTIFICACIÓN

Por ser necesaria una mayor concreción de los puntos de conexión, así como, siguiendo el criterio del Tribunal Constitucional, extender la competencia de las Comunidades Autónomas no sólo a los supuestos de los arts. 1, 6 y 7 de la Ley, sino también a las cualesquiera actuaciones ejecutivas, como son las de los arts. 4, 5, 14 y 19, siempre y cuando sean competencia de la Comunidad Autónoma de acuerdo con los puntos de conexión, es decir, afecten sólo a «parte del mercado estatal». Por otra parte, el criterio del volumen de ventas como determinante del punto de conexión está ya recogido por la normativa estatal de despliegue de la Ley 16/1989.

ENMIENDA NÚM. 63**PRIMER FIRMANTE:**

Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió)

Enmienda, de supresión, al número 3 del art. 5.

JUSTIFICACIÓN

Resulta innecesario reconocer legitimación a los órganos estatales, ya que el interés público resulta plenamente tutelado por la intervención de los órganos competentes autonómicos.

ENMIENDA NÚM. 64**PRIMER FIRMANTE:**

Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió)

Enmienda, de modificación, al art. 5, ap. 4.

Se propone la siguiente redacción: «Art. 5.4. El Servicio de Defensa de la Competencia y el Tribunal de Defensa de la Competencia, en el ejercicio de las funciones que les son propias, recabarán de los órganos autonómicos competentes informe preceptivo no vinculante, a emitir en el plazo de diez días hábiles, en relación con aquellas conductas que, afectando a un ámbito supraautonómico o al conjunto del mercado estatal, incidan en el territorio de la respectiva Comunidad Autónoma».

JUSTIFICACIÓN

Por considerar necesario que aquella Comunidad Autónoma que se vea afectada por una actuación atentatoria de la libre competencia, aunque su conocimiento o enjuiciamiento corresponda a los órganos del Estado, emite informe con carácter preceptivo, como elementos de juicio adicional para fundamentar la decisión de aquéllos.

ENMIENDA NÚM. 65**PRIMER FIRMANTE:**

Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió)

Enmienda, de adición, a la Disposición Adicional primera, ap. 1.

Redacción que se propone: «Disposición Adicional primera, 1. Se añaden a la enumeración de preceptos contenidos en dicho apartado los siguientes artículos: art. 5, art. 14, art. 15, art. 16, art. 17, art. 19».

JUSTIFICACIÓN

Por coherencia con la enmienda presentada al art. 1 del Proyecto.

ENMIENDA NÚM. 66

PRIMER FIRMANTE:

Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió)

Enmienda, de modificación y adición, al ap. 2 y añadir un nuevo apartado a la Disposición Adicional primera del referido texto.

Redacción que se propone: Disposición Adicional primera, 2 y 3 (nuevo apartado). «2. Los órganos equivalentes en el ámbito de las Comunidades Autónomas al Servicio de Defensa de la Competencia y Tribunal de Defensa de la Competencia actuarán conforme a los mismos criterios de actuación y gozarán de los mismos privilegios y prerrogativas que el ordenamiento jurídico establece y reconoce a dichos órganos estatales. 3. Las Comunidades Autónomas que de acuerdo con la presente Ley asuman competencias en los términos establecidos por la Ley 16/1998, crearán un Registro Público con funciones equivalentes a las contenidas en el art. 35 de la citada Ley. Dicho Registro darán traslado al Registro estatal de las inscripciones producidas para que éste las incorpore, si bien únicamente producirán efectos frente a terceros las comunicaciones que se emitan por el correspondiente Registro autonómico. En dicho Registro constarán las remisiones que en aplicación de la presente Ley se efectúen por parte de los órganos estatales de defensa de la competencia a sus homónimos de las Comunidades Autónomas. De igual manera el Registro estatal tomará razón de las remisiones que en los mismos términos se efectúen por parte de los órganos equivalentes de las Comunidades Autónomas en materia de defensa de la competencia».

JUSTIFICACIÓN

Establecer un régimen jurídico semejante al del Tribunal de Defensa de la Competencia respecto de los órganos autonómicos equivalentes de las Comunidades Autónomas que les permitan ejercer adecuadamente sus funciones y, por otra parte, se considera adecuada establecer la regulación de un Registro.

ENMIENDA NÚM. 67

PRIMER FIRMANTE:

Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió)

A la Disposición Adicional segunda. De supresión.

JUSTIFICACIÓN

Resulta innecesaria a causa de la redacción actual de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

ENMIENDA NÚM. 68**PRIMER FIRMANTE:**

Grupo Parlamentario Socialista

Enmienda, de modificación, a la Exposición de Motivos.

En el párrafo 5 del punto V, penúltima línea, donde dice: «se está», debe decir: «se puede estar».

MOTIVACIÓN

Mayor precisión del texto.

ENMIENDA NÚM. 69**PRIMER FIRMANTE:**

Grupo Parlamentario Socialista

Enmienda, de adición, al art. 3.1.

Se propone la adición de la siguiente expresión al final del número 1 del art. 3: «... y de los órganos autonómicos correspondientes».

MOTIVACIÓN

Prever expresamente tal posibilidad.

ENMIENDA NÚM. 70**PRIMER FIRMANTE:**

Grupo Parlamentario Socialista

Enmienda, de modificación, al art. 3.2.

En el número 2 del art. 3 se propone sustituir «Ministro de Economía» por «Presidente del Tribunal de Defensa de la Competencia».

MOTIVACIÓN

Conveniencia de que sea el Presidente del Tribunal el que nombre al Presidente de la Junta Consultiva.

ENMIENDA NÚM. 71**PRIMER FIRMANTE:**

Grupo Parlamentario Socialista

Enmienda, de modificación, al art. 3.3.

En el número 3 del art. 3 se propone sustituir «Ministro de Economía» por «Presidente del Tribunal de Defensa de la Competencia».

MOTIVACIÓN

En coherencia con la enmienda anterior.

ENMIENDA NÚM. 72**PRIMER FIRMANTE:**

Grupo Parlamentario Socialista

Enmienda, de modificación, al art. 5.Uno.2.

Se propone la siguiente redacción del art. 5.Uno.2: «2. El Pleno del Consejo de Defensa de la Competencia estará constituido por los siguientes miembros: El Presidente del Tribunal de Defensa de la Competencia, que lo presidirá. Seis representantes del Tribunal de Defensa de la Competencia nombrados por su Presidente entre personas de reconocido prestigio con experiencia en el ámbito de defensa de la competencia. Un representante de cada una de las Comunidades Autónomas con competencias en materia de defensa de la competencia. Un Secretario, con voz pero sin voto, nombrado por el Presidente del Tribunal de Defensa de la Competencia».

MOTIVACIÓN

Composición adecuada del Consejo de Defensa de la Competencia.

ENMIENDA NÚM. 73**PRIMER FIRMANTE:**

Grupo Parlamentario Socialista

Enmienda, de modificación, al art. 5.Dos.d).

Donde dice: «El Servicio...», debe decir: «El Tribunal...».

MOTIVACIÓN

Correcta definición del órgano de comunicación.

ENMIENDA NÚM. 74**PRIMER FIRMANTE:**

Grupo Parlamentario Socialista

Enmienda, de modificación, al art. 5.Tres.

Donde dice: «... el Servicio...», debe decir: «... el Tribunal...».

MOTIVACIÓN

En coherencia con la anterior enmienda.

ENMIENDA NÚM. 75**PRIMER FIRMANTE:**

Grupo Parlamentario Socialista

Enmienda, de adición, a una Disposición Adicional nueva.

«Antes de adoptar decisiones sobre concentraciones que se opongan a la posición del Tribunal de Defensa de la Competencia, la autoridad estatal competente tendrá que recabar la opinión de las autoridades de Competencia de las Comunidades Autónomas donde tengan su sede las empresas afectadas».

MOTIVACIÓN

Establece el derecho a ser oído para las autoridades autonómicas en los casos en que la decisión estatal se oponga a la posición del Tribunal de Defensa de la Competencia.

ÍNDICE DE ENMIENDAS AL ARTICULADO

Exposición de Motivos: Enmienda núm. 68 del G. P. Socialista al ap. V.

Art. 1: Enmienda núm. 62 del G. P. Catalán (CIU); Enmienda núm. 44 del G. P. Vasco (EAJPNV), puntos 1, 2 y 3; Enmienda núm. 7 de la señora Lasagabaster Olazábal (G. P. Mixto), punto 1; Enmienda núm. 8 de la señora Lasagabaster Olazábal (G. P. Mixto), punto 2; Enmienda núm. 24

del señor Puigcercós i Boixassa (G. P. Mixto), punto 2, letra *a*); Enmienda núm. 25 del señor Puigcercós i Boixassa (G. P. Mixto), punto 2, letra *b*); Enmienda núm. 9 de la señora Lasagabaster Olazábal (G. P. Mixto), punto 3; Enmienda núm. 45 del G. P. Vasco (EAJPNV), punto 4; Enmienda núm. 16 del G. P. de Coalición Canaria, punto 4, párrafo primero; Enmienda núm. 26 del señor Puigcercós i Boixassa (G. P. Mixto), punto 4, párrafo segundo; Enmienda núm. 36 del señor Núñez Castaín (G. P. Mixto), punto 4, párrafo tercero; Enmienda núm. 10 de la señora Lasagabaster Olazábal (G. P. Mixto), punto 5, letra *a*); Enmienda núm. 37 del señor Núñez Castaín (G. P. Mixto), punto 5; Enmienda núm. 27 del señor Puigcercós i Boixassa (G. P. Mixto), punto 5, letras *a*) y *c*); Enmienda núm. 17 del G. P. de Coalición Canaria, punto 5, letra *a*); Enmienda núm. 46 del G. P. Vasco (EAJPNV), punto 5, letra *a*); Enmienda núm. 47 del G. P. Vasco (EAJPNV), punto 5, letra *b*); Enmienda núm. 48 del G. P. Vasco (EAJPNV), punto 5, letra *c*); Enmienda núm. 61 del G. P. Popular en el Congreso, punto 5, letra *d*) (nueva).

Art. 2: Enmienda núm. 11 de la señora Lasagabaster Olazábal (G. P. Mixto), punto 1; Enmienda núm. 28 del señor Puigcercós i Boixassa (G. P. Mixto), punto 1, párrafos primero, segundo, cuarto y quinto; Enmienda núm. 49 del G. P. Vasco (EAJPNV), punto 1, párrafos penúltimo y último; Enmienda núm. 18 del G. P. de Coalición Canaria, puntos 1 y 2; Enmienda núm. 38 del señor Núñez Castaín (G. P. Mixto), punto 2, párrafos primero y segundo; Enmienda núm. 50 del G. P. Vasco (EAJPNV), punto 2, párrafos primero y segundo; Enmienda núm. 12 de la señora Lasagabaster Olazábal (G. P. Mixto), puntos 2, 3, 4, 5 y 6; Enmienda núm. 29 del señor Puigcercós i Boixassa (G. P. Mixto), punto 2, párrafo segundo; Enmienda núm. 51 del G. P. Vasco (EAJPNV), punto 2, párrafos penúltimo y último; Enmienda núm. 39 del señor Núñez Castaín (G. P. Mixto), punto 3, párrafo primero; Enmienda núm. 40 del señor Núñez Castaín (G. P. Mixto), punto 5.

Art. 3: Enmienda núm. 41 del señor Núñez Castaín (G. P. Mixto), punto 1; Enmienda núm. 69 del G. P. Socialista, punto 1; Enmienda núm. 22 del G. P. Federal de Izquierda Unida, punto 2; Enmienda núm. 30 del señor Puigcercós i Boixassa (G. P. Mixto), punto 2; Enmienda núm. 70 del G. P. Socialista, punto 2; Enmienda núm. 52 del G. P. Vasco (EAJPNV), punto 3; Enmienda núm. 71 del G. P. Socialista, punto 3; Enmienda núm. 23 del G. P. Federal de Izquierda Unida, punto 4.

Art. 4: Sin enmiendas.

Art. 5: Enmienda núm. 31 del señor Puigcercós i Boixassa (G. P. Mixto), ap. 1, punto 1; Enmienda núm. 53 del G. P. Vasco (EAJPNV), ap. 1, punto 1; Enmienda núm. 32 del señor Puigcercós i Boixassa (G. P. Mixto), ap. 1, punto 2; Enmienda núm. 72 del G. P. Socialista, ap. 1, punto 2; Enmienda núm. 42 del señor Núñez Castaín (G. P. Mixto), ap. 1, punto 3; Enmienda núm. 63 del G. P. Catalán (CiU), punto 3; Enmienda núm. 13 de la señora Lasagabaster Olazábal (G. P. Mixto), punto 2; Enmienda núm. 33 del señor Puigcercós i Boixassa (G. P. Mixto), ap. 2, letra *a*);

Enmienda núm. 19 del G. P. de Coalición Canaria, ap. 2, letras *a*) y *b*); Enmienda núm. 43 del señor Núñez Castaín (G. P. Mixto), ap. 2, letra *b*); Enmienda núm. 54 del G. P. Vasco (EAJPNV), ap. 2, letra *b*); Enmienda núm. 73 del G. P. Socialista, ap. 2, letra *d*); Enmienda núm. 14 de la señora Lasagabaster Olazábal (G. P. Mixto), punto 3; Enmienda núm. 34 del señor Puigercós i Boixassa (G. P. Mixto), ap. 3; Enmienda núm. 55 del G. P. Vasco (EAJPNV), ap. 3, párrafo primero; Enmienda núm. 20 del G. P. de Coalición Canaria, ap. 3, párrafos primero y segundo; Enmienda núm. 56 del G. P. Vasco (EAJPNV), ap. 3, párrafo segundo; Enmienda núm. 74 del G. P. Socialista, ap. 3; Enmienda núm. 57 del G. P. Vasco (EAJPNV), ap. 4; Enmienda núm. 64 del G. P. Catalán (CiU), ap. 4.

Disposiciones Adicionales: Primera: Enmienda núm. 15 de la señora Lasagabaster Olazábal (G. P. Mixto); Enmienda núm. 58 del G. P. Vasco (EAJPNV); Enmienda núm. 65 del G. P. Catalán (CiU), punto 1; Enmienda núm. 66 del G. P. Catalán (CiU), puntos 2 y 3 (nuevo). Segunda: Enmienda núm. 35 del señor Puigercós i Boixassa (G. P. Mixto); Enmienda núm. 67 del G. P. Catalán (CiU). Tercera: Enmienda núm. 59 del G. P. Vasco (EAJPNV).

Disposición Adicional (nueva): Enmienda núm. 21 del G. P. de Coalición Canaria; Enmienda núm. 75 del G. P. Socialista.

Disposición Transitoria única: Enmienda núm. 60 del G. P. Vasco (EAJPNV).

Disposición Final única: Sin enmiendas.

ENMIENDAS AL PROYECTO DE LEY
DE COORDINACIÓN DE LAS COMPETENCIAS
DEL ESTADO Y LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS
EN MATERIA DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA.
SENADO

ENMIENDAS E ÍNDICE DE ENMIENDAS AL PROYECTO DE LEY
DE COORDINACIÓN DE LAS COMPETENCIAS DEL ESTADO
Y LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS EN MATERIA
DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA ¹

En cumplimiento de lo dispuesto en el art. 191 del Reglamento del Senado, se ordena la publicación en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales* de las enmiendas presentadas al Proyecto de Ley de coordinación de las competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de defensa de la competencia.

Palacio del Senado, 4 de diciembre de 2001.—P. D., Manuel Alba Navarro, Letrado Mayor del Senado.

ENMIENDA NÚM. 1

De doña Inmaculada de Boneta y Piedra (GPMX)

Enmienda, de modificación, al art. 1, punto 1.

Texto que se propone: Se propone introducir las referencias de dos artículos más de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (14 y 19), y suprimir la frase «... aun cuando el ejercicio de tales competencias haya de realizarse en el territorio de cualquiera de las Comunidades Autónomas».

Texto definitivo: «Art. 1. Puntos de conexión. 1. Corresponderá al Estado el ejercicio de las competencias reconocidas en la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, respecto de los procedimientos que tengan por objeto las conductas previstas en los arts. 1, 6, 7, 14 y 19 de la mencionada Ley, cuando las citadas conductas alteren

¹ *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Senado, Serie II: Proyectos de Ley, núm. 39 (d), 7 de diciembre de 2001.

o puedan alterar la libre competencia en un ámbito supraautonómico o en el conjunto del mercado nacional».

JUSTIFICACIÓN

En el fallo de la Sentencia del TC 208/1999, de 11 de noviembre, que obliga la revisión de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), ordena textualmente: «... declarar inconstitucional la cláusula “en todo o en parte del mercado nacional” contenida expresamente o por remisión en los arts. 4, 7, 9, 11 y 25.a) y c)...». Es la respuesta a los recursos de inconstitucionalidad interpuestos por los representantes del Gobierno Vasco y de la Generalitat de Catalunya, por considerar que los arts. 4, 7, 9, 10.1 y 4, 11, 12.2, 20, 25.a) y c), 31, 32.1, 33.1, 34.2 y 3, 35, 36 a 49 (Título III, Capítulo I), 53 y la Disposición Transitoria primera, ap. 1, invadían sus ámbitos de competencias.

Por parte del TC ni de las mencionadas CCAA existe alusión alguna a los arts. 14 y 19 de la LDC, relativos al control de las concentraciones de empresas y de las ayudas públicas, respectivamente. Sin embargo, no olvidemos que la pretensión de las actoras y la resolución del TC consisten en declarar la inconstitucionalidad de determinados preceptos de la LDC, por desconocer las competencias ejecutivas de la legislación estatal sobre defensa de la competencia atribuidas a las CCAA en sus Estatutos.

Pues bien, si ha quedado reconocido que las CCAA que disponen de Estatutos de autonomía en dicho sentido tienen competencias para llevar a cabo la ejecución de la legislación estatal sobre defensa de la competencia, entendemos que tal atribución no puede quedar limitada a determinados sectores de la LDC, sino que ha de referirse a toda ella. Por tanto, atendiendo a la teleología de lo ordenado por la STC, las competencias ejecutivas de las CCAA habrán de extenderse a todos los supuestos restrictivos de la competencia contemplados por la LDC.

Entre ellos se distinguen (esquemáticamente):

a) Las conductas *per se* prohibidas, por sus efectos restrictivos de la competencia:

— Las coclusiones o carteles (art. 1 LDC).

* No obstante, bajo determinadas condiciones (arts. 2 y 3), éstas gozan de un régimen de exención (arts. 4 y 5).

— El abuso de posición dominante (art. 6 LDC).

— El falseamiento de la libre competencia por actos desleales (art. 7 LDC).

b) Otros supuestos, en principio, no prohibidos, sino sometidos a control, por sus posibles repercusiones negativas sobre la competencia:

— Las concentraciones (art. 1.418 LDC, procedimiento de control).

— Las ayudas públicas (art. 19 LDC).

Sin embargo, la Ley de coordinación que aquí se propone, contempla únicamente la descentralización de las funciones ejecutivas relativas a las conductas prohibidas por la LDC (arts. 1, 6 y 7), orillando los casos de control de las concentraciones y de las ayudas públicas (arts. 1.418 y 19) algo que, a nuestro modo de ver, implica un reconocimiento únicamente parcial, limitado, de las competencias ejecutivas, en general, a las que estimamos se refiere el TC en su sentencia.

ENMIENDA NÚM. 2

De doña Inmaculada de Boneta y Piedra (GPMX)

Enmienda, de supresión, al art. 1, punto 2.

Texto que se propone: Se propone la supresión de todo el punto 2 del primer párrafo.

JUSTIFICACIÓN

El ap. *a*) constituye una alusión repetida al ámbito supraautonómico o al mercado nacional por hallarse ya recogida en el punto 1. El ap. *b*), relativo a la libre circulación de las personas, etc., resulta innecesario. Se halla fuera de lugar, por tratarse de una referencia a cuestiones ajenas a la materia de defensa de la competencia. De la redacción y el empeño por describir dichos conceptos se extrae la impresión de que se pretende limitar sospechosamente el ámbito de actuación reconocido a las CCAA. Además, su texto choca con el contenido del inciso final del punto 3.º

ENMIENDA NÚM. 3

De doña Inmaculada de Boneta y Piedra (GPMX)

Enmienda, de modificación, al art. 1. Punto 3.

Texto que se propone: Se propone introducir las referencias de dos nuevos artículos de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (14 y 19), y sustituir el término «conductas» por «supuestos».

Texto definitivo: «3. Corresponderá a las Comunidades Autónomas con competencias en la materia el ejercicio en su territorio de las competencias reconocidas en la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, respecto de los procedimientos que tengan por objeto los supuestos previstos en los arts. 1, 6, 7, 14 y 19 de la mencionada Ley cuando los citados supuestos, sin afectar a un ámbito superior al de una Comunidad Autónoma, o al conjunto del mercado nacional, alteren o puedan alterar la libre competencia en el ámbito de la respectiva Comunidad Autónoma».

JUSTIFICACIÓN

En consecuencia con otras enmiendas.

ENMIENDA NÚM. 4

De doña Inmaculada de Boneta y Piedra (GPMX)

Enmienda, de supresión, al art. 1, punto 5, apartado a).

JUSTIFICACIÓN

En el fallo de la Sentencia del TC 208/1999, de 11 de noviembre, que obliga la revisión de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), ordena textualmente: «... declarar inconstitucional la cláusula “en todo o en parte del mercado nacional” contenida expresamente o por remisión en los arts. 4, 7, 9, 11 y 25.a) y c)...». Es la respuesta a los recursos de inconstitucionalidad interpuestos por los representantes del Gobierno Vasco y de la Generalitat de Catalunya, por considerar que los arts. 4, 7, 9, 10.1 y 4, 11, 12.2, 20, 25.a) y c), 31, 32.1, 33.1, 34.2 y 3, 35, 36 a 49 (Tít. III, Cap. I), 53 y la Disposición Transitoria primera, ap. 1, invadían sus ámbitos de competencias.

Por parte del TC ni de las mencionadas CCAA existe alusión alguna a los arts. 14 y 19 de la LDC, relativos al control de las concentraciones de empresas y de las ayudas públicas, respectivamente. Sin embargo, no olvidemos que la pretensión de las actoras y la resolución del TC consisten en declarar la inconstitucionalidad de determinados preceptos de la LDC, por desconocer las competencias ejecutivas de la legislación estatal sobre defensa de la competencia atribuidas a las CCAA en sus Estatutos.

Pues bien, si ha quedado reconocido que las CCAA que disponen de Estatutos de autonomía en dicho sentido tienen competencias para llevar a cabo la ejecución de la legislación estatal sobre defensa de la competencia, entendemos que tal atribución no puede quedar limitada a determinados sectores de la LDC, sino que ha de referirse a toda ella. Por tanto, atendiendo a la teleología de lo ordenado por la STC, las competencias ejecutivas de las CCAA habrán de extenderse a todos los supuestos restrictivos de la competencia contemplados por la LDC.

Entre ellos se distinguen (esquemáticamente):

a) Las conductas *per se* prohibidas, por sus efectos restrictivos de la competencia:

— Las colusiones o carteles (art. 1 LDC).

No obstante, bajo determinadas condiciones (arts. 2 y 3), éstas gozan de un régimen de exención (arts. 4 y 5).

- El abuso de posición dominante (art. 6 LDC).
- El falseamiento de la libre competencia por actos desleales (art. 7 LDC).

b) Otros supuestos, en principio, no prohibidos, sino sometidos a control, por sus posibles repercusiones negativas sobre la competencia:

- Las concentraciones (arts. 1.418 LDC, procedimiento de control).
- Las ayudas públicas (art. 19 LDC).

Sin embargo, la Ley de coordinación que aquí se propone contempla únicamente la descentralización de las funciones ejecutivas relativas a las conductas prohibidas por la LDC (arts. 1, 6 y 7), orillando los casos de control de las concentraciones y de las ayudas públicas (arts. 1.418 y 19), algo que, a nuestro modo de ver, implica un reconocimiento únicamente parcial, limitado, de las competencias ejecutivas, en general, a las que estimamos se refiere el TC en su sentencia.

ENMIENDA NÚM. 5

De doña Inmaculada de Boneta y Piedra (GPMX)

Enmienda, de supresión, al art. 1, punto 5.d).

JUSTIFICACIÓN

Corresponde a las Comunidades Autónomas con competencias en la materia la aplicación y ejecución de la normativa comunitaria, al mismo nivel que corresponde la ejecución de la legislación estatal. Lo contrario es apropiarse por el Estado, vía recepción del Derecho europeo, de competencias atribuidas en sus Estatutos a las Comunidades Autónomas.

ENMIENDA NÚM. 6

De doña Inmaculada de Boneta y Piedra (GPMX)

Enmienda, de supresión, al art. 2, punto 1.

JUSTIFICACIÓN

De este art. 2, que lleva el rótulo de «Resolución de conflictos», criticamos antes de nada su ubicación: ¿A qué conflictos se refiere? Atendiendo a una mejor ordenación sistemática de la norma, se echa en falta una primera referencia a los «mecanismos de coordinación» (contenidos en el art. 5), para luego establecer los correspondientes mecanismos de resolución de conflictos que puedan suscitarse a raíz de lo dispuesto.

El párrafo número 1 del art. 2 se enmarca en el contexto de art. 5.Dos, relativo a los «mecanismos de información recíproca», que se establecen

para «todas las denuncias y solicitudes de autorización singular». Esto no tiene otro sentido que el de fiscalizar, desde los órganos centrales, la labor de las instancias autonómicas, mermando así su competencia ejecutiva en materia de defensa de la competencia, que les ha sido finalmente reconocida (diez años después de publicada la LDC).

Además, dichos «mecanismos de información recíproca» no hacen más que retrasar los procedimientos que, no olvidemos, afectan a los operadores económicos, por lo que restan la celeridad y el dinamismo necesarios para el desarrollo de su actividad. Del texto legal propuesto parece desprenderse que el Gobierno presenta un mayor interés por centralizar y controlar esta materia (en detrimento de las CCAA), que por salvaguardar y fomentar la eficiencia económica y la competitividad de las empresas.

ENMIENDA NÚM. 7

De doña Inmaculada de Boneta y Piedra (GPMX)

Enmienda, de supresión, al art. 2, puntos 2, 3, 4, 5 y 6.

JUSTIFICACIÓN

En coherencia con enmiendas anteriores.

ENMIENDA NÚM. 8

De doña Inmaculada de Boneta y Piedra (GPMX)

Enmienda, de supresión, al art. 5. Punto 2.

JUSTIFICACIÓN

Del art. 2, que lleva el rótulo de «Resolución de conflictos», criticamos antes de nada su ubicación: ¿A qué conflictos se refiere? Atendiendo a una mejor ordenación sistemática de la norma, se echa en falta una primera referencia a los «mecanismos de coordinación» (contenidos en el art. 5), para luego establecer los correspondientes mecanismos de resolución de conflictos que puedan suscitarse a raíz de lo dispuesto.

El párrafo número 1 del art. 2 se enmarca en el contexto de art. 5.Dos, relativo a los «mecanismos de información recíproca» que se establecen para «todas las denuncias y solicitudes de autorización singular». Esto no tiene otro sentido que el de fiscalizar, desde los órganos centrales, la labor de las instancias autonómicas, mermando así su competencia ejecutiva en materia de defensa de la competencia, que les ha sido finalmente reconocida (diez años después de publicada la LDC).

Además, dichos «mecanismos de información recíproca» no hacen más que retrasar los procedimientos que, no olvidemos, afectan a los operadores económicos, por lo que restan la celeridad y el dinamismo necesarios para el desarrollo de su actividad. Del texto legal propuesto parece desprenderse que el Gobierno presenta un mayor interés por centralizar y controlar esta materia (en detrimento de las CCAA), que por salvaguardar y fomentar la eficiencia económica y la competitividad de las empresas.

ENMIENDA NÚM. 9

De doña Inmaculada de Boneta y Piedra (GPMX)

Enmienda, de supresión, art. 5, punto 3.

JUSTIFICACIÓN

En coherencia con enmiendas anteriores.

ENMIENDA NÚM. 10

De doña Inmaculada de Boneta y Piedra (GPMX)

Enmienda, de adición, a la Disposición Adicional primera.

Texto que se propone: Se propone introducir también los arts. 14 a 19 de la Ley de Defensa de la Competencia en la relación de artículos que recoge esta Disposición Adicional.

JUSTIFICACIÓN

En coherencia con enmiendas anteriores.

ENMIENDA NÚM. 11

De don Manuel Cámara Fernández y don José Cabrero Palomares (GPMX)

Enmienda, de adición.

Añadir un nuevo ap. 4 al art. 3 con el siguiente texto: «Los dictámenes se adoptarán por consenso de los miembros de la Junta Consultiva y cuando éste sea imposible de alcanzar, se emitirá un dictamen que contenga un resumen de los diferentes puntos de vista jurídicos expresados por los miembros de la misma, todo ello sin perjuicio de lo estipulado en el último párrafo del número anterior de este artículo en relación a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común y a la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado».

JUSTIFICACIÓN

Evitar que un órgano que nace con vocación paritaria se convierta *de facto* en un foro de ratificación de las decisiones tomadas por la Administración General del Estado, a través del voto de calidad del Presidente de la Junta Consultiva.

ENMIENDA NÚM. 12

De don Manuel Cámara Fernández y don José Cabrero Palomares (GPMX)
Enmienda, de supresión.

Eliminar del art. 3.2 la expresión «su voto será dirimente en caso de empate y».

JUSTIFICACIÓN

Evitar que un órgano que nace con vocación paritaria se convierta *de facto* en un foro de ratificación de las decisiones tomadas por la Administración General del Estado, a través del voto de calidad del Presidente de la Junta Consultiva. El Grupo Parlamentario de Senadores Nacionalistas Vascos (GPSNV), al amparo de lo previsto en el Reglamento del Senado, formula 17 enmiendas al Proyecto de Ley de coordinación de las competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de defensa de la competencia.

ENMIENDA NÚM. 13

Del Grupo Parlamentario de Senadores Nacionalistas Vascos (GPSNV)
Enmienda, de modificación, al art. 1, aps. 1, 2 y 3.

Se propone la siguiente redacción: «Art. 1. Criterios de conexión. 1. A los efectos de esta Ley, la distribución de funciones entre el Estado y las Comunidades Autónomas con competencias en materia de comercio interior, en relación con todas las actuaciones ejecutivas previstas en la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, se realizará de acuerdo con los criterios de conexión que se establecen en el presente artículo. 2. Corresponderán al Estado las actuaciones ejecutivas que establece la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, respecto a los procedimientos que tengan por objeto las conductas y prácticas previstas en la mencionada Ley, cuando las mismas puedan alterar la libre competencia en un ámbito supraautonómico o en el conjunto del mercado nacional, aunque tales actuaciones se realicen en el territorio de cualquiera de las Comunidades Autónomas. Se entenderá, de acuerdo con lo dispuesto en el párrafo anterior, que corresponden a las Comu-

nidades Autónomas con competencias en materia de comercio interior las actuaciones ejecutivas que se ajusten a los siguientes criterios de conexión: a) Que la empresa o empresas implicadas en las conductas y prácticas tengan su domicilio social en la Comunidad Autónoma y realicen en el territorio de la misma la mayor parte de su volumen de operaciones, entendiéndose por tal el importe total de las contraprestaciones, excluido el Impuesto sobre el Valor Añadido, obtenido en el ejercicio inmediato anterior por la empresa en las entregas de bienes y prestaciones de servicios realizadas en su actividad. b) Que la empresa o empresas implicadas en las conductas y prácticas no alcancen una incidencia superior a una cuota del 25 por ciento del mercado nacional».

JUSTIFICACIÓN

Corregir las importantes deficiencias técnicas y de fondo que presenta este artículo del Proyecto, que debemos considerar como el contenido nuclear de toda iniciativa legislativa, dado que responde directamente al mandato del Tribunal Constitucional, dirigido al legislador estatal, para concretar los criterios de conexión que permitan la concreción operativa del reparto de competencias entre los poderes públicos respecto a las actuaciones ejecutivas que contempla la Ley de Defensa de la Competencia. En concreto, en palabras del Alto Tribunal, se trata de establecer los criterios de conexión pertinentes para que las Comunidades Autónomas puedan ejercitar sus competencias.

Sin embargo, la cuestión es que cualquier operador jurídico puede constatar con facilidad que el Proyecto —y el artículo que nos ocupa en particular— tiene deficiencias más allá de la deseable corrección técnica, esto es, que proyecta un encaje tramposo del mandato del Tribunal Constitucional, con manipulaciones de su sentido y alcance jurídicos, e incluso con alteraciones de la literalidad del fallo judicial y de su argumentación, que originan el resultado apreciable de un sistema con manifestaciones de restricción inconstitucional de las competencias autonómicas y, sobre todo, con una absoluta falta de seguridad jurídica y objetividad para conocer cuándo pueden las Comunidades Autónomas ejercer sus competencias.

La primera deficiencia del texto del Proyecto que destacamos comprende una restricción de las competencias autonómicas, al identificar exclusivamente su ámbito de actuación con respecto a algunas —y no todas— de las conductas y prácticas objeto de los procedimientos previstos en la legislación de defensa de la competencia. En concreto el texto conduce a que queden excluidos de la competencia autonómica los procedimientos que tengan por objeto las conductas y prácticas aludidas en la LDC, en sus arts. 14 —sobre concentraciones económicas— y 19 —sobre ayudas públicas—.

Aunque la STC 208/1999, de 11 de noviembre, se limita declarar la inconstitucionalidad de la cláusula «en todo o en parte del mercado nacio-

nal» contenida expresamente o por remisión en los arts. 4, 7, 9, 10, 11 y 25.a) de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, lo hace sobre una base argumental que no es de exclusiva aplicación a los concretos preceptos declarados inconstitucionales por el Alto Tribunal, sino que se proyecta sobre el reparto de todas las competencias ejecutivas, pues lo que declara el Alto Tribunal como contrario al orden constitucional de distribución de competencias es «la pretensión de universalidad en la atribución al Estado de las competencias ejecutivas (...) [que] atribuye al Tribunal y al Servicio de Defensa de la Competencia la totalidad de la función aplicativa». Además, adviértase que la referencia al art. 25 engloba implícitamente a todas las conductas y prácticas objeto de consideración en la legislación.

La segunda deficiencia que apuntamos comprende la más grave consecuencia para justificar el rechazo del texto, pues el mismo obvia por completo la exigencia de concretar los criterios de conexión que permiten conocer cuándo deben ejercer sus competencias las CCAA. El Proyecto se limita a indicar el criterio genérico que ya estableció el TC en su sentencia que debe guiar el reparto de funciones y la propia elaboración de los puntos de conexión (cuando las conductas y prácticas de las empresas puedan alterar la libre competencia en su ámbito supraautonómico o en el conjunto del mercado nacional).

Un punto de conexión debe ser objetivo, cierto y seguro en su identificación para que pueda percibirse *a priori* con claridad el supuesto de hecho del que depende la atribución competencial a una u otra Administración Pública, teniendo en cuenta, además, que son los propios ciudadanos los que deben poder apreciarlo para entablar sus relaciones ante la instancia pública adecuada, para que puedan ejercer sus derechos y defender sus intereses respecto a las actuaciones públicas, etc.

A pesar de la rúbrica de este artículo del Proyecto, en lugar de fijarse los puntos de conexión, se establece un mecanismo para que únicamente puedan ser fijados *a posteriori*, eludiendo las garantías mínimas de objetividad y seguridad. No se fija un punto de conexión con la enumeración de causas por las que las conductas pueden afectar al ámbito supraautonómico [ap. 2.a) del art. 1 del Proyecto], pues las mismas causas también justifican la afectación al ámbito autonómico, lo que revela que se trata de un mecanismo inútil para el fin que nos ocupa. Tampoco se puede determinar que una conducta afecte al ámbito supraautonómico porque atenta contra ciertos principios [ap. 2.b) del art. 1 del Proyecto], pues ello supone excluir el reparto competencial constitucional por materias y excluye la tutela de estos mismos principios que tienen también asignada los poderes públicos autonómicos, lo que revela igualmente que se trata de un mecanismo inútil para el fin que nos ocupa.

Por otro lado, la redacción del Proyecto adolece de otras deficiencias técnicas. No puede sostenerse en rigor que la LDC «reconozca competencias», como parece presuponer el texto del Proyecto. Prevé una serie de supuestos de intervención administrativa con el fin de garantizar la

libre competencia. La STC 208/1999 los denomina «actuaciones ejecutivas».

Se establece que la intervención ejecutiva corresponderá al Estado «aun cuando el ejercicio de tales competencias haya de realizarse en el territorio de cualquiera de las Comunidades Autónomas». Sin embargo, lo que la STC 2098/1999 postula al sostener lo que el texto del proyecto reproduce con algunos cambios, en el pasaje transcrito, no es que la competencia ejecutiva estatal en el ámbito de defensa de la competencia opere, también, cuando tal competencia se ejerza en el territorio de cualquiera de las Comunidades Autónomas —lo que no tendría sentido, si se tiene en cuenta que el aparato administrativo dependiente del Estado proyecta su actuación sobre todo el territorio estatal—, sino cuando las actuaciones contrarias o potencialmente contrarias a la competencia tienen lugar en el territorio de cualquier Comunidad Autónoma. Los redactores del proyecto han cambiado la voz «actuaciones» por la expresión «el ejercicio de tales competencias» y con ello han subvertido el sentido del pasaje tomado del Tribunal Constitucional.

La enmienda que presentamos se dedica simplemente a fijar los repetidos puntos de conexión. El esquema permite alcanzar la razonable presunción de que aquellas conductas y prácticas de las que corresponde conocer a las CCAA, que por lo tanto no alteran la libre competencia en el ámbito supraautonómico o en el conjunto del mercado nacional, sean aquellas realizadas por empresas de la Comunidad Autónoma correspondiente y que no superen el 25 por ciento de la cuota de mercado. En tales casos insistimos en que parece más que razonable concluir que los efectos de la actividad económica no exceden del respectivo ámbito autonómico, lo que, se ha dicho, es la clave constitucional para que las CCAA ejerzan sus competencias.

ENMIENDA NÚM. 14

Del Grupo Parlamentario de Senadores Nacionalistas Vascos (GPSNV)

Enmienda, de modificación, al art. 1, ap. 4.

Se propone la siguiente redacción: «3. Cuando el régimen previsto en el apartado precedente afecte a las autorizaciones singulares a las que se refiere el art. 4 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, las autorizaciones otorgadas por una Comunidad Autónoma que recaigan sobre acuerdos, decisiones, recomendaciones y prácticas que, después de autorizadas, pasen a afectar a un ámbito supraautonómico o al conjunto del mercado nacional conforme a lo dispuesto en las letras anteriores, habrán de ser renovadas por los órganos estatales de defensa de la competencia».

JUSTIFICACIÓN

Coherencia con la anterior.

ENMIENDA NÚM. 15

Del Grupo Parlamentario de Senadores Nacionalistas Vascos (GPSNV)

Enmienda, de supresión, al art. 1, ap. 5, párrafo *a*).

JUSTIFICACIÓN

Aunque la STC 208/1999, de 11 de noviembre, se limita a declarar la inconstitucionalidad de la cláusula «en todo o en parte del mercado nacional» contenida expresamente o por remisión en los arts. 4, 7, 9, 10, 11 y 25.a) de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, lo hace sobre una base argumental que no es de exclusiva aplicación a los concretos preceptos declarados inconstitucionales por el Alto Tribunal, sino que se proyecta también para los supuestos de intervención previstos en los arts. 14 y 19 de la mencionada Ley, que de ninguna manera pueden sustraerse al reparto de competencias ejecutivas que diseña el Alto Tribunal, para el que lo contrario al orden constitucional de distribución de competencias es «la pretensión de universalidad en la atribución al Estado de las competencias ejecutivas (...) [que] atribuye al Tribunal y al Servicio de Defensa de la Competencia la totalidad de la función aplicativa».

ENMIENDA NÚM. 16

Del Grupo Parlamentario de Senadores Nacionalistas Vascos (GPSNV)

Enmienda, de modificación, al art. 1, ap. 5, párrafo *b*).

Se propone la siguiente redacción: «4. En todo caso, corresponderá al Estado la autorización, mediante reglamentos de exención, de categorías, de acuerdos, decisiones, recomendaciones, prácticas concertadas o conscientemente paralelas, a que se refiere el art. 5 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia».

JUSTIFICACIÓN

Adaptación del texto a las modificaciones propuestas en las enmiendas precedentes.

ENMIENDA NÚM. 17

Del Grupo Parlamentario de Senadores Nacionalistas Vascos (GPSNV)

Enmienda, de supresión, al art. 1, ap. 5, párrafo *c*).

JUSTIFICACIÓN

Subvierte sin justificación el régimen de distribución competencial que resultó de la STC 208/1999. La reserva competencial operada a favor del Estado por el art. 149.1.3 CE no puede dar cobertura a este precepto, que alude a foros, como el de la Unión Europea, que no son internacionales, sino domésticos y se refiere a relaciones en las que difícilmente pueden incardinarse los organismos que se citan en el proyecto.

ENMIENDA NÚM. 18

Del Grupo Parlamentario de Senadores Nacionalistas Vascos (GPSNV)

Enmienda, de supresión, al art. 1, ap. 5, párrafo *d*).

JUSTIFICACIÓN

Subvierte el régimen de distribución competencial.

ENMIENDA NÚM. 19

Del Grupo Parlamentario de Senadores Nacionalistas Vascos (GPSNV)

Enmienda, de modificación, al art. 2, ap. 1, penúltimo y último párrafos.

Se propone la siguiente redacción: «Si el órgano notificante mantuviese su competencia sobre dicha conducta, el órgano correspondiente de cualquiera de las Administraciones en conflicto podrá solicitar la convocatoria de la Junta Consultiva en materia de Conflictos prevista en el art. 3, para que en el plazo de quince días emita su informe. Una vez evacuado el informe previsto en el párrafo anterior, podrá iniciarse el procedimiento correspondiente en el plazo máximo de diez días. Si el dictamen de la Junta Consultiva se hubiese emitido con el voto unánime de todos sus miembros o las Administraciones en conflicto alcanzasen un acuerdo en torno a este punto, la tramitación y resolución del procedimiento corresponderán al órgano en cuyo poder se encontrase el expediente, sin perjuicio de la aplicación de lo establecido en el Capítulo II del Título IV de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional».

JUSTIFICACIÓN

No parece conveniente forzar a las Administraciones en conflicto a solicitar, en todo caso, la convocatoria de la Junta Consultiva. La voz «solicitará» impone un automatismo que carece de sentido cuando las Administraciones en conflicto, por ejemplo, reciben del órgano notificante una explicación convincente de las razones por las que mantiene su competencia.

Por otra parte, conviene suprimir la expresión «que se considere competente», porque, en el contexto del precepto, resulta confuso y problemático. En efecto, el supuesto de hecho sobre el que opera el precepto es, precisamente, la existencia de un conflicto entre varias Administraciones que se consideran (todas ellas) competentes para conocer y resolver el asunto. Si sus respectivas representaciones no se ponen de acuerdo en el seno de la Junta Consultiva y el dictamen de ésta, con arreglo al art. 3.1 del proyecto, no es vinculante, tras su evacuación, cualquiera que sea el sentido en el que se pronuncie, nos seguimos encontrando ante las mismas Administraciones que siguen considerándose competentes para conocer y resolver el asunto. En este contexto, establecer, como hace el proyecto, que se podrá iniciar el procedimiento por el órgano que «se considere competente», genera confusión, porque, supuesto que la expresión no puede referirse a la Administración que «se considere competente en el dictamen de la Junta Consultiva», lo cierto es que todas las Administraciones «se consideran competentes».

ENMIENDA NÚM. 20

Del Grupo Parlamentario de Senadores Nacionalistas Vascos (GPSNV)

Enmienda, de modificación, al art. 2, ap. 2, párrafos primero y segundo.

Se propone la siguiente redacción: «El Servicio de Defensa de la Competencia notificará a los órganos autonómicos correspondientes todas las denuncias y solicitudes de autorización singular recibidas en aplicación de la presente Ley, así como de aquellas conductas detectadas de oficio con respecto a las cuales existan indicios racionales de infracción de acuerdo con lo establecido en el art. 5.Dos. En dicha notificación se expresará el órgano, estatal o autonómico, que se considere competente. El órgano considerado competente en la comunicación remitida por el Servicio de Defensa de la Competencia podrá iniciar el procedimiento si en el plazo de quince días no recibe opinión en contrario de ningún otro órgano que recabe para sí la competencia».

JUSTIFICACIÓN

Los órganos autonómicos de defensa de la competencia difícilmente podrán impulsar el procedimiento de resolución de conflictos, previsto

en el art. 3 del Proyecto, si únicamente disponen de una «nota sucinta» de las denuncias, solicitudes de autorización y actuaciones de oficio que obren en su poder. En este punto, la regulación del texto original es de una asimetría que resultó casi desdeñosa para con las Comunidades Autónomas, dado que tampoco cabe prever un aluvión tal de denuncias y solicitudes de autorización que haga imposible o económicamente inabordable mantener cumplidamente informados (mediante la remisión de una copia) a todos los órganos de Defensa de la Competencia de las Comunidades Autónomas con facultades en materia de comercio interior.

ENMIENDA NÚM. 21

Del Grupo Parlamentario de Senadores Nacionalistas Vascos (GPSNV)

Enmienda, de modificación, al art. 2, ap. 2, penúltimo y últimos párrafos.

Se propone la siguiente redacción: «Si otro órgano autonómico se considera competente en relación con dicha conducta, el Servicio de Defensa de la Competencia o los órganos autonómicos correspondientes podrán solicitar la convocatoria de la Junta Consultiva en materia de Conflictos prevista en el art. 3 para que en el plazo de quince días emita su informe. Una vez evacuado el informe previsto en el párrafo anterior, podrá iniciarse el procedimiento correspondiente en el plazo máximo de diez días. Si el dictamen de la Junta Consultiva se hubiese emitido con el voto unánime de todos sus miembros o las Administraciones en conflicto alcanzasen un acuerdo en torno al modo de considerarlo, la tramitación y resolución del procedimiento corresponderán al órgano que se propusiere en el mismo. En todo contrario, corresponderán al órgano en cuyo poder se encontrare el expediente, sin perjuicio de la aplicación de lo establecido en el Capítulo II del Título IV de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional».

JUSTIFICACIÓN

La misma que la aportada en la enmienda al art. 2, ap. 1, penúltimo y último párrafos.

ENMIENDA NÚM. 22

Del Grupo Parlamentario de Senadores Nacionalistas Vascos (GPSNV)

Enmienda, de modificación, al art. 3, ap. 3, último párrafo.

Se propone suprimir el último inciso del párrafo desde «... y en el Capítulo IV del Título II de la Ley 6/1997, de 14 de abril...».

JUSTIFICACIÓN

La remisión a lo dispuesto en el Capítulo II del Título II de la Ley 30/1992, de 26 de diciembre (LRJAP y PAC y el Capítulo IV del Título II de la Ley 6/1997, de 14 de abril), LOFAGE, se hace a los efectos del «funcionamiento, convocatoria, reuniones y régimen de adopción de acuerdos de la Junta Consultiva en materia de Conflictos». Ocurre, sin embargo, que, por su propia naturaleza y finalidad, la LOFAGE no hace referencia alguna a estos aspectos del régimen jurídico de los órganos colegiados, limitándose a establecer los requisitos que han de cumplirse para constituirlos (art. 38), su clasificación y composición (art. 39) y el modo de su creación, modificación y supresión (art. 40); aspectos todos ellos que (en la medida en que una norma de rango legal pueda condicionar la actuación futura del propio legislador) podrán ser parámetro de actuación para el legislador que disponga la creación de la Junta Consultiva, pero no constituyen una pauta jurídica útil para ordenar su funcionamiento. La referencia a la LRJAP y PAC es, pues, suficiente a los efectos del precepto.

ENMIENDA NÚM. 23

Del Grupo Parlamentario de Senadores Nacionalistas Vascos (GPSNV)

Enmienda, de modificación, al art. 5, ap. 1, punto 1, párrafo segundo.

Se propone. suprimir el último inciso del párrafo desde «... y en Capítulo IV del Título II de la Ley 6/1997, de 14 de abril...».

JUSTIFICACIÓN

La misma que la aducida para la enmienda al art. 3, ap. 3, último párrafo.

ENMIENDA NÚM. 24

Del Grupo Parlamentario de Senadores Nacionalistas Vascos (GPSNV)

Enmienda, de modificación, al art. 5, ap. 2, párrafo b).

«Igualmente, el Servicio de Defensa de la Competencia remitirá a los órganos autonómicos de defensa de la competencia copia de todas las denuncias y solicitudes de autorización singular que reciba y de las actuaciones practicadas de oficio respecto de las que existan indicios racionales de infracción».

JUSTIFICACIÓN

La misma que la aportada en la enmienda al art. 2, ap. 2, párrafo primero.

ENMIENDA NÚM. 25

Del Grupo Parlamentario de Senadores Nacionalistas Vascos (GPSNV)

Enmienda, de supresión, al art. 5, ap. 3, párrafo primero.

JUSTIFICACIÓN

Los mecanismos de colaboración, cooperación e información recíproca que contempla el proyecto son suficientes para procurar la aplicación uniforme de la LDC. Nótese, por ejemplo, que, según el art. 5.Úno.1, el Consejo de Defensa de la Competencia tiene como objetivo «promover la aplicación uniforme de la legislación de competencia». Una vez dictada ésta, el interés por su aplicación uniforme no es exclusivamente estatal. Corresponde también a las Comunidades Autónomas y su consecución se procura a través de un órgano que el propio proyecto califica como «... de colaboración, coordinación e información recíproca...». La condición de interesado no permite al Estado disponer de más información sobre la actuación de los órganos autonómicos que la que le suministran los citados mecanismos y, sin embargo, introduce un cuerpo extraño en la caracterización jurídica que el interesado tiene en el procedimiento administrativo.

ENMIENDA NÚM. 26

Del Grupo Parlamentario de Senadores Nacionalistas Vascos (GPSNV)

Enmienda, de modificación, al art. 5, ap. 3, párrafo segundo.

Se propone la siguiente redacción: «Las Comunidades Autónomas y el Servicio de Defensa de la Competencia se comunicarán mutuamente las resoluciones que dicten en materia de defensa de la competencia».

JUSTIFICACIÓN

El texto original se refiere con una técnica defectuosa a «los acuerdos y resoluciones adoptados tanto en la fase de instrucción como de resolución que pongan fin al procedimiento». Es preferible limitar el deber de comunicación a las resoluciones que ponen fin al procedimiento. Para los actos de tramitación resultan suficientes los mecanismos de colaboración, cooperación e información recíproca previstos en el proyecto.

Por otra parte, el deber de comunicar las resoluciones que se dicten debe ajustarse a una pauta de reciprocidad. En fin, la también técnicamente defectuosa referencia a dos recursos que se puedan «ejercer (...) ante las instancias correspondientes», sobra. El Proyecto no pretende reconocer nuevos supuestos de legitimidad para impugnar los actos dictados en materia de defensa de la competencia por vía administrativa o jurisdiccional, por lo que el establecimiento del deber de comunicación es suficiente.

ENMIENDA NÚM. 27

Del Grupo Parlamentario de Senadores Nacionalistas Vascos (GPSNV)

Enmienda, de modificación, a la Disposición Adicional primera.

Se propone añadir al listado los siguientes artículos: art. 14, art. 15, art. 15 *bis*, art. 15 *ter*, art. 16, art. 17, art. 18, art. 19.

JUSTIFICACIÓN

Aunque la STC 208/1999, de 11 de noviembre, se limita declarar la inconstitucionalidad de la cláusula «en todo o en parte del mercado nacional» contenida expresamente o por remisión en los arts. 4, 7, 9, 10, 11 y 25.a) y c) de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, lo hace sobre una base argumental que no es de exclusiva aplicación a los concretos preceptos declarados inconstitucionales por el Alto Tribunal, sino que se proyecta también para los supuestos de intervención previstos en los arts. 14 y 19 de la mencionada Ley, que de ninguna manera pueden sustraerse al reparto de competencias ejecutivas que diseña el Alto Tribunal, para el que lo contrario al orden constitucional de distribución de competencias es «la pretensión de universalidad en la atribución al Estado de las competencias ejecutivas (...) [que] atribuye al Tribunal y al Servicio de Defensa de la Competencia la totalidad de la función aplicativa».

ENMIENDA NÚM. 28

Del Grupo Parlamentario de Senadores Nacionalistas Vascos (GPSNV)

Enmienda, de supresión, a la Disposición Adicional tercera.

JUSTIFICACIÓN

El Proyecto tiene por objeto fijar los criterios de conexión que permitan a las Comunidades Autónomas ejercitar las competencias que el Tribunal Constitucional ha establecido que les corresponden en su Sentencia 208/1999, de 11 de noviembre. Tienen que ver con la defensa de

la competencia, tales competencias autonómicas no pueden ser enervadas por el hecho de que una Ley establezca disposiciones especiales para un ámbito concreto.

ENMIENDA NÚM. 29

Del Grupo Parlamentario de Senadores Nacionalistas Vascos (GPSNV)

Enmienda, de modificación, a la Disposición Transitoria.

Se propone la siguiente redacción: «En tanto las Comunidades Autónomas no hayan constituido sus respectivos órganos de defensa de la competencia, el Estado seguirá ejercitando las competencias que ejercite a la entrada en vigor de esta Ley».

JUSTIFICACIÓN

Las competencias que este precepto autoriza a seguir ejercitando al Estado hasta el momento en el que las Comunidades Autónomas constituyan sus respectivos órganos de defensa de la competencia no «le corresponden». Precisamente la STC 208/1999, de 11 de noviembre, lo ha postulado sin ambages. Lo que la disposición enmendada permite al Estado es continuar ejercitando transitoriamente competencias que, en puridad, no le corresponden, pero que de hecho ejercita con el fin de evitar el vacío.

ENMIENDA NÚM. 30

Del Grupo Parlamentario Socialista (GPS) y el Grupo Parlamentario

Entesa Catalana de Progrés (GPECP)

Enmienda, de modificación, al art. 3.2.

En el número 2 del art. 3 se propone sustituir «Ministro de Economía» por «Presidente del Tribunal de Defensa de la Competencia».

JUSTIFICACIÓN

Conveniencia de que sea el Presidente del Tribunal el que nombre al Presidente de la Junta Consultiva.

ENMIENDA NÚM. 31

Del Grupo Parlamentario Socialista (GPS) y el Grupo Parlamentario

Entesa Catalana de Progrés (GPECP)

Enmienda, de modificación, al art. 3.3.

En el número 3 del art. 3 se propone sustituir «Ministro de Economía» por «Presidente del Tribunal de Defensa de la Competencia».

JUSTIFICACIÓN

En coherencia con la enmienda anterior.

ENMIENDA NÚM. 32

Del Grupo Parlamentario Socialista (GPS) y el Grupo Parlamentario Entesa Catalana de Progrés (GPECP)

Enmienda, de modificación, al art. 5.Uno.2.

Se propone la siguiente redacción del art. 5.Uno.2: «2. El Pleno del Consejo de Defensa de la Competencia estará constituido por los siguientes miembros: El Presidente del Tribunal de Defensa de la Competencia, que lo presidirá. Seis representantes del Tribunal de Defensa de la Competencia nombrados por su Presidente entre personas de reconocido prestigio con experiencia en el ámbito de defensa de la competencia. Un representante de cada una de las Comunidades Autónomas con competencias en materia de defensa de la competencia. Un Secretario, con voz pero sin voto, nombrado por el Presidente del Tribunal de Defensa de la Competencia».

JUSTIFICACIÓN

Composición adecuada del Consejo de Defensa de la Competencia.

ENMIENDA NÚM. 33

Del Grupo Parlamentario Socialista (GPS) y el Grupo Parlamentario Entesa Catalana de Progrés (GPECP)

Enmienda, de modificación, al art. 5.Dos.d).

Donde dice: «El Servicio...», debe decir: «El Tribunal...».

JUSTIFICACIÓN

Correcta definición del órgano de comunicación.

ENMIENDA NÚM. 34

Del Grupo Parlamentario Socialista (GPS) y el Grupo Parlamentario Entesa Catalana de Progrés (GPECP)

Enmienda, de modificación, al art. 5.Tres.

Donde dice: «... el Servicio...», debe decir: «... el Tribunal...».

JUSTIFICACIÓN

En coherencia con la anterior enmienda.

ENMIENDA NÚM. 35

Del Grupo Parlamentario Socialista (GPS) y el Grupo Parlamentario Entesa Catalana de Progrés (GPECP)

Enmienda, de adición, a la Disposición Adicional nueva.

«Antes de adoptar decisiones sobre concentraciones que se opongan a la posición del Tribunal de Defensa de la Competencia, la autoridad estatal competente tendrá que recabar la opinión de las autoridades de Competencia de las Comunidades Autónomas donde tengan su sede las empresas afectadas».

JUSTIFICACIÓN

Establece el derecho a ser oído para las autoridades autonómicas en los casos en que la decisión estatal se oponga a la posición del Tribunal de Defensa de la Competencia.

ENMIENDA NÚM. 36

Del Grupo Parlamentario de Senadores de Coalición Canaria (GPCC)

Enmienda, de adición, al art. 1.4, párrafo primero.

Se propone el siguiente texto: «4. El ejercicio de las competencias relativas a las autorizaciones a las que se refiere el art. 4 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, y la aplicación de las normas contenidas en su Capítulo II y Capítulo III corresponderá al Estado o a las Comunidades Autónomas de acuerdo con los puntos de conexión establecidos en el presente artículo». (Resto igual.)

JUSTIFICACIÓN

Correlativamente con la justificación de la enmienda a la letra a) del ap. 5 del art. 1, en este párrafo primero del ap. 4 se deben ampliar las facultades tanto del Estado como de las Comunidades Autónomas a los casos de concentraciones económicas y ayudas públicas, según afecten a un único ámbito autonómico y no sean significativos en el ámbito nacional o bien que afecten a un ámbito supraautonómico o al conjunto del mercado nacional. Nótese también el error en el texto publicado en el

Boletín Oficial de las Cortes en este ap. 4, donde se indica el «19 de julio» como fecha de aprobación de la Ley 16/1989, en lugar de «17 de julio».

ENMIENDA NÚM. 37

Del Grupo Parlamentario de Senadores de Coalición Canaria (GPCC)

Enmienda, de supresión, al art. 1.5.a).

JUSTIFICACIÓN

La letra a) del ap. 5 del art. 1 atribuye en exclusiva al Estado la aplicación de las normas contenidas en el Capítulo II y en el Capítulo III de la Ley 16/1989, relativos a las concentraciones económicas y a las ayudas del Estado. Esta atribución resulta contraria tanto a la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en su Sentencia de 11 de noviembre de 1999, como a los principios de distribución de competencias que el propio Proyecto de Ley establece en su art. 1, porque no está teniendo en cuenta que el mercado afectado tanto por una concentración económica como por una ayuda pública se puede circunscribir al ámbito de una sola Comunidad Autónoma, en cuyo caso ésta debería ser la única competente para intervenir disciplinando ese mercado. Actualmente la Ley 16/1989, de 17 de julio, en su art. 14, exige que se notifiquen los proyectos en los que se adquiera o se incremente una cuota igual o superior al 25 por ciento del mercado nacional «o de un mercado geográfico definido dentro del mismo», es decir, en este último caso está admitiendo que la concentración sólo pueda afectar a un ámbito autonómico y no sea significativa en el ámbito nacional, en tal caso, por tanto, la competencia para conocer de dicho proyecto de concentración o de ayudas públicas debería corresponder a la Comunidad Autónoma en cuestión y no al Estado en exclusiva como pretende el texto enmendado.

ENMIENDA NÚM. 38

Del Grupo Parlamentario de Senadores de Coalición Canaria (GPCC)

Enmienda, de adición, al art. 2, punto 1, primer párrafo, y punto 2, primer párrafo.

Texto propuesto: «1. Las Comunidades Autónomas notificarán al Servicio de Defensa de la Competencia mediante nota sucinta todas las denuncias, solicitudes de autorización singular y proyectos de concentraciones económicas y de ayudas públicas recibidas en aplicación de la presente Ley, así como aquellas conductas detectadas de oficio respecto de las que existan indicios racionales de infracción, de acuerdo con lo establecido en el art. 5.Dos. En dicha notificación se expresará el órgano, estatal o autonómico, que se considere competente». (Resto igual.)

2. El Servicio de Defensa de la Competencia notificará a los órganos autonómicos correspondientes una nota sucinta de todas las denuncias y solicitudes de autorización singular y de los proyectos de concentraciones económicas de ayudas públicas recibidas, así como de las actuaciones practicadas de oficio, en dicha nota se expresará el órgano, estatal o autonómico, que se considere competente». (Resto igual).

JUSTIFICACIÓN

Idéntica justificación que la de la enmienda al art. 5.Dos, letras *a*) y *b*), relativa a los mecanismos de información recíproca, en los que debe partirse de una posición recíproca y simétrica entre Comunidades Autónomas y órganos estatales de defensa de la competencia. Por otro lado se debe ampliar la obligación de suministro de información a los casos de concentraciones económicas y ayudas públicas.

ENMIENDA NÚM. 39

Del Grupo Parlamentario de Senadores de Coalición Canaria (GPCC)

Enmienda, de modificación, al art. 5.Tres, párrafos primero y segundo.

«Tres. Al objeto de procurar la aplicación uniforme de la Ley de Defensa de la Competencia, el Servicio de Defensa de la Competencia podrá comparecer, en calidad de interesado, en los procedimientos administrativos tramitados por los órganos de defensa de la competencia de las Comunidades Autónomas. Igual facultad se atribuye a los órganos correspondientes de las Comunidades Autónomas en la medida en que afecten a su ámbito territorial los procedimientos tramitados por el Servicio de Defensa de la Competencia. Los órganos autonómicos y los estatales en materia de defensa de la competencia deberán comunicarse entre sí los acuerdos y resoluciones adoptados tanto en la fase de instrucción como de resolución que ponga fin al procedimiento, con el fin de que puedan ejercer, en su caso, el recurso contra dichos acuerdos ante las instancias correspondientes».

JUSTIFICACIÓN

Idéntica justificación que la de las enmiendas anteriores: debe respetarse la posición recíproca y simétrica entre las Comunidades Autónomas y los órganos estatales en cuanto a los mecanismos de información mutua.

ENMIENDA NÚM. 40

Del Grupo Parlamentario de Senadores de Coalición Canaria (GPCC)

Enmienda, de modificación, al art. 5.Dos, letras *a*) y *b*).

Se propone el siguiente texto: «*a*) Las Comunidades Autónomas remitirán al Servicio de Defensa de la Competencia nota sucinta de todas las denuncias y solicitudes de autorización singular, así como de los proyectos de concentraciones económicas y de ayudas públicas recibidas en aplicación de la presente Ley. Asimismo, notificarán al Servicio de Defensa de la Competencia aquellas conductas detectadas de oficio respecto de las que existan indicios racionales de infracción. *b*) El Servicio de Defensa de la Competencia remitirá a los órganos autonómicos una nota sucinta de todas las denuncias y solicitudes de autorización singular, así como de los proyectos de concentraciones económicas y de ayudas públicas que reciba y de las actuaciones practicadas de oficio respecto de las que existan indicios racionales de infracción que se refieren a conductas que afecten a su respectiva Comunidad Autónoma».

JUSTIFICACIÓN

En el establecimiento de los mecanismos de información recíproca no debería distinguirse la calidad y cantidad de la información que deben suministrarse entre sí las CCAA y el Servicio de Defensa de la Competencia. No encaja en una actitud de deberes mutuos que las CCAA deban entregar «una copia de todas» y cada una de las denuncias y solicitudes al Servicio de Defensa de la Competencia, y que éste, en cambio, sólo deba notificar una «copia sucinta» de las que afecten a la respectiva Comunidad Autónoma. Este desigual trato va en contra del espíritu del propio Proyecto de Ley que en su Exposición de Motivos (apartado V) declara que «los procedimientos de resolución de conflictos parten de un recíproco y simétrico suministro de información». Por otro lado, de acuerdo con las justificaciones a las enmiendas al art. 1, también se debe ampliar la obligación de suministro de información a los casos de concentraciones económicas y ayudas públicas.

ENMIENDA NÚM. 41

Del Grupo Parlamentario de Senadores de Coalición Canaria (GPCC)

Enmienda, de adición, a la Disposición Adicional (nueva).

Se propone la adición de una nueva Disposición Adicional con el siguiente texto: «Disposición Adicional. 1.º De acuerdo con el art. 46 del Estatuto de Autonomía de Canarias y el 299.2 del Tratado Constitutivo de las Comunidades Europeas, en la aplicación de las disposiciones de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia,

especialmente las contenidas en su Título I, así como en los reglamentos que se dicten para su desarrollo y ejecución, se tendrán en cuenta las características estructurales y permanentes del Archipiélago Canario y sus exigencias especiales, derivadas de su situación ultraperiférica, a fin de que las condiciones de competencia no supongan un obstáculo para su desarrollo. 2.º Los órganos correspondientes de defensa de la competencia tendrán en consideración las condiciones previstas en el apartado anterior y sus efectos sobre la competencia, en el inicio, instrucción y resolución de los expedientes que se tramiten para la adopción de medidas dirigidas al mantenimiento o restablecimiento de la competencia efectiva, especialmente en materia de autorizaciones singulares de acuerdos, decisiones, recomendaciones y prácticas a que se refiere el art. 1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, así como en la imposición de sanciones, en el control de concentraciones económicas y en el examen de las ayudas de Estado».

JUSTIFICACIÓN

Las regiones ultraperiféricas de la Unión Europea debido a su peculiar situación estructural social y económica, derivada de su «gran lejanía, insularidad, reducida superficie, relieve y clima adversos y dependencia económica de un reducido número de productos», gozan en el ordenamiento comunitario de una aplicación más flexible de las políticas comunes —incluida la política de la competencia—. En este contexto se sitúa el Archipiélago Canario, de cuyo *status* —reconocido en el art. 299.2 del TCE— puede derivar un régimen específico para ciertas categorías de acuerdos, decisiones y prácticas concertadas o un régimen singular de ayudas del Estado para fomentar su desarrollo regional (elevación de cuantías exentas, intensidades, etc.).

Sin embargo, estas circunstancias particulares, que se reconocen y amparan en el ámbito comunitario, no han tenido reflejo alguno, ni en el texto de la vigente Ley 16/1989, ni en las sucesivas reformas. La presente enmienda trata de evitar, de acuerdo con el Estatuto de Autonomía de Canarias y con el *status* jurídico de las regiones ultraperiféricas previsto en el art. 299.2 del Tratado Constitutivo de las Comunidades Europeas, que una aplicación rígida de la política de defensa de la competencia imponga condiciones más gravosas para el Archipiélago sin tener en cuenta su situación estructural desfavorable.

ENMIENDA NÚM. 42

Del Grupo Parlamentario Catalán en el Senado de Convergència i Unió (GPCIU)

Enmienda, de modificación, al art. 1.

Redacción que se propone: «Art. 1. Puntos de conexión. 1. Corresponderá al Estado el ejercicio de las competencias reconocidas en la

Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, respecto de los procedimientos que tengan por objeto las conductas previstas en los arts. 1, 6 y 7 de la mencionada Ley, así como las autorizaciones singulares previstas en el art. 4, la autorización mediante reglamentos de exención de categorías de acuerdos, decisiones, recomendaciones, prácticas concertadas o conscientemente paralelas a las que se refiere el art. 5, y las operaciones que en los términos de los arts. 14 y 19 de la misma se califiquen como concentraciones económicas o ayudas públicas, cuando las citadas conductas, autorizaciones, operaciones o ayudas alteren o puedan alterar la libre competencia en un ámbito supraautonómico o en el conjunto del mercado estatal, aun cuando se realicen en el territorio de cualquiera de las Comunidades Autónomas. 2. Corresponderá a las Comunidades Autónomas con competencias en la materia el ejercicio en su territorio de las competencias reconocidas en la Ley 16/1989, de 17 de julio, a las que se refiere el número anterior, cuando las citadas conductas, autorizaciones, operaciones o ayudas, sin afectar a un ámbito superior al de una Comunidad Autónoma o al conjunto del mercado estatal, alteren o puedan alterar la libre competencia en el ámbito de la respectiva Comunidad Autónoma. 3. Se entenderá que no afecta a un ámbito superior al de una Comunidad Autónoma o al conjunto del mercado estatal en los siguientes casos: *a)* Cuando más del 50 por ciento del volumen de ventas derivado de las operaciones afectadas por las conductas prohibidas, el abuso de posición dominante y el falseamiento de la libre competencia por actos desleales a los que se refieren los arts. 1, 6 y 7 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, tenga lugar en el ámbito territorial de una misma Comunidad Autónoma. *b)* Cuando las concentraciones económicas a las que se refiere el procedimiento previsto en el art. 14 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, impliquen la adquisición o incremento de una cuota igual o superior al 25 por ciento del mercado de un determinado producto o servicio de la respectiva Comunidad Autónoma o la constitución de una entidad cuyo volumen de ventas en el ámbito territorial de una misma Comunidad Autónoma sea superior al 50 por ciento del total o a 60.000.000 de euros. *c)* Cuando las autorizaciones a las que se refieren los arts. 4 y 5 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, afecten a conductas prohibidas, respecto de las cuales extienda sus competencias una Comunidad Autónoma de acuerdo con el punto de conexión establecido en la letra *a)* de este número. No obstante, si después de otorgada una autorización por una Comunidad Autónoma se alterara las circunstancias determinantes de la atribución competencial por afectar la conducta autorizada a un ámbito supraautonómico o al conjunto del mercado estatal, será necesaria una nueva autorización, cuyo otorgamiento corresponderá a los órganos estatales de defensa de la competencia. *d)* Cuando las ayudas públicas a las que se refiere el art. 19 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, se hayan hecho efectivas con cargo a los recursos públicos de una Comunidad Autónoma, o respecto de aquellos que como consecuencia de disposición legal deban gestionar, no entendiéndose por gestión la mera función de pago. 4. Con

carácter general, a los efectos de la determinación del porcentaje de ventas a los que se refiere el número anterior, se entenderá por tal el resultante de deducir de la cifra de ventas de productos y/o prestación de servicios por operaciones ordinarias de las empresas partícipes el importe de las reducciones sobre ventas, el Impuesto sobre el Valor Añadido y demás impuestos directamente relacionados con dicho volumen de ventas. Para el cálculo del referido porcentaje se considerarán los datos correspondientes al año inmediatamente anterior, con independencia de que la actividad se haya producido durante todo el año o parte de él, produciéndose en este último caso la elevación al período anual. Con carácter especial, se aplicarán las siguientes reglas: En el caso de grupos de empresas a los que se refiere el art. 42 del Código de Comercio, el volumen total de ventas será el resultante de adicionar al correspondiente a la empresa o empresas afectadas los volúmenes de ventas que por la misma actividad correspondan a las empresas por ella/s dominadas, los de los que la/s dominen, así como los de las que por cualquiera de las anteriores se dispongan de derechos de control. En ningún caso se tendrán en cuenta, a los efectos de calcular el volumen de ventas, las transacciones que se hayan realizado entre empresas del grupo o las realizadas fuera de la Comunidad Autónoma. En relación con las entidades de crédito y cualesquiera otras de carácter financiero, no se tomará en consideración el concepto de volumen de ventas, que será sustituido por la décima parte correspondiente al mercado de la Comunidad Autónoma, y esta décima parte del total de sus balances se multiplicará por la relación entre los créditos contra entidades de crédito y contra la clientela que resultase de operaciones con residentes en la Comunidad Autónoma. En el caso de entidades de seguros se sustituirá el volumen de ventas por el valor de las primas brutas emitidas que comprendan todos los importes cobrados y pendientes de cobro en concepto de contratos de seguro establecidos por dicha entidades o por cuenta de las mismas, incluyendo las primas cedidas a las reaseguradoras, y tras la deducción de los gravámenes percibidos sobre la base del importe de las primas o del volumen total de éste, tomando en cuenta las primas brutas abonadas por residentes en España. 5. Corresponderá en todo caso al Estado la representación en materia de defensa de la competencia ante otras autoridades estatales, foros y organismos internacionales y, en concreto, ante la Unión Europea, la OCDE, la OMC y la UNCTAD».

JUSTIFICACIÓN

Por ser necesaria una mayor concreción de los puntos de conexión, así como, siguiendo el criterio del Tribunal Constitucional, extender la competencia de las Comunidades Autónomas no sólo a los supuestos de los arts. 1, 6 y 7 de la Ley, sino también a las cualesquiera actuaciones ejecutivas como son las de los arts. 4, 5, 14 y 19, siempre y cuando sean competencia de la Comunidad Autónoma de acuerdo con los puntos de

conexión, es decir, afecten sólo a «parte del mercado estatal». Por otra parte, el criterio del volumen de ventas como determinante del punto de conexión está ya recogido por la normativa estatal de despliegue de la Ley 16/1989.

ENMIENDA NÚM. 43

Del Grupo Parlamentario Catalán en el Senado de Convergència i Unió (GPCIU)

Enmienda, de supresión, al art. 5.3.

JUSTIFICACIÓN

Resulta innecesario reconocer legitimación a los órganos estatales, ya que el interés público resulta plenamente tutelado por la intervención de los órganos competentes autonómicos.

ENMIENDA NÚM. 44

Del Grupo Parlamentario Catalán en el Senado de Convergència i Unió (GPCIU)

Enmienda, de adición, al ap. 1 de la Disposición Adicional primera.

Redacción que se propone: «Disposición Adicional primera, 1. Se añaden a la enumeración de preceptos contenidos en dicho apartado los siguientes artículos: art. 5, art. 14, art. 15, art. 16, art. 17, art. 19».

JUSTIFICACIÓN

Por coherencia con la enmienda presentada al art. 1 del Proyecto.

ENMIENDA NÚM. 45

Del Grupo Parlamentario Catalán en el Senado de Convergència i Unió (GPCIU)

Enmienda, de modificación y adición, al ap. 2 y añadir un nuevo apartado en la Disposición Adicional primera.

Redacción que se propone: Disposición Adicional primera, 2 y 3 (nuevo apartado). «2. Los órganos equivalentes en el ámbito de las Comunidades Autónomas al Servicio de Defensa de la Competencia y Tribunal de Defensa de la Competencia actuarán conforme a los mismos criterios de actuación y gozarán de los mismos privilegios y prerrogativas que el ordenamiento jurídico establece y reconoce a dichos órganos estatales. 3. Las Comunidades Autónomas que de acuerdo con la presente Ley

asuman competencias en los términos establecidos por la Ley 16/1989, crearán un Registro Público con funciones equivalentes a las contenidas en el art. 35 de la citada Ley. Dicho Registro dará traslado al Registro estatal de las inscripciones producidas para que éste las incorpore, si bien únicamente producirán efectos frente a terceros las comunicaciones que se emitan por el correspondiente Registro autonómico. En dicho Registro constarán las remisiones que en aplicación de la presente Ley se efectúen por parte de los órganos estatales de defensa de la competencia a sus homónimos de las Comunidades Autónomas. De igual manera el Registro estatal tomará razón de las remisiones que en los mismos términos se efectúen por parte de los órganos equivalentes de las Comunidades Autónomas en materia de defensa de la competencia».

JUSTIFICACIÓN

Establecer un régimen jurídico semejante al del Tribunal de Defensa de la Competencia respecto de los órganos autonómicos equivalentes de las Comunidades Autónomas que les permitan ejercer adecuadamente sus funciones y, por otra parte, se considera adecuada establecer la regulación de un Registro.

ENMIENDA NÚM. 46

Del Grupo Parlamentario Catalán en el Senado de Convergència i Unió (GPCIU)

Enmienda, de supresión, a la Disposición Adicional segunda.

JUSTIFICACIÓN

Resulta innecesaria a causa de la redacción actual de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

DECLARACIÓN MINISTERIAL DE LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE COMERCIO, ADOPTADA EN DOHA EL 20 DE NOVIEMBRE DE 2001 *

«1. El sistema multilateral de comercio plasmado en la Organización Mundial del Comercio ha contribuido de manera significativa al crecimiento económico, el desarrollo y el empleo a lo largo de los últimos cincuenta años. Estamos resueltos, en particular ante la desaceleración de la economía mundial, a mantener el proceso de reforma y liberalización de las políticas comerciales, para garantizar así que el sistema cumpla plenamente la parte que le corresponde en la tarea de favorecer la recuperación, el crecimiento y el desarrollo. En consecuencia, reafirmamos enérgicamente los principios y objetivos enunciados en el Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio, y nos comprometemos a rechazar todo recurso al proteccionismo.

2. El comercio internacional puede desempeñar una función de importancia en la promoción del desarrollo económico y el alivio de la pobreza. Reconocemos la necesidad de que todos nuestros pueblos se beneficien del aumento de las oportunidades y los avances del bienestar que genera el sistema multilateral de comercio. La mayoría de los Miembros de la OMC son países en desarrollo. Pretendemos poner sus necesidades e intereses en el centro del Programa de Trabajo adoptado en la presente Declaración. Recordando el preámbulo del Acuerdo de Marrakech, continuaremos realizando esfuerzos positivos para que los países en desarrollo, y especialmente los menos adelantados, obtengan una parte del incremento del comercio internacional que corresponda a las necesidades de su desarrollo económico. A ese respecto, serán factores importantes el acceso mejorado a los mercados, las normas equilibradas y los programas de asistencia técnica y de creación de capacidad con objetivos bien definidos y financiación sostenible.

3. Reconocemos la particular vulnerabilidad de los países menos adelantados y las dificultades estructurales especiales con que tropiezan en la economía mundial. Estamos comprometidos a hacer frente a la marginación de los países menos adelantados en el comercio internacional y a mejorar su participación efectiva en el sistema multilateral de comer-

* Documento WT/MIN(01)/DEC/1 (transcripción parcial).

cio. Recordamos los compromisos asumidos por los Ministros en nuestras reuniones de Marrakech, Singapur y Ginebra, y por la comunidad internacional en la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre los Países Menos Adelantados celebrada en Bruselas, para ayudar a los países menos adelantados a lograr una integración provechosa y significativa en el sistema multilateral de comercio y en la economía mundial. Estamos resueltos a que la OMC cumpla su cometido desarrollando eficazmente esos compromisos en el marco del Programa de Trabajo que establecemos.

4. Recalcamos nuestra fidelidad a la OMC como único foro para la elaboración de normas comerciales y la liberalización del comercio a escala mundial, reconociendo asimismo que los acuerdos comerciales regionales pueden desempeñar un papel importante en la promoción de la liberalización y expansión del comercio y en el fomento del desarrollo.

5. Somos conscientes de que no es posible hacer frente sólo con medidas adoptadas en el campo del comercio a los desafíos que se plantean a los Miembros en un entorno internacional en rápida evolución. Continuaremos trabajando junto con las instituciones de Bretton Woods en pro de una mayor coherencia en la formulación de la política económica a escala mundial.

6. Reafirmamos decididamente nuestro compromiso con el objetivo del desarrollo sostenible, enunciado en el preámbulo del Acuerdo de Marrakech. Estamos convencidos de que los objetivos de respaldar y salvaguardar un sistema multilateral de comercio abierto y no discriminatorio y de actuar para la protección del medio ambiente y la promoción del desarrollo sostenible pueden y deben apoyarse mutuamente. Tomamos nota de los esfuerzos de los Miembros por realizar, sobre una base voluntaria, evaluaciones ambientales a nivel nacional de las políticas comerciales. Reconocemos que, en virtud de las normas de la OMC, no deberá impedirse a ningún país que adopte medidas para la protección de la salud y la vida de las personas y los animales o la preservación de los vegetales, o para la protección del medio ambiente, a los niveles que considere apropiados, a reserva de la prescripción de que esas medidas no se apliquen de manera que constituya un medio de discriminación arbitrario o injustificable entre los países en que prevalezcan las mismas condiciones, o una restricción encubierta del comercio internacional, y de que en lo demás sean conformes a las disposiciones de los Acuerdos de la OMC. Acogemos favorablemente la continuación de la cooperación con el PNUMA y otras organizaciones intergubernamentales que se ocupan del medio ambiente. Alentamos los esfuerzos destinados a promover la cooperación entre la OMC y las organizaciones internacionales pertinentes que se ocupan del medio ambiente y del desarrollo, especialmente en la preparación de la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible que se celebrará en Johannesburgo, Sudáfrica, en septiembre de 2002.

7. Reafirmamos el derecho que asiste a los Miembros en virtud del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios de reglamentar el suministro de servicios y establecer nuevas reglamentaciones al respecto.

8. Reafirmamos la declaración que formulamos en la Conferencia Ministerial de Singapur con respecto a las normas fundamentales del trabajo internacionalmente reconocidas. Tomamos nota de la labor en curso en la Organización Internacional del Trabajo (OIT) acerca de la dimensión social de la globalización.

9. Tomamos nota con particular satisfacción de que la presente Conferencia ha llevado a término los procedimientos de adhesión a la OMC de China y el Taipei chino. También acogemos con satisfacción la adhesión como nuevos Miembros, desde nuestro pasado período de sesiones, de Albania, Croacia, Georgia, Jordania, Lituania, Moldova y Omán, y tomando nota de los amplios compromisos en materia de acceso a los mercados ya contraídos por esos países en el momento de la adhesión. Estas adhesiones fortalecerán en alto grado el sistema multilateral de comercio, como lo harán las de los 28 países que actualmente negocian la suya. Atribuimos, por consiguiente, gran importancia a que los procedimientos de adhesión se concluyan lo más rápidamente posible. En particular, estamos comprometidos a acelerar la adhesión de los países menos adelantados.

10. Reconociendo los desafíos que plantea el número cada vez mayor de Miembros de la OMC, confirmamos nuestra responsabilidad colectiva de velar por la transparencia interna y por la participación efectiva de todos los Miembros. Al tiempo que subrayamos el carácter intergubernamental de la Organización, estamos comprometidos a hacer más transparentes las actividades de la OMC, incluso mediante la difusión más eficaz y rápida de la información, y a mejorar el diálogo con el público. Por lo tanto, continuaremos promoviendo a nivel nacional y multilateral una mejor comprensión pública de la OMC y dando a conocer los beneficios de un sistema multilateral de comercio liberal y basado en normas.

11. En vista de estas consideraciones, convenimos en emprender el Programa de Trabajo amplio y equilibrado que se enuncia a continuación. Éste comprende un programa de negociación ampliado y otras decisiones y actividades importantes, necesarias para hacer frente a los desafíos que tiene ante sí el sistema multilateral de comercio.

PROGRAMA DE TRABAJO

(...)

Interacción entre comercio y política de competencia.

23. Reconociendo las razones en favor de un marco multilateral destinado a mejorar la contribución de la política de competencia al comercio internacional y al desarrollo, y la necesidad de potenciar la asistencia técnica y la creación de capacidad en esta esfera, como se indica en el párrafo 24, convenimos en que después del quinto período de sesiones de la Conferencia Ministerial se celebrarán negociaciones sobre la base

de una decisión que se ha de adoptar, por consenso explícito, en ese período de sesiones respecto de las modalidades de las negociaciones.

24. Reconocemos las necesidades de los países en desarrollo y menos adelantados de potenciar el apoyo a la asistencia técnica y la creación de capacidad en esta esfera, incluidos el análisis y la formulación de políticas para que puedan evaluar mejor las consecuencias de una cooperación multilateral más estrecha para sus políticas y objetivos de desarrollo, y el desarrollo institucional y humano. A tal fin, trabajaremos en cooperación con otras organizaciones intergubernamentales pertinentes, incluida la UNCTAD, y por conducto de los canales regionales y bilaterales apropiados, para facilitar una asistencia reforzada y dotada de recursos suficientes en respuesta a dichas necesidades.

25. En el período que transcurra hasta el quinto período de sesiones, la labor ulterior en el Grupo de Trabajo sobre la Interacción entre Comercio y Política de Competencia se centrará en la aclaración de lo siguiente: principios fundamentales, incluidas la transparencia, la no discriminación y la equidad procesal, y disposiciones sobre los carteles intrínsecamente nocivos; modalidades de cooperación voluntaria; y apoyo para el fortalecimiento progresivo de las instituciones encargadas de la competencia en los países en desarrollo mediante la creación de capacidad. Se tendrán plenamente en cuenta las necesidades de los países en desarrollo y menos adelantados participantes y se preverá la flexibilidad apropiada para tratarlas.

(...)*.

LEY TIPO: LAS RELACIONES ENTRE LOS ORGANISMOS DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y LOS ORGANISMOS REGULADORES, INCLUIDOS LOS REGULADORES SECTORIALES *

I. INTRODUCCIÓN

1. Como se recordará, en el párrafo 11 de la Resolución TD/RBP/CONF.5/15, aprobada por la Cuarta Conferencia de las Naciones Unidas encargada de examinar todos los aspectos del conjunto de principios y normas equitativos convenidos multilateralmente para el control de las prácticas comerciales restrictivas, se pedía a la UNCTAD que preparara un nuevo capítulo de la Ley tipo sobre las relaciones entre los organismos de defensa de la competencia y los organismos reguladores, incluidos los reguladores sectoriales. En el presente documento figuran propuestas para un nuevo artículo, y comentarios acerca de la manera de fomentar la competencia en los servicios públicos y las industrias de infraestructura. También se sugiere la manera de promover la eficiencia mediante la elaboración de leyes y el establecimiento de instituciones apropiadas sobre la competencia, de proteger el interés general en las industrias abiertas a la competencia, y de organizar las relaciones entre organismos de defensa de la competencia y organismos reguladores.

2. Las propuestas se presentan teniendo en cuenta cierto número de peculiaridades de mecanismos de mercado menos perfeccionados, y se centran sobre todo en la manera de aumentar la eficiencia de las industrias reguladas de países en desarrollo y países con economías en transición.

* Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, Junta de Comercio y Desarrollo, Comisión de la Inversión, la Tecnología y las Cuestiones Financieras Conexas, Grupo Intergubernamental de Expertos en Derecho y Política de la Competencia (Documento TD/B/COM.2/CLP/23, de 18 de junio de 2001).

POSIBLES ELEMENTOS PARA UN NUEVO ARTÍCULO SOBRE COMPETENCIA Y REGULACIÓN

A) *Función de promoción de las autoridades de defensa de la competencia con respecto a la regulación y la reforma del marco normativo*

3. Toda regulación económica y administrativa por órganos ejecutivos, órganos autonómicos u órganos que gozan de delegación gubernamental, especialmente cuando esa regulación se refiere a sectores en que operan las industrias de infraestructura, debe estar sometida a un proceso de examen transparente por los organismos de defensa de la competencia antes de aprobarla, si limita la independencia y la libertad de actuación de los agentes económicos y/o crea condiciones discriminatorias o, por el contrario, favorables para la actividad de determinadas empresas —públicas o privadas— y/o si da o puede dar lugar a una restricción de la competencia y/o a la vulneración de los intereses de compañías o ciudadanos.

4. En particular, los obstáculos de la regulación a la competencia incorporados en la regulación económica y administrativa deben evaluarlos las autoridades de defensa de la competencia desde una perspectiva económica, incluidas las razones de interés general.

B) *Definición de regulación*

5. Por el término «regulación» se entiende los diversos instrumentos mediante los cuales los gobiernos imponen prescripciones a empresas y ciudadanos. Abarca, pues, leyes, órdenes oficiales y oficiosas, orientaciones administrativas y normas subordinadas a todos los niveles de gobierno, así como normas publicadas por órganos no gubernamentales u organismos profesionales de reglamentación autónoma en los que los gobiernos han delegado facultades de regulación.

C) *Definición de obstáculos de la regulación a la competencia*

6. A diferencia de los obstáculos estructurales y estratégicos a la entrada, los obstáculos de la regulación a la entrada son el resultado de leyes promulgadas o actos realizados por órganos ejecutivos gubernamentales, órganos autonómicos y órganos no gubernamentales o de regulación autónomos en los que los gobiernos han delegado facultades de regulación. Comprenden los obstáculos administrativos a la entrada en un mercado, derechos exclusivos, certificados, licencias y otros permisos para iniciar operaciones comerciales.

D) *Protección del interés general*

7. Con independencia de su naturaleza y de su relación con el mercado, los gobiernos pueden considerar de interés general algunas actividades de servicios realizadas por compañías privadas o estatales. En consecuencia, los proveedores de servicios de interés general pueden estar sometidos a obligaciones específicas, como garantizar el acceso universal a diversos tipos de servicios de calidad a precios razonables. Esas obligaciones, que corresponden a la esfera de la regulación social y económica, deben establecerse en forma transparente.

COMENTARIOS AL ARTÍCULO PROPUESTO SOBRE COMPETENCIA Y REGULACIÓN

8. La finalidad general, y comúnmente admitida, de la política de la competencia es reducir al mínimo las ineficiencias económicas creadas en los mercados por comportamientos anticompetitivos¹. La política de la competencia no sólo consiste en la aplicación de la Ley sobre la competencia, sino también en la liberalización y desregulación del comercio en interés del bienestar del consumidor. La finalidad del derecho y de la política sobre la competencia es regular comportamientos no competitivos por empresas, en tanto que con la desregulación se persigue reducir al mínimo la intervención del gobierno que produzca la desorganización del mercado.

A) *Función de promoción de los organismos de defensa de la competencia con respecto a la regulación y a la reforma del marco normativo*

9. Los elementos relacionados con el artículo propuesto plantean dos cuestiones, que es necesario tratar por separado.

a) *¿Por qué los gobiernos prestan particular atención a los resultados de determinadas actividades económicas?*

10. Los gobiernos tienen tendencia a elaborar normas sectoriales amplias y completas aplicables en particular a importantes industrias de servicios de infraestructura. Estas industrias, denominadas también «empresas de servicios públicos» o «servicios públicos», comprenden actividades en las que el consumo es indispensable para el desarrollo de modos de vida modernos o que hacen aportaciones esenciales a muchas partes de la economía de una nación, como electricidad, gas, producción y abastecimiento de agua, gestión de desechos sólidos, telecomunicaciones, tele-

¹ N. MUHAMMAD, «Promoting Competition in Regulated Sectors or State Enterprises and the Role of Government on Monopoly Practices in Indonesia», *Quinto curso sobre políticas de la competencia del Programa Asociados para el Progreso del Foro CEAP*, Bangkok, marzo de 2001.

visión por cable, distribución de correo y transporte público (por aire, carretera o ferrocarril) ².

11. Los gobiernos conceden gran importancia a las industrias de servicios de infraestructura, tanto en los países desarrollados como en desarrollo y en los países con economía en transición, por cuatro razones principales. La prescripción gubernamental de su funcionamiento las distingue en cuatro formas de los sectores de la economía comunes y tradicionalmente competitivos: por control de entrada, fijación de precios o topes de precios, y la calidad y las condiciones de las prescripciones sobre servicios.

12. La primera razón es que esas industrias son fundamentales para los resultados de la economía, como proveedoras de insumos para todos los demás sectores de actividad. Las condiciones de sus operaciones y de su eficiencia no sólo pueden determinar la productividad general y el nivel de competitividad de un país, sino también el orden social e incluso la estabilidad política si los consumidores expresan una insatisfacción general.

Del carácter esencial de esas industrias se desprende que con frecuencia tienen obligaciones de servicio público o universal, lo que significa que las compañías —públicas o privadas— tienen que prestar determinado servicio aun cuando no sea económico para ellas hacerlo. Por lo tanto, las industrias de servicios de infraestructura pueden no ser competitivas cuando existen restricciones reguladoras a la competencia en la actividad de que se trate. Las restricciones a la competencia se imponen por diversas razones, y en particular con el fin de que una compañía pueda hallar una fuente de ingresos para financiar actividades y servicios no comerciales impuestos. Por ejemplo, un operador postal nacional está protegido a menudo contra la competencia en el correo de cartas normales, lo que se justifica por la necesidad, para proteger la subvención cruzada de reparto de cartas en zonas de alto costo como las rurales. La consecuencia de esto es que la reforma de esos sectores, que son esenciales para la actividad de un país y están protegidos contra la competencia por razones sociales y políticas, está a menudo muy politizada.

13. La segunda razón es que las actividades de esas industrias de servicios de infraestructura sólo puede realizarlas un reducidísimo número de operadores a nivel nacional; en otros términos, la mayoría de las entidades gubernamentales, como órganos de gobierno local (por ejemplo,

² En una reciente mesa redonda de la OCDE, organizada por el Comité de Derecho y Política de la Competencia, se ha mostrado que también pueden hallarse regímenes reguladores específicos en la radiodifusión y la televisión, la televisión por cable, la aviación civil, la navegación de altura, los productos farmacéuticos, la banca, el transporte interurbano en autobús y el transporte por carretera, etc. Véase OCDE, «The relationship between competition and regulatory authorities», *OECD Journal of Competition Law and Policy*, vol. 1, núm. 3, Paris, 1999, pp. 169 a 246. Véanse también los documentos preparados para un reciente simposio del Banco Interamericano de Desarrollo, celebrado en Washington, DC, en abril de 2001, sobre cuestiones de política de la competencia en industrias de infraestructura.

ciudades, provincias, Estados federados) han de afrontar un poder de negociación muy fuerte y concentrado. En muchos países, las Administraciones centrales o locales han decidido asumir la propiedad directa de industrias de servicios de infraestructura.

14. La tercera razón, que está relacionada con la regulación y la competencia, es que en esas industrias existen frecuentemente considerables obstáculos a la entrada o la salida, como los costes con pérdida, irre recuperables una vez comprometidos. En particular, la secuencia de las operaciones tiene importancia con respecto a la regulación gubernamental: muchas veces hay que empezar por hacer importantes inversiones en situaciones en que los inversores se comprometen en el mercado y sólo después de varios años obtienen rentas o ingresos. Esto significa que, para atraer a la inversión privada voluntaria, los autores del régimen regulador han de hacerlo creíble y predecible. Esa preocupación por la credibilidad es compartida a menudo por los responsables del Tesoro. Una de las tareas fundamentales del regulador es crear credibilidad y predecibilidad.

15. La cuarta y última razón de que los gobiernos concedan gran importancia a las industrias de servicios de infraestructura se debe a los efectos de la oferta, de los costos y de la demanda, dado que ese sector no se compone de una sola actividad homogénea, sino que abarca varios elementos separados. Algunas partes de esos elementos no pueden hacer frente a la competencia, en general debido a la existencia de economías de escala, situación en que una sola compañía de determinado sector puede atender más eficientemente la demanda del mercado que cualquier combinación de dos o más compañías. En el caso de este elemento que no puede hacer frente a la competencia hay que utilizar normalmente un privilegio, o derecho exclusivo al uso de algún bien público propiedad del gobierno, que debe concedérselo o arrendárselo. También puede darse el caso de que una industria de servicios de infraestructura no pueda hacer frente a la competencia debido a la presencia de «efectos de red» o «economías de escala en la demanda», es decir, cuando la demanda de los servicios de una compañía aumenta con el consumo de esos servicios³.

16. Desde la perspectiva particular de los países en desarrollo debe destacarse que la estructura del mercado origina muchas veces graves preocupaciones en cuanto al logro de una mayor eficacia mediante la reforma del marco normativo y la apertura de industrias reguladas a la competencia.

³ Esos efectos de red o «externalidades de red» se dan con frecuencia en industrias de tecnología de la información y las comunicaciones. Muchas veces son beneficios derivados de encontrarse en una red mayor, o de una norma adoptada más ampliamente, pues con ello aumenta el número de personas con quienes se puede interactuar o realizar transacciones económicas. Siempre y cuando se trate de costos de conexión (o compatibilidad) con dos o más redes (o normas), los consumidores pagarán más por estar en una red más vasta. A los mercados con externalidades de redes bastante grandes podría bastarles con una sola empresa. Estos hechos se derivan de estudios del Comité de Derecho y Política de la Competencia de la OCDE en relación con la preparación de una recomendación de la OCDE sobre la separación de industrias integradas verticalmente, que se redactó en 2000. Véase, en particular, OCDE, *Structural Separation in Regulated Industries*, Paris, 2000.

17. Por ejemplo, se ha observado reciente y reiteradamente que en el proceso de reforma de servicios públicos en América del Sur no se ha considerado la evaluación del mercado antes de la privatización de activos públicos en industrias de infraestructura. Las actividades reguladas y no reguladas que constituyen la estructura del mercado en general no se diferenciaban, debido a la anterior intervención del gobierno⁴. Los países en desarrollo asiáticos están teniendo una experiencia similar en el inicio de los procesos de examen de la regulación. Por ejemplo, un representante de Papua Nueva Guinea declaró recientemente que las restricciones reguladoras impuestas por la regulación gubernamental o la propiedad estatal constituyen un impedimento a la competencia. En Papua Nueva Guinea, la regulación vigente se impuso cuando había mayor confianza en ella, pero se apreciaba menos su costo.

«Entre los ejemplos cabe citar monopolios legislados para empresas de servicio público, arreglos de comercialización reglamentarios para numerosos productos agrícolas y trámites de licencias para diversas ocupaciones y profesiones. El Grupo de Trabajo de organismos centrales realizará un examen de los obstáculos a la entrada... Tal vez sean necesarias reformas estructurales para dismantelar el excesivo poder de mercado que puede impedir la introducción de una competencia efectiva. Para que la privatización logre su objetivo de mayor eficiencia, es importante realizar primero esas reformas estructurales, lo que requerirá la separación estructural en dos esferas: la separación de funciones reguladoras y comerciales y la separación de monopolios naturales y actividades potencialmente competitivas»⁵.

18. Los ejemplos ofrecidos por el funcionario de Papua Nueva Guinea muestran que las preocupaciones de los países en desarrollo son en realidad muy similares a las de los países desarrollados. La regulación eficiente en los países desarrollados distingue tradicionalmente entre segmentos de red potencialmente competitivos y segmentos de producción y comercio minorista considerados generalmente monopolios naturales y no potencialmente competitivos. Los segmentos potencialmente competitivos comprenden, por ejemplo, las telecomunicaciones de larga distancia, la generación de electricidad y el transporte por ferrocarril. Los segmentos no potencialmente competitivos comprenden la red de transmisión en electricidad, las vías en los ferrocarriles y el bucle local en telecomunicaciones; con frecuencia siguen regulados tras haberse completado el proceso de reforma del marco normativo. Es evidente que la falta de separación efectiva da poder en el mercado a compañías que operan infraestructuras de redes. Ese poder, ejercido a expensas de otros operadores y consumidores, debe controlarse.

⁴ Véase I. DE LEÓN, «The Role of Competition Policy in the Regulation of Infrastructure Industries: Some Lessons from the Latin American Experience», Washington, DC, Banco Interamericano de Desarrollo, documento de trabajo, 2001.

⁵ R. G. MARU, «Promoting Competition in Regulated Sector or State Enterprises in Papua New Guinea», *Quinto curso sobre políticas de la competencia del Programa Asociados para el Progreso del Foro CEAP*, Bangkok, 2001.

b) ¿Cuál debería ser la función de los organismos de defensa de la competencia respecto a la regulación?

19. Desde el punto de vista de la estructura del mercado, se debería consultar a los organismos de defensa de la competencia cuando se esté llevando a cabo un proceso de reforma de marco normativo como parte de un programa de privatización. Esos organismos deberían recibir facultades legales para decidir la liquidación de los monopolios existentes o controlar o prohibir las fusiones que menoscaben las estructuras de competencia del mercado. Si no reciben esas facultades, por ejemplo por falta de recursos humanos, deberían poder proponer medidas de liquidación o controles de fusiones a un organismo ejecutivo que tuviera esas facultades⁶. Ahora bien, es evidente que el esquema dominante de la distribución de funciones entre los organismos de defensa de la competencia y los organismos reguladores, rara vez consiste en que los organismos de defensa de la competencia sustituyan simplemente a los organismos reguladores.

20. Sin embargo, es interesante examinar la actual relación entre los organismos de defensa de la competencia y los reguladores sectoriales en la mayoría de los países miembros de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE). En una mesa redonda reciente sobre las relaciones entre los organismos de defensa de la competencia y los organismos reguladores, organizada por el Comité de Derecho y Política de la Competencia de la OCDE, se trató de determinar las principales cuestiones de política planteadas por las relaciones entre los reguladores y los organismos de defensa de la competencia⁷. En un estudio de esas relaciones se muestra que el proceso de competencia puede fomentarse apropiadamente mediante la intervención de los organismos de defensa de la competencia cuando las empresas de un sector regulado abusan de sus privilegios en detrimento de los intereses del consumidor y de la eficiencia de las empresas que utilizan sus servicios regulados. La experiencia en materia de desregulación de la mayoría de los países desarrollados permite formular las cuatro observaciones principales que figuran a continuación.

⁶ Recientemente se ha señalado que en los países en desarrollo de América del Sur, en muchos casos los organismos de defensa de la competencia no tienen la facultad de imponer sanciones o anular la decisión de los organismos reguladores. Se ha afirmado que, cuando las empresas reguladas gozan de inmunidad respecto a la legislación de defensa de la competencia, no hay seguridades de que estarán debidamente reguladas a este respecto, de plantearse el caso, ya que los organismos reguladores carecen de personal especializado en la regulación de la competencia. En esos casos, cuando se detectan determinadas conductas y no interviene ningún organismo de defensa de la competencia a causa de la inmunidad mencionada, el organismo regulador no está legalmente facultado para intervenir. Así ocurre, por ejemplo, en el caso de los entes reguladores de la energía de Colombia y la Argentina, que detectaron comportamientos abusivos entre los productores de gas, pero no pudieron intervenir (DE LEÓN, *op. cit.*, p. 3).

⁷ Mesa redonda sobre la regulación y los organismos de defensa de la competencia organizada por el Comité de Derecho y Política de la Competencia, París, OCDE, 1999 (véase la nota 2).

21. En primer lugar, en muchos sectores de los países de la OCDE hay regímenes de regulación específicos, que son particularmente comunes en sectores tales como las telecomunicaciones, la electricidad, los ferrocarriles y el gas natural. Sin embargo, esos regímenes también se encuentran en estos sectores: radiodifusión y televisión, aviación civil, televisión por cable, navegación de altura, productos farmacéuticos, minerales radiactivos, bebidas alcohólicas, seguros, banca, transporte interurbano en autobús y transporte por carretera, y abastecimiento de agua, así como en muchos otros sectores.

22. En segundo lugar, no hay un modelo único de relación entre los reguladores específicos de determinados sectores y los organismos de defensa de la competencia entre los países o a veces incluso dentro de un mismo país. Sin embargo, un modelo particular, a saber, el método de la división del trabajo según mandatos, parece ser algo más común que otros. Es evidente, al menos, que los reguladores sectoriales deberían estar separados de las empresas o entidades reguladas y asumir obligaciones en materia de responsabilidad e independencia respecto al poder ejecutivo. Asimismo, deberían introducirse cambios institucionales para garantizar su independencia. Como han señalado recientemente de manera reiterada funcionarios de la República de Corea, dado que la aplicación específica del derecho de la competencia en determinados sectores puede caracterizarse por incongruencias, los reguladores deberían consultar primero a los organismos de defensa de la competencia y actuar en coordinación con ellos ⁸.

23. En tercer lugar, en los países que llevaron a cabo la desregulación un poco antes que otros, parece haber surgido un método bastante pragmático, que difiere empíricamente de un sector a otro. Los países que introdujeron la liberalización un poco más tarde parecen haber aplicado un método más sistemático.

24. Por último, la terminología utilizada varía mucho de un país a otro. Algunos países distinguen entre regulación técnica, regulación económica y aplicación del derecho de la competencia, pero a veces la «política de la competencia» parece estar incluida en la «regulación económica». En algunos países de la OCDE también parece haber una tendencia a utilizar indistintamente «regulación económica» y «regulación técnica».

B) *Definición de regulación*

25. La regulación puede perseguir distintos tipos de objetivos. La regulación económica, la regulación social y la regulación administrativa son las tres principales categorías de intervención estatal que pueden

⁸ Entre muchas otras exposiciones, véase CHUL HO JI, «Promotion of Competition in State-owned Enterprises (SOEs) and Regulated Sectors in Korea», *Quinto curso CEAP/PEE sobre políticas de la competencia del Programa Asociados para el Progreso del Foro (CEAP)*, Bangkok, 2001.

1. *Regulación y derecho y política de la competencia*

Fundamentalmente, la regulación y el derecho y la política de la competencia tienen por objeto defender el interés público frente al poder monopolístico. Aunque ambos proporcionan a los poderes públicos un instrumento para alcanzar ese objetivo, el alcance y los tipos de intervención varían. La regulación y el derecho de la competencia no son idénticos. El derecho y la política de la competencia y los problemas de regulación pueden interferirse recíprocamente de cuatro maneras:

— *La regulación puede estar en contradicción con el derecho y la política de la competencia.* Las medidas reguladoras pueden haber fomentado, o incluso exigido, un comportamiento o unas condiciones que en otras circunstancias constituirían una violación del derecho de la competencia; por ejemplo, las medidas reguladoras pueden haber permitido la coordinación de los precios, impedido la publicidad o exigido el reparto del mercado territorial. Otros ejemplos comprenden las leyes que prohíben las ventas a un precio inferior al costo, cuyo propósito es fomentar la competencia pero que a menudo se interpretan de una forma contraria a la competencia, y la categoría muy amplia de medidas reguladoras que restringen la competencia más de lo necesario para lograr los objetivos de la regulación. La modificación o supresión de esas medidas reguladoras obligan a las empresas afectadas a modificar sus hábitos y expectativas.

— *La regulación puede sustituir al derecho y a la política de la competencia.* En los monopolios naturales, la regulación puede tratar de controlar la posición de dominio directamente, mediante la fijación de topes de precios y el control de la entrada y acceso. La evolución de la tecnología y otras instituciones puede llevar a reconsiderar las premisas básicas a favor de la regulación, es decir, que las instituciones y la política de la competencia tal vez no sean adecuadas para impedir el monopolio y el ejercicio del dominio en el mercado.

— *La regulación puede duplicar el derecho y la política de la competencia.* La coordinación y los abusos en un sector económico pueden impedirse tanto mediante regulación y reguladores como mediante el derecho y la política de la competencia. Por ejemplo, las medidas reguladoras pueden establecer normas de competencia leal o reglas de licitación que garanticen el carácter competitivo de las ofertas. No obstante, distintos reguladores pueden aplicar normas diferentes, y los cambios o diferencias entre instituciones reguladoras pueden poner de manifiesto que políticas aparentemente iguales han conducido a resultados prácticos diferentes.

— *La regulación puede aplicar métodos de política de la competencia.* Los instrumentos para alcanzar los objetivos de regulación pueden concebirse de manera que aprovechen los incentivos comerciales y la dinámica competitiva. Puede ser necesaria cierta coordinación para que esos instrumentos cumplan los fines para los que fueron elaborados en el contexto del derecho de la competencia.

influir en el mercado. La regulación económica incluye las condiciones impuestas por el Estado que influyen directamente en las decisiones del mercado, como la fijación de precios, la competencia y la entrada en los mercados o la salida de éstos.

La regulación social incluye las condiciones que impone el Estado para proteger intereses públicos tales como la salud, la seguridad, el medio ambiente y la cohesión social. La regulación administrativa incluye los trámites y formalidades que permiten que los gobiernos recolecten información e intervengan en las distintas decisiones económicas.

C) *Definición de los obstáculos de la regulación a la competencia*

26. Los obstáculos de la regulación a la competencia consisten en medidas adoptadas por la Administración Pública (Administración central o federal, Administración local) o por organismos en los que se han delegado funciones, que impiden o entorpecen una competencia eficaz y, en última instancia, provocan una pérdida de riqueza. Esas medidas se encuentran en actividades tan diversas como las telecomunicaciones, los servicios financieros (banca y seguros), los servicios comerciales profesionales (contabilidad, abogacía, arquitectura, etc.) y el sector energético (electricidad y gas), como pone de manifiesto una abundante literatura⁹. Estas medidas, que pueden afectar negativamente a la entrada en el mercado, la salida del mercado y el funcionamiento del mercado, adoptan una gran variedad de formas:

— Restricciones a la competencia, introduciendo normas y pautas inhabituales que equivalen a obstáculos a la entrada en el mercado o impidiendo que las empresas extranjeras compitan en el mercado nacional.

— Eliminación o exclusión de la competencia mediante la exclusión de ciertas actividades del alcance y ámbito de aplicación de las leyes de defensa de la competencia¹⁰.

— Creación de distorsiones a la competencia, como intervenciones artificiales del poder ejecutivo que cambian la posición competitiva de determinadas empresas, por ejemplo mediante decisiones normativas arbitrarias en materia de compras del sector público.

27. Los obstáculos de la regulación a la competencia no sólo guardan relación con la entrada en el mercado, sino que también pueden impedir la salida del mercado, por ejemplo mediante la subvención pública o el otorgamiento o la prórroga de derechos exclusivos. Además,

⁹ Véase, en particular, OCDE, *Report on Regulatory Reform*, vols. I y II, París, 1997.

Con respecto a los países en desarrollo y los países en transición, véase D. ZEMANOVICOVA, *Regulatory Barriers to Economic Competition in Transitional Countries*, Bratislava, 1998, publicado en el marco del programa Phare-ACE.

¹⁰ Véase, por ejemplo, OCDE, *Antitrust and Market Access: The Scope and Coverage of Competition Laws and Implications for Trade*, París, 1996.

pueden dificultar la afectación de recursos de un sector o de un segmento del mercado a otro. Pueden considerarse obstáculos a la movilidad que impiden que los recursos sean transferidos a sectores o segmentos más eficientes y que al final reducirán la eficiencia de la afectación de recursos.

i) Principios de regulación eficiente para la eliminación de los obstáculos de la regulación a la competencia

Los principios de regulación eficiente deberían incorporarse en los procesos nacionales de regulación para el establecimiento de normas sociales y económicas y de formalidades administrativas. Son particularmente útiles para la integración económica regional. Esos principios son:

— *La no discriminación, especialmente en la esfera de las normas.* Debería haber igualdad de oportunidades en materia de competencia entre los productos y servicios similares, sin que importe el país de origen. Como base de la regulación técnica deberían aplicarse normas de eficacia en vez de normas de diseño; en vez de la regulación deberían utilizarse los impuestos o los permisos canjeables. De proceder y ser factible, deberían aplicarse medidas internacionalmente armonizadas como base de la reglamentación nacional.

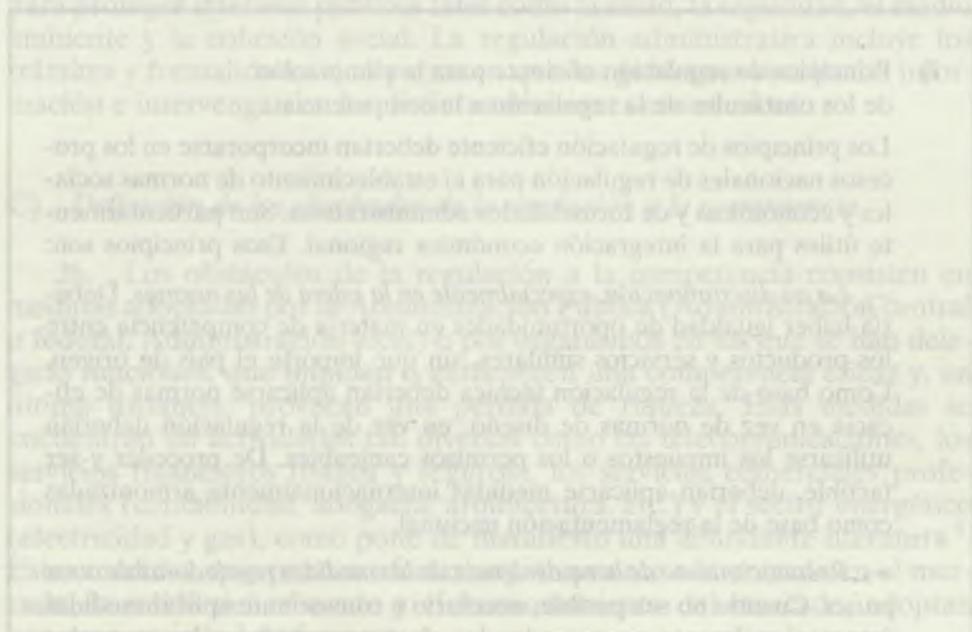
— *Reconocimiento de la equivalencia de las medidas reguladoras de otros países.* Cuando no sea posible, necesario o conveniente aplicar medidas internacionalmente armonizadas, los efectos negativos en los mercados transnacionales provocados por las disparidades en la regulación y los sistemas duplicativos de evaluación de la conformidad podrán reducirse reconociendo la equivalencia de las medidas reguladoras de los asociados comerciales o los resultados de la evaluación de la conformidad llevada a cabo en otros países.

Fuente. OCDE, *Report on Regulatory Reform*, Paris, 1997.

D) *Protección del interés general*

28. La protección del interés general suele ser la característica más frecuente de la regulación. En los casos en que se haya reconocido que la libre competencia no puede dar o no da suficientes resultados en lo que respecta a la calidad, la regularidad, la accesibilidad financiera, la cobertura territorial y la seguridad de los servicios de interés general, proporcionadas generalmente por las industrias de servicios de infraestructura, debería permitirse que los gobiernos impusieran normas no discriminatorias y transparentes a todos los operadores del mercado, obligándolos a cumplir ciertas normas durante todo el tiempo que estén operando en el mercado. Esa forma de garantizar los servicios de interés

económico general, que favorece la competencia, ha sido objeto de una investigación y un estudio pormenorizados en la Unión Europea, en relación con la legislación destinada a liberalizar diversos sectores de la economía ¹¹.



¹¹ La política de liberalización de la Unión Europea figura en una serie de textos llamados «Directivas». Los principales textos jurídicos en que se incorporan la noción de servicios de interés general y disposiciones sobre competencia que preservan el interés general son los siguientes: la Directiva 71/305/CEE (DOCE, L 185/5, 1971) del Consejo, sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, enmendada mediante la Directiva 89/440/CEE (DOCE, L 210/1, 1989) y codificada mediante la Directiva 93/37 (DOCE, L 199, 1993); la Directiva 77/62/CEE (DOCE, L 13/1, 1977) del Consejo, relativa a la coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de suministro, codificada mediante la Directiva 93/96/CEE (DOCE, L 199, 1993); la Directiva 89/665/CEE (DOCE, L 395/33, 1989) del Consejo, sobre la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de examen para la adjudicación de los contratos públicos de suministro y de obras, modificada mediante la Directiva 92/50 (OJEC, L 209, 1992); la Directiva 90/531/CEE (DOCE, L 297/1, 1990) del Consejo, relativa a los procedimientos de formalización de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones, codificada mediante la Directiva 93/38 (DOCE, L 199, 1993); la Directiva 92/13/CEE (DOCE, L 76/14, 1992) del Consejo, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de las normas comunitarias en los procedimientos de formalización de contratos de las entidades que operen en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones; la Directiva 92/50/CEE (DOCE, L 209/1, 1992) del Consejo, relativa a la coordinación de los procedimientos para la adjudicación de los contratos de servicios públicos.

Además, para determinar qué se entiende por «interés general», en sus Directrices de 1996 la Comisión Europea explicó que la extensión de las normas sobre competencia no sería incompatible con las obligaciones de servicio público que podrían imponer los organismos públicos a las entidades públicas o privadas que prestaran servicios para la protección de la cohesión económica y social, el medio ambiente, la planificación y la promoción de los intereses del consumidor, así como el aprovechamiento de la tierra. Véase COMISIÓN EUROPEA, *Communication on Services of General Interest in Europe*, Brussels, September 1996.

MARKET DEFINITION AS A CORNERSTONE OF EU COMPETITION POLICY

Mario MONTI *

Ladies and Gentlemen,

Many articles and chapters of antitrust book manuals have been and remain to be written about market definition for antitrust purposes. Today, I would like to focus on two aspects of this issue:

First, I will explain how, in recent years, our increased economic approach to competition policy has put market definition at the centre of the process of application of the EU competition rules.

Secondly, I will devote some time to explain how we define geographic markets. I believe that I should use this opportunity to reply to some criticisms that have been formulated, often in the Nordic countries, with regard to our policy in this area. This follows our allegedly strict market definitions in the prohibition decision in the *Volvo-Scania* merger last year that re-surfaced—not very strongly, though—after the abandonment two weeks ago of the merger between SEB and FSB, two leading Swedish Banks.

INTRODUCTION: THE PURPOSE OF MARKET DEFINITION

Let me start by saying that, market definition is not an end in itself but a tool to identify situations where there might be competition concerns.

As in most other competition jurisdictions around the world, our competitive analysis focuses on market power. We use market definition and market shares as an easily available proxy for the measurement of the market power enjoyed by firms. In effect, the main objective of defining a market is to identify the competitors of the undertakings concerned by a particular case that are capable of constraining their behaviour¹.

* European Commissioner for Competition Policy, European Commission. Workshop on Market Definition, Helsinki Fair Centre, Helsinki, 5th October 2001. SPEECH/01/439.

¹ See Commission Notice on the definition of the relevant market for the purposes of Community competition law. *o*, No. C 372, of 9 December 1997.

The necessity of defining markets, and the methodology for doing so, have been parts of the competition policy of the EU from its inception. Indeed, the definition of a relevant market has always been a pre-condition both to assess dominance under art. 82 of the Treaty and for the evaluation under art. 81(3) of whether a notified agreement afforded the parties the possibility of eliminating competition. Most of our current practice and expertise in recent years comes, however, from the application of the Merger Control Regulation.

The progressive adoption of a more sophisticated economic approach in the application of the competition law of the European Union has meant, however, that market definition has come to play an increasingly important role under art. 81.

For example, very substantial changes have taken place since 1999 concerning the Commission's approach to vertical and horizontal agreements. At present, in the absence of hardcore restrictions, art. 81 can only be infringed if the parties have some degree of market power and therefore, its application also requires a proper market definition.

The guidelines on vertical agreements², for instance, indicate that competition concerns can only arise if there is some degree of market power at the level of the supplier or the buyer or both. Furthermore, the new block exemption regulation takes the line that vertical agreements which do not contain hardcore restrictions are generally compatible with art. 81, where the market share of the supplier or buyer does not exceed 30 per cent.

The same approach has been taken in both the horizontal guidelines³ and the two new block exemption regulations concerning R&D⁴ and specialisation agreements⁵, respectively⁶.

In the horizontal guidelines, the market power of the parties to a co-operation agreement, together with other factors relating to the market structure, are crucial for the assessment of the likely market impact of the agreement.

The new regulations also include upper thresholds to the benefit of automatic exemption: 25 per cent in the R&D Regulation and 20 per cent in the specialisation block exemption Regulation. Furthermore, the hori-

² Commission Notice-Guidelines on Vertical Restraints. *oJ*, No. C 291/1, of 13 October 2000.

³ Guidelines on the applicability of art. 81 of the EC Treaty to horizontal cooperation agreements. *oJ*, No. C 3/2, of 6 January 2001.

⁴ Commission Regulation (EC) No. 2659/2000, of 29 November 2000, on the application of art. 81(3) of the Treaty to categories of research and development agreements. *oJ*, No. L 304/7, of 5 December 2000.

⁵ Commission Regulation (EC) No. 2658/2000, of 29 November 2000, on the application of art. 81(3) of the Treaty to categories of specialisation agreements. *oJ*, No. L 304/3, of 5 December 2000.

⁶ The same line was taken in the Notice on agreements of minor importance which do not fall under art. 85(1) [now art. 81(1)] of the Treaty establishing the European Community. *oJ*, No. C 372, of 09 December 1997.

zontal guidelines indicate that, for purchasing/selling markets, it is unlikely that there is market power below 15 per cent market share in any or both markets.

The competition's standards used to define markets will soon be used beyond the border of competition policy, in the pure regulatory field. In effect, the draft *guidelines on market analysis and the calculation of significant market power*, developed by the Commission as part of the new telecommunications regulatory package, are built on the Commission's experience in defining markets in the field of competition law.

THE NOTICE ON THE DEFINITION OF THE RELEVANT MARKET FOR THE PURPOSES OF COMMUNITY COMPETITION LAW

This increased relevance of the notion of market power and, therefore, of the use of market definition as a tool to identify it, were bound to require from the Commission a clarification of its policy in this area. On October 1997, anticipating these requests, the Commission adopted a set of guidelines on the definition of the relevant market for the purposes of Community competition law, applicable both to mergers and to antitrust cases under arts. 81 and 82.

By rendering public the procedures that it follows and by indicating the criteria and evidence upon which it relies, the Commission gave clear guidance to companies in its 1997 Notice on market definition. This Notice increased the transparency of Commission policy and reduced compliance costs for industry. The giving of clear guidance is particularly relevant in view of the ongoing process of modernisation of the EU anti-trust rules, which increases the need for undertakings to self-assess their compliance with competition rules.

BASIC PRINCIPLES IN THE NOTICE ON MARKET DEFINITION

The Notice on market definition follows a classical «constrains» approach. In essence, this is based on the notion that the exercise of market power can be constrained by demand substitutability, by supply substitutability and by potential competition.

We look first, and above all, at demand substitutability, that is to perfect or near perfect substitutes readily available in the geographic area or in an alternative area, to which consumers or users can actually switch should the price increase.

In order to measure demand substitution, we use the hypothetical monopolist test, better known as SSNIP test, as it is referred to in the US horizontal merger guidelines. For those of you to which these abbreviations do not say much, as it was my case not long time ago, let me

clarify that SSNIP stands for «small but significant non-transitory increase in price».

The question that this test asks is whether the parties' customers would switch to readily available substitutes or to suppliers located elsewhere in response to an hypothetical small (in the range 5-10 per cent), permanent relative price increase in the products and areas being considered. If substitution would be enough to make the price increase unprofitable, because of the resulting loss of sales, additional substitutes and areas are included in the relevant market. This theoretical test allows us to identify a set of products and a geographic area small enough to allow permanent increases in relative prices that would be profitable. This set of products or this geographic area is what we consider a relevant market for antitrust purposes.

Supply substitutability is considered then. It refers to producers who are able to switch production to the relevant products as a response to a price increase. Supply substitutability is only taken into account when its effects are equivalent to those of demand substitution in terms of effectiveness and immediacy. That requires that the alternative producer has already all of the important assets (fixed inputs and distribution networks) required. In addition, the Notice says that supply side substitution should occur «within a period that does not imply a significant adjustment of existing tangible and intangible assets». In practice, this means the very short term.

Potential competition is not taken into account for market definition. Instead competitive constraints coming from potential competition will be assessed at a later stage of the process to identify market power.

COMMISSION'S PRACTICE

In practice, the starting hypothesis for our analysis is the market definition provided by the notifying parties. A substantial part of Form CO (the notification form for mergers) and Form A/B (the notification form under art. 81) is devoted to market definition issues. Parties are asked to define the relevant product and geographic markets and to provide very detailed additional information to allow the Commission to check that definition.

This position is contrasted with the experience of the Commission in the sector as well as with the views of customers and competitors.

⁷ The SSNIP test has limitations. We are for instance aware of the cellophane fallacy-type of situation, under which a monopolist sets prices at such a level that any further increase, would be unprofitable. The application of the SSNIP test in that case would look as if the theoretical price increase was not profitable and, hence, will lead to overly wide markets being defined and to market shares that understate the firms real market power. The Notice recognises that risk, in particular for cases concerning abuses of a dominant position under art. 82. Thus, prices other than prevailing market prices could be taken into account when considering the SSNIP.

Both customers and competitors receive requests for information, sometimes very detailed, so as to assist the Commission in defining both product and geographic markets. We are, of course, aware that competitors might be sometimes tempted to influence the Commission in one or another direction, but I believe my services have enough experience to be able to distinguish between objective facts and subjective opinions and are therefore not unduly influenced in their assessments.

In some cases the parties, as well as competitors or customers, support their views with econometric analyses that try to show whether correlation exists between the prices of different products or that try to estimate cross-elasticity between different products. If data is abundant and reliable (which is normally the case for mass consumer goods) these studies can contribute positively to our analysis. They should not substitute, however, other more traditional aspects of it. As an economist, I know well the limitations of our discipline!

On the basis of all this information, we are usually in a position to establish the relevant markets concerned by the operation or, at least, the few alternative possible relevant markets. In fact, in view of our limited resources, we define markets only when strictly necessary. In merger cases, for instance, if none of the conceivable alternative market definitions for the operation in question give rise to competition concerns, the question of market definition will normally be left open⁸.

Let me conclude this brief tour of the major aspects of market definition by indicating that before we adopt a final definition that could lead to a finding of competition concerns, the parties always receive a copy of our reasoning (in the form of an statement of objections) and are given the opportunity to reply in writing and orally to it. I hope this will reassure companies involved in our procedures: the Commission will not reach a conclusion different from the one of the parties without fully taking their views into account. In fact, it will only do so if it has strong evidence and arguments that which it believes overrides those of the opposing parties.

RELEVANT GEOGRAPHIC MARKET DEFINITION

Let me turn now in more detail to the issue of geographic market definition.

The Court of Justice states that «the relevant geographic market comprises the area in which the undertakings concerned are involved in the supply and demand of the relevant products or services, in which the conditions of competition are sufficiently homogeneous, and which can

⁸ That would particularly be the case when there are no affected markets, meaning that either the combined market shares is below 15 per cent or that no party has a market share exceeding 25 per cent in a vertically related or conglomerate market.

be distinguished from neighbouring geographic areas because, in particular, conditions of competition are appreciably different in those areas».

In order to identify this area where conditions of competition are sufficiently homogeneous, the Commission takes different elements into account. Factors like past evidence of diversion of orders to other areas, the examination of the customers' current geographic pattern of purchases and trade flows are, of course, very relevant.

In addition, the nature of demand for the relevant product may in itself determine the scope of the geographical market. Factors such as national preferences or preferences for national brands, language, culture and life style, and the need for a local presence are all important factors in defining the appropriate relevant geographic market.

Furthermore, barriers and switching costs for companies located in other areas are also considered. Perhaps the clearest obstacle for a customer to divert its orders to other areas is the impact of transport costs and transport restrictions arising from legislation or from the nature of the relevant products. The physical geographic characteristics of some countries or regions can have a serious impact on transport costs and hence on the scope of the geographic market.

Finally, the existence or absence of regulatory barriers (for example, those arising from public procurement, price regulations, quotas and tariffs limiting trade or production, technical standards, legal monopolies, requirements for administrative authorisations, or other regulations), is very important for geographic market definition. For instance, in two recently adopted decisions against Deutsche Post and in a case against the Italian tobacco monopolist adopted in 1998⁹, the scope of the markets was defined as national because entry was impossible in view of the existence of exclusive rights or fiscal monopolies.

I believe that the fact that the EU is a union of sovereign States makes geographic market definition far more complex than, for instance, in the US; where, arguably, issues like market integration, cultural/linguistic differences, regulatory barriers or national preferences are not so relevant.

In addition, these differences do not impede the US antitrust agencies and courts from reaching the conclusion that markets are local. On the contrary, there are many examples in the US of very narrow geographic markets¹⁰.

⁹ AAMS. Commission Decision of 17 June 1998 relating to a proceeding pursuant to art. 82 (ex art. 86) of the EC Treaty. *oJ*, L 252/47, of 12 September 1998. Deutsche Post AG. Commission decision of 20 March 2001 relating to a proceeding under art. 82 of the EC Treaty (case COMP/35.141). *oJ*, L 125/27, of 5 May 2001. Deutsche Post AG - British Post Office. Commission decision of 25 July 2001 relating to a proceeding under art. 82 of the EC Treaty (case COMP/36.915).

¹⁰ To name just a few: in the case Fair Allocation System Inc the FTC decided upon a geographical market comprising only eastern Washington, Idaho and western Montana. In the case Dairy Farmers of America Sodiaal, the market was defined as the sales of branded stick and branded whipped butter in the Philadelphia and New York metropolitan areas. In the Brown Shoe case the relevant

GEOGRAPHIC MARKET DEFINITION AND SMALL MEMBER STATES

Some voices, particularly in the Nordic countries, have recently questioned the way the Commission defines geographic markets because, they say, it could lead to discrimination towards small Member States.

The criticism could be formulated as follows: when the Commission defines a national market in a small country it prevents companies from that country to merge because they would quickly reach dominance in the national market. This would prevent these companies from reaching the dimension necessary to compete world-wide. In large Member States such a problem would not arise because companies could reach the necessary dimension without approaching the level of dominance.

I believe this criticism is somehow flawed and could have negative implications. Let me explain why to you.

First of all, let me repeat one important point at this stage. The Commission's objective in defining geographic markets is simply to identify the competitive constraints that the companies concerned will face. When national companies do not face serious competition constraints from abroad, the market can only be defined as national.

That was the case, for instance in our decision on *Volvo-Scania*¹¹, where we defined national markets for heavy trucks. In addition to differences of prices with neighbouring countries and legal barriers (the «crash test»), in this sector; the sale of the product is inherently linked to the provision of after-sales services (maintenance and overhaul, spare parts). Therefore, the geographical dimension of the market is not only determined by the geographic scope of the manufacturing level, but also by the conditions of competition for the provision of after-sales services. If such services require a substantial local presence in order to provide effective and timely support to customers and to maintain close and frequent contact with them, the geographic market could be narrower than that indicated on the production side¹².

To give you another example, the Commission has recently imposed a substantial fine on *Michelin*¹³ for abuse of its dominant position in

geographic markets were defined as every city with a population exceeding 10,000 and its immediate contiguous surrounding territory in which [both parties] sold shoes to retail through stores they either owned or controlled. In the case *Aspen Ski Company v. Aspen Highland Skiing*, the Supreme Court defined a market for skiing services in Aspen, Colorado. Frozen dessert pie manufacturing in Utah or motion picture exhibition in Texas are additional examples of very narrow markets in the us.

¹¹ Case No. COMP/M.1672, *Volvo-Scania*. Commission decision of 15 March 2000 under art. 8(3) of Regulation (EEC) No. 4064/89.

¹² An additional example of the above can be found in the *Metso-Svedala* case, where national markets were found to exist for A&C products.

¹³ Commission decision of 20 June 2001 relating to a proceeding pursuant to art. 82 of the EC Treaty (case No. COMP/36.041, *Michelin PO*).

the French market, a «large Member State», for replacement tyres for trucks. Again, we considered that the importance of a distribution and after sales network across the country pointed towards a national market definition.

Hence, there was nothing exceptional about the market definition in *Volvo-Scania*. We used normal market definition standards that supported the conclusion of the existence of national markets. In view of the strong position of the parties involved, the result of the analysis was that the merger would have led to serious competition problems on the relevant truck and bus markets in the Nordic countries (the parties would have held almost 90 per cent of the market in Sweden) as well as in Ireland and in the United Kingdom.

The same criticisms about discrimination towards small Member States are being made in relation of the abandoned *FöreningsSparbanken/SEB*¹⁴ bank merger in Sweden. As you probably know, the parties withdrew their notification on 19 September last, shortly after a statement of objections was issued, but before the hearing. I have to say that this course of action is most unusual—in fact, it is only the second time such a withdrawal has occurred since the entry into force of the Merger control regulation (and out of a total of more than 1,800 cases notified and of more than 110 second phase investigations)—because two months remained for the parties to try to convince the Commission about their approach and to propose remedies. I believe this opens the door to speculation that competition concerns might not have been the only reason behind the withdrawal.

Anyway, I do not see how market definition could be at all an issue in this case. We defined the market for banking services to households and SME's as national, mainly because it is unrealistic to assume that retail-banking customers would go abroad to do their day-to-day banking. In fact, many national competition authorities, and notably those in the US¹⁵, have defined even narrower, i.e. local, markets for retail banking. I want to stress that there was full agreement with the parties on this part of the analysis.

Let me point out, in relation to this issue, that retail markets tend to be normally of a local or, at maximum, of a national nature. This is the case for retail banking, but also for the retail of consumer products in general. There are several cases involving concentration in the retail distribution markets where the Commission has taken this line. You will probably remember the *Kesko-Tuko*¹⁶ merger, which the Commission examined at the request of the Finnish authorities, and eventually prohi-

¹⁴ Case COMP/M.2380. See press release IP/01/1290, of 19 September 2001.

¹⁵ The Chittenden Corp. Vermont Financial Services (see *DOJ's* press release of 12 May 1999) and the Firststar Corp Bancorp Inc. (see *DOJ's* press release of 05 February 2001) are good examples of local banking markets being defined.

¹⁶ Case No. COMP/M.784, *KESKO-TUKO*; Commission decisions of 20 November 1996 under art. 8(3) and of 19 February 1997 under art. 8(4) of Regulation (EEC) No. 4064/89.

bited. This is because it would have created a dominant position in the Finnish market for retail of daily consumer goods. The Commission's prohibition decision was subsequently confirmed by the Court of First Instance.

By way of comparison, the Commission raised objections to the *Generali-INA*¹⁷ transaction in Italy and in the case *Bank Austria-CA*¹⁸ in Austria. In both cases the combined market shares at stake were clearly below those in this transaction¹⁹.

Returning to the assessment of the FSB-SEB's merger, the position of the new entity in the Swedish retail banking market would have been unprecedented in any EEA country, even among small economies. The parties would have had significantly higher combined market shares than the respective market leaders in the other more concentrated markets, including Finland, Norway and Denmark.

I do not see, therefore, how *Volvo-Scania* or *FSB-SEB* could be presented as examples of cases where the Commission discriminated against small Member States. We applied to these cases the same criteria that we normally apply, in the interest of preserving healthy competition.

It cannot be argued, either, that the Commission is biased when defining geographic markets. We approach this exercise with an open mind, without a preference for any particular outcome.

We have done some research on our merger decisions adopted over the last 5 years in order to see whether any bias could be found. Out of 1,295 decisions, in 184 (14.2 per cent) markets were defined as national. In 187 (14.4 per cent), markets were wider than national. In the remaining 924 (71.4 per cent) the scope of markets was left open, because competition concerns would not arise under any alternative definition (either EEA-wide, regional or national).

When the same exercise is repeated, this time looking only at cases involving companies from Nordic countries, the results show a somewhat larger predominance of «wider than national» markets. Thus, in 24 out of 228 decisions (10.5 per cent), markets were considered national. Wider than national markets were found in a further 30 (13.2 per cent) and markets were left open in the remaining 174 (76.34 per cent).

Of course, the majority of these cases are positive decisions adopted in first phase. It could be argued that the proportion of narrow markets would exceed wider markets in in-depth second phase investigations, i.e.

¹⁷ Case No. COMP/M.1712, *Generali-INA*. Commission decision of 12 January 2000 under art. 6(2) of Regulation (EEC) No. 4064/89. The parties would have reached between 30 and 40 per cent of the Italian life insurance market.

¹⁸ Case No. COMP/M.873, *Bank Austria-CA*. Commission decision of 11 March 1997 under art. 6(2) of Regulation (EEC) No. 4064/89.

¹⁹ In the UK, the authorities prohibited the *Lloyds-Abbey National* merger on the basis of market shares in the current account market of 27 per cent.

cases where serious doubts were raised. We have looked into second phase investigations involving Nordic companies since 1996. Again it is difficult to find any bias. In fact, in 6 out of 12 cases serious doubts were raised in at least one market defined as either «regional» (often covering the entire Nordic area) or «EEA-wide». In the remaining 6, only national markets were considered.

I hope you are now convinced that we do not have any particular prejudice in favour of narrow market definitions in small countries and that we, in fact, apply the same criteria all across the Union. Some of our critics, however, believe that it is precisely the fact that we apply the same rules everywhere that discriminates against companies from small Member States by preventing them from merging domestically. As Mr. Persson²⁰, the Swedish Prime Minister, recently said «*the present rules are disadvantageous to us since we tend to dominate our market fraction to such a great extent*». He added «*there is a structural error in the EU's competition rules*».

This way of thinking seems to imply that companies can only acquire the necessary dimension by dominating their national market. I believe companies in small Member States have many other means to grow and become competitive worldwide than a merger with another leading company from the same Member State that would create competition concerns.

First, they can grow internally. Our rules do not oppose that a company becomes dominant in its own national market when it reaches such a position by offering lower prices or better products and services than its competitors. There are plenty of examples of successful international companies from small Member States that have followed this path. Being today in Finland, I should express my admiration for companies such as Nokia or the paper industry, which by producing very competitive products have become worldwide leaders.

Secondly, companies can expand by merging with companies that operate in other countries. The *Volvo-Renault*²¹ operation and the strategic partnership concluded between Scania and Volkswagen, following the prohibition of the *Volvo-Scania* merger, clearly show that there were alternative ways for these companies and less harmful for competition than a merger of two big domestic players.

Finally, domestic mergers are not totally excluded. We approve them when they do not lead to excessively high market shares or, even in cases of relatively high market shares, when the market in question is open enough. In some of these cases, we would ask the parties to give adequate remedies, to ensure that, if the new entity were to raise prices, competitors

²⁰ Quoted in Dagens Industry on 20 Sept 2001.

²¹ Case No. COMP/M.1980, Volvo-Renault VI. Commission decision of 01 September 2000 under art. 6(2) of Regulation (EEC) No. 4064/89.

from abroad would have incentives and not face strong difficulties to enter the market. A good example of this was the *Neste-ivo*²² case relating to electricity. Some other mergers between companies from different Nordic countries where we accepted high market shares are *Enso/Stora*²³, relating to the paper industry or even *Telia/Telenor*²⁴, which was cleared by the Commission; but that, in the end, did not materialise for other reasons.

Other implications of this type of criticism are more worrying. Merger control is about protecting the competitive process in the market and thereby aims at ensuring consumers a sufficient choice of products at competitive prices. By preventing a merger from creating a dominant position in a small country the Commission protects the customers who live there.

I believe that consumers deserve a high degree of protection from dominant suppliers irrespective of the size of the country. If we were to approve mergers that create national champions in small markets even if they implied the creation or strengthening of dominant positions, as our critics seem to suggest, we would be guilty of serious discrimination. We would, indeed, be discriminating against customers of small Member States, who would eventually suffer from higher prices and lower quality.

Moreover, I fail to see in which way the creation of a company with significant domestic market power will bring any benefit to the economy of that country. Indeed, experience shows that companies that are successful abroad are, in most cases, those facing a competitive environment back home. They are trained to be competitive and, therefore, are better prepared to enter new markets. I am sure that Volvo and Scania became worldwide leaders, in part thanks to their healthy face-to-face competition in Sweden.

EFFECTS OF EU LEGISLATION ON MARKET DEFINITION

In addition to all these reflections, let me say that market definitions are not immutable and that they can change in time.

²² Case No. COMP/M.931, *Neste-ivo*. Commission decision of 2 June 1998 under art. 6(2) of Regulation (EEC) No. 4064/89. *ivo* had between 60-70 per cent of the Finnish electricity market and its leading position in this market could have been strengthened by the operation because *Neste* held joint control over the natural gas monopoly in Finland. The operation was cleared after the parties accepted to relinquish such a controlling position.

²³ Case No. COMP/M.1225 *Enso-Stora*. Commission decision of 25 November 1998 under art. 8(2) of Regulation (EEC) No. 4064/89. The new entity would have achieved more than 60 per cent of the EEA liquid packaging board market, but the operation was cleared mainly in view of the existing countervailing buyer power.

²⁴ Case No. COMP/M.1439, *Telia-Telenor*. Commission decision of 13 October 1999 under art. 8(2) of Regulation (EEC) No. 4064/89. The two parties to the operation were the former monopolists in the telecommunication markets in Sweden and Norway respectively. The operation would have strengthened the respective dominant positions of the parties. It could have been cleared only after the parties agreed to open their respective markets (*inter alia*, by unbundling the local loop).

The opening up to competition of markets as a result of EU liberalisation efforts or harmonisation resulting from EU harmonisation directives will normally result in the widening of the scope of markets at some point in time.

The telecommunications sector is a very good example of the above as regards both equipment and services.

As regards equipment, markets were defined as national in early merger cases²⁵. However, today, several years after liberalisation of the equipment market, many parts of this industry are being assessed on the basis of cross-border markets that may be regional, EU-wide or even world-wide²⁶.

As regards services, while most telecommunication service markets have traditionally been defined as national, deregulation has opened up markets. Provided that the introduction of new technology provides the customer with an effective opportunity to source such services in an area that is wider than national, the Commission will accept that the relevant antitrust market is indeed wider than the traditional national service markets.

Examples can be found in AOL/Time Warner²⁷ where the markets for on-line music delivery was found to be at least EEA wide and in *Vodafone Airtouch-Mannesmann*²⁸, where an emerging market for pan-European seamless mobile telephony services to multinational companies was found.

The widening of markets, resulting basically from EU legislative action, can also be found in more traditional sectors, like power cables and in steel tubes.

*The Pirelli-BICC*²⁹, case illustrates the result of a process where deregulation and harmonisation of the power supply industry has effectively led to a widening of the relevant antitrust markets. In this case, the market was indeed confirmed to be EEA-wide because customers increasingly source power cables at a European level on the basis of the procedures provided for in the Community public procurement directives.

This case contrasted with earlier cases involving the same industry. In 1992, markets were still considered to be national in scope. In 1998

²⁵ For instance cases M.42 - Alcatel/Telettra (Spain), decision of April 1991 and M.468 - Siemens/Italtel (Italy, decision in February 1995).

²⁶ Examples include M.2056 involving Sonera, the Finnish TO, decision in August 2000 (see also M.1880 - Minnesota Mining/Quante and M.1908 - Alcatel/Newbridge Networks, both decided in 2000).

²⁷ Case No. COMP/M.1845, America On Line Time Warner. Commission decision of 11 October 2000 under art. 8(2) of Regulation (EEC) No. 4064/89.

²⁸ Case No. COMP/M.1795, Vodafone Airtouch-Mannesmann. Commission decision of 12 April 2000 under art. 6(2) of Regulation (EEC) No. 4064/89.

²⁹ Case No. COMP/M.1882, Pirelli-BICC. Commission decision of 19 July 2000 under art. 8(2) of Regulation (EEC) No. 4064/89.

a transition was recognised, but the assessment was still made at the national level. It may be of interest to note that when such a transition is detected on the basis of evidence submitted by the parties (or elsewhere found in the investigation), the Commission will normally still assess the market as national, but may be less concerned with moderately high market shares.

Regarding steel tubes, in the *Mannesmann/Hoesch*³⁰ merger case, the market for certain steel tubes used in various industrial applications was defined as national in scope (Germany). Despite high degrees of concentration, the merger was still cleared, *inter alia*, with reference to ongoing trends towards a transition to a wider market (partly owing to European procurement directives). These trends have subsequently been confirmed in other cases³¹ that were assessed on the basis of EEA-wide or even worldwide markets³².

I would like to make a final couple of points about the effects of market integration in the EU. First, the faster barriers fall and markets become integrated, the easier it will be for companies from small Member States to consolidate, even domestically, without infringing competition rules. However, until dependable data confirms that the process of widening is truly underway, competition analysis must base itself on the observable facts, not on wishful thinking. This essentially means that large companies in small markets should have a strategic interest in promoting the opening up of markets, rather than, as has often been the tendency in the past, protecting entrenched positions.

Secondly, it is possible that restrictions of competition having as their object or effect the partitioning of the internal market, narrow a market that would otherwise be EEA-wide. That was the situation in the *JCB*³³ case, where JCB took active measures to ensure absolute territorial protection in exclusive territories. Another example is that of measures intended to impede that foreigners buy cars in given countries where they are cheaper. In *Volkswagen I*³⁴ and in *Opel Nederland*³⁵ national markets

³⁰ Case No. COMP/M.222, Mannesmann-Hoesch. Commission decision of 12 November 1992 under art. 8(2) of Regulation (EEC) No. 4064/89.

³¹ British Steel/Europipe and Salzgitter/ Mannesmanröhrenwerken.

³² However, the existence of harmonisation directives may not be sufficient in itself to define EEA-wide markets if other elements point to narrower markets. That was the situation in *Smith & Nephew + Beiersdorf*, a joint venture to be active in certain medical supplies. In that case, the implementation of the Medical Device Directive was not sufficient to consider EEA-wide markets because of the existence of some national specifications, price differences between Member States, discrepancies in market shares and national sourcing of supplies.

³³ *JCB*. Commission decision of 21 December 2000 relating to a proceeding pursuant to art. 81 of the EC Treaty (case COMP/35.918). Fine imposed: million € 39.6.

³⁴ *Volkswagen*. Commission Decision of 28 January 1998 relating to a proceeding pursuant to art. 81 (ex art. 85) of the EC Treaty. *ov*, No. L 124/60, of 25 April 1998. Fine imposed: million € 90.

³⁵ *Opel Nederland*. Commission decision of 20 September 2000 relating to a proceeding pursuant to art. 81 of the EC Treaty (case COMP/36.653). Fine imposed: million € 43.

were considered, in particular, because the practices were aimed at impeding cross-border sales.

CONCLUSION

To conclude, let me simply recall that market definition is a cornerstone of competition policy, but not the entire building. Market definition is a tool for the competitive assessment, not a substitute for it. What is ultimately important is to understand the nature of the competitive situation facing the firms involved in a certain practice or in a proposed merger. The market definition is a first—and very important—step in the analysis.

I hope my presentation has shed some light on how the Commission performs this step. I will be satisfied if I have managed to convey to you the idea that we do not have prejudices in relation to market definition, but that we approach each case with an open mind. We do not discriminate against companies in small and large member States. Our objective is to protect consumers everywhere.

EFFECTIVE PRIVATE ENFORCEMENT OF EC ANTITRUST LAW

Mario MONTI *

I am delighted to present the opening expose at this important seminar, that has brought together many eminent experts from different backgrounds for an in-depth analysis and discussion of issues related to the enforcement of EC Antitrust Law. This conference is very timely and I am grateful to Professor Ehlermann for his initiative.

THE CASE FOR MORE PRIVATE ENFORCEMENT

As you are aware, the Commission has proposed a major reform of the way the Community competition rules are applied. One important objective of the reform is to pave the way for more effective private enforcement of the EC competition rules.

Obviously, we do not expect crowds of lawyers to flock in front of the court buildings in order to file lawsuits on the day the new Council Regulation enters into force. However, it is our aim that companies and individuals should increasingly feel encouraged to make use of private action before national courts in order to defend the subjective rights conferred on them by the EC competition rules.

The intentions behind this aspect of the reform are threefold:

First, the combined enforcement action by the Commission, the national competition authorities and the national courts will strengthen the impact of the rules as such. The competition rules are there to ensure that consumers benefit from lower prices and better products as a result of effective competition in markets. Effective remedies must be available to stop infringements and to ensure that parties which suffer from a violation obtain compensation. Consumers should have more access to remedial action in the form of private enforcement in order to protect their rights and to obtain damages in compensation for losses suffered.

* European Commissioner for Competition Policy, European Commission, Sixth EU Competition Law and Policy Workshop, Florence, 1-2 June 1991. SPEECH/01/258.

Second, the reform, by fostering decentralised application, should bring the EC competition rules closer to citizens and undertakings throughout the Internal Market. For a future enlarged Community with 27 or 28 Member States it is not a desirable or even a viable concept that the application of the EC competition rules should largely be reserved to administrations acting as public enforcers. Companies or individuals that suffer from an infringement of the EC competition rules should, as a general rule, be able to seek redress in the locally competent civil or commercial court, possibly before a locally competent specialised court or specialised chamber of a court.

The Commission, for its part, should focus on the functions it is best placed to carry out due to its central position and function. This includes the development of Community competition policy through the legislative framework as well as through individual decisions that can serve as precedent. This also includes a function as resource-centre for the national courts as foreseen in art. 15 of the proposed Regulation. I will come back to this.

Third, the reform should enable us to make the most of the complementary functions of public and private enforcement of the competition rules. Public enforcers are particularly well equipped to investigate serious, typically secret infringements, making use of their investigation powers. In addition, they can be well placed to bring cases in areas where the application of the rules is not yet entirely clarified (and where it is therefore unlikely for private parties to take the risk of litigating), thereby contributing to further clarification of the rules through precedent.

National courts on the other hand are particularly well placed to solve contractual conflicts between the parties to an agreement. So far, this function of the national courts has been hampered by the Commission's monopoly on the application of art. 81(3), as the courts were often obliged to suspend proceedings in accordance with the *Delimitis* case law of the Court of Justice. In addition, national courts have the power to grant damages to a party that is the victim of an infringement in compensation for the losses it has suffered. Action before national courts in this respect should increase.

A RANGE OF ELEMENTS MUST COME TOGETHER TO MAKE PRIVATE ENFORCEMENT MORE EFFECTIVE

As you know, the Commission has proposed to give national courts the power to apply art. 81 as a whole, thereby abolishing the current division of competence under which the national courts can only apply art. 81(1) whereas the Commission has exclusive competence to apply art. 81(3). The reform of the implementing rules for arts. 81 and 82, as proposed by the Commission, is a basic condition for national courts

to play their full role in the application of the competition rules as they have done for a long time in other areas of Community law.

The abolition of the Commission's monopoly to apply art. 81(3) however fundamental it is may however by itself not suffice to boost private enforcement of the competition rules in Europe.

The Commission is proposing a range of other elements in the text of the draft Regulation or in the wider framework of the overall reform effort. I would like to go over these building blocks envisaged on the Community side.

FACILITATING THE APPLICATION OF ART. 81(3) BY NATIONAL JUDGES

The discussion about the role of national judges after the reform so far has largely focussed around the question of whether judges will be able to apply art. 81(3). I do not want to linger on this aspect today, but would like to recall three points:

Art. 81(3) is a legal rule that must be applied when its four conditions are fulfilled. The application of these conditions can require economic analysis and balancing of interests. The provision is however not fundamentally different in nature from other rules applied by judges. The Commission is therefore confident that they will on the whole not face insurmountable problems in this respect.

The proposed new Regulation maintains the instrument of block exemption regulations. They retain their constitutive nature and must be applied by national courts if their conditions are fulfilled, subject to control by the Court of Justice. This is an important element to give orientation to companies that distinguishes the European system from US anti-trust law.

In addition to the block exemption regulations, the Commission has promised to continue working on further elements to provide guidance to companies and judges, such as guidelines and Notices, e. g. the De minimis-Notice. The Commission has in particular committed itself to produce guidelines on the methodology for the application of art. 81(3) in order to provide all national courts in the Community with an analytical framework.

PRIVATE ENFORCEMENT RAISES FURTHER QUESTIONS

When dealing with a case that requires the application of the EC competition rules, the national courts, however, are not only confronted with the task of interpreting art. 81(3) in a legally correct and coherent manner.

They also face a range of questions related to the facts of the case or situated at the borderline between fact-finding and legal analysis.

This aspect takes on particular importance with regard to claims for damages. In this field, expansion of private enforcement is particularly desirable in order to ensure effective remedies for parties that suffer from infringements. At the same time, there is a general impression that there can be problems under national law and procedures with regard to proving the infringement and the causal link between the alleged infringement and the damage suffered as well as with regard to the determination of the extent of the damage to be compensated.

Arguably, in the light of this complexity, additional elements must come together in order to instil real life into the judges' competence to apply arts. 81 and 82.

ELEMENTS IN THE REGULATION

The proposed Commission Regulation essentially contains two very specific elements that address this borderline area of EC competition law and civil procedures: The rule on burden of proof and the rule on cooperation with national courts.

First, the proposed Regulation expressly maintains the repartition of the burden of proof for the two different parts of art. 81: The party that alleges an infringement has to demonstrate that the conditions of the prohibition rule in art. 81(1) are fulfilled. The party that wants to invoke the exception laid down in art. 81(3) has to demonstrate that the conditions of that provision are met with.

Second, the proposal provides for a framework for the Commission (and the national competition authorities) to interact with national courts. The proposed art. 15 formalises the current practice of providing opinions to national courts if they so request. We believe that this instrument can be very useful in the new system. Time has come where more cooperation between courts and administrations is required as a result of the complexity of certain matters to be decided by courts. Administrations can help by providing certain factual information in their possession or by giving expert opinions to judges, always subject to a contradictory debate.

This instrument is not conceived as a substitute for the preliminary reference procedure of art. 234 of the Treaty. Whereas references to the Court of Justice concern questions of legal interpretation, national courts may, in particular, want to address themselves to the Commission with questions on economic issues, e. g. questions related to market definition. Art. 15 can therefore typically be of help in the borderline area between facts and law.

THE AMICUS CURIAE PROPOSAL

The Commission has also envisaged that it and the national competition authorities should have the power to make written or oral submissions as *amicus curiae* before national 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 one of the parties but would present its opinion in the interest of a coherent application of the law.

In addition to these elements of our reform proposal, I believe judges can also contribute to enhance private enforcement of competition law.

THE POTENTIAL CONTRIBUTION BY JUDGES

In fact it appears that the procedural rules for civil courts though highly complex are a flexible tool. Judges generally have a large margin of appreciation as to how they conduct the proceedings in a case. They can adapt the course of the procedures to the varying subject-matters that come before them.

We should explore to which extent and in which ways civil courts can, on the basis of the principles governing their procedures, take account of the specific requirements of cases involving the application of the EC competition rules. The toolbox of national courts presents a potential to tackle the apparent problems, in particular with regard to claims for damages. National courts should make full use of the tools available to them in order to give effect to the competition rules.

When they find themselves blocked from effectively applying the EC competition rules due to aspects of their national procedures, national courts should look carefully into the existing case law of the Court of Justice for guidance. And they should not hesitate to request preliminary rulings from the Court on issues they find unresolved. The answers by the Court of Justice can provide Community-wide solutions for such questions.

National judges also increasingly look outside the confines of their own Member State. Cooperation between judges across borders is an important tool for the collection of evidence. An increase in such cooperation and exchange of ideas may also provide judges with opportunities to inspire themselves from solutions found elsewhere.

In summary, I believe that national judges have some tools to contribute to more effective private enforcement of the EC competition rules. In-depth research of the factors at work in the different national systems can pave the way for a gradual up-take of solutions by the courts of

the Member States. We should bear in mind that, as the paper by Prof. Jones shows, also in the US the system of private enforcement in the form of claims for damages has developed gradually.

IS THERE A NEED FOR NEW COMMUNITY LEGISLATION AT THE INTERFACE BETWEEN EC COMPETITION LAW AND CIVIL PROCEDURES?

We could wonder, however, whether EC legislation on specific issues at the interface between EC competition law, tort law and civil court procedures could help to enhance the effectiveness of private enforcement. The contribution by Prof. van Gerven identifies some areas where such legislation could be possible. I should congratulate him for this excellent paper and for even having made the effort to draft the actual legal articles that would address the issues he identifies.

I should say, however, that this is a delicate question to deal with. Our reform proposal introduces already substantial changes. We should not try to achieve too much at the same time if we want to obtain real progress in reasonable time.

I do not exclude, at a latter stage, to explore this course of action. But before proposing any further legislation we should be very sure of our case and be armed with very good arguments.

This conference and the research effort that it represents as well as the further research that it will certainly inspire can make an important contribution in this respect.

SHOULD THERE BE CRIMINAL SANCTIONS FOR INFRINGEMENTS OF EC COMPETITION LAW?

Before concluding and inviting the participants to take the floor for today's discussions on private enforcement, I would like to add a few reflections on one of tomorrow's topics: the issue of criminal sanctions.

Let me first say that I welcome this discussion. It is important that academic discussions do not limit themselves to the existing framework but also look beyond it and explore fundamental questions. In addition, this discussion is an expression of the growing awareness of the harm caused to consumers by violations of the competition rules. I am very delighted about that.

I do not think however that, at this stage, the introduction of criminal sanctions is the only way forward in order to render enforcement of the EC competition rules more efficient. Criminal sanctions involve a large range of questions. Where they could help to solve certain specific problems they also risk to create others.

I therefore strongly believe that more efficient enforcement in the EC at this stage can best be achieved by persevering in the course that we have started out on: First, the reform of the implementing rules will permit the Commission as well as the national enforcers to concentrate more on the prosecution of serious infringements. Together with amended investigation powers, this will increase the risk of detection for companies that infringe the law. Second, there is a potential for further adapting fines on companies at European as well as at national level to better reflect the harm done by violations of the competition rules. Third, the increasing risk of private claims for damages should contribute to the deterrent effect of the competition rules.

These elements taken together will make an impact on companies in real terms. They will also show that the Commission is serious about combating violations that damage the consumers.

I think it is very appropriate that as you have the December 1992, in the heart of Dublin, I clearly remember those exciting days that surrounded the fall of the Berlin Wall, more than 14 years ago now. I think that all of us gathered we were witnessing historic events that would start the true unification of Europe — not just of Western Europe. It is particularly appropriate that I get the occasion to talk here about the link between the great adventure of peaceful European unification and competition policy. The inspiration that Europe will receive from Dublin's culture and tradition with regard to competition remains to be of personal guidance, this in spite of some occasional controversies.

The timing of this speech is equally as special. Indeed, these are very important moments for the economic integration in the competitive area. In the coming weeks, the European Union is expected to assess for each Candidate Country whether the conditions are met that would allow for the completion of the competition negotiations.

Before diving into the more technical aspects of this subject, I would like to put the scenario picture in a broader context.

THE TRANSFORMATION OF EUROPE AND THE OBSTACLE MODELS OF ECONOMIC STABILITY

The enlargement of the European Union forms part of a continuously developing transformation process of Europe that started more than 50 years ago when the founding fathers launched the European Coal and Steel Community. The benefits of peace and prosperity that resulted from European integration are known to all of us, but have perhaps been too often taken for granted after the last decades.

COMPETITION POLICY AND THE ENLARGEMENT OF THE EUROPEAN UNION

Mario MONTI *

Let me start by thanking you for the opportunity to share some ideas with you on the accession process in the field of competition policy.

I think it is very appropriate that we can have this discussion here, in the heart of Berlin. I clearly remember those moving days that surrounded the fall of the Berlin Wall, more than 10 years ago now. I think that all of us realised we were witnessing historic events that would start the true unification of Europe - and not just of Western Europe. It is particularly appropriate that I get the occasion to talk here about the link between this grand adventure of peaceful European unification and competition policy. The inspiration that Europe still receives from German culture and tradition with respect to competition continues to be of paramount guidance, this in spite of some occasional controversies.

The timing of this speech is equally to the point. Indeed, these are very important months for the accession negotiations in the competition area. In the coming weeks, the European Union is expected to assess for each Candidate Country whether the conditions are met that could allow for the completion of the competition negotiations.

Before delving into the more technical aspects of this subject, I would first like to put the accession process in a broader context.

THE TRANSFORMATION OF EUROPE AND THE GERMAN MODEL OF ECONOMIC STABILITY

The enlargement of the European Union forms part of a tremendously challenging transformation process of Europe that started more than 50 years ago when the founding fathers launched the European Coal and Steel Community. The benefits of peace and prosperity that resulted from European integration are known to all of us, but have perhaps been too much taken for granted over the last decades.

* European Commissioner for Competition Policy.

When looking back on the economic side of the European transformation since the 1950s, I am especially struck by the many hurdles we had to overcome to very gradually establish our current economic model. Of course, from a German perspective, the components of today's economic system in Europe might look very obvious: an open economy, a competitive market, an active enforcement of the competition rules, budgetary discipline, low inflation, and an independent central bank devoted to one essential objective, that of monetary stability. I can tell you that until at least the early Eighties, and for some elements even later, each and every one of the components of this model of economic stability were deliberately opposed in many European countries, including my own.

Today, most aspects of this initially German model have been extended - via the European Union - throughout Europe. Speaking now as an Italian, I feel profoundly indebted to European integration for having transformed my own country on the basis of those fundamental components ensuring economic stability. To me, European integration is fascinating, not only because it brings the Member States together in an unprecedented way, but much more because it transforms them in the process of integration. And this is exactly what is now also happening with the Candidate Countries of Central and Eastern Europe.

COMPETITION POLICY, COMPETITIVENESS AND GLOBALISATION

When looking at my own field of responsibility, most observers will now agree that an effective competition policy is an essential part of a functioning market economy. Requiring firms to compete with each other fosters innovation and increases economic efficiency. This is of benefit to the consumer, but also to downstream firms which are able to pass the improved efficiency on through their own production processes. The European liberalisation of network industries, for instance, has given a major boost to European industry through more efficient and less expensive telecommunications and energy services. This, consequently, has benefited the competitiveness of the European economy. And that is particularly important in today's globalizing world. It also makes clear why an active competition enforcement is of such importance to the emerging economies of the Candidate Countries.

Of course, the increasingly global markets do pose a challenge to national - or regional - competition enforcers. To remain effective, we must work together. In my view, a deeper, more intensive, co-operation among competition authorities, bilaterally and multilaterally, can provide a very good example of the kind of response that is needed in terms of governance of globalisation. Competition authorities constitute a strong public power, but are by definition market friendly. We are here to serve the market. Our first response to globalisation must be to give the con-

sumers, public opinion and the emerging economies the proof that this process is not simply governed by the huge multinationals, but that there is a co-ordinated supervision by public powers. This is a piece of work which has just started, but where we have already made very concrete progress. I am happy to say that all Candidate Countries are playing a most constructive role in this regard. During the last couple of years, we have, indeed, been able to create an effective framework of contacts between the Commission and the competition offices of the Candidate Countries. This involves daily exchanges of view on topics and cases of mutual interest as well as more formal meetings such as the annual conference between the heads of the competition offices of the Candidate Countries and the Commission.

THE ACCESSION CONDITIONS IN THE COMPETITION FIELD

Let me now turn more concretely to the state of our accession negotiations with the Candidate Countries in the competition field.

As you know, the accession process was given new impetus by the recent European Council of Göteborg. The heads of state and government clarified that - provided that progress towards meeting the accession criteria continues at an unabated pace - it should be *«possible to complete negotiations by the end of 2002 for those countries that are ready. The objective is that they should participate in the European Parliament elections of 2004 as members»*.

As regards the competition negotiations, the Commission has committed itself to present an assessment on the competition situation in each Candidate Country during the second half of this year. The Commission has to evaluate in particular whether the conditions are met that would allow for the provisional closure of the competition negotiations. Ultimately, it is for the Member States to decide with which candidates the competition chapter can be closed.

As to the specific requirements that must be met by the Candidate Countries in the competition field, the EU has consistently taken the view that they can be regarded to be ready for accession only if their companies and public authorities have become accustomed to a competition discipline similar to that of the Community well before the date of accession. This is necessary to ensure that the economic actors in the Candidate Countries are able to withstand the competitive pressures of the internal market resulting from the full and direct application of the *acquis* upon accession.

It would, of course, be impossible for any of the Candidate Countries to adapt to the application of this *acquis* from one day to the next. In short, our insistence on adaptation well before accession flows not only from our willingness to preserve the internal market discipline after enlarging

gement. We also want to avoid an abrupt application of the competition rules that - in the absence of a solid pre-accession preparation - would be difficult to withstand for the companies in the Candidate Countries.

More concretely, three elements must be in place before the competition negotiations can be closed:

- the necessary legislative framework with respect to antitrust and State aid;
- an adequate administrative capacity; and
- a credible enforcement record of the *acquis* in all areas of competition policy.

These three conditions are now being assessed. We are, for instance, taking a detailed look at the cases that have been dealt with by the competition offices of the Candidate Countries, both in the state aid and antitrust area. This will enable us to assess the degree to which the competition discipline has actually already been enforced in the Candidate Countries.

Of course, the accession requirements in the competition field are not new. Indeed, in the area of competition policy, the bilateral Europe Agreements that have been concluded between the EU and each of the ten Candidate Countries from Central and Eastern Europe, have already provided us with a solid legal basis in preparation for accession. A basic principle in each of the Europe Agreements is that (i) restrictive agreements between undertakings (ii) abuse of dominance by undertakings, and (iii) any State aid which threatens to distort competition is incompatible with the Agreements in so far as these practices may affect trade between the Community and the associated country.

Practices contrary to this principle are to be assessed on the basis of criteria arising from the application of the competition rules that are applicable in the Community. Furthermore, the Europe Agreements also contain a provision for the approximation of the competition legislation of the associated countries along the model of the Community. The Agreements thus constitute an essential pre-accession instrument in the competition field.

LESSONS TO BE DRAWN FROM THE EAST GERMAN EXPERIENCE

In preparation for the accession of the Central and Eastern European countries, we are often asked if there are any lessons to be drawn from the experience with competition policy in the New Länder following German unification. I think it is useful to reflect on this question. Comparing German unification on the one hand and the current situation of the Candidate Countries on the other obviously brings out many differences. But it also leads to some lessons that we better continue to remember in today's accession process.

Let me start by underlining the differences. As you know, upon the German unification, the Commission immediately became responsible for the enforcement of the Community's competition rules in the New Länder. In contrast, until the day that our Central and Eastern European neighbours become members of the EU, the task of enforcing competition policy is left to their respective national authorities.

Another fundamental difference between German unification and the current enlargement situation relates to the transition process. For the New Länder, the transition from a planned economy to a market system took place while they were already part of the EU. I think that, in retrospect, it is fair to say that the Commission - while applying the State aid rules to East Germany - has demonstrated that it was willing to take account of the unique economic conditions prevailing in that area at the time. Thereby, the immediate «after-shock» of the first years of transition could be mitigated. In relation to the Central and Eastern European Candidate Countries, we are facing a very different scenario. More than 10 years of transition are already behind us. In the framework of the Europe Agreements, market structures have been actively developed as part of the pre-accession strategy. In this sense, it is justified to insist that at this stage - the competition rules should be fully respected in the Candidate Countries, as they should be in the New Länder too.

There is another important difference that I would like to mention. The governments of the Candidate Countries do not have at their disposal the same financial resources that were made available to the New German Länder. As a matter of fact, the amounts of State aid disbursed over the last years in Eastern Germany are still substantially higher than the corresponding amounts spent in all 10 Central and Eastern European Candidate Countries taken together.

Despite these major differences, I do nonetheless believe that there are three important lessons that we can draw from our practice in the New Länder and that are relevant for the current accession process.

First of all, our experience in Eastern Germany makes us better understand that even large amounts of subsidies are not in themselves a sufficient recipe to generate sustainable growth. Rather, we should be attentive that State aid in the Candidate Countries is not used to delay the necessary structural changes of ailing industries.

Second, the example of Eastern Germany is also teaching us that the combination of privatisation and industrial restructuring can pose very intricate ongoing State aid problems. Despite the progress already made, complex State aid cases in the Candidate Countries will, no doubt, continue to require particular attention from the Commission.

Third, the Eastern German experience has taught us that competition policy is sometimes felt to carry a very tough message, in particular in countries undergoing such immense processes of structural change. We have also experienced, however, that without a strict competition dis-

cipline, the market economy is unlikely to deliver the advantages it promises. Market discipline is not born by itself, but it has to be created and actively enforced.

COMMUNITY ACTION FOR THE BORDER REGIONS

Let me now move briefly to a different topic related to the accession process. I am aware that there are certain worries about the effects of the enlargement process on the border regions within the Union. I would first of all like to underline that enlargement will certainly provide the border regions with important new opportunities for increased integration, economic activity and growth. But we recognise that some specific problems also need to be addressed. That is precisely why the Commission has, on 25 July, adopted an action plan for these border regions.

The action plan involves twenty-three regions in Austria, Finland, Germany and Greece. In particular, the plan encourages regions on opposite sides of the border to grow closer together as part of the accession process. Assistance is targeted, for example, at transport infrastructure, improved information exchange between small and medium-sized firms and the promotion of youth exchanges. Existing financial instruments will also be better co-ordinated and more effectively geared towards border regions' requirements. For the monitoring of the implementation of the action programme, a special Commission working group has been set up.

With regard to the specific State aid aspects of the border regions, I would like to underline that the vast majority of the regions which border Candidate Countries are eligible for State aid for regional purposes, and mostly at a high level. State aid for regional purposes enables Member States to provide special assistance to help businesses in the border regions to cope with the particular problems of the enlargement process.

Furthermore, aid for regional purposes is by no means the only State aid instrument available to support the development of enterprises in border regions. I am thinking in particular of aid possibilities for SMES, aid towards training of company staff, aid towards creation of employment, aid to encourage research and development activities, aid towards environmental investment, and de minimis aid under which aid up to € 100,000 can be granted to any company over a three year period.

Let us also not forget that the budgetary means to actually grant these forms of State aid tend to be much more available in the richer Member States than in the relatively poorer Candidate Countries.

THE ENFORCEMENT OF COMPETITION IN THE CANDIDATE COUNTRIES

The high level of co-operation already achieved between the Commission and the competition authorities of the Candidate Countries should be an additional reassuring factor for those who fear the economic consequences of the accession process. In this light, I think it is useful to very briefly examine the actual competition policy practice in the Candidate Countries.

STATE AID IN THE CANDIDATE COUNTRIES

Not surprisingly, for most Candidate Countries, State aid has been the more sensitive sector. The development of a proper control system has generally been slower in the State aid field than in antitrust. Still, there is positive news. I can now note with satisfaction that the gap between progress in antitrust and State aid seems to be narrowing. Indeed, in many Candidate Countries, an effective State aid discipline seems to be emerging. This is not surprising. Many in the Candidate Countries fully understand that State aid control is not just a straightjacket imposed by Brussels. Indeed, a solid State aid control system actually offers protection for smaller and perhaps less wealthy future Member States against the abundant State support that could be offered by the richer Member States if there were no solid control system.

By now, almost all Candidate Countries control aid in line with criteria similar to those of the European Union. The results of this emerging enforcement activity are generally very encouraging.

However, as you may have presumed, there is still a caveat. I would mention two issues that remain to be fully resolved. First, some Candidate Countries continue to operate incompatible fiscal aid regimes. I am thinking of incompatible tax breaks, tax holidays, and tax credits that are used to attract foreign investments or to keep non-viable businesses alive.

The European Commission is taking a very close look at these schemes. We obviously want to preserve the integrity of the internal market after enlargement. Therefore, investment incentives or any other government support that would be classified as incompatible State aid cannot remain valid after the accession. We have been insisting for years now that incompatible benefits are to be converted and modified into permissible aid arrangements before accession. My services are, of course, actively helping the Candidate Countries in this exercise.

A second important issue concerns the aid regimes used to prop up ailing industries. These aids, mainly consisting of tax arrears or loan guarantees, risk jeopardising the proper economic restructuring of several key sectors of the Candidate Countries' economies. As such, these aids

also delay the preparation of the Candidate Countries for their full integration in the internal market. In this respect, effective State aid control is a necessity to get the badly needed economic restructuring properly up and running.

Of course, I do not want to be misunderstood. I am not saying that the Candidate Countries cannot grant any State aid to attract investors or to help restructure their economies. Essential is, however, that State aid is explicitly recognised as such, and that the proper attention is paid to the compatibility of the aid with the rules of the Community acquis. Our Community State aid «tool box» is sufficiently flexible to cater for the specific needs of the Candidate Countries. Just like East Germany, most of the Candidate Countries qualify as areas where high maximum aid ceilings apply since their «standard of living is abnormally low or there is serious underemployment» - in the meaning of the provisions on regional aid of the EC Treaty.

To allow for the correct application of the regional aid possibilities in the Candidate Countries, the Commission is currently working with them on the drawing up of regional aid maps that are fully in line with the Community's regional aid guidelines. As such, equal treatment is ensured between the Candidate Countries and the Member States.

ANTITRUST AND THE CREATION OF A COMPETITION CULTURE IN THE CANDIDATE COUNTRIES

Turning then to the antitrust area, most Candidate Countries have developed a satisfactory enforcement record relating to restrictive agreements, abuse cases and mergers, often also resulting in prohibition decisions with fines.

Along with this public enforcement by the competition authorities, we are also trying to encourage the development of a competition culture in the Candidate Countries whereby companies and private individuals help to enforce the rules by bringing forward cases and complaints. I am sure that such a private enforcement practice could contribute in a significant manner to ensure healthy competition on the markets, thereby helping the transition of the applicant countries to well functioning market economies.

As you know, the Commission's modernisation proposals in the anti-trust area are exactly geared to help foster such a competition culture, also within the Union. Through the direct applicability of all elements of our antitrust rules by national courts and authorities, our reform is aimed at making antitrust enforcement even more effective. The reform will notably involve a maximum level of decentralisation and the further deepening of the network connecting the European Commission and the national competition authorities.

The essential role that the national antitrust authorities already have today, will, in this more decentralised system of the future, become even more significant. This is, of course, also of great relevance from the perspective of the Candidate Countries. As soon as they become Member States, the antitrust authorities of the Candidate Countries will, indeed, become an integral part of the more decentralised, more active antitrust enforcement network.

From this perspective, the current pre-accession phase is particularly important. In view of the progress already made and the regular contacts that have been established between the Commission and the competition offices of the Candidate Countries, I believe that we can be confident about their readiness to participate fully in the future development of European competition policy.

In looking at the enlargement process from a historical perspective, I must conclude that tremendous progress has been achieved in legislative approximation and in the creation of market systems in all Candidate Countries. As I explained, there are certainly some remaining problem areas, notably in the field of State aid. However, at the same time, I also noticed a real desire and determination to find solutions to these lingering problems. I am therefore confident that we are on the right track in this truly challenging and fascinating enterprise.

Thank you

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 2001 o son monografías publicadas a principios de 2002, a las publicaciones aparecidas en el año 2001 y a las publicadas en 2000 que no pudieron ser incluidas en el volumen anterior de este *Anuario*.

Se presenta, en primer lugar, una selección de las obras referidas a España. A continuación, se presenta la selección correspondiente a la Unión Europea. Además, este año se ha incorporado un tercer apartado que bajo el título de «Derecho comparado» lista trabajos sobre el Derecho nacional de la competencia (salvo de España) no sólo de los Estados miembros de la Unión Europea, sino también de otros países europeos y de las demás regiones del mundo. Ha de advertirse que las fuentes principales para la elaboración de esta bibliografía han sido la *Bibliografie courante* recopilada por los servicios del TICE —que se puede consultar en la dirección electrónica <http://curia.eu.int/fr/biblio/acqbiblio.htm>—, el catálogo informático de la Editorial Marcial Pons —que puede consultarse en la dirección electrónica <http://www.marcialpons.es/libreria/libreria.htm>— y el catálogo informático de la biblioteca del Congreso de los Estados Unidos de América —<http://catalog.loc.gov/>—.

Como en el *Anuario de la Competencia* de 2000, se han ordenado las referencias bibliográficas relativas a la Unión Europea 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.
- Arts. 81 y 82 TCE.
- Restricciones verticales de la competencia.
- Órganos de aplicación del Derecho de la competencia.
- Control de concentraciones.
- Ayudas públicas.
- Competencia y regulación sectorial.
- Competencia y servicio público.

I. ESPAÑA

ÁLVAREZ-PALACIOS ARRIGHI, Gabriela, «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)», *Anuario de la Competencia 2000*, Madrid, Fundación ICO/Marcial Pons, 2001, pp. 345-365.

ANCOS FRANCO, Helena, «Algunas consideraciones sobre la definición del mercado relevante en el sector de las telecomunicaciones: especial referencia

- a la interconexión», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 212, 2001, pp. 57-68.
- ARANGUREN PÉREZ, Ignacio de Loyola, «Ayudas y subvenciones a la economía: incidencia del Derecho comunitario en la jurisprudencia del Tribunal Supremo», *Noticias de la Unión Europea*, año XVII, núm. 202, 2001, pp. 11-24.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Alberto, *Apuntes de Derecho mercantil: Derecho mercantil, Derecho de la competencia y propiedad industrial*, 2.^a ed. rev., ampl. y puesta al día, Pamplona, Aranzadi, 2001.
- BERMEJO ZOFÍO, Felipe, «Las medidas urgentes de intensificación de la competencia en el mercado de tabacos del RDL 6/2000», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 213, 2001, pp. 69-74.
- BOGO, Jorge, «La desafiabilidad de los mercados y la práctica antimonopolítica», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 211, 2001, pp. 48-54.
- CALVO CARAVACA, Alfonso Luis, y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, *Intervenciones del Estado y libre competencia en la Unión Europea*, Madrid, Colex, 2001, 292 pp.
- CARREÑO GUALDE, Vicenta, «Ayudas públicas concedidas por los entes territoriales: la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, año 8, núm. 8, 2000, pp. 619-642.
- CASTILLA, Manuel, *Regulación y competencia en los Mercados de Valores*, Madrid, 2001, 404 pp.
- CORONA, Juan F., «La competencia entre Comunidades Autónomas», *Anuario de la Competencia 2000*, Madrid, Fundación ICO/Marcial Pons, 2001, pp. 103-124.
- DIEZ ESTELLA, Fernando, «Las complicadas relaciones entre la Ley de Defensa de la Competencia y la Ley de Competencia Desleal», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 213, pp. 11-28.
- ESCUADERO PUENTE, Alberto, «Sanciones por incumplimiento del deber de notificar las operaciones de concentración en Derecho español tras el Real Decreto-ley 2/2001, de 2 de febrero», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 212, 2001, pp. 69-75.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, Juan Manuel, «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», *Anuario de la Competencia 2000*, Madrid, Fundación ICO/Marcial Pons, 2001, pp. 125-155.
- FERNÁNDEZ DEL POZO, Luis, «Grupos horizontales transfronterizos: un primer estudio sobre las sociedades gemelas», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 235, 2000, pp. 147-177.
- FRANCH MENEU, José Juan, «La sintonía económica de la Constitución española de 1978 con la competencia», *Crónica de Economía*, II época, núm. 11, 2001, pp. 39-42.
- GONZÁLEZ DURÁNTEZ, Henar, y ENGRA MORENO, José Carlos, «El tratamiento de los abusos de posición de dominio en el sector postal», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 216, 2001, pp. 66-81.
- GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago, *Los mercados de interés general: telecomunicaciones y postales, energéticos y de transportes (privatización, liberalización, regulación pública y Derecho de la competencia)*, Granada, Comares, 2001, XXII, 607 pp.

- «La aplicación del Derecho de la competencia a los poderes públicos: últimas tendencias», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 239, 2001, pp. 249-267.
- GUINDOS, Luis de, «La política española de competencia en el nuevo entorno económico internacional», *Anuario de la Competencia 2000*, Madrid, Fundación ICO/Marcial Pons, 2001, pp. 27-38.
- IMMENGA, Ulrich, *El mercado y el Derecho: estudios de Derecho de la competencia*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001, 165 pp.
- IRÁKULIS ARREGI, Nerea, «La captación de clientes desde la perspectiva del Derecho de la competencia: comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de julio de 1999», *La Ley*, núm. 5344, año XXII, 2001, pp. 1-6, y núm. 5345, pp. 1-6.
- LÓPEZ DE CASTRO, Lucía, y ARIÑO ORTIZ, Gaspar, *Derecho de la competencia en sectores regulados: fusiones y adquisiciones de empresas y poder político*, Granada, Comares, 2001, XVIII, 343 pp.
- MARTÍNEZ LAGE, Santiago, y ALLENDESALAZAR CORCHO, Rafael, «La tutela cautelar en sectores específicos del Derecho público (III): Derecho de la competencia e intervención administrativa en la actividad económica», *Medidas cautelares en la jurisdicción contencioso-administrativa*, 1999, pp. 277-314.
- «Las indemnizaciones por infracción al Derecho de la competencia», *Gaceta Jurídica*, núm. 216, 2001, pp. 3-7.
- MARTÍNEZ PEREDA RODRÍGUEZ, José Manuel, «Prácticas restrictivas de la competencia y estudio de las medidas cautelares», *Noticias de la Unión Europea*, año XVII, núm. 202, 2001, pp. 53-68.
- 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.
- ORTIZ BLANCO, Luis, y SOPEÑA BLANCO, Vera, *Derecho de la competencia europeo y español: curso de iniciación*, vol. II, Madrid, Universidad Rey Juan Carlos, Servicio de Publicaciones, 2001, 569 pp.
- OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN, Carmen, «El alcance extraterritorial del Derecho de la competencia y su utilización como medida comercial: las perspectivas estadounidense, comunitaria y española», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 212, 2001, pp. 34-56.
- PASCUAL Y VICENTE, Julio, *Diccionario de Derecho y economía de la competencia en España y Europa*, Madrid, 2002, 402 pp.
- PASCUAL Y VICENTE, Julio, y PEDRAZ CALVO, Mercedes, «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.
- «La sentencia de 11 de junio de 2001: doctrina del Tribunal Supremo en relación con los costes de transición a la competencia del sector eléctrico», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 216, 2001, pp. 82-89.
- PETITBÒ, Juan Amadeo, «La promoción y la defensa de la competencia: dos pilares de la política económica», *Crónica de Economía*, II época, núm. 11, 2001, pp. 34-38.
- PETITBÒ, Juan Amadeo, y ERGUERA, Íñigo, «La determinación del mercado relevante y de las barreras de entrada, piezas clave del Derecho de la competencia», *Anuario de la Competencia 2000*, Madrid, Fundación ICO/Marcial Pons, 2001, pp. 53-77.

- PRIETO KESSLER, Eduardo, «The experience of national authorities: Spain», *Modernisation and decentralisation of EC competition law*, 2000, pp. 123-128.
- ROBLES MARTÍN-LABORDA, Antonio, *Libre competencia y competencia desleal: (examen del art. 7 de la Ley de Defensa de la Competencia)*, Madrid, La Ley, 2001, 414 pp.
- SERRANO CAÑAS, José Manuel, «Los profesionales liberales ante el nuevo Derecho de la competencia», *Derecho de los Negocios*, julio-agosto 2001, pp. 17-28.
- SOLANA GONZÁLEZ, Gonzalo, «Administraciones públicas y defensa de la competencia», *Anuario de la Competencia 2000*, Madrid, Fundación ICO/Marcial Pons, 2001, pp. 39-52.
- TRIGO, Eduardo, «Spanish Supreme Court applies European competition regulations to render agreement void», *Corporate Counsel*, núm. 8, A15 Jan., 2001.
- URÍA FERNÁNDEZ, Francisco, «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», *Anuario de la Competencia 2000*, Madrid, Fundación ICO/Marcial Pons, 2001, pp. 171-193.
- VEGA GARCÍA, Fernando L. de la, *Protección del diseño en el Derecho industrial y de la competencia*, Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas, 2001, 369 pp.
- «Tendencias generales de evolución del Derecho interno de defensa de la competencia», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 240, 2001, pp. 625-652.
- «La liberalización de los servicios postales», *Actualidad Administrativa*, núm. 2, 2001, pp. 945-964.

II. UNIÓN EUROPEA

1. POLÍTICA DE LA COMPETENCIA. ORIENTACIONES GENERALES

- REPORTS OF THE HOUSE OF LORDS SELECT COMMITTEE ON THE EUROPEAN COMMUNITIES, Session 1999-2000, 19th report, *Strengthening the role of the hearing officer in EC competition cases*, London, HMSO, 2000.
- AHLBORN, Christian; EVANS, David S., y PADILLA, Atilano Jorge, «Competition policy in the new economy: is European competition law up to the challenge?», *European Competition Law Review*, vol. 22, 5, 2001, pp. 156-167.
- AMATO, Giuliano, y LAUDATI, Laraine L., *The Anticompetitive impact of regulation*, Cheltenham, Northampton, MA, 2001, xxiv, 505 pp.
- APPIANO, Ermenegildo Mario, «L'influenza del diritto comunitario sui processi di privatizzazione negli Stati membri», *Servizi essenziali e diritto comunitario*, 2001, pp. 89-128.
- ARIÑO ORTIZ, Gaspar, y LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA-MORATO, Lucía, *Derecho de la competencia en sectores regulados*, Granada, 2001, 343 pp.
- ASSCHENFELDT, Max, «B2B-Marktplätze: aktuelle wettbewerbsrechtliche Problemstellungen», *Multimedia und Recht*, 4 Jahrg., 2001, Beilage 9, pp. 5-7.
- BAAB, Heiner, *GATT und WTO im Recht der USA: die Integration des Völkerrechts in die Rechtsordnung der USA am Beispiel der GATT-Abkommen und der WTO-Übereinkommen*, Frankfurt am Main, Lang, 2001, 204 pp.
- BAUMANN, Sibylle, *Umweltbezogene Werbung aus der Sicht des deutschen und europäischen Wettbewerbsrechts*, Frankfurt am Main, Lang, 2000, xl, 212 pp.
- BAZEX, Michel, «Entre concurrence et régulation, la théorie des "facilités essentielles"», *Revue de la concurrence et de la consommation*, núm. 119, 2001, pp. 37-44.

- BEATER, Axel, «Zum Verhältnis von europäischem und nationalem Wettbewerbsrecht: Überlegungen am Beispiel des Schutzes vor irreführender Werbung und des Verbraucherbegriffs», *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht: Internationaler Teil*, vol. 49, 2000, Heft 11-12, pp. 963-974.
- BECHTOLD, Rainer, «EG-Gruppenfreistellungsverordnungen: eine Zwischenbilanz», *Europäisches Wirtschafts- & Steuerrecht*, 12 Jahrg., 2001, Heft 2, pp. 49-55.
- BELLIS, Jean-François, *La politique communautaire de la concurrence face à la mondialisation et à l'élargissement de l'Union européenne = The Community competition policy in the face of globalisation and the enlargement of the European Union*, Baden-Baden, Nomos, 2001, 240 pp.
- BLAISE, Jean-Bernard, «Influences croisées entre droits nationaux et droit communautaire de la concurrence: France», *Droits nationaux, droit communautaire: influences croisées*, 2000, pp. 31-39.
- BÖGE, Ulf, «Das deutsche Kartellrecht in der europäischen Wettbewerbsordnung», *Zukunft der Wettbewerbsordnung und des Kartellrechts*, 2001, pp. 15-25.
- BONI, Stefano, y MANZINI, Pietro, «National social legislation and EC antitrust law», *World competition*, vol. 24, núm. 2, 2001, pp. 239-255.
- BOURRINET, Jacques, «Politique communautaire de concurrence et structures économiques», *Droits nationaux, droit communautaire: influences croisées*, 2000, pp. 19-29.
- BOUTARD-LABARDE, Marie-Chantal, «Droit français et droit communautaire de la concurrence: points de divergence», *Les lundis du droit communautaire*, 1993.
- BREDE, Helmut, y AMBROSIUS, Gerold, *Wettbewerb in Europa und die Erfüllung öffentlicher Aufgaben*, Baden-Baden, Nomos, 2001, 202 pp.
- BREDE, Helmut, «Der Zusammenhang zwischen öffentlichen Aufgaben und Wettbewerb auf europäischer Ebene», *Wettbewerb in Europa und die Erfüllung öffentlicher Aufgaben*, 2001, pp. 17-21.
- BRÖMMELMEYER, Christoph, «Interactive regulation: a plea for a reform of international antitrust law», *The European legal forum = Forum iuris communis europae*, 1st year, 2000/01, issue 3, pp. 192-199.
- BUNTE, Hermann-Josef; BARON, Michael, y LANGEN, Eugen, *Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht*, 9. Aufl. Neuwied, Luchterhand, 2001, 2 vols. (xlv, 3711 pp.) más 1 CD-ROM.
- BURMEISTER, Corinna, *Der Wettbewerb der Eisenbahnen im europäischen Binnenmarkt*, Baden-Baden, Nomos, 2001, 285 pp.
- CALLOL GARCÍA, Pedro, «Mercados B2B y el antiguo mito de la transparencia perfecta», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 213, 2001, pp. 57-68.
- «Los estándares industriales en la interconexión de redes virtuales y el Derecho de la competencia (Una reflexión sobre el reciente caso del AOL Instant Messenger)», *Derecho de los Negocios*, núm. 124, 2001, pp. 1-14.
- CANNIZZARO, Enzo, «Le politiche di concorrenza», *Diritto dell'Unione europea, Parte speciale*, 2000, pp. 259-309.
- CASSESE, Sabino, «Regolazione e concorrenza», *Regolazione e concorrenza*, 2000, pp. 11-25.
- CASSINIS, Paolo, y FATTORI, Piero, «Obiettivi della disciplina antitrust ed interessi dei consumatori: brevi considerazioni alla luce dell'esperienza italiana», *Anuario de la Competencia 2000*, Madrid, Fundación ICO/Marcial Pons, 2001, pp. 215-232.

- CHING CHAO, Yang, *International and comparative competition laws and policies*, The Hague, Kluwer Law Internat., 2001.
- CORCHÓN, Luis C., *Theories of imperfectly competitive markets*, Berlin, 2001, xii, 178 pp.
- DE PASQUALE, Patrizia, «Golden share all'italiana», *Diritto pubblico comparato ed europeo*, núm. III, 2000, pp. 1233-1236.
- DEMARET, Paul, «L'application du droit communautaire de la concurrence dans une économie mondiale globalisée: la problématique de l'extraterritorialité», *La politique communautaire de la concurrence face à la mondialisation et à l'élargissement de l'Union européenne = The Community competition policy in the face of globalisation and the enlargement of the European Union*, 2001, pp. 13-52.
- DETHLOFF, Nina, *Europäisierung des Wettbewerbsrechts: Einfluss des europäischen Rechts auf das Sach- und Kollisionsrecht des unlauteren Wettbewerbs*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2001, xv, 342 pp.
- DI VIA, Luciano, «Considerazione sulle "mobili frontiere" del diritto della concorrenza», *Contratto e impresa, Europa*, anno V, 2000, pp. 1-27.
- ELLGER, «Reinhard Das Verhältnis der Wettbewerbsregeln des EG-V zu den Gesetzen gegen», *Wettbewerbsbeschränkungen in den Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft: vom Vorrangprinzip zur Exklusivitätsregel*, Aufbruch nach Europa: 75 Jahre Max-Planck-Institut für Privatrecht, 2001, pp. 265-292.
- ELLIG, Jerome, *Dynamic competition and public policy: technology, innovation, and antitrust issues*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001, x, 277 pp.
- EL-TOHAMI, Moneim, y BERGLUND, Anneli, *European competition law*, Stockholm, Jure, 2001, 69, 63 pp.
- ESÓSITO, Carlos, y FERNÁNDEZ EGEA, Rosa M., «La protección del medio ambiente a través de la concesión de derechos exclusivos y el Derecho de la competencia. A propósito de la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 23 de mayo de 2000», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 211, 2001, pp. 55-66.
- ESTY, Daniel C., y GÉRADIN, Damien, *Regulatory competition and economic integration: comparative perspectives*, Oxford: Oxford University Press, 2001, xxxi, 433 pp.
- EWING, Ky P., *Perspectives on fundamental antitrust theory*, Chicago, IL, American Bar Association, 2001.
- *Perspectives on the concepts of time, change, and materiality in antitrust enforcement*, Chicago, IL, American Bar Association, 2001.
- FERNÁNDEZ MARTÍN, José María, «The competition rules of the EC Treaty and the European System of Central Banks», *European Competition Law Review*, vol. 22, 2001, issue 2, pp. 51-58.
- FLEISCHER, Holger, y KÖRBER, Torsten, «Der Einfluss des us-amerikanischen Antitrustrechts auf das europäische Wettbewerbsrecht», *Wirtschaft und Wettbewerb*, 51 Jahrg., 2001, Heft 1, pp. 6-19.
- FRENI, Elisabetta, «L'incompatibilità con le norme comunitarie della disciplina sulla golden share: il commento», *Giornale di diritto amministrativo*, anno VII, núm. 11, 2001, pp. 1145-1149.
- GANGI, Massimiliano, «L'iniziativa dell'Unione europea per la realizzazione di un accordo multilaterale di regole sulla concorrenza nell'ambito dell'organizzazione mondiale del commercio», *Diritto del commercio internazionale*, núm. 1, 2001, pp. 123-136.
- GARCÍA MOLYNEUX, Cándido Tomás, *Domestic structures and international trade: the unfair trade instruments of the United States and the European Union*, Oxford, Hart, 2001, XXVII, 300 pp.

- GASSNER, Ulrich M., «Internet-Handelsplattformen im Spiegel des Kartellrechts», *Multimedia und Recht*, 4 Jahrg., 2001, 3, pp. 140-144.
- GOETZ, Charles J., *Antitrust law: interpretation and implementation*, 2nd ed., Newark, NJ, Lexis Nexis, 2002.
- GÓMEZ SEGADE, José Antonio, «Panorámica del derecho de la libre competencia en la CEE», *Actas de Derecho Industrial*, tomo 5, 1978, pp. 67-121.
- GÖTZ, Volkmar, «Die Betrauung mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse (Art. 86 Abs. 2 EG) als Akt der öffentlichen Gewalt, Staat», *Kirche, Verwaltung: Festschrift für Hartmut Maurer zum 70. Geburtstag*, 2001, pp. 921-933.
- GRAVE, Carsten, «Art. 86 II EG: weder Verbot noch Gebot zur Quersubventionierung von Dienstleistungen im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse», *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 12 Jahrg., 2001.
- GREAVES, Rosa, *Competition law*, Burlington, VT, Ashgate, 2002.
- GUINDOS JURADO, Luis de, «La política española de competencia en el nuevo entorno económico internacional», *Anuario de la Competencia 2000*, Madrid, Fundación ICO/Marcial Pons, 2001, pp. 27-38.
- GYSELEN, Luc, «Comment from the point of view of EU competition law», *Principles of proper conduct for supranational, state and private actors in the European Union: towards a ius commune: essays in honour of Walter Van Gerven*, 2001, pp. 135-154.
- HALL, Ronald; SMITH, Alasdair, y TSOUKALIS, Loukas, *Competition and cohesion in EU policies*, Oxford-New York, Oxford University Press, 2001, XIX, 366 pp.
- HAWK, Barry E., y FORDHAM CORPORATE LAW INSTITUTE (26th: 1999: New York), *International antitrust law & policy*, Yonkers, NY, Juris, 2000, xxxviii, 697 pp. — (27th: 2000: New York), *International antitrust law & policy*, Huntington, NY, Juris, 2001, xxxix, 595 pp.
- HERKSTRÖTER, C. A. J., «Europees kartelrecht», *Ondernemingsrecht*, Nr. 7, 2001, pp. 202-205.
- HUCKE, Anja, *Erforderlichkeit einer Harmonisierung des Wettbewerbsrechts in Europa*, Baden-Baden, Nomos, 2000, 491 pp.
- JACOBS, Georges, «Modernisation de la politique communautaire de la concurrence: une réflexion des entreprises», *Les petites affiches*, núm. 220, 2001, pp. 30-33.
- JAEGER, Wolfgang, «Die möglichen Auswirkungen einer Reform des EG-Wettbewerbsrechts für die nationalen Gerichte», *Wirtschaft und Wettbewerb*, 50 Jahrg., 2000, Heft 11, pp. 1062-1074.
- JENNY, Frédéric, «Economic analysis, anti-trust law and the oligopoly problem», *European Business Organization Law Review*, vol. 1, 2000, 1, pp. 41-57.
- JOELSON, Mark R., *An International Antitrust Primer, A Guide to the Operation of the United States, European Union, and Other Key Competition Laws in the Global Economy*, second edition, Hardbound, 2001.
- JONES, Alison, y SUFRIN, B. E., *EC competition law: text, cases, and materials*, Oxford, Oxford University Press, 2001, 1.125 pp.
- JONES, Christopher, y WOUDE, Marc van der, *EC competition law handbook 2001-2002*, London, Sweet & Maxwell, 2001, 956 pp.
- JONLET, Anne F., «Zur Reform des europäischen Wettbewerbsrechts», *The European legal forum = Forum iuris communis europae*, 1 Jahrg., 2000/01, Heft 3, pp. 205-206.
- JUNOD MOSER, Dominique, *Les conditions générales à la croisée du droit de la concurrence et du droit de la consommation: étude de droit suisse et de droit européen*, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 2001, xxiv, 353 pp.

- KAMANN, Hans-Georg, y HORSTKOTTE, Christian, «Kommission versus nationale Gerichte: Kooperation oder Konfrontation im Kartellverfahren: das Masterfoods-Urteil des EuGH im Licht der geplanten Kartellverfahrensverordnung», *Wirtschaft und Wettbewerb*, 51 Jahrg., 2001, Heft 5, pp. 458-468.
- KORAH, C. Valentine, *An introductory guide to EC competition law and practice*, 7th ed. Oxford, Hart, 2000, lix, 404 pp.
- *Cases and materials on EC competition law*, 2. ed., Oxford, Hart, 2001.
- *Competition law of the european community*, Newark, NJ, Lexis Nexis, 2001.
- LANGE, Knut Werner, *Handbuch zum deutschen und europäischen Kartellrecht*, Heidelberg, Recht und Wirtschaft, 2001, 586 pp.
- LANUCARA, Lucio, «Interaction between antitrust and international trade: in favour of a WTO approach», *Diritto del commercio internazionale*, núm. 15.2, 2001, pp. 395-410.
- LIGNEUL, Nicolas, *L'Elaboration d'un droit international de la concurrence entre les entreprises*, Bruxelles, Bruylant, Editions de l'Université de Bruxelles, 2001, XVI, 382 pp.
- LINDRUP, Garth, *Butterworths competition law handbook*, 6th ed., London: Butterworths, 2000, xii, 1.216 pp.
- LUST, Philipp, *Die Essential Facilities-Doktrin im Telekommunikationsrecht*, Wien, wuv, 2001, 276 pp.
- MASCIOCCHI, Pierpaolo, *Concorrenza sleale e pubblicità ingannevole: alla luce della vigente normativa antitrust nazionale e comunitaria: legislazione, dottrina, giurisprudenza, adempimenti, formule, contratti, delibere del garante*, Roma, Jandi Sapi, 2000, xvii, 477 pp.
- MERKT, Benoît, *Harmonisation internationale et entraide administrative internationale en droit de la concurrence: droit du GATT/OMC, droit européen, accords bilatéraux et perspectives pour le droit suisse*, Bern, Lang, 2000, 450 pp.
- MONTI, Mario, «Concorrenza e regolazione nell'Unione Europea», *Regolazione e concorrenza*, 2000, pp. 75-86.
- «Le nuove sfide per l'antitrust in Europa», *Concorrenza e autorità antitrust*, 2001, pp. 153-161.
- MORTELMANS, Kamiel J. M., «Towards convergence in the application of the rules on free movement and on competition?», *Common market law review*, vol. 38, 2001, 3, pp. 613-649.
- MÜLLER, Gereon, y STERNEFELD, Wolfgang, *Competition in syntax*, Berlin, New York, M. de Gruyter, 2001, 410 pp.
- NASCIMBENE, Bruno, «Aspetti internazionali della politica di concorrenza comunitaria», *Diritto del commercio internazionale*, núm. 15.2, 2001, pp. 309-326.
- NEUMANN, Manfred, *Competition policy: history, theory and practice*, Northampton, MA, Edward Elgar Pub., 2001.
- NÖLKENSMEIER, Horst, «Influences croisées entre droits nationaux et droit communautaire de la concurrence: Allemagne», *Droits nationaux, droit communautaire: influences croisées*, 2000, pp. 41-46.
- ORTIZ BLANCO, Luis, y SOPEÑA BLANCO, Vera, *Derecho de la competencia europeo y español: curso de iniciación*, vol. II, Madrid, Universidad Rey Juan Carlos, Servicio de Publicaciones, 2000, 569 pp.
- OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN, Carmen, «El alcance extraterritorial del Derecho de la competencia y su utilización como medida comercial: las perspectivas estadounidense, comunitaria y española», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 212, 2001, pp. 34-56.
- PAPATHOMA-BAETGE, Anastasia, «Regional integration of competition rules: a comparative analysis of European and Greek competition law», *European Business Organization Law Review*, vol. 1, núm. 3, 2000, pp. 561-583.

- PARDOLESI, Roberto, «C'era una volta in Europa: di antitrust comunitario, importazioni parallele ed idoli infranti», *Il foro italiano*, núm. 2, anno CXXVI, 2001, pt. IV, col. 78-82.
- PASCUAL Y VICENTE, Julio, *Diccionario de Derecho y economía de la competencia en España y Europa*, Madrid, 2002, 402 p.
- PAULIS, Emil, «Coherent application of EC competition rules in a system of parallel competencies», *European competition law annual 2000*, 2001, pp. 399-427.
- PAYET, Marie-Stéphane, *Droit de la concurrence et droit de la consommation*, Paris, Dalloz, 2001, ix, 513 pp.
- PELLEGRIN, Julie, *The political economy of competitiveness in an enlarged Europe*, Houndmills, Basingstoke, Hampshire; New York, Palgrave, 2001, xii, 198 pp.
- PONS, Jean-François, «Nouveaux enjeux et réformes de la politique européenne de concurrence», *Les petites affiches*, núm. 220, 2001, pp. 21-29.
- PORCELLI, Gabriella, «Parallel trade dei farmaci fra libertà di circolazione delle merci e diritto della concorrenza», *Antitrust between EC law and national law = Antitrust fra diritto nazionale e diritto comunitario*, 2000, pp. 473-482.
- RAFFAELLI, Enrico Adriano, y EUROPEAN LAWYERS' UNION Y CONFERENCE, *Antitrust between EC law and national law (4th: 1999: Treviso)*, *Antitrust between EC law and national law: IV Conference: 13-14 May 1999, Casa dei Carraresi, Treviso = Antitrust fra diritto nazionale e diritto comunitario: IV convegno*, Milano, Giuffrè; Bruxelles, Bruylant, 2000, xv, 538 pp.
- REYNOLDS, Michael J., «From co-operation to integration: the relationship between national and European competition law through judicial review», *Liber amicorum in honour of Lord Slynn of Hadley*, vol. I, 2000, pp. 569-579.
- RIVAS, José, y STROUD, Fay, «Developments in EC competition law in 1999/2000: an overview», *Common market law review*, vol. 38, núm. 4, 2001, pp. 935-990.
- RODGER, Barry J., «Competition policy, liberalism and globalization: a European perspective», *The Columbia journal of European law*, vol. 6, núm. 3, 2000, pp. 289-319.
- «Interrelationship with Community competition law enforcement», *The UK Competition Act*, 2000, pp. 45-74.
- ROEMER, John E., *Political competition: theory and applications*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 2001, xii, 335 pp.
- ROGOWSKI, Michael, «Europäisches Kartellrecht im Wandel», *WM - Wertpapiermitteilungen*, 55 Jahrg., 2001, Heft 12, pp. 620.
- ROMA VALDÉS, Antonio, «La protección de la libre competencia en el Derecho penal español», *Noticias de la Unión Europea*, núm. 202, 2001, pp. 69-85.
- ROTH, P. M.; BELLAMY, Christopher; CHILD, Graham D., y AITMAN, David, *European Community law of competition*, 5th ed., London, Sweet & Maxwell, 2001, 1.339 pp. más apéndices, 842 pp.
- RUIZ-JARABO COLOMER, Dámaso, «El Derecho de la competencia en la Comunidad Europea», *Derecho comunitario: presente y perspectivas*, 1995, pp. 55-91.
- SCHAUB, Alexander, «Das europäische Kartellrecht im Jahr 2000», *Neueste Entwicklungen im europäischen und internationalen Kartellrecht*, 2000, pp. 1-21.
- SCHEPISI, Cristina, «Le relazioni esterne in materia di concorrenza: gli accordi CE/USA e CE/Canada tra dimensione internazionale e dimensione comunitaria», *Le relazioni esterne dell'Unione europea nel nuovo millennio*, 2001, pp. 311-353.
- «La politique européenne de concurrence: objectifs et règles», *Les petites affiches*, núm. 220, 2001, pp. 11-20.
- «Le relazioni esterne in materia di concorrenza: gli accordi CE/USA e CE/Canada tra dimensione internazionale e dimensione comunitaria», *Il diritto dell'Unione europea*, anno VI, núm. 1, 2001, pp. 149-177.

- SCHEPISI, Cristina, «Le relazioni esterne in materia di concorrenza: gli accordi CE/USA e CE/Canada tra dimensione internazionale e dimensione comunitaria», *Il diritto dell'Unione europea*, anno VI, núm. 1, 2001, pp. 149-177.
- SCHMIDT, André, «Europäische Wettbewerbspolitik: ordnungspolitische Weichenstellungen», *Kompodium Europäische Wirtschaftspolitik*, 2001, pp. 363-416.
- STILLNER, Walter, «Der Verbraucher im Wettbewerbsrecht: eine Buchbesprechung», *Verbraucher und Recht*, 16 Jahrg., 2001, Heft 9, pp. 315-319.
- TESAURO, Giuseppe, «Regolazione e concorrenza: conclusioni», *Regolazione e concorrenza*, 2000, pp. 245-253.
- TONG-SONG, Cho; DONG-SUNG, Cho, y HWY-CHANG, Moon, *From Adam Smith to Michael Porter: evolution of competitiveness theory*, Singapore; River Edge, NY, World Scientific Pub., 2001, xvii, 223 pp.
- TUNNEY, James, «Is the emerging legal concept of culture the cuckoo's egg in the EU competition law nest?», *European Competition Law Review*, vol. 22, núm. 5, 2001, pp. 173-180.
- VAN GERVEN, Yves, y HOET, Lorelien, «Gencor: some notes on transnational competition issues: European Court of First Instance 25 March 1999, T-102/96, Gencor Ltd. v. Commission», *Legal issues of European integration*, vol. 28, núm. 2, 2001, pp. 195-210.
- VÁZQUEZ LÉPINETTE, Tomás, «Las medidas estructurales de fomento de la competencia: análisis del art. 34 del Real Decreto-ley 6/2000, de 23 de junio», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 216, 2001, pp. 53-65.
- VERHOOSSEL, Gaëtan, y AZPIROZ GARMENDIA, Maddi, «El debate sobre comercio y competencia en la Organización Mundial del Comercio: pasado, presente y futuro», *Anuario de la Competencia 2000*, Madrid, Fundación ICO/Marcial Pons, 2001, pp. 233-255.
- VOGELAAR, Floris O. W.; STUYCK, Jules H. V., y REEKEN, Bart L. P. van, *Competition law of the EU, its Member States and Switzerland*, The Hague, Kluwer; Deventer, Tjeenk Willink, 2000, xvi, 858 pp.
- VOGELAAR, Floris O. W., «Competition law and the turn of the century», *Legal issues of European integration*, vol. 28, núm. 2, 2001, pp. 135-139.
- WAELEBROECK, Denis F., «La coopération bilatérale entre la Commission européenne et les autorités de la concurrence de pays tiers», *La politique communautaire de la concurrence face à la mondialisation et à l'élargissement de l'Union européenne = The Community competition policy in the face of globalisation and the enlargement of the European Union*, 2001, pp. 53-83.
- WAELEBROECK, Michael, y STUYCK, Jules H. V., «Competition law in the European Community», *Competition law in the EU, its Member States and Switzerland*, 2000, pp. 1-150.
- WELLS, Wyatt C., *Antitrust and the formation of the postwar world*, New York, Columbia University Press, 2001.
- WHISH, Richard, «The enforceability of agreements under EC and UK competition law», *Lex mercatoria*, 2000, pp. 297-319.
- WOGAU, Karl von, «Reform des Wettbewerbsrechts aus der Sicht des Europäischen Parlaments», *Europäisches Wettbewerbsrecht im Wandel*, 2001, pp. 27-34.
- WOUTER, P. J. Wils, *The Optimal Enforcement of EC Antitrust Law. A Study in Law and Economics*, Hardbound, 2001.

2. ARTS. 82 Y 82 TCE

- AHLBORN, Christian, y SEELIGER, Daniela, «Business to business exchanges: EG-kartellrechtliche Probleme bei Unternehmenskooperationen im Internet», *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 12 Jahrg., 2001, Heft 18, pp. 552-558.
- ALESE, Femi, «B2B exchanges and EC competition law: 2B or not 2B?», *European Competition Law Review*, vol. 22, núm. 8, 2001, pp. 325-330.
- ALPMANN, Josef A., *Kartell- und Wettbewerbsrecht*, Münster, 2001, 162 pp.
- AMATO, Giuliano, «A European cartel office?», *Collected Courses of the Academy of European Law = Recueil des cours de l'Académie de droit européen*, vol. VIII, Book 1, 1997, pp. 143-154.
- APPELDOORN, Jochen, «Are the proposed changes compatible with article 81 (3) EC?», *European Competition Law Review*, vol. 22, issue 9, 2001, pp. 400-403.
- ARRUÑADA, Benito, «Economía y Derecho en la nueva política comunitaria de competencia», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 211, 2001, pp. 31-41.
- ATTEW, Mark, «National competition law and the preliminary ruling procedure», *European Journal of Law Reform*, vol. 2, núm. 2, 2000, pp. 241-257.
- BARBIST, Johannes, y RUNG, Ivo, «Reform der EG-Wettbewerbsregeln für Unternehmenskooperationen», *Recht der Wirtschaft*, 19 Jahrg., 2001, 5, pp. 260-263.
- BARTOSCH, Andreas, «Von der Freistellung zur Legalausnahme: der Vorschlag der EG-Kommission für eine "neue Verordnung Nr. 17"», *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 12 Jahrg., 2001, Heft 4, pp. 101-107.
- BARUFFI, Maria Caterina, «Sul diritto di accesso al fascicolo nei procedimenti giurisdizionali comunitari», *Diritto pubblico comparato ed europeo*, núm. 2, 1999, pp. 691-704.
- BASTIANON, Stefano, *L'abuso di posizione dominante*, Milano, Giuffrè, 2001, xx, 460 pp.
- «Antitrust e importazioni parallele: il caso "Adalat"», *Il foro italiano*, anno CXXVI, núm. 2, 2001, pt. IV, col. 82-87.
- «I biglietti di ingresso allo stadio e l'abuso di posizione dominante: molto rumore per nulla?», *Rivista di diritto sportivo*, anno LI, núm. 4, 1999, pp. 767-773.
- «Mercati oligopolistici, "conscious parallelism" e pratiche concordate: quale intesa tra Tim e Omnitel?», *Il foro italiano*, anno CXXVI, núm. 9, 2001, pt. III, col. 394-403.
- BAUDENBACHER, Carl, y ST. GALLER INTERNATIONALES KARTELLRECHTSFORUM, *Neueste Entwicklungen im europäischen und internationalen Kartellrecht*, siebentes St. Galler Internationales Kartellrechtsforum, Basel, Helbing & Lichtenhahn, 2000, xiv, 243 pp.
- BAUDENBACHER, Carl, «The European Commission's reform proposals seen from the point of view of the EEA/EFTA countries, the EFTA surveillance authority and the EFTA Court», *European competition law annual 2000*, 2001, pp. 521-537.
- BELLAMY, Christopher, «Cartel cases: the rôle of the judge», *Fighting cartels*, 2001, pp. 160-167.
- «The Commission's White Paper», *Cahiers de droit européen*, núm. 1-2, 2001, pp. 213-217.
- «The modernisation of EC anti-trust policy: some reflections: don't throw the baby out with the bath water», *European competition law annual 2000*, 2001, pp. 315-322.

- BERENQUER FUSTER, Luis, «Modernización de las normas comunitarias de la competencia y seguridad jurídica», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 211, 2001, pp. 27-30.
- BERGERON, James Henry, «Antitrust federalism in the European Union after the modernization initiative», *The antitrust bulletin*, vol. XLVI, núm. 3, 2001, pp. 513-535.
- BERGMAN, Mats A., «Analysis: a prohibition against losses?: the Commission's Deutsche Post Decision», *European Competition Law Review*, vol. 22, núm. 8, 2001, pp. 351-354.
- BIDAUD, Laila, *La délimitation du marché pertinent en droit français de la concurrence*, Paris, Litec, 2001, iv, 700 pp.
- BISHOP, Bill, «The anti-trust epidemic: causes and prospects», *Modernisation and decentralisation of EC competition law*, 2000, pp. 39-47.
- BISHOP, Simon, «Modernisation of the rules implementing Articles 81 and 82», *European competition law annual 2000*, 2001, pp. 55-65.
- BOCKEN, Jan, «Verordening 2790/99: de nieuwe groepsvrijstelling voor verticale overeenkomsten», *Rechtskundig weekblad*, 64e jaarg., núm. 24, 2000-2001, pp. 897-905.
- BOGAERT, Geert, y LOHMANN, Ulrich, *Commercial agency and distribution agreements: law and practice of the Member States of the European Union*, Lohmann, 3rd ed., The Hague, Kluwer Law International, 2000, lix, 707 pp.
- BOGDANDY, Armin von, «Rechtsgleichheit, Rechtssicherheit und Subsidiarität im transnationalen Wirtschaftsrecht: zur unmittelbaren Anwendbarkeit von Art. 81 III EG und des WTO-Rechts», *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 12 Jahrg., 2001, Heft 12, pp. 357-365.
- BÖGE, Ulf, «The discussion on the modernisation of EC antitrust policy: an update on the Bundeskartellamt's point of view», *European competition law annual 2000*, 2001, pp. 66-73.
- BONATTI, Roberto, «Nuove prospettive sui poteri istruttori del giudice comunitario», *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, anno LV, núm. 2, 2001, pp. 579-596.
- BORER, Jürg, «Spruchpraxis zum EG-Wettbewerbsrecht (2000)», *Schweizerische Zeitschrift für internationales und europäisches Recht = Revue suisse de droit international et de droit européen*, 11 Jahrg., 2001, 2, pp. 251-268.
- BOSCH, Wolfgang, «EU/EWR: die neue Schirm-GVO 2790/1999 für vertikale Vereinbarungen und ihre Auswirkungen auf selektive Vertriebssysteme», *Parallelimporte im Schnittstellenbereich zwischen Immaterialgüter und Wettbewerbsrecht*, 2000, pp. 101-112.
- BOSCHECK, Ralf, «The EU policy reform on vertical restraints: an economic perspective», *World competition*, vol. 23, núm. 4, 2000, pp. 3-49.
- BOTTKA, Viktor, «Oligopolisztikus piacok megítélése az EU-ban», *Versenyfelügyeleti értesítő*, IX évf., 1999, sz. 8, pp. 340-353.
- BOURGOIS, Jacques H. J., «Decentralised enforcement of EC competition rules by national competition authorities: some remarks on consistency, coherence and forum shopping», *European competition law annual 2000*, 2001, pp. 323-333.
- BRAAKMAN, August J., «The application of the modernised rules implementing Articles 81 and 82 EC Treaty in injunction proceedings: problems and possible solutions», *International antitrust law & policy*, 2000, pp. 161-179.
- BRINKER, Ingo, «Die neue Gruppenfreistellungsverordnung für vertikale Wettbewerbsbeschränkungen», *Europäisches Wettbewerbsrecht im Wandel*, 2001, pp. 131-149.

- BRIONES ALONSO, Juan F., y PADILLA, Atilano Jorge, «The complex landscape of oligopolies under EU competition policy: is collective dominance ripe for guidelines?», *World competition: law and economics review*, vol. 24, núm. 3, 2001, pp. 307-318.
- BROBERG, Morten P., «Nyere konkurrenceretlige afgørelser fra EF-domstolen og Retten i Første Instans», *EU-ret & menneskeret*, 7.årg., núm. 5, 2000, pp. 149-165.
- BROUWER, O. W., «Toegang tot het dossier van de Europese Commissie in EG-kartelzaken», *Markt en mededinging*, Jaarg. 4, núm. 6, 2001, pp. 201-208.
- BRUUN, Niklas, y HELLSTÉN, Jari, *Collective agreements and competition law in the EU: the report of the COLCOM-project*, Helsinki, Kauppakaari, 2001, xiv, 226 pp.
- BURRICHTER, Jochen, «The application of Article 81 (3) by national courts: some remarks from the point of view of a practitioner», *European competition law annual 2000*, 2001, pp. 539-550.
- «Kartellrechtlich zulässige Unternehmenskooperationen», *Schwerpunkte des Kartellrechts 1999*, 2000, pp. 1-19.
- CADIN, Raffaele, «La nozione di abuso di posizione dominante collettiva nella recente giurisprudenza comunitaria», *Rivista della cooperazione giuridica internazionale*, anno III, núm. 8, 2001, pp. 33-46.
- CAMPUS, Elisabetta, «L'art. 81 (ex art. 85) del Trattato CEE e i monopoli pubblici: limiti di compatibilità giuridico economica: l'esempio del monopolio francese», *Il Consiglio di Stato*, anno LI, núm. 12, 2000, pt. II, pp. 2581-2602.
- CAPELLI, Fausto, «La riforma della disciplina della concorrenza nell'Unione europea: impatto sul sistema giudiziario italiano», *Il diritto dell'economia*, núm. 3, 2000, pp. 561-575.
- CHAMBU, Pierre, «Official written response of France to the White Paper», *Modernisation and decentralisation of EC competition law*, 2000, pp. 79-87.
- CHRISTENSEN, Peder, y RABASSA, Valérie, «The Airtours decision: is there a new Commission approach to collective dominance?», *European Competition Law Review*, vol. 22, núm. 6, 2001, pp. 227-237.
- CHRISTOPHER, Paul, «The "Monti reform" of competition law: new rules for enforcement», *The Bar review*, vol. 6, núm. 6, 2001, pp. 333-336.
- CIERCO SEIRA, César, «La nueva regulación del derecho de audiencia en los procedimientos administrativos comunitarios vinculados a la protección de la competencia: a propósito del Reglamento (CE) núm. 2842/98 de la Comisión, de 22 de diciembre de 1998, relativo a las audiencias en determinados procedimientos en aplicación de los arts. 85 y 86 del Tratado CE», *Revista de Administración Pública*, núm. 155, 2001, pp. 253-283.
- COOKE, John D., «Commission White Paper on decentralisation of competition rules: the threat to consistency», *European competition law annual 2000*, 2001, pp. 551-563.
- COUMES, Jean-Michel, y BROCHE, Jérôme, «La proposition de réforme du droit communautaire de la concurrence: le principe et les conséquences», *Revue du marché commun et de l'Union européenne*, núm. 451, 2001, pp. 546-552.
- DENIZARD, Jean-Pierre, y DELACROIX, Céline, «La modernisation du droit communautaire des ententes: le point de vue de chefs d'entreprise», *Revue du marché commun et de l'Union européenne*, núm. 451, 2001, pp. 553-559.
- DENOZZA, Francesco, «Nuove prospettive nella definizione di posizione dominante», *Antitrust between EC law and national law = Antitrust fra diritto nazionale e diritto comunitario*, 2000, pp. 13-26.

- DERINGER, Arved, «Reform der Durchführungsverordnung zu den Art. 81 und 82 des EG-Vertrages: Analyse aus der Sicht eines Praktikers», *Europarecht*, 36 Jahrg., 2001, Heft 2, pp. 306-323.
- DI FEDERICO, Giacomo, «Le formalità sostanziali e il rispetto della “legality” nell’ordinamento comunitario: il caso ICI e Solvay c. Commissione», *Il diritto dell’Unione europea*, núm. 4, 2000, pp. 877-879.
- DILLMANN, Heinz, «Airports and abuse of a dominant position: application of Articles 86 and 90 of the EC Treaty to airports and airport systems», *European Air Law association: tenth annual conference in Vienna*, 2000, pp. 133-140.
- DREHER, Meinrad, «Groups of undertakings and competition: regulatory approaches in Europe», *European Business Organization Law Review*, vol. 2, 2001, pp. 187-221.
- DUCREY, Patrik, «“Kodak”, selektiver Vertrieb und Graumarkt aus Sicht des schweizerischen Kartellrechts», *Parallelimporte im Schnittstellenbereich zwischen Immaterialgüter und Wettbewerbsrecht*, 2000, pp. 113-133.
- EDWARD, David Alexander Ogilvy, «The modernisation of EC antitrust policy: issues for courts and judges», *European competition law annual 2000*, 2001, pp. 564-570.
- EHLERMANN, Claus-Dieter, y ATANASIU, Isabela, *European competition law annual 2000: the modernisation of EC antitrust policy*, Oxford, Hart, 2001, xxix, 649 pp.
- EILMANSBERGER, Thomas, «Reform des Vollzugs von Art. 81 EG-V und Rule of Reason», *Beiträge zum Unternehmensrecht: Festschrift für Hans-Georg Köppensteiner zum 65. Geburtstag*, 2001, pp. 317-349.
- «Zum Vorschlag der Kommission für eine Reform des Kartellvollzugs», *Juristenzeitung*, 56 Jahrg., 2001, 8, pp. 365-374.
- ENSTHALER, Jürgen, y STOPPER, Martin, *EG-Kartellrecht: ergänzbare Textsammlung, Erläuterungen, Leitsätze*, Berlin, E. Schmidt, 2000, 1 vol.
- ETTER, Boris, «The assessment of mergers in the EC under the concept of collective dominance: an analysis of the recent decisions and judgments: an economic approach», *World Competition*, vol. 23, núm. 3, 2000, pp. 103-139.
- EVERLING, Ulrich, «Zur Wettbewerbskonzeption in der neueren Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften», *Unterwegs zur Europäischen Union*, 2001, pp. 212-229.
- EVJU, Stein, «Collective agreements and competition law: the Albany puzzle, and van der Woude», *International journal of comparative labour law and industrial relations*, vol. 17, núm. 2, 2001, pp. 165-184.
- FEJØ, Jens, «Deterrent effect of competition law on hard core cartels», *Fighting cartels*, 2001, pp. 151-159.
- FERNÁNDEZ DEL POZO, Luis, «Grupos horizontales transfronterizos: un primer estudio sobre las sociedades gemelas», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 235, 2000, pp. 147-177.
- FIKENTSCHER, Wolfgang, «Das Unrecht einer Wettbewerbsbeschränkung: Kritik an Weißbuch und VO-Entwurf zu Art. 81, 82 EG-Vertrag», *Wirtschaft und Wettbewerb*, 51 Jahrg., 2001, Heft 5, pp. 446-458.
- FIW. Seminar (27.: 1999: Köln), *Schwerpunkte des Kartellrechts 1999: Referate des XXVII. FIW-Seminars*, Köln, Heymann, 2000, vii, 128 pp.
- FLYNN, James, «Competition appeals», *Liber amicorum in honour of Lord Slynn of Hadley*, vol. I, 2000, pp. 611-624.
- FORRESTER, Ian S., «Modernisation of EC competition law», *International antitrust law & policy*, 2000, pp. 181-232.
- «The modernisation of EC antitrust policy: compatibility, efficiency, legal security», *European competition law annual 2000*, 2001, pp. 75-121.

- «The reform of the implementation of Articles 81 and 82 following publication of the draft regulation», *Legal issues of European integration*, vol. 28, núm. 2, 2001, pp. 173-194.
- FOURGOUX, Jean-Claude, «La modernisation du droit communautaire de la concurrence: du Livre Blanc à la proposition de règlement d'application des articles 81 et 82: un enfer pavé de plus ou moins bonnes intentions», *Gazette du Palais*, núm. 206-207, 2001, pp. 9-16.
- FOX, Eleanor M., «Modernisation: efficiency, dynamic efficiency, and the diffusion of competition law», *European competition law annual 2000*, 2001, pp. 123-128.
- «The elusive promise of modernisation: Europe and the world», *Legal issues of European integration*, vol. 28, núm. 2, 2001, pp. 141-149.
- FRIGNANI, Aldo, «Individual trademark licensing agreements and EU antitrust law: where we stand», *New trends in international trade law*, 2000, pp. 161-174.
- «La subfornitura internazionale: profili di diritto della concorrenza», *Diritto del commercio internazionale*, núm. 3, 2000, pp. 683-702.
- FUCHS, Bernadetta, «Transfer technologii a przepisy Unii Europejskiej chroniace wolna konkurencje», *Problemy prawne handlu zagranicznego*, t. 19/20, 2000, pp. 216-234.
- FURSE, Mark, «Monopoly price discrimination, article 82, and the Competition Act», *European Competition Law Review*, vol. 22, núm. 5, 2001, pp. 149-155.
- GENTILE, Enrico, «La svolta di inizio millennio del diritto comunitario della concorrenza: il nuovo approccio economico, la semplificazione delle norme, la cooperazione internazionale e la modifica del regolamento 17/62», *Contratto e impresa, Europa*, anno V, núm. 2, 2000, pp. 557-635.
- GERBER, David J., «Modernising European competition law: a developmental perspective», *European Competition Law Review*, vol. 22, núm. 4, 2001, pp. 122-130.
- GHEZZI, Federico, «La modernizzazione delle norme antitrust comunitarie», *Rivista delle società*, anno 45, 2000, fascicolo 6, pp. 1098-1149.
- GINNEKEN, P. P. J. van, «Recente ontwikkelingen inzake de economische analyse van mededingingsafspraken», *Markt en mededinging*, núm. 5, Jaarg. 2, 1999, pp. 131-135.
- GIORDANO, Massimo, «Abuso di posizione dominante collettiva e parallelismo oligopolistico: la Corte di giustizia tenta la quadratura del cerchio?», *Il foro italiano*, núm. 6, anno CXXVI, 2001, pt. IV, col. 260-275.
- GOLDSCHMIDT, Peter I. B., y LANZ, Christoph, «Maybe definitely: definitely maybe?: EC competition law: is the time ripe for reform?», *Eipascope*, núm. 2, 2001, pp. 16-22.
- GREAVES, Rosa, «EC competition law: centralised or decentralised enforcement», *European current law*, December 2000, pp. xi-xv.
- GREEN, Nicholas, «Practical implications of reform», *Modernisation and decentralisation of EC competition law*, 2000, pp. 31-38.
- GRIFFITHS, Mark, y NÜESCH, Sabina, «Modernising the treatment of horizontal agreements: an analysis of the Commission's proposals», *European Competition Law Review*, vol. 21, 2000, issue 10, pp. 452-462.
- GRILLO, Michele, «The economic analysis of collusion and the detection of collusive behaviour: new perspectives for antitrust policy and law», *Antitrust between EC law and national law = Antitrust fra diritto nazionale e diritto comunitario*, 2000, pp. 27-42.
- GUMBEL, Tim, *Grundrechte im EG-Kartellverfahren nach der VO 17/62: Untersuchung im Vergleich zum Grundrechtsschutz im deutschen und englischen Kartellverfahren*, Berlin, Duncker & Humblot, 2001, 315 pp.

- HAANS, Joost, «The effects of the White Paper on the Dutch Competition Act», *Modernisation and decentralisation of EC competition law*, 2000, pp. 113-122.
- HARMS, Jens E., «Daseinsvorsorge im Wettbewerb: zur Abgrenzung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse im Sinne der Art. 16 und 86 EG-Vertrag», *Wettbewerb in Europa und die Erfüllung öffentlicher Aufgaben*, 2001, pp. 25-33.
- HAWK, Barry E., y DENAEIJER STANTON, Nathalie, «The development of Articles 81 and 82 EC Treaty: legal certainty», *European competition law annual 2000*, 2001, pp. 129-144.
- HAYS, Thomas, «Anti-competitive agreements and extra-market parallel importation», *European Law Review*, vol. 26, núm. 5, 2001, pp. 468-488.
- HERGUERA, Íñigo, y PETITBÓ, Amadeo, «La determinación del mercado relevante y de las barreras de entrada, piezas clave del Derecho de la competencia», *Anuario de la Competencia 2000*, Madrid, Fundación ICO/Marcial Pons, 2001, pp. 53-78.
- HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Francisco, «Derecho de autor y abuso de posición dominante en la Unión Europea: comentario al caso “Magill TV Guide” [Radio Telefis Eireann (RTE) e Independent Television Publications (ITP) c. Comisión de las Comunidades Europeas]», *Actas de derecho industrial*, tomo XVI, 1994-1995, pp. 331-344.
- HOHMANN, Holger, *Die Essential facility doctrine im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen: eine Untersuchung der allgemeinen Zugangsregelung zu Netzen und anderen Infrastruktureinrichtungen gem. Paragr. 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB unter Berücksichtigung US-amerikanischer, europäischer und sektorspezifischer Erfahrungen*, Baden-Baden: Nomos, 2001, 394 pp.
- HOLMES, Katherine, «The EU White Paper on modernisation», *World competition*, vol. 23, núm. 4, 2000, pp. 51-79.
- HOOGERVORST, E. M., «Strijd met openbare orde wegens schending art. 81 EG: vernietiging arbitraal vonnis: noot bij HR 21 maart 1997, NJ 1998, m.nt. HJS: HvJ EG 1 juni 1999, NJ 2000, 339 en HR 25 februari 2000, NJ 2000, 430 m.nt. HJS», *Nederlands tijdschrift voor burgerlijk recht*, Jaarg. 18, núm. 2, 2001, pp. 93-98.
- HUMMEL, Karen, *Bezugskopplungsklauseln in Franchise-Verträgen: rechtsvergleichende Darstellung des us-amerikanischen und europäischen Kartellrechts unter Berücksichtigung von Sec. 1 Sherman Act, Sec. 3 Clayton Act, Sec. 5 FTC Act sowie Art. 81 und 82 des EG-Vertrages (Amsterdam)*, Hamburg, Lit, 2000, xlviii, 218 pp.
- ICHINO, Pietro, «Collective bargaining and antitrust laws: an open issue», *International journal of comparative labour law and industrial relations*, vol. 17, núm. 2, 2001, pp. 185-197.
- IDOT, Laurence, y VAN DE WALLE DE GHELCKE, Bernard, «Le besoin de sécurité juridique: notifications et exemptions», *Cahiers de droit européen*, núm. 1-2, 2001, pp. 160-201.
- IDOT, Laurence, «A French point of view on the radical decentralisation of the implementation of Article 81 (1) and (3)», *European competition law annual 2000*, 2001, pp. 335-351.
- «Le futur “règlement d’application des articles 81 et 82 CE”: chronique d’une révolution annoncée», *Recueil Dalloz*, núm. 17, 2001, pp. 1370-1376.
- IMMENGA, Frank A., y STOPPER, Martin, «Die europäischen und us-amerikanischen Leitlinien zur horizontalen Kooperation», *Recht der internationalen Wirtschaft*, 47 Jahrg., 2001, Heft 4, pp. 241-249.

- IMMENGA, Ulrich, «Coherence: a sacrifice of decentralisation?», *European competition law annual 2000*, 2001, pp. 353-359.
- JACOBS, Georges, «Modernisation de la politique communautaire de la concurrence: une réflexion des entreprises», *Les petites affiches*, núm. 220, 2001, pp. 30-33.
- JALABERT-DOURY, Nathalie, «Concurrence européenne et internationale: le projet de nouveau règlement d'application des articles 81 et 82 TCE = European and international competition: proposed review of the regulation implementing articles 81 and 82 ETC», *Revue de droit des affaires internationales*, núm. 1, 2001, pp. 55-77.
- «Concurrence européenne et internationale: la réforme des règles communautaires applicables aux accords horizontaux = European and international competition: the reform of EC rules on horizontal agreements», *Revue de droit des affaires internationales*, núm. 2, 2001, pp. 203-216.
- JENNY, Frédéric, «Economic analysis, anti-trust law and the oligopoly problem», *European Business Organization Law Review*, vol. 1, núm. 1, 2000, pp. 41-57.
- «On the modernisation of EC antitrust policy», *European competition law annual 2000*, 2001, pp. 360-368.
- JONLET, Anne F., «Sulla riforma del diritto europeo della concorrenza», *The European legal forum = Forum iuris communis europae*, anno 1, núm. 3, 2000/01, pp. 205-206.
- KENNEDY, T. P., «Horizontal co-operation agreements: the new regulations and guidelines», *Gazette of the Incorporated Law Society of Ireland*, June 2001, pp. 35-37.
- KINGSTON, Suzanne, «A "new devision of responsibilities" in the proposed regulation to modernise the rules implementing Articles 81 and 82 EC?: warning call», *European Competition Law Review*, vol. 22, núm. 8, 2001, pp. 340-350.
- KLUSMANN, Martin, «Internationale Kartelle und das Europäische Leniency-Programm aus Sicht der Verteidigung: Kritik nach fünf Jahren Anwendungspraxi's», *Wirtschaft und Wettbewerb*, 51 Jahrg., 2001, Heft 9, pp. 820-833.
- KON, Stephen D., «The Commission's White Paper on modernisation: the need for procedural harmonisation», *International antitrust law & policy*, 2000, pp. 233-257.
- KOSKENRANTA, Hannu, «Predatory pricing and its characteristics in the European Community context», *Kansainvälisestä kaupasta: juhlaulkaisu Tuula Ámmälä 2.11.2000*, 2000, pp. 111-133.
- LAMBO, Luigi, «Parallelismo consapevole e collusione nei mercati oligopolistici», *Il foro italiano*, anno CXXVI, núm. 9, 2001, pt. III, col. 386-394.
- LANCEFIELD, David, «The regulatory hurdles ahead in B2B», *European Competition Law Review*, vol. 22, 2001, issue 1, pp. 9-12.
- LEHR, Wolfgang, «Die neue EU-Gruppenfreistellungsverordnung für Spezialisierungsvereinbarungen sowie deren Auswirkungen auf Produktionskooperationen», *Europa-Blätter*, 10 Jahrg., 2001, Heft 1, pp. 5-11.
- LOFARO, Andrea, y RIDYARD, Derek, «The economic analysis of joint dominance under the EC Merger Regulation», *European Business Organization Law Review*, vol. 1, núm. 3, 2000, pp. 539-559.
- LOUIS, Frédéric P., «Les conséquences pratiques de la réforme envisagée par le Livre blanc de la Commission», *Cahiers de droit européen*, núm. 1-2, 2001, pp. 218-229.
- MANCINI, Giuseppe Federico, «Access to justice: individual undertakings and EC antitrust law: problems and pitfalls», *Democracy and constitutionalism in the European Union*, 2000, pp. 219-229.

- MANZELLA, Gian Paolo, «“Marina sovvenzionata”, predatory pricing ed Unione europea: il commento», *Giornale di diritto amministrativo*, anno VII, núm. 1, 2001, pp. 35-42.
- MARENCO, Giuliano, «Does a legal exception system require an amendment of the Treaty?», *European competition law annual 2000*, 2001, pp. 145-195.
- «Le régime de l'exception légale et sa compatibilité avec le traité», *Cahiers de droit européen*, núm. 1-2, 2001, pp. 135-144.
- MARTÍNEZ LAGE, Santiago, y BROKELMANN, Helmut, «Article 81 (3) before national courts: the CAMPSA doctrine of the Spanish Supreme Court and articles 84 and 85 revisited», *European competition law annual 2000*, 2001, pp. 593-612.
- MARTÍNEZ LAGE, Santiago, «La décentralisation du droit communautaire de la concurrence et le rôle de la Commission», *Cahiers de droit européen*, núm. 1-2, 2001, pp. 208-210.
- «Las indemnizaciones por infracción al Derecho de la competencia», *Gaceta Jurídica*, núm. 216, 2001, pp. 3-7.
- MARTÍNEZ PEREDA RODRÍGUEZ, José Manuel, «Prácticas restrictivas de la competencia y estudio de las medidas cautelares», *Noticias de la Unión Europea*, año XVII, núm. 202, 2001, pp. 53-68.
- MASTROIANNI, Roberto, «Osservazioni in merito alla effettività del sistema italiano di tutela “decentrata” del diritto comunitario della concorrenza», *Il diritto dell'Unione europea*, anno VI, núm. 1, 2001, pp. 78-93.
- MATSUSHITA, Mitsuo, «A Japanese view on the modernisation White Paper published by the European Commission», *European competition law annual 2000*, 2001, pp. 197-205.
- MAVROIDIS, Petros C., y NEVEN, Damien J., «From the White Paper to the proposal for Council regulation: how to treat the new kids on the block?», *Legal issues of European integration*, vol. 28, núm. 2, 2001, pp. 151-171.
- «The White Paper: a whiter shade of pale of interests, and interests», *European competition law annual 2000*, 2001, pp. 207-221.
- MAZZA, Francesco, «La nozione di accordo tra imprese, ai sensi dell'art. 85, n. 1 (ora art. 81, n. 1) del Trattato CE, in un caso di importazioni parallele di specialità medicinali», *Diritto pubblico comparato ed europeo*, núm. I, 2001, pp. 372-378.
- MAZZONI, Alberto, «Contrattazione standardizzata e pooling di informazioni nel contesto di associazioni di categoria: compatibilità alla luce del diritto anti-trust», *Antitrust between EC law and national law = Antitrust fra diritto nazionale e diritto comunitario*, 2000, pp. 415-438.
- MERSING, Erik Mohr, «The modernisation of EC competition law: the need for a common competition culture», *International antitrust law & policy*, 2000, pp. 259-271.
- MERUSI, Fabio, «La Corte di giustizia condanna la golden share all'italiana e il ritardo del legislatore», *Diritto pubblico comparato ed europeo*, núm. III, 2000, pp. 1236-1238.
- MESTMÄCKER, Ernst-Joachim, «The EC Commission's modernization of competition policy: a challenge to the Community's constitutional order», *European Business Organization Law Review*, vol. 1, núm. 3, 2000, pp. 401-444.
- «The modernisation of EC antitrust policy: constitutional challenge or administrative convenience?», *European competition law annual 2000*, 2001, pp. 223-240.
- MONTAG, Frank, «The system of legal exception», *Cahiers de droit européen*, núm. 1-2, 2001, pp. 145-159.

- MOREAU, Franck, «Les accords de coopération en droit communautaire de la concurrence», *La semaine juridique. Entreprise et affaires*, núm. 2, 2001, pp. 6-11.
- MÖSCHEL, Wernhard, «Systemwechsel im europäischen Wettbewerbsrecht?: zum Weissbuch der EG-Kommission zu den Art. 81 ff. EG-Vertrag», *Zeitschrift für Europarecht*, 2 Jahrg., núm. 2, 2000, pp. 22-29.
- MUÑOZ SÁNCHEZ-MOLINÍ, Emma, «Pactos de exclusiva ante el nuevo Derecho europeo de la competencia», *Derecho de los Negocios*, núm. 126, 2001, pp. 12-20.
- NAVARRO VARONA, Edurne, «La nueva comunicación de la Comisión Europea en materia de restricciones accesorias en operaciones de concentración», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 215, 2001, pp. 43-52.
- NEVEN, Damien J., «“Collusion” under Article 81 and the Merger Regulation», *Fighting cartels*, 2001, pp. 56-77.
- NIELS, Gunnar T., «Collective dominance: more than just oligopolistic interdependence», *European Competition Law Review*, vol. 22, núm. 5, 2001, pp. 168-172.
- ODUDU, Okeoghene, «Interpreting Article 81 (1): object as subjective intention», *European Law Review*, vol. 26, núm. 1, 2001, pp. 60-75.
- «Interpreting Article 81 (1): demonstrating restrictive effect», *European Law Review*, vol. 26, núm. 3, 2001, pp. 261-274.
- ORTEGA BUENO, Raimundo, «La discriminación de precios bajo el prisma del derecho de la competencia», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 213, 2001, pp. 4556.
- OPRESCU, Gheorghe, «The modernisation of EC competition law: the case of an associated country», *European competition law annual 2000*, 2001, pp. 387-397.
- ØSTERGAARD, Søren, «The EC concept of collective dominance», *Justitia*, 23 årg., núm. 2, 2000, pp. 49-87.
- OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN, Carmen, «Importaciones paralelas de productos farmacéuticos y derecho de la competencia. Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de Primera Instancia de 26 de octubre de 2000 (Asunto T-41/96, Bayer AG y European Federation of Pharmaceutical Industries Associations c. Comisión de las Comunidades Europeas y Bundesverband der Arzneimittel-Importeure e. V)», *Noticias de la Unión Europea*, núm. 201, octubre 2001, pp. 99-111.
- PADRÓS REIG, Carlos, «Derechos colectivos de propiedad intelectual y defensa de la competencia», *Anuario de la Competencia 2000*, Madrid, Fundación ICO/Marcial Pons, 2001, pp. 297-319.
- PALLARO, Paolo, «Il diritto all'equo processo nell'ordinamento giuridico comunitario alla luce della recente giurisprudenza della Corte di giustizia», *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, núm. 3, 2000, pp. 493-509.
- PARDO LEAL, Marta, «El Libro Blanco sobre la Gobernanza: ¿la reforma de la gobernación de la Comunidad servirá para mejorar la calidad de la legislación comunitaria?», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 216, 2001, pp. 8-22.
- PAULWEBER, Michael, «The end of a success story?: the European Commission's White Paper on the modernisation of the European competition law», *World competition*, vol. 23, núm. 3, 2000, pp. 3-48.
- POILLOT-PERUZZETTO, Sylvaine, «La réforme des accords horizontaux en droit communautaire de la concurrence», *Contrats, concurrence, consommation*, núm. 4, 2001, pp. 4-8.

- POLLEY, Romina, y SEELIGER, Daniela, «Das neue EG-Kartellrecht für Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit: Leitlinien der Europäischen Kommission und Gruppenfreistellungsverordnungen Nr. 2658/2000 für Spezialisierung und Nr. 2659/2000 für Forschung und Entwicklung», *Wettbewerb in Recht und Praxis*, 47 Jahrg., 2001, 5, pp. 494-506.
- POUCHARD, David, «Les systèmes de prix fixe du livre dans les zones linguistiques transnationales au regard du droit communautaire», *Revue trimestrielle de droit européen*, núm. 1, 2001, pp. 63-89.
- PRAT, Carles, «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)», *Anuario de la Competencia 2000*, Madrid, Fundación ICO/Marcial Pons, 2001, pp. 283-295.
- PRIETO KESSLER, Eduardo, «The experience of national authorities: Spain», *Modernisation and decentralisation of EC competition law*, 2000, pp. 123-128.
- RAUBER, Georg, *Parallelimporte im Schnittstellenbereich zwischen Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht*, Zürich, Schulthess, 2000, 202 pp.
- «Parallelimport zwischen Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht: eine Übersicht», *Parallelimporte im Schnittstellenbereich zwischen Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht*, 2000, pp. 1-27.
- REVERTER BAQUER, Mercè, «El caso Adalat: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas de 26 de octubre de 2000», *Anuario de la Competencia 2000*, Madrid, Fundación ICO/Marcial Pons, 2001, pp. 367-380.
- RICOLFI, Marco, «Diritto d'autore ed abuso di posizione dominante», *Rivista di diritto industriale*, anno L, núm. 4-5, 2001, pt. I, pp. 149-193.
- RILEY, Alan J., «The draft Competition Regulation», *European current law*, December 2000, pp. xi-xiv.
- «The real European antitrust revolution», *European current law*, August 2001, pp. xi-xiv.
- RIVAS, José; HORSPOOL, Margot, y KEANE, Benoît, *Modernisation and decentralisation of EC competition law*, The Hague, Kluwer Law International, 2000, vii, 134 pp.
- ROCCA, Gianfranco, «L'Europa della concorrenza di fronte alle sfide del nuovo millennio: le riforme necessarie in materia antitrust», *Antitrust between EC law and national law = Antitrust fra diritto nazionale e diritto comunitario*, 2000, pp. 43-52.
- SANZ SANZ, Inmaculada, «Análisis de las resoluciones relativas a precios predatorios», *Anuario de la Competencia 2000*, Madrid, Fundación ICO/Marcial Pons, 2001, pp. 259-281.
- SCHAUB, Alexander, «Cartel enforcement by the European Commission», *Fighting cartels*, 2001, pp. 185-190.
- «Modernisation of EC competition law: reform of regulation núm. 17», *International antitrust law & policy*, 2000, pp. 143-160.
- «The reform of regulation 17/62: the issues of compatibility, effective enforcement and legal certainty», *European competition law annual 2000*, 2001, pp. 241-258.
- SCHNEIDER, Holger, *Zivilrecht und praktische Wirksamkeit der Artikel 85 und 86 EG-Vertrag*, 2000, xxxvi, 256 pp.
- SCHRÖTER, Helmuth, «Aktuelle Probleme der Anwendung von Art. 81 EG», *Neueste Entwicklungen im europäischen und internationalen Kartellrecht*, 2000, pp. 23-56.

- SEABRIGHT, Paul, y HALLIDAY, Jennifer, «Networks good, cartels bad: but how could anyone tell the difference?», *Fighting cartels*, 2001, pp. 78-99.
- SEBASTIO, Francesca, «La posizione dominante e il suo eventuale abuso», *Giustizia civile*, vol. L, núm. 12, 2000, pt. I, pp. 3178-3185.
- SIMONS, Thomas, «Zum Verhältnis von Wettbewerbsverfahren vor der Kommission und vor den nationalen Gerichten: EuGH 14.12.2000, C-344/98, Masterfoods», *The European legal forum = Forum iuris communis europae*, 1 Jahrg., 2000/01, Heft 3, pp. 199-200.
- SIRAGUSA, Mario, «A critical review of the White Paper on the reform of the EC competition law enforcement rules», *International antitrust law & policy*, 2000, pp. 273-306.
- «The modernisation of EC competition law: risks of inconsistency and forum shopping», *European competition law annual 2000*, 2001, pp. 443-455.
- SØNSTELI JOHANSEN, Atle, «Competition law and collective agreements: the municipal pension scheme presented for the EFTA Court», *International journal of comparative labour law and industrial relations*, vol. 17, núm. 1, 2001, pp. 93-99.
- SPIRITUS DASSESE, Anne, «On the modernisation of EC antitrust policy», *European competition law annual 2000*, 2001, pp. 613-616.
- STILLFRIED, Georg, y STOCKENHUBER, Peter, «Der Entwurf einer neuen Verfahrensordnung zum EG-Kartellrecht», *Wirtschaftsrechtliche Blätter*, 15 Jahrg., 2001, Heft 4, pp. 145-153.
- STOLLHOFF, Frank, *Der Ausschluß von Marktrisiken durch Essential facilities unter Art. 82 EGV: zur Übertragbarkeit der amerikanischen Essential Facilities Doktrin auf das Mißbrauchsverbot des europäischen Kartellrechts*, Baden-Baden, Nomos, 2000, 272 pp.
- STOPPER, Martin, «Leitlinien für Horizontalvereinbarungen: Ende des Regel-Ausnahme-Prinzips von Art. 81 EG?», *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 12 Jahrg., 2001, Heft 14, pp. 426-430.
- STOTHERS, Christopher, «Refusal to supply an abuse of a dominant position: essential facilities in the European Union», *European Competition Law Review*, vol. 22, núm. 7, 2001, pp. 256-262.
- TAVASSI, Marina, «Towards the application of Article 81 (3) by national courts in Italy», *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, anno XI, núm. 1, 2001, pp. 123-139.
- TAYLOR, Simon, «European Commission's draft guidelines on market analysis and the calculation of significant market power: the extension of Tetra Pak II to regulation», *Computer and telecommunications law review*, vol. 7, núm. 6, 2001, pp. 129-135.
- TEMPLE LANG, John, «Decentralised application of Community competition law», *Modernisation and decentralisation of EC competition law*, 2000, pp. 13-29.
- «Some current problems of applying article 82 EC», *Neueste Entwicklungen im europäischen und internationalen Kartellrecht*, 2000, pp. 57-96.
- TESAURO, Giuseppe, «Some reflections on the Commission's White Paper on the modernisation of EC antitrust policy», *European competition law annual 2000*, 2001, pp. 259-267.
- «Modernisation and decentralisation of EC competition law», *Modernisation and decentralisation of EC competition law*, 2000, pp. 1-12.
- URLESBERGER, Franz Christof, «Reform der EG-Wettbewerbsregeln für horizontale Unternehmenskooperationen», *Ecolex*, 12 Jahrg., 2001, Heft 3, pp. 212-215.

- VENIT, James S., «The decentralised application of Article 81: Italian banks, cohabitation, private enforcement and other issues raised by the White Paper», *European competition law annual 2000, 2001*, pp. 457-474.
- VICENTE, Carla, «A audiência dos interessados no(s) procedimento(s) administrativo(s) comunitário(s)», *Documentação e direito comparado*, núms. 83/84, 2001, pp. 57-142.
- VIGNEAU, Christophe, «De la soustraction des accords collectifs aux règles communautaires de concurrence», *La semaine juridique. Entreprise et affaires*, núm. 25, 2001, pp. 1032-1038.
- WAHL, Nils, «Kommissionens förslag till modernisering av konkurrensreglerna (eller var det harmonisering?)», *Europarättslig tidskrift*, Årgång 4, núm. 2, 2001, pp. 227-233.
- WALDHERR, Markus, *Die Rule of Reason im europäischen und US-amerikanischen Wettbewerbsrecht*, Wien, Manz, 2001, xxxi, 222 pp.
- WEITBRECHT, Andreas, y TEPE, Gudrun, «Erste Erfahrungen mit den neuen Bußgeldleitlinien der Europäischen Kommission», *Europäisches Wirtschafts- & Steuerrecht*, 12 Jahrg., 2001, Heft 5, pp. 220-228.
- WEITBRECHT, Andreas, «Das Vorgehen der Kommission gegen internationale Kartelle: Bußgeldpolitik und Kronzeugenregelung», *Europäisches Wettbewerbsrecht im Wandel*, 2001, pp. 151-160.
- WESSELING, Rein, *The modernisation of EC antitrust law*, Oxford: Hart, 2000, xix, 252 pp.
- «The draft regulation modernising the competition rules: the Commission is married to one idea», *European Law Review*, vol. 26, núm. 4, 2001, pp. 357-378.
- WESTKAMP, Guido, «Balancing database sui generis right protection with European monopoly control under Article 82 EC», *European Competition Law Review*, vol. 22, 2001, issue 1, pp. 13-24.
- WEYER, Hartmut, «Konkurrierende Anwendung des Art. 81 EGV durch Kommission und nationale Gerichte», *Wirtschaft und Wettbewerb*, 50 Jahrg., 2000, Heft 9, pp. 842-852.
- WHISH, Richard, «Collective dominance», *Liber amicorum in honour of Lord Slynn of Hadley*, vol. I, 2000, pp. 581-609.
- «Fighting cartels: the legal meaning of conspiracy», *Fighting cartels*, 2001, pp. 100-115.
- WILLEM KIST, Anne, y TIERNO CENTELLA, María Luisa, «Coherence and efficiency in a decentralised enforcement of EC competition rules: some reflections on the White Paper on modernisation», *European competition law annual 2000, 2001*, pp. 369-386.
- WILLHEIM, Johannes P., «Gemeinschaftsrechtliche Zulässigkeit des neuen Buchpreisbindungsgesetzes», *Ecolex*, 11 Jahrg., 2000, Heft 12, pp. 848-852.
- WILLIS, Peter R., «You have the right to remain silent-, or do you?: the privilege against self-incrimination following Mannesmannröhren-Werke and other recent decisions», *European Competition Law Review*, vol. 22, núm. 8, 2001, pp. 313-321.
- WITHERS, Chris, y JEPHCOTT, Mark, «Where to now for EC oligopoly control?», *European Competition Law Review*, vol. 22, núm. 8, 2001, pp. 295-303.
- WOLF, Dieter, «Comment on the White Paper on the reform of the EC competition law», *International antitrust law & policy*, 2000, pp. 307-311.
- WOOD, Diane P., «Techniques of judicial federalism», *European competition law annual 2000, 2001*, pp. 627-638.

ZOBEL, Petra, «Art. 81 EGV im Schiedsgerichtsverfahren: Anmerkungen zum EuGH-Urteil vom 1.6.1999 Rs. C-126/97: (Eco Swiss China Time Ltd./Benetton International NV)», *Wirtschaftsrechtliche Blätter*, 15 Jahrg., 2001, Heft 7, pp. 300-307.

3. RESTRICCIONES VERTICALES DE LA COMPETENCIA

ABBAMONTE, Giuseppe B., y RABASSA, Valérie, «Foreclosure and vertical mergers: the Commission's review of vertical effects in the last wave of media and Internet mergers: AOL/Time Warner, Vivendi/Seagram, MCI Worldcom/Sprint», *European Competition Law Review*, vol. 22, núm. 6, 2001, pp. 214-226.

AMÉDÉE-MANESME, Gilles, «Distribution sélective et franchise», *Revue de jurisprudence commerciale*, núm. 3, 2001, pp. 53-61.

ARHEL, Pierre, «Lutte contre les pratiques de prix minimum imposés en Europe: 2000 et 2001», *Les petites affiches*, núm. 229, 2001, pp. 4-10.

— «Sévère condamnation d'une pratique de prix imposés: la deuxième affaire Volkswagen», *Les petites affiches*, núm. 152, 2001, pp. 5-10.

BALDI, Roberto, *Il contratto di agenzia. La concessione di vendita. Il franchising*, Giuffrè, 2001.

BRETZNER, Jean-Daniel, «L'application rétroactive du règlement CE núm. 2790/1999 du 22 décembre 1999 sur les restrictions verticales», *Recueil Dalloz*, núm. 20, 2001, pp. 1603-1606.

FABRE, Régis, «Les contrats de distribution et internet à la lumière du nouveau règlement communautaire», *Recueil Dalloz*, núm. 5, 2001, pp. 437-440.

FERNÁNDEZ VICIÉN, Cani, «La política comunitaria de restricciones verticales», *Anuario de la Competencia 2000*, Madrid, Fundación ICO/Marcial Pons, 2001, pp. 79-101.

FERRIER, Didier, «L'effet cumulatif de réseau(x)», *Anuario de la Competencia 2000*, Madrid, Fundación ICO/Marcial Pons, 2001, pp. 195-213.

FOUASSIER, Christophe, «Vers un véritable droit communautaire des concessions?: audaces et imprécisions d'une communication interprétative», *Revue trimestrielle de droit européen*, núm. 4, 2000, pp. 675-704.

FOURGOUX, Jean-Claude, «La grande distribution et le contrôle de la puissance d'achat dans l'Union européenne», *Antitrust between EC law and national law = Antitrust fra diritto nazionale e diritto comunitario*, 2000, pp. 381-414.

GERON, Marc, «Règlement no. 2790/1999 de la Commission du 22 décembre 1999 concernant l'application de l'article 81 par. 3 du traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées», *Codex*, núm. 7, 2001, pp. 197-200.

GERRITS-JANSENS, M. P., «Het vertrouwensbeginsel in communautair perspectief: terugvordering van steun», *Jurisprudentie bestuursrecht*, Jaarg. 3, 2001, afl. 3, pp. 90-100.

GRISAY, Dominique, «Droit européen de la distribution: Copernic or not copernic: suite et fin», *L'observateur de Bruxelles*, núm. 40, 2000, pp. 26-32.

— «Nouvelles règles communautaires applicables aux contrats de distribution», *DA, le droit des affaires*, núm. 56, 2000, pp. 345-353.

HAWK, Barry E., y FORDHAM CORPORATE LAW INSTITUTE (27th: 2000: New York), *International antitrust law & policy*, Huntington, NY, Juris, 2001, xxxix, 595 pp.

KILJANSKI, Kamil, «Porozumienia franchisingowe w swietle prawa konkurencji Wspólnoty europejskiej», *Kwartalnik prawa prywatnego*, Rok IX, 2000, zesz. 4, pp. 841-895.

- KOVÁTS, Surd, «A vertikális versenyszabályozásának egyes kérdései az Európai Unióban és Magyarországon», *Versenyszabályozási értesítő*, IX évf., 1999, sz. 8, pp. 369-392.
- LAMBERT, Thierry, «Le contrat de bière face au nouveau droit de la concurrence communautaire», *Revue de jurisprudence commerciale*, núm. 10-11, 2000, pp. 289-305.
- LLOBREGAT HURTADO, María Luisa, «Aproximación al problema de la tutela jurídica de las piezas de recambio», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 235, 2000, pp. 201-239.
- MANZINI, Pietro, «La riforma della disciplina comunitaria delle restrizioni verticali della concorrenza», *Il diritto dell'Unione europea*, núm. 3, 2000, pp. 551-586.
- MCNUTT, Patrick A., «The appraisal of vertical agreements: competitiveness, efficiency, competitive harm and dynamic conduct», *Modernisation and decentralisation of EC competition law*, 2000, pp. 49-68.
- MIDDLETON, Kirsty G., «The legal framework for motor vehicle distribution: a new model?», *European Competition Law Review*, vol. 22, 2001, issue 1, pp. 3-8.
- OHLÉN, Mats, «Nytt gruppundantag för vertikala avtal», *Ny Juridik* 2, 2000, pp. 52-60.
- POLLEY, Romina, y SEELIGER, Daniela, «Anwendung der neuen Gruppenfreistellungsverordnung für Vertikalverträge Nr. 2790/1999 auf Softwareverträge», *Computer und Recht*, 17 Jahrg., 2001, 1, pp. 1-9.
- RIEBEN, Laurent, *La validité des contrats de distribution sélective et exclusive en droit communautaire, américain et suisse de la concurrence*, Genève, Droz, 2000, xiv, 474 pp.
- RINALDI, Raimondo, «The evolution of the discipline of vertical agreements: light and shade», *Antitrust between EC law and national law = Antitrust fra diritto nazionale e diritto comunitario*, 2000, pp. 359-380.
- SCHUHMACHER, Florian, *Zulässigkeit und Durchsetzung selektiver Vertriebssysteme: die Fachhandelsbindung im Kartell- und Wettbewerbsrecht*, Wien, Manz, 2001, xxiv, 252 pp.
- SCHULZE ZUR WIESCHE, Jens, *Lückenhafte Selektivvertriebssysteme im deutschen und europäischen Kartell- und Wettbewerbsrecht*, Berlin, Berlin Verlag Spitz; Baden-Baden, Nomos, 2000, 249 pp.
- SCHÜTZ, Jörg, «Die neue Gruppenfreistellungsverordnung der EU für vertikale Wettbewerbsbeschränkungen», *Schwerpunkte des Kartellrechts 1999*, 2000, pp. 21-33.
- SEELIGER, Daniela, «EG-kartellrechtliche Probleme in Vertikalverhältnissen beim Vertrieb über das Internet», *Wirtschaft und Wettbewerb*, 50 Jahrg., 2000, Heft 11, pp. 1174-1186.
- SILVESTRINI, Alessandro, «Integrazione verticale, protezione dell'immagine dell'impresa e tutela dei terzi», *Quaderni di diritto privato europeo*, núm. 3, 1999, pp. 211-236.
- THOUVENIN, Jean-Marc, «Vers une remise en cause du système de distribution des automobiles en Europe: à propos du rapport de la Commission européenne sur l'évaluation du règlement (CE) núm. 1475/95 sur les accords de distribution et de service de vente et d'après-vente de véhicules automobiles», *Revue du marché commun et de l'Union européenne*, núm. 447, 2001, pp. 240-246.
- TRETTI, Giovanni, y IMÒ, Carlo, «La riforma delle intese verticali ed i sistemi distributivi complessi», *Antitrust between EC law and national law = Antitrust fra diritto nazionale e diritto comunitario*, 2000, pp. 333-357.

- UNGLAUB, Kerstin, *Der selektive Vertrieb von Parfum und Luxuskosmetika im Kartell-, Wettbewerbs- und Markenrecht*, Frankfurt am Main, Lang, 2001, xlviii, 230 pp.
- VILMART, Christine, «Une sécurité juridique renforcée pour la distribution sélective qualitative et quantitative: seul bastion préservé du commerce électronique par le nouveau régime d'exemption communautaire des accords verticaux de distribution», *Gazette du Palais*, núms. 178-179, 2001, pp. 2-12.
- ZÄCH, Roger, «Erfahrungen mit dem neuen schweizerischen Wettbewerbsrecht», *Zukunft der Wettbewerbsordnung und des Kartellrechts*, 2001, pp. 73-96.

4. ÓRGANOS DE APLICACIÓN DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA

- ALBORS-LLORENS, Albertina, «The Commission's proposal for a Council regulation implementing articles 81 and 82 EC: a new system for the enforcement of EC competition law», *European current law*, November 2001, pp. xi-xv.
- ANTONIOLI, Marco, «Giudice amministrativo e diritto antitrust: un dibattito ancora aperto», *Giustizia civile*, vol. LI, núm. 2, 2001, pt. II, pp. 93-107.
- APPIANO, Ermenegildo Mario, «La compatibilità della nuova amministrazione straordinaria con le norme del Trattato in materia di aiuti di Stato», *Contratto e impresa, Europa*, anno V, núm. 2, 2000, pp. 901-905.
- ARNAUDO, Luca, «La tutela della concorrenza sospesa tra giurisdizione ordinaria e autorità garanti, concorrenza sleale e legge antitrust», *Giurisprudenza italiana*, núm. 12, 2000, pp. 2334-2337.
- BASEDOW, Jürgen, «Who will protect competition in Europe?: from central enforcement to authority networks and private litigation», *European Business Organization Law Review*, vol. 2, núm. 3-4, 2001, pp.443-468.
- BEHRENS, Peter, *EEC competition rules in national courts = Les règles de concurrence de la CEE devant les tribunaux nationaux*, Baden-Baden, Nomos, 1992-2001.
- BELLAMY, Christopher, «Cartel cases: the rôle of the judge», *Fighting cartels*, 2001, pp. 160-167.
- BERGERON, James Henry, «Antitrust federalism in the European Union after the modernization initiative», *The antitrust bulletin*, vol. XLVI, núm. 3, 2001, pp. 513-535.
- BOGDANDY, Armin von, y BUCHHOLD, Frank, «Die Dezentralisierung der europäischen Wettbewerbskontrolle, Schritt 2: der Verordnungsvorschlag zur dezentralen Anwendung von Art. 81 III EG», *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*, 103 Jahrg., 2001, Heft 9, pp. 798-805.
- BÖGE, Ulf, «Die Rolle der mitgliedstaatlichen Kartellbehörden bei der Anwendung des EU-Kartellrechts», *Neueste Entwicklungen im europäischen und internationalen Kartellrecht*, 2000, pp. 149-161.
- BOURGOIS, Jacques H. J., «Decentralised enforcement of EC competition rules by national competition authorities: some remarks on consistency, coherence and forum shopping», *European competition law annual 2000*, 2001, pp. 323-333.
- BURRICHTER, Jochen, «The application of Article 81 (3) by national courts: some remarks from the point of view of a practitioner», *European competition law annual 2000*, 2001, pp. 539-550.
- CAPELLI, Fausto, «La riforma della disciplina della concorrenza nell'Unione europea: impatto sul sistema giudiziario italiano», *Il diritto dell'economia*, núm. 3, 2000, pp. 561-575.

- CASTILLO DE LA TORRE, Fernando, «Decisiones de la Comisión en materia de política de competencia ante los tribunales nacionales: la sentencia *Masterfoods*», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 213, 2001, pp. 29-44.
- CHRISTOPHER, Paul, «The “Monti reform” of competition law: new rules for enforcement», *The Bar review*, vol. 6, núm. 6, 2001, pp. 333-336.
- DE PASQUALE, Patrizia, «Il giudice nazionale continua ad ignorare il diritto comunitario», *Diritto pubblico comparato ed europeo*, núm. IV, 2000, pp. 1704-1710.
- FAVRE, Claire, «De l'efficacité de la mise en oeuvre du droit communautaire de la concurrence par le juge national à la connaissance du droit matériel européen», *Towards a europeanised judiciary?*, núm. 2000, pp. 26-35.
- FAVRE, Claire, y FERNÁNDEZ LÓPEZ, Juan Manuel, «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», *Anuario de la Competencia 2000*, Madrid, Fundación ICO/Marcial Pons, 2001, pp. 125-156.
- «Órganos encargados de la aplicación del derecho interno sobre competencia (comentario a la STS 908/1999, de 4 de noviembre de 1999)», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 211, 2001, pp. 42-47.
- FERREIRA, Eduardo Manuel Hintze da Paz, «Os tribunais portugueses e o direito da concorrência», *Revista da banca*, núm. 49, 2000, pp. 5-22.
- FLYNN, James, «Competition appeals», *Liber amicorum in honour of Lord Slynn of Hadley*, vol. I, 2000, pp. 611-624.
- FOÀ, Sergio, «Accesso agli atti di cooperazione tra Commissione e giudici nazionali in materia di concorrenza e portata dell'eccezione sulla protezione dell'interesse pubblico», *Diritto pubblico comparato ed europeo*, núm. II, 2000, pp. 660-665.
- GOETZ, Charles J., *Antitrust law: interpretation and implementation*, 2nd ed., Newark, NJ, Lexis Nexis, 2002.
- GOLETTI, Giovanni Battista, «I limiti del giudicato», *Il foro amministrativo*, vol. LXXVI, núm. 6, 2000, pp. 2048-2051.
- GOYDER, Dan G., «Providing support for national judges in dealing with competition cases», *European competition law annual 2000*, 2001, pp. 571-577.
- GREAVES, Rosa, «EC competition law: centralised or decentralised enforcement», *European current law*, December 2000, pp. xi-xv.
- GRÖNING, Jochem, «Die dezentrale Anwendung des EG-Kartellrechts gemäß dem Vorschlag der Kommission zur Ersetzung der vo 17/62», *Wettbewerb in Recht und Praxis*, 47 Jahrg., 2001, 2, pp. 83-89.
- «National judges in a modernised community law system: a special view to procedural aspects», *European competition law annual 2000*, 2001, pp. 579-592.
- HOOGERVORST, E. M., «Strijd met openbare orde wegens schending art. 81 EG: vernietiging arbitraal vonnis: noot bij HR 21 maart 1997, NJ 1998, m.nt. HJS: HvJ EG 1 juni 1999, NJ 2000, 339 en HR 25 februari 2000, NJ 2000, 430 m.nt. HJS», *Nederlands tijdschrift voor burgerlijk recht*, Jaarg. 18, 2001, núm. 2, pp. 93-98.
- KAMANN, Hans-Georg, y HORSTKOTTE, Christian, «Kommission versus nationale Gerichte: Kooperation oder Konfrontation im Kartellverfahren: das *Masterfoods*-Urteil des EuGH im Licht der geplanten Kartellverfahrensverordnung», *Wirtschaft und Wettbewerb*, Jahrg. 51, 2001, Heft 5, pp. 458-468.
- KOMNINOS, Assimakis, «Arbitration and the modernisation of European competition law enforcement», *World competition*, vol. 24, núm. 2, 2001, pp. 211-238.

- LAUDISA, Luciana, «Gli arbitri e il diritto comunitario della concorrenza», *Rivista dell'arbitrato*, anno X, núm. 3, 2000, pp. 591-602.
- MALFERRARI, Luigi, «Neues zur Kompetenzverteilung zwischen Kommission und nationaler Gerichtsbarkeit auf dem Gebiet des Wettbewerbs und zum Verhältnis zwischen der Nichtigkeitsklage und dem Vorabentscheidungsverfahren», *Europarecht*, 36 Jahrg., 2001, Heft 4, pp. 605-616.
- MARTÍNEZ LAGE, Santiago, «La décentralisation du droit communautaire de la concurrence et le rôle de la Commission», *Cahiers de droit européen*, núm. 1-2, 2001, pp. 208-210.
- MIRANDA, Mauro, y RITTER, Lennart, «Concorrenza, autorità comunitarie, giudici nazionali», *Il foro italiano*, anno CXXVI, núm. 5, 2001, pt. IV, cols. 209-214.
- O'KEEFE, Siún, «First among equals: the Commission and the national courts as enforcers of EC competition law», *European Law Review*, vol. 26, núm. 3, 2001, pp. 301-311.
- ORLANDI, Maurizio, «Normativa comunitaria sulla concorrenza e giudice nazionale: in merito ad una recente pronuncia della Corte di cassazione», *Il diritto dell'Unione europea*, núm. 3, 2000, pp. 617-629.
- PEDRAZ CALVO, Mercedes, «Nuevas cuestiones de Derecho procesal con relación a la defensa de la competencia», *Anuario de la Competencia 2000*, Madrid, Fundación ICO/Marcial Pons, 2001, pp. 157-170.
- RILL, James F., «Recent trends and developments in the role of federal and state authorities in US antitrust enforcement: is cooperation working?», *European competition law annual 2000*, 2001, pp. 429-441.
- SICILIANO, Angela, «L'applicazione delle norme della concorrenza da parte dei giudici nazionali e delle authorities nazionali», *Quaderni di diritto privato europeo*, núm. 3, 1999, pp. 187-208.
- SIMONS, Thomas, «Zum Verhältnis von Wettbewerbsverfahren vor der Kommission und vor den nationalen Gerichten: EuGH 14.12.2000, C-344/98, Masterfoods», *The European legal forum = Forum iuris communis europae*, 1 Jahrg., 2000/01, Heft 3, pp. 199-200.
- SMITH, Martin A., *Competition law: enforcement and procedure*, London, Butterworths, 2001, lxxix, 498 pp.
- TESAURO, Giuseppe, «Applicazione del diritto comunitario della concorrenza da parte delle autorità nazionali», *Antitrust between ec law and national law = Antitrust fra diritto nazionale e diritto comunitario*, 2000, pp. 1-12.
- TRIGO, Eduardo, «Spanish Supreme Court applies European competition regulations to render agreement void», *Corporate Counsel*, núm. 8, A15 Jan, 2001.
- VANCE, Sarah S., «Judicial application of Article 81 (3): are the fears justified?», *European competition law annual 2000*, 2001, pp. 617-625.
- VIPIANA, Piera Maria, y FRACCHIA, Fabrizio, «Osservazioni in tema di partecipazione al procedimento amministrativo e tutela delle parti», *Diritto pubblico comparato ed europeo*, núm. I, 1999, pp. 346-352.
- VOSSESTEIN, A. J., «Corporate efforts to influence public authorities, and the EC rules on competition», *Common Market Law Review*, vol. 37, núm. 6, 2000, pp. 1383-1402.
- WÆLBROECK, Denis F., «La coopération bilatérale entre la Commission européenne et les autorités de la concurrence de pays tiers», *La politique communautaire de la concurrence face à la mondialisation et à l'élargissement de l'Union européenne = The Community competition policy in the face of globalisation and the enlargement of the European Union*, 2001, pp. 53-83.
- WEYER, Hartmut, «Konkurrierende Anwendung des Art. 81 EGV durch Kommission und nationale Gerichte», *Wirtschaft und Wettbewerb*, 50 Jahrg., 2000, Heft 9, pp. 842-852.

WHISH, Richard, «The enforceability of agreements under EC and UK competition law», *Lex mercatoria*, 2000, pp. 297-319.

5. CONTROL DE CONCENTRACIONES

BÄR-BOUYSSIÈRE, Bertold, «Die Zusagenpraxis im Bereich der Fusionskontrolle», *Europäisches Wettbewerbsrecht im Wandel*, 2001, pp. 119-130.

BECHTOLD, Rainer, «EG-Fusionskontrolle bei grenzüberschreitenden», *The European legal forum = Forum iuris communis europae*, 1 Jahrg., 2000/01, Heft 1, pp. 19-22.

— «Il controllo comunitario sulle fusioni internazionali», *The European legal forum = Forum iuris communis europae*, anno 1, núm. 1, 2000/01, pp. 19-22.

— «Legal problems involved in cross-border mergers», *The European legal forum = Forum iuris communis europae*, 1st year, 2000/01, issue 1, pp. 19-22.

— «Neuere Entwicklungen im Bereich der Fusionskontrolle der EG», *Europäisches Wettbewerbsrecht im Wandel*, 2001, pp. 109-117.

BISSOCOLI, Eugenio, «L'“eccezione finanziaria” alla definizione di concentrazione nella legge antitrust italiana ovvero una norma che necessita di revisione: due proposte per una modifica», *Diritto del commercio internazionale*, núm. 15.2, 2001, pp. 361-381.

BUISSON, Jacques, y CABANNES, Xavier, «Les sanctions pécuniaires en droit communautaire des concentrations», *Les petites affiches*, núm. 154, 2001, pp. 4-14.

BURNSIDE, Alec, «The possibilities for a decentralised approach to state aid control in the EU: the case of the United Kingdom», *European competition law annual 1999*, 2001, pp. 505-514.

BUSCHLE, Dirk, «AOL Time Warner: Fusion der “Alten” mit den “Neuen Medien”»: (Entscheidung 2001/718/EG, AOL/Time Warner, ABl. 2001 Nr. L 268/28)», *European law reporter*, núm. 10, 2001, pp. 314-319.

CAMESASCA, Peter D., *European merger control: getting the efficiencies right*, Antwerpen: Intersentia, 2000, xxxi, 498 pp.

CARVALHO, Angélica, y COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, «Concorrência, decisões de concentração: proferidas ao abrigo do Regulamento (CEE) no. 4064/89 pela Comissão das Comunidades Europeias», vol. 2, *Lisboa: Direção-Geral do Comércio e da Concorrência*, 1999, pp. 109-193.

CORTÉS, Sonia, *From Negotiation to Antitrust Clearance, National and International Mergers in the Third Millennium*, Hardbound, 2002.

DIEZ ESTELLA, Fernando, «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», *Anuario de la Competencia 2000*, Madrid, Fundación ICO/Marcial Pons, 2001, pp. 321-343.

DRAETTA, Ugo, «The international jurisdiction of the EU Commission in the merger control area», *New trends in international trade law*, 2000, pp. 145-159.

DREYER, Jan Joachim, *Abwägungsmöglichkeiten in Artikel 2 VO (EG) 4064/89, Fusionskontrollverordnung: eine Analyse der Möglichkeiten im Rahmen der materiellen Beurteilung eines Zusammenschlusses allgemeine und wettbewerbliche Vorteile zu berücksichtigen*, Frankfurt am Main, Lang, 2001, 299 pp.

DUURSMA, Dieter, y KEPPLINGER, Henriette-Christine, «Fusionskontrolle: Modifikationsmöglichkeiten des Zusammenschluss-Sachverhalts», *Wirtschaftsrechtliche Blätter*, 15 Jahrg., 2001, Heft 1, pp. 10-18.

- ERSBØLL, Niels Christian, «Commitments under the merger regulation», *European Competition Law Review*, vol. 22, 2001, issue 9, pp. 357-364.
- ETTER, Boris, «The assessment of mergers in the EC under the concept of collective dominance: an analysis of the recent decisions and judgments: an economic approach», *World competition*, vol. 23, núm. 3, 2000, pp. 103-139.
- EZRACHI, Ariel, «Limitations on the extraterritorial search of the European merger regulation», *European Competition Law Review*, vol. 22, núm. 4, 2001, pp. 137-147.
- GARCÍA COSO, Emiliano, *La regulación comunitaria de la concentración industrial europea*, Madrid, Tecnos, 2000, 350 pp.
- HIRSBRUNNER, Simon, «Neue Entwicklungen der Europäischen Fusionskontrolle in den Jahren 1999 und 2000», *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 12 Jahrg., 2001, Heft 7, pp. 197-202.
- HORN, Norbert, «Entwicklungen im internationalen Kapitalgesellschafts- und Fusionsrecht», *Gedächtnisschrift für Alexander Lüderitz*, 2000, pp. 303-317.
- IDOT, Laurence, «Une innovation surprenante: l'introduction de l'arbitrage dans le contrôle communautaire des concentrations», *Revue de l'arbitrage*, núm. 4, 2000, pp. 591-613.
- IMMENGA, Frank A., y STOPPER, Martin, «Impulsgeber "Baby Food Merger": die Berücksichtigung des Effizienzgedankens im US-amerikanischen und europäischen Fusionskontrollrecht», *Recht der internationalen Wirtschaft*, 47 Jahrg., 2001, Heft 7, pp. 512-518.
- JENNY, Frédéric Yves, «L'influence du droit européen de la concurrence et des concentrations sur la structure et le fonctionnement des sociétés», *Revue de jurisprudence commerciale*, núm. 1, 2001, pp. 113-125.
- JOSTEN, Yvonne, «Six-week period in case of commitments?: the EC Commission may miss the time-limits under the Merger Control Regulation», *World competition*, vol. 23, núm. 4, 2000, pp. 81-88.
- LA LAURENCIE, Jean-Patrice de, «L'évolution récente du contrôle des concentrations en France et en Italie: convergences et divergences avec le contrôle communautaire», *Antitrust between EC law and national law = Antitrust fra diritto nazionale e diritto comunitario*, 2000, pp. 245-272.
- LANE, Susanna, y MCGIBNEY, Derek, «Review of the merger regulation: new developments concerning the notion of undertakings concerned and Community dimension», *Hibernian law journal*, vol. 1, núm. 1, 2000, pp. 167-177.
- LÖFFLER, Heinz F., *Kommentar zur europäischen Fusionskontrollverordnung*, Neuwied, Luchterhand, 2001, xiv, 574 pp.
- LUCHENA, Serenella, «Note in tema di irregolarità del progetto di fusione e relative conseguenze sul procedimento di fusione (con particolare riguardo alla deliberazione di fusione)», *Giurisprudenza commerciale*, núm. 27, 2000, pt. II, pp. 674-700.
- MCNUTT, Patrick A., «The relevant firm in European merger law: spillover effects and control», *World competition*, vol. 24, núm. 2, 2001, pp. 199-210.
- MONTAG, Frank, y LEIBENATH, Christoph, «Aktuelle Probleme in der europäischen Fusionskontrolle», *Neueste Entwicklungen im europäischen und internationalen Kartellrecht*, 2000, pp. 97-118.
- NEVEN, Damien J., «"Collusion" under Article 81 and the Merger Regulation», *Fighting cartels*, 2001, pp. 56-77.
- NORDIC COMPETITION POLICY CONFERENCE (3rd: 2000: Stockholm), *Fighting cartels: why and how?: the 3rd Nordic Competition Policy. Conference in Stockholm September 2000*, Stockholm, Konkurrensverket, 2001, 202 pp.

- OPGENHOFF, Carolin, *Die europäische Fusionskontrolle zwischen Wettbewerbsrecht und Industriepolitik*, Frankfurt am Main, Lang, 2001, 251 pp.
- PETTET, Ben, «Private versus public regulation in the field of takeovers», *European business law review*, vol. 11, 2000, 9/10, pp. 381-388.
- REIDLINGER, Axel, y HARTUNG, Isabella, «Memo: Nebenabreden bei Zusammenschlüssen im Sinne der Fusionskontrollverordnung», *Ecolex*, 12 Jahrg., 2001, Heft 8, pp. 611-613.
- SAKKERS, EC, «Probleemfusies onder de Europese concentratieverordening: het vinden van passende remedies: een risicovolle onderneming?», *Markt en mededinging*, Jaarg. 4, núm. 1, 2001, pp. 6-13.
- SCHWEIBITZ, Hannes, *Gemeinsame Kontrolle im Rahmen der Europäischen Fusionskontrollverordnung* (microforme), 1999, 2 microfiches, 157 pp.
- SCHROEDER, Dirk, «Nebenabreden in der Fusionskontrolle nach deutschem und europäischem Recht», *Schwerpunkte des Kartellrechts 1999*, 2000, pp. 93-128.
- SEITZ, Claudia, «Fusionskontrollrechtliche Parallelverfahren in der Schweiz und den Europäischen Gemeinschaften», *Wirtschaft und Wettbewerb*, 51 Jahrg., 2001, Heft 2, pp. 126-133.
- STELLA, Francesco, «Note sull'ammissibilità di criteri extraconcorrenziali nella valutazione delle operazioni di concentrazione», *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, anno XL, núm. 1, 2001, pp. 163-176.
- STIRNIMANN, Isabel, *Nebenabreden in der europäischen Fusionskontrolle* [s.l., s.n.], 2000, xxx, 329, 14 pp.
- VENIT, James S., «The treatment of joint ventures under the EC merger regulation: almost through the thicket», *International antitrust law & policy*, 2000, pp. 465-493.
- WIRTZ, Markus M., *Legalität und ökonomische Realität: die Europäische Fusionskontrollverordnung im Spannungsfeld von Marktintegration und Marktregulierung: ein interdisziplinärer Rechtsvergleich*, Baden-Baden, Nomos, 2001, 328 pp.

6. AYUDAS PÚBLICAS

- ALBIN, Silke, «Daseinsvorsorge und EG-Beihilfenrecht: mehr Rechtssicherheit durch die neue Mitteilung der Kommission?», *Die öffentliche Verwaltung*, 54 Jahrg., 2001, Heft 21, pp. 890-898.
- ALMEIDA, João José Nogueira de, *A restituição das ajudas de Estado concedidas em violação do direito comunitário*, Coimbra, Coimbra Editora, 1997, 234 pp.
- ALONSO GARCÍA, Ricardo, «Costes de transición a la competencia y ayudas públicas: reflexiones a la luz de la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas Preussenelektra, de 13 de marzo de 2001 (C-379/98)», *La Ley*, núm. 4, 2001, pp. 1612-1617.
- ASENDORF, Joachim, *Die Anwendung der Beihilfenvorschriften des EU-Vertrages auf öffentliche Unternehmen: der private reasonable investor's test (PRIT) 1998*, Dissertation-Universität Göttingen, 1999, vi, 180 pp.
- ATANASIU, Isabela, «State aid in Central and Eastern Europe», *World competition*, vol. 24, núm. 2, 2001, pp. 257-283.
- BARTOSCH, Andreas, «Die neuen Gruppenfreistellungsverordnungen im EG-Beihilfenrecht», *Neue juristische Wochenschrift*, 54 Jahrg., 2001, Heft 13, pp. 921-927.
- «Vergabefremde Kriterien und Art. 87 I EG: sitzt das öffentliche Beschaffungswesen in Europa auf einem beihilferechtlichen Pulverfass?», *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 12 Jahrg., 2001, Heft 8, pp. 229-241.

- BONKAMP, Josef, *Die Bedeutung des gemeinschaftsrechtlichen Beihilfeverbotes für die Beteiligung der öffentlichen Hand an einer Kapitalgesellschaft*, Berlin, Duncker & Humblot, 2001, 225 pp.
- BOURGOIS, Jacques H. J., «EU rules on state aids and WTO provisions on subsidies compared: the case of state-owned banks», *European competition law annual 1999*, 2001, pp. 209-225.
- BUIGUES, Pierre-André, «State aid and market failures: the quantification issue», *European competition law annual 1999*, 2001, pp. 49-56.
- BURNSIDE, Alec, «The possibilities for a decentralised approach to state aid control in the EU: the case of the United Kingdom», *European competition law annual 1999*, 2001, pp. 505-514.
- CARNEROLI, Gerardo, «The role of the European Court of Auditors in the control of state aid», *European competition law annual 1999*, 2001, pp. 515-521.
- CARREÑO GUALDE, Vicenta, «Ayudas públicas concedidas por los entes territoriales: la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, año 8, núm. 8, 2000, pp. 619-642.
- CASTILLO DE LA TORRE, Fernando, y KEPPELNE, Jean-Paul, «Ayudas estatales: jurisprudencia comunitaria en 2000», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 211, 2001, pp. 67-95.
- COMMUNIER, Jean-Michel, *Le droit communautaire des aides d'Etat*, Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2000, 169 pp.
- DANI, Marco, «Razionalizzazione e riqualificazione strategica degli aiuti di Stato alle imprese: indirizzi emergenti da alcuni recenti regolamenti della Commissione in materia di "aiuti di Stato orizzontali"», *Diritto pubblico comparato ed europeo*, II, 2001, pp. 945-955.
- DEHOUSSE, Franklin, «Les règles de concurrence sur les aides d'état dans le secteur de l'agriculture», *Studia diplomatica*, núm. 1-2, 2000, pp. 41-58.
- DI COMITE, Valeria, «Il procedimento comunitario di controllo degli aiuti di Stato», *Quaderni di diritto privato europeo*, núm. 3, 1999, pp. 127-185.
- DI PLINIO, Giampiero, «Aiuti di Stato mediante acquisti di massa ed "errori" (de interpretazione) della Commissione europea», *Diritto pubblico comparato ed europeo*, núm. 2, 1999, pp. 770-776.
- DÍAZ ABAD, Nuria, «Clases de ayudas de Estado: subvenciones, medidas de tipo financiero y aportaciones de capital», *Noticias de la Unión Europea*, año XVII, núm. 196, 2001, pp. 7-16.
- DIVERIO, Davide, «Ancora una condanna per il Governo italiano in materia di aiuti statali al settore degli autotrasporti», *Diritto pubblico comparato ed europeo*, núm. 3, 1999, pp. 1170-1174.
- EASSON, Alexander James, «State aid and the primarolo list», *The EC tax journal*, vol. 5, 2001, issue 2, pp. 109-125.
- EHLERMANN, Claus-Dieter, y EVERSON, Michelle C., *European competition law annual 1999: selected issues in the field of state aid*, Oxford, Hart, 2001, xli, 683 pp.
- EHRICKE, Ulrich, «Grundprobleme staatlicher Beihilfen an ein Unternehmen in der Krise im EG-Recht», *WM-Wertpapiermitteilungen*, 55 Jahrg., 2001, Heft 27, Sonderbeilage 3, 18 pp.
- «Rückzahlung gemeinschaftsrechtswidriger Beihilfen in der Insolvenz des Beihilfeneempfängers», *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 22 Jahrg., 2001, Heft 12, pp. 489-497.
- «Staatliche Beihilfen zur Unternehmenssanierung und europäisches Beihilferecht: zu den neuen Leitlinien der Gemeinschaft für staatliche Beihilfen

- zur Rettung und Umstrukturierung von Unternehmen in Schwierigkeiten», *Aktuelle Fragen des EG-Beihilfenrechts*, 2001, pp. 176-217.
- FAULL, Jonathan, «Decentralised enforcement of state aid law», *European competition law annual 1999*, 2001, pp. 523-533.
- FICHERA, Franco, «Gli aiuti fiscali nell'ordinamento comunitario», *Convivenza nella libertà: scritti in onore di Giuseppe Abbamonte*, vol. 1, 1999, pp. 637-692.
- FINGLETON, John, «How to apply anti-trust market definition rules to state aid: a proposal», *European competition law annual 1999*, 2001, pp. 57-75.
- FIUMARA, Oscar, «L'amministrazione straordinaria di grandi imprese in crisi e il diritto comunitario», *Rassegna dell'avvocatura dello Stato*, anno LI, núm. 3-4, 1999, pp. 327-332.
- FLYNN, James, «Anti-competitive tax breaks: how to attack them under the state aid rules», *The EC tax journal*, vol. 5, 2001, issue 2, pp. 101-108.
- GEISS, Marcus, *Rechtsstaatliche Grundsätze im Beihilferecht der Europäischen Gemeinschaft: eine Analyse von Funktion und Wirkungsweise ausgewählter allgemeiner Rechtsgrundsätze des Gemeinschaftsrechts*, Baden-Baden, Nomos, 2001, 282 pp.
- GIANNAKOPOULOS, Themistoklis, «The right to bring an action before the European courts against the various decisions of the Commission in state aid cases», *World competition*, vol. 23, núm. 3, 2000, pp. 81-102.
- GONZÁLEZ SÁNCHEZ, Manuel, «Los gastos fiscales y su consideración como ayudas de Estado en el ámbito comunitario», *Noticias de la Unión Europea*, año XVII, núm. 196, 2001, pp. 35-44.
- GÖTZ, Volkmar, «Rechtsstellung und Rechtsschutz der Konkurrenten in der europäischen Beihilfenaufsicht», *In einem vereinten Europa dem Frieden der Welt zu dienen: liber amicorum Thomas Oppermann*, 2001, pp. 593-607.
- «Steuervergünstigungen als Gegenstand der europäischen Beihilfenaufsicht», *Staaten und Steuern: Festschrift für Klaus Vogel zum 70. Geburtstag*, 2000, pp. 579-591.
- GRANDE, Mauro, «Decentralisation of state aid control in the banking sector», *European competition law annual 1999*, 2001, pp. 535-552.
- GREAVES, Rosa, «Judicial review of Commission decisions on state aids to airlines», *Liber amicorum in honour of Lord Slynn of Hadley*, vol. I, 2000, pp. 625-638.
- GUAL, Jordi, «Aggregate targets for state aid reduction in the European union», *European competition law annual 1999*, 2001, pp. 77-90.
- HAKENBERG, Waltraud, y ERLBACHER, Friedrich, «Die Rechtsprechung des EuGH und EuGJ auf dem Gebiet der staatlichen Beihilfen in den Jahren 1999 und 2000», *Europäisches Wirtschafts- & Steuerrecht*, 12 Jahrg., 2001, Heft 5, pp. 208-220.
- HANCHER, Leigh, «EC State aid law and policy and issues of evidence», *Europees bewijsrecht: een verkenning*, 2001, pp. 117-134.
- HARINGS, Lothar, *Praxis des europäischen Beihilfenrechts*, Köln, rws-Verlag Kommunikationsforum, 2001, xxvii, 175 pp.
- HAVERMANS, A. J. E., «Supreme audit institutions and the control of state aid», *European competition law annual 1999*, 2001, pp. 553-575.
- HERDEGEN, Matthias J., «Staatliche Garantien für öffentliche Banken: Vertrauensschutz bei Verstößen gegen EG-Beihilferecht?», *Festschrift für Marcus Lutter zum 70. Geburtstag*, 2000, pp. 1597-1604.
- HEREDIA BENOT, Deborah, «El Reglamento 659/1999 del Consejo, de 22 de marzo, normas de procedimiento en materia de ayudas públicas», *Noticias de la Unión Europea*, año XVII, núm. 196, 2001, pp. 17-33.

- HILGER VON LIVONIUS, Freiherr von Eyb., *Öffentlich-rechtliche Kreditinstitute und EU-Beihilferegime: eine Betrachtung aus deutscher Sicht*, Frankfurt am Main, Lang, 2001, 206 pp.
- HOUTMAN, Anne, «EC state aid control: in search of the right balance», *European competition law annual 1999*, 2001, pp. 91-102.
- IDOT, Laurence, «Les aides aux entreprises en difficulté et le droit communautaire», *L'État, les entreprises en difficulté et l'Europe*, 2001, pp. 21-47.
- ILAKO, Charles, «State aids and the banking sector», *European competition law annual 1999*, 2001, pp. 231-238.
- ILZKOVITZ, Fabienne; MEIKLEJOHN, Roderick, y SCHMIDT, Jan Horst, «The control of state aid: a proposal for a co-ordinated approach», *European competition law annual 1999*, 2001, pp. 155-172.
- JACOB, Daniel, «La politique en matière d'aides d'État et la libéralisation du secteur des transports», *Antitrust between EC law and national law = Antitrust fra diritto nazionale e diritto comunitario*, 2000, pp. 149-158.
- KARPENSCHIF, Michaël, «La récupération des aides nationales versées en violation du droit communautaire à l'aune du règlement no. 659/1999: du mythe à la réalité?», *Revue trimestrielle de droit européen*, núm. 3, 2001, pp. 551-596.
- KEPPENNE, Jean-Paul, «National environmental policies: uncharted waters for EC state aid control», *Nederlands tijdschrift voor Europees recht*, 7e jaarg., núm. 7-8, 2001, pp. 193-199.
- KOENIG, Christian, y PICKARTZ, Thomas, «Stolpersteine in Brüssel umgehen: genehmigungsfähige staatliche Umstrukturierungsbeihilfen müssen gut vorbereitet sein», *Betriebs-Berater*, 56 Jahrg., 2001, Heft 13, pp. 633-640.
- KOENIG, Christian; ROTH, Wulf-Henning; SCHÖN, Wolfgang, y EHRICKE, Ulrich, *Aktuelle Fragen des EG-Beihilfenrechts*, Heidelberg, Recht und Wirtschaft, 2001, 217 pp.
- KOENIG, Christian, «Bestimmung des passivlegitimierten Adressaten einer Beihilfenrückforderung nach der Veräußerung eines begünstigten "Unternehmens"», *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 12 Jahrg., 2001, Heft 2, pp. 37-46.
- «Einführung in das materielle EG-Beihilfenrecht», *Verwaltung in der Europäischen Union*, 2001, pp. 145-164.
- «State quarantees for the German Landesbanken and the EC state aid regime», *European competition law annual 1999*, 2001, pp. 239-254.
- «Weichenstellungen im EG-Beihilfenrechtbestand: "market economy investor" Test und Marktabgrenzung», *Aktuelle Fragen des EG-Beihilfenrechts*, 2001, pp. 9-28.
- KOSTORIS PADOA-SCHIOPPA, Fiorella, y LUBICZ, Sascia, «State aid and the principle of mutual recognition», *European competition law annual 1999*, 2001, pp. 133-139.
- KREINER, Sebastian, «Luxembourg goes astray: finds government compulsion to subsidise competitors allowable under Community law», *The European legal forum = Forum iuris communis europae*, 1st year, 2000/01, issue 5, pp. 312-318.
- KRIEGLSTEIN, Felix B., «Renewable energy schemes and EC state aids provisions», *European Environmental Law Review*, vol. 10, núm. 2, 2001, pp. 51-56.
- KRUSE, Eberhard, «Der multisektorale Regionalbeihilferahmen für große Investitionsvorhaben auf dem Prüfstand», *Aktuelle Fragen des EG-Beihilfenrechts*, 2001, pp. 90-96.
- «Säumnis der Europäischen Kommission bei der Beihilfenkontrolle und die Rechtsfolgen», *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, 20 Jahrg., 2001, Heft 6, pp. 612-620.

- LEIBROCK, Gero, «EG-beihilfenrechtliche Grundsätze der Unternehmenssanierung», *Aktuelle Fragen des EG-Beihilfenrechts*, 2001, pp. 163-171.
- LINARES GIL, Maximino I., «La devolución de las ayudas de Estado en el marco del Derecho comunitario europeo», *Noticias de la Unión Europea*, año XVII, núm. 196, 2001, pp. 45-54.
- LÓPEZ DE SA y FERNÁNDEZ, Julia, «Efectos de las directivas en la contratación de las grandes obras de infraestructura de transporte: estudio general del ferrocarril de alta velocidad», *Contratación empresarial en los sectores de transportes, energía, telecomunicaciones y agua potable*, 1996, pp. 141-174.
- MAGIERA, Siegfried, «Gefährdung der öffentlichen Daseinsvorsorge durch das EG-Beihilfenrecht?», *Recht, Staat, Gemeinwohl: Festschrift für Dietrich Rauschning*, 2001, pp. 269-289.
- MARÍN ARRESE, Juan Pedro, «La política comunitaria de ayudas sectoriales», *Noticias de la Unión Europea*, año XVII, núm. 196, 2001, pp. 55-79.
- MARTÍN JIMÉNEZ, Adolfo J., «El concepto de ayuda de Estado y las normas tributarias: problemas de delimitación del ámbito de aplicación del art. 87.1 TCE», *Noticias de la Unión Europea*, año XVII, núm. 196, 2001, pp. 81-116.
- MESSERLIN, Patrick A., «Antisubsidy policies and justification for state aids», *European competition law annual 1999*, 2001, pp. 123-132.
- MÖLLER, Kim, *Staatsbürgschaften im Lichte des EG-Beihilfenrechts*, Berlin, Duncker & Humblot, 2001, 258 pp.
- MONTANARI, Massimo, «Ammissione all'amministrazione straordinaria e configurabilità di un aiuto di Stato», *Giurisprudenza commerciale*, núm. 5, pt. II, 2000, pp. 484-489.
- NICOLAIDES, Phedon, «Fiscal aid in the EC: a critical review of current practice», *World Competition: Law and Economics Review*, vol. 24, núm. 3, 2001, pp. 319-342.
- NIGGEMANN, Peter, *Staatsbürgschaften und europäisches Beihilferecht*, München, Beck, 2001, xv, 414 pp.
- NOWAK, Carsten, «Die Entwicklung des EG-Beihilfenkontrollrechts in den Jahren 1998, 1999 und 2000», *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 12 Jahrg., 2001, Heft 10, pp. 293-306.
- ODER, Burak, *Das gemeinschaftliche Beihilfenkontrollverfahren nach Art. 93 EG-Vertrag: eine Analyse verfahrensrechtlicher Probleme* (s.l., s.n.), 2000, 211 pp.
- ORDÓÑEZ SOLÍS, David, «Subvenciones bajo sospecha: la posición de las empresas en el régimen comunitario europeo de las "ayudas de Estado": entre la Comisión Europea y las Administraciones nacionales», *La Ley*, año XXII, núm. 5286, 2001, pp. 1-9, y núm. 5287, pp. 1-8.
- ORTIZ VAAMONDE, Santiago, «Competencias del juez nacional en materia de ayudas de Estado», *Noticias de la Unión Europea*, año XVII, núm. 196, 2001, pp. 117-130.
- PAPA MALATESTA, Alfonso, «A focus on state aids and the banking sector», *European competition law annual 1999*, 2001, pp. 323-358.
- PAUTSCH, Arne, «Die beihilferechtliche Relevanz der UMTS-Vergabe im Ausschreibungsverfahren», *Multimedia und Recht*, 4 Jahrg., 2001, 7, pp. 423-429.
- PETERSEN, Asger, «State aid and banking», *European competition law annual 1999*, 2001, pp. 255-276.
- PINOTTI, Cinthia, «Interessi pubblici e privati nella disciplina comunitaria degli aiuti di Stato», *Interessi pubblici nella disciplina delle public companies, enti privatizzati e controlli*, 2000, pp. 117-194.
- PORCHIA, Ornella, *Il procedimento di controllo degli aiuti pubblici alle imprese: tra ordinamento comunitario e ordinamento interno*, Napoli, Jovene, 2001, ix, 323 pp.

- «La giurisprudenza sugli aiuti pubblici alle imprese», *Diritto pubblico comparato ed europeo*, núm. II, 2000, pp. 679-684.
- «La giurisprudenza comunitaria sugli aiuti pubblici alle imprese», *Diritto pubblico comparato ed europeo*, núm. III, 2000, pp. 1177-1184.
- «La giurisprudenza comunitaria sugli aiuti pubblici alle imprese», *Diritto pubblico comparato ed europeo*, núm. I, 2001, pp. 361-365.
- «La giurisprudenza comunitaria in materia di aiuti pubblici alle imprese», *Diritto pubblico comparato ed europeo*, núm. III, 2001, pp. 1469-1481.
- QUITZOW, Carl Michael von, *State measures distorting free competition in the EC: a study of the need for a new Community policy towards anti-competitive state measures in the EMU perspective*, The Hague, Kluwer Law International, 2001, xvii, 310 pp.
- RADICATI DI BROZOLO, Luca G., «E se la garanzia dello Stato non fosse valida?: la comunicazione in tema di garanzie pubbliche», *Il diritto dell'Unione europea*, núm. 3, 2000, pp. 691-697.
- RAVAGLIA, Claudio, «Il "condono" degli aiuti italiani al settore dello zucchero: un caso di diritto comunitario senza precedenti», *Rivista di diritto agrario*, anno LXXIX, fasc. 4, pt. I, 2000, pp. 633-650.
- REPLINGER-HACH, Renate, «Zu den praktischen Problemen bei der Prüfung von Beihilferegungen durch die Kommission», *Aktuelle Fragen des EG-Beihilfenrechts*, 2001, pp. 29-42.
- REY, Patrick, «On the form of state aid», *European competition law annual 1999*, 2001, pp. 141-148.
- ROBERTI, Gian Michele, «Public guarantees and community control of state aids», *European competition law annual 1999*, 2001, pp. 277-289.
- RODRÍGUEZ CURIEL, José-Wenceslao, «Discrepancia de algunas críticas al Reglamento comunitario de procedimiento sobre ayudas de Estado», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 212, 2001, pp. 78-81.
- RODRÍGUEZ MÍGUEZ, José Antonio, «Una nueva reforma de la Directiva 80/723/CEE, sobre transparencia de las relaciones financieras entre los Estados miembros y las empresas públicas: la Directiva 93/84/CEE, de la Comisión, de 30 de septiembre de 1993», *Actas de Derecho industrial*, tomo XV, 1993, pp. 775-779.
- ROSENFELD, Katrin, *Das Verfahrensrecht der gemeinschaftsrechtlichen Beihilfenaufsicht: die primärrechtliche Regelung und ihre Ausgestaltung durch die Verfahrensordnung*, Baden-Baden, Nomos, 2000, 200 pp.
- ROTH, Wulf-Henning, «State guarantees as aid: the consequences of Article 88 (3) [ex 93 (3)] EC for state guarantees and their validity in German law», *European competition law annual 1999*, 2001, pp. 291-304.
- RUTTIG, Markus, *Der Einfluß des EG-Beihilfenrechts auf die Gebührenfinanzierung der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten*, Frankfurt am Main, Lang, 2001, 299 pp.
- SAMANIEGO BORDIÚ, Gonzalo, «La noción de ayuda de Estado», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 212, 2001, pp. 83-99.
- SÁNCHEZ RYDELSKI, Michael, «State aid or not state aid?: that is the question», *International trade law & regulation*, vol. 7, 2001, issue 4, pp. 97-100.
- SARCINELLI, Mario, «State aids in rescuing and restructuring operations: should banks be treated differently from other businesses?», *European competition law annual 1999*, 2001, pp. 305-322.
- SASSERATH, Natascha, *Schadensersatzansprüche von Konkurrenten zur Effektivierung der Beihilfenkontrolle?: zum gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftungsans-*

- pruch und wettbewerbsrechtlichen Schadensersatzanspruch im europäischen Beihilferecht*, Berlin, Duncker & Humblot, 2001, 291 pp.
- SCAGLIONE, Marianna, y CARUSO, Benito, «Nuove tendenze nella disciplina degli aiuti di Stato nelle norme comunitarie», *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, anno XI, núm. 2, 2001, pp. 383-406.
- SCHNEIDER, Uwe H., «“Anstaltslast” and “Gewährträgerhaftung” as implied elements of public corporations rather than state aid», *European competition law annual 1999*, 2001, pp. 359-374.
- SCHÜTTE, Michael, «The rescue and restructuring of banks: state guarantees for loans and banks», *European competition law annual 1999*, 2001, pp. 375-392.
- SCHÜTTERLE, Peter, «Effiziente Kontrolle staatlicher Beihilfen in den mittelund osteuropäischen Ländern als Beitrittskriterium», *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 12 Jahrg., 2001, Heft 23, pp. 711-714.
- «State guarantees and the position of banks», *European competition law annual 1999*, 2001, pp. 393-399.
- SCIAUDONE, Riccardo, «Il regolamento (CE) n. 659/99 sulle procedure in materia di aiuti di Stato», *Contratto e impresa, Europa*, anno V, núm. 1, 2000, pp. 247-286.
- SEABRIGHT, Paul, «Are cohesion policies coherent?: microeconomic tensions between state aids and regional policy», *European competition law annual 1999*, 2001, pp. 149-154.
- SIATERLI, Christina, *La notion d'aide d'état au sens de l'article 81 par. 1 CE (s.l., s.n.)*, 2001, 670 pp.
- SILVA DE LAPUERTA, Rosario, «La legitimación activa de los particulares en los recursos en materia de ayudas públicas», *Noticias de la Unión Europea*, año XVII, 2001, núm. 196, pp. 131-138.
- SILVA, Miguel Moura e, «Descentralização da aplicação do direito comunitário da concorrência: uma visão pessoal», *Revista jurídica*, núm. 24, 2001, pp. 345-356.
- SILVESTRO, Cosimo, «Aiuti di Stato nella contribuzione previdenziale», *Interessi pubblici nella disciplina delle public companies, enti privatizzati e controlli*, 2000, pp. 435-443.
- SINNAEVE, Adinda, «Die ersten Gruppenfreistellungen: Dezentralisierung der Beihilfenkontrolle?», *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 12 Jahrg., 2001, Heft 3, pp. 69-77.
- SOLTÉSZ, Ulrich, «Der Rechtsschutz des Konkurrenten gegen gemeinschaftsrechtswidrige Beihilfen vor nationalen Gerichten», *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 12 Jahrg., 2001, Heft 7, pp. 202-207.
- STROZZI, Girolamo, «Gli aiuti di Stato», *Diritto dell'Unione europea. Parte speciale*, 2000, pp. 311-370.
- SUBIOTTO, Romano, «State aids and the banking sector», *European competition law annual 1999*, 2001, pp. 401-431.
- SUTTER, Franz Philipp, «The Adria Wien pipeline case and the state aid provisions of the EC Treaty in tax matters», *European taxation*, vol. 41, núm. 7-8, 2001, pp. 239-250.
- TEMPLE LANG, John, «State measures restricting competition», *Europarättslig tidskrift*, Årgång 4, núm. 2, 2001, pp. 206-223.
- THOMPSON, Rhodri, «An overview of the state aids regime», *The EC tax journal*, vol. 5, 2001, issue 2, pp. 65-75.
- THOUVENIN, Jean-Marc, «Convergence et divergence dans l'encadrement des aides publiques aux aéronefs de grande capacité, le cas des relations Etats-

- Unis et Europe», *Le partenariat de l'Union européenne avec les pays tiers*, 2000, pp. 213-239.
- TRAUPEL, Tobias, «Wirtschaftsförderung und EG-beihilfenrechtliche Probleme aus der Perspektive eines Bundeslandes», *Aktuelle Fragen des EG-Beihilfenrechts*, 2001, pp. 97-105.
- TRAVERS, Noel J., «Some reflections on recent developments in European Community law concerning state aid», *Irish jurist*, vol. XXXIV, 1999, pp. 31-99.
- TREMMELE, Ernst, «Beihilferecht, Warenverkehrsfreiheit und Ökostromförderung», *Ecolex*, 12 Jahrg., 2001, Heft 7, pp. 573-578.
- VAJDA, Christopher, «Unlawful state aid: what is it and what are its legal consequences?», *The EC tax journal*, vol. 5, 2001, issue 2, pp. 77-100.
- VEDDER, Hans, «The new Community guidelines on state aid for environmental protection: integrating environment and competition?», *European Competition Law Review*, vol. 22, 2001, issue 9, pp. 365-373.
- VENTURA, Sergio, «La legittimazione delle regioni ad adire le giurisdizioni comunitarie contro le decisioni della Commissione in materia di aiuti di Stato», *Governo del sistema agricoltura*, 2001, pp. 273-283.
- VOLPE, Luigi, «Subvenzionerecht v. Konkurrenzfähigkeit: l'incerto equilibrio comunitario tra aiuti pubblici e concorrenza nel settore dei servizi», *Diritto pubblico comparato ed europeo*, núm. 1, 2001, pp. 346-357.
- WÄELBROECK, Michael, «State aids in the fight among competitors», *Antitrust between EC law and national law = Antitrust fra diritto nazionale e diritto comunitario*, 2000, pp. 53-61.
- WAGNER, Anne, *Die Stellung des Wettbewerbers im Beihilfenaufsichtsverfahren der Europäischen Gemeinschaft: eine Analyse der Verfahrensrechte und der gerichtlichen Rechtsschutzmöglichkeiten*, Frankfurt am Main, Lang, 2001, xi, 279 pp.
- WINCKLER, Antoine, «State guarantees for financial institutions: state aid and moral hazard», *European competition law annual 1999*, 2001, pp. 433-460.
- WÖSSNER, Barbara, *Die Deutschlandklausel im EG-Beihilfenrecht (Art. 87 Abs. 2 lit c EGV)*, Hamburg, Kovac, 2001, xlv, 210 pp.

7. COMPETENCIA Y REGULACIÓN SECTORIAL

- AICHER, Josef, «Liberalisierung des Gasmarktes: ohne Erdgashändler?», *Wirtschaftsrechtliche Blätter*, 15 Jahrg., 2001, Heft 4, pp. 154-159.
- ALBERS, Michael, «Competition law issues arising from the liberalization process», *The liberalization of electricity and natural gas in the European Union*, 2001, pp. 3-17.
- AMBROSIANI, Fabio, «Norme bancarie uniformi e diritto della concorrenza», *Diritto pubblico comparato ed europeo*, núm. 2, 1999, pp. 750-759.
- AMORY, Bernard E.; BELLINKX, Saskia, y MERTENS DE WILMARS, Dimitri, «Community law including competition rules affecting "Networks"», *FIDE: XIX congress*, vol. II, 2000, pp. 113-149.
- ANCOS FRANCO, Helena, «Algunas consideraciones sobre la definición del mercado relevante en el sector de las telecomunicaciones: especial referencia a la interconexión», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 212, 2001, pp. 57-68.
- ANGELONE, Claudio, *La liberalizzazione dell'attività di assistenza aeroportuale a terra: decreto legislativo núm. 18/1999*, Milano, Giuffrè, 2000, xiii, 140 pp.
- ANTUNES, Luís Pais, y REIS, Daniel, «Community law (including competition rules) affecting "Networks" (telecom, energy and information technology)

- and its consequences for the Member States», *FIDE: XIX congress*, vol. II, 2000, pp. 327-350.
- ARGENTATI, Anna, «Le professioni intellettuali tra regolamentazione pubblicistica e disciplina della concorrenza», *Giurisprudenza commerciale*, núm. 27, pt. II, 2000, pp. 649-665.
- ARPÓN DE MENDÍVIL, Almudena, «Creating competition in the telecommunications market», *Antitrust between EC law and national law = Antitrust fra diritto nazionale e diritto comunitario*, 2000, pp. 127-148.
- ASSCHENFELDT, Max, «B2B-Marktplätze: aktuelle wettbewerbsrechtliche Problemstellungen», *Multimedia und Recht*, 4 Jahrg., 2001, Beilage 9, pp. 5-7.
- ATTLMAYR, Martin, «Umsetzung des EG-Telekommunikationsrechts am Beispiel analoger Schnurlostelephone», *Legistik und Gemeinschaftsrecht*, 2001, pp. 101-113.
- BAUR, Jürgen F., e INSTITUT FÜR ENERGIERECHT AN DER UNIVERSITÄT ZU KÖLN, *Vortragsveranstaltung (29.: 2000: Köln) Gegenwärtige und zukünftige Entwicklungen in der deutschen und europäischen Energiewirtschaft: Gestaltung durch Recht und Politik: der Band enthält die am 18. Oktober 2000 auf der 29. Vortragsveranstaltung des Instituts in Köln gehaltenen Vorträge*, Baden-Baden, Nomos, 2000, 135 pp.
- BAUR, Jürgen F., «Energiefieferverträge unter europäischem Kartellrecht», *Gegenwärtige und zukünftige Entwicklungen in der deutschen und europäischen Energiewirtschaft*, 2000, pp. 17-31.
- BECHER, Klaus F., «Reform des Wettbewerbsrechts aus der Sicht der Industrie», *Europäisches Wettbewerbsrecht im Wandel*, 2001, pp. 35-41.
- BERLEZAR, Alain, «Extended power of the Commission in the field of competition rules for air transport to and from the EU: advantages and disadvantages», *European Air Law association: tenth annual conference in Vienna*, 2000, pp. 45-50.
- BERNT, Phyllis, y NATIONAL REGULATORY RESEARCH INSTITUTE (Ohio State University), *Balancing competition and universal service: the role of the regulator five years after the Telecommunication Act*, Columbus, Ohio, National Regulatory Research Institute, 2001, ix, 48 p.
- BITTLINGER, Horst, «Application of Articles 86 and 90 of the EC Treaty to airports and airport systems», *European Air Law association: tenth annual conference in Vienna*, 2000, pp. 141-146.
- BONELLI, Franco, y ROLI, Mario, «I vincoli alla privatizzazione delle compagnie aeree», *Diritto del commercio internazionale*, núm. 15.2, 2001, pp. 249-280.
- BONELLI, Giacomo, «Media, diritto comunitario e principio di parità di trattamento fra imprese pubbliche e private», *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, anno XVII, núm. 2, 2001, pp. 281-306.
- BÖRNER, Achim-Rüdiger, «Wettbewerbsrelevante Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zur Energiewirtschaft», *Wettbewerb in Europa und die Erfüllung öffentlicher Aufgaben*, 2001, pp. 101-109.
- BOUCQUEY, Nathalie, «L'émergence de marchés et les problèmes de concurrence dans le système des droits d'émission négociables», *Annales de droit de Louvain*, núm. 1, 2001, pp. 3-57.
- BUCKINGHAM, Ann, y SYKES, Andrew, «Community law (including competition rules) affecting "Networks" (telecom, energy and information technology) and its consequences for the Member States», *FIDE: XIX congress*, vol. II, 2000, pp. 461-506.
- BURMEISTER, Corinna, *Der Wettbewerb der Eisenbahnen im europäischen Binnenmarkt*, Baden-Baden, Nomos, 2001, 285 pp.

- CARBONE, Sergio Maria, y MUNARI, Francesco, «L'attuazione nell'ordinamento italiano della direttiva sul libero accesso al mercato dei servizi aeroportuali», *La liberalizzazione dell'attività di assistenza aeroportuale a terra*, 2000, pp. 21-47.
- CHÁSCALES MORENO, Fernando José, «El Derecho de la competencia de aplicación al transporte terrestre: transporte por ferrocarril y transporte por carretera», *Noticias de la Unión europea*, núm. 192, 2001, pp. 83-98.
- CAVE, Martin, y CRANDALL, Robert W., *Telecommunications liberalization on two sides of the Atlantic*, Washington, DC, AEI-Brookings Joint Center for Regulatory Studies, 2001.
- CELLI, Riccardo, y NYGREN, Marie, «Liberalisation in the electricity and gas sectors: regulation and competition», *Antitrust between EC law and national law = Antitrust fra diritto nazionale e diritto comunitario*, 2000, pp. 159-243.
- CHITI, Mario P., «Il caso Alitalia e il deficit amministrativo della Commissione europea: il commento», *Giornale di diritto amministrativo*, anno VII, núm. 3, 2001, pp. 251-254.
- CHRISTELER, Regula, «Post im Wettbewerb: die Liberalisierung des Postmarktes in Europa unter wettbewerbsrechtlichen Aspekten», *Aktuelle Probleme des europäischen und internationalen Wirtschaftsrechts*, Bd. 3, 2001, pp. 119-188.
- CIMOLINO, Gian Paolo, «I trasporti ferroviari nella UE», *Servizi essenziali e diritto comunitario*, 2001, pp. 193-226.
- COCCIA, Massimo, «Lo sport in tv e il diritto antitrust», *Rivista di diritto sportivo*, anno LI, núm. 2-3, 1999, pp. 297-334.
- COLAVECCHIO, Antonio, *La liberalizzazione del settore elettrico nel quadro del diritto comunitario: alla ricerca di un giusto bilanciamento fra regole di concorrenza ed esigenze di servizio pubblico*, Bari, Cacucci, 2000, xi, 161 pp.
- CORSO, Guido, *Mercati amministrativi e liberalizzazione: una prospettiva di diritto europeo*, Milano, Angeli, 2000, 207 pp.
- «Mercati amministrativi e liberalizzazione: introduzione», *Mercati amministrativi e liberalizzazione*, 2000, pp. 7-23.
- COSTATO, Luigi, «Concorrenza e agricoltura: sentenze comunitarie e reg. 26/62», *Rivista di diritto agrario*, anno LXXIX, fasc. 3, pt. II, 2000, pp. 211-217.
- CRONAUGE, Ulrich, y GRUNEBERG, Ralf, «Abfallwirtschaft in der Europäischen Union: zwischen Markt und Daseinsvorsorge», *Wettbewerb in Europa und die Erfüllung öffentlicher Aufgaben*, 2001, pp. 145-153.
- D'AMARIO, Lucio, «La liberalizzazione delle telecomunicazioni in Europa», *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, anno 39, núm. 4, 2000, pp. 689-716.
- DASSESE, Marc, «The many faceted application of EU competition law to the banking sector after the move to the single currency», *European competition law annual 1999*, 2001, pp. 227-230.
- DE BELLIS, Carlo, «Il diritto comunitario è idoneo a disapplicare norme di convenzioni internazionali?: a proposito dei c. d. diritti esclusivi degli operatori postali pubblici e spese terminali: la saggezza dei principi Binsbergen», *Diritto pubblico comparato ed europeo*, núm. II, 2000, pp. 685-699.
- DECLERCQ, Christine, y VINCENT, Anne, *L'ouverture du marché de l'électricité*, Bruxelles, CRISP, 2000, 3 vols., I: *Le cadre institutionnel*; II: *La nouvelle organisation du secteur*; III: *Organisation et stratégie des acteurs*.
- DELEBECQUE, Philippe, «L'adaptation du droit des transports aux dispositions communautaires: loi no. 2001-43 du 16 janvier 2001», *La semaine juridique*, núm. 14, édition générale, 2001, pp. 689-692.

- DERIDDER, Lennart, y VERMEIR, Tim, «De liberalisering van de electriciteitsmarkt in België en Vlaanderen: de laatste regelgever doet het licht uit», *Rechtskundig weekblad*, 64e jaarg. (2000-2001), núm. 20, pp. 753-763.
- DI GASPARE, Giuseppe, «Il mercato comunitario dell'energia elettrica e la concessione di distribuzione dopo il D. Lgs. 79/99», *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, anno XI, núm. 1, 2001, pp. 29-62.
- DI NARDO, Antonella, «Profili della liberalizzazione nel settore delle telecomunicazioni: in particolare il settore della telefonia mobile», *I tribunali amministrativi regionali*, anno XXVII, núm. 4, pt. II, 2001, pp. 269-308.
- DI NELLA, Luca, «Ancora sulla commercializzazione centralizzata dei diritti televisivi su manifestazioni sportive nell'esperienza tedesca», *Rivista di diritto sportivo*, anno LI, núm. 2-3, 1999, pp. 596-599.
- DILLMANN, Heinz, «Airports and abuse of a dominant position: application of Articles 86 and 90 of the EC Treaty to airports and airport systems», *European Air Law association: tenth annual conference in Vienna*, 2000, pp. 133-140.
- DRABBE, Humbert J., «Extension of EU air transport competition rules to air transport to and from the EU», *European Air Law association: tenth annual conference in Vienna*, 2000, pp. 33-40.
- EASTER, Caroline, y HUGHES, Matt, «Collusion and co-operation in the mobile sector», *Computer and Telecommunications Law Review*, vol. 7, 2001, issue 7, pp. 191-198.
- EDMONS, Edmund P., y MANZ, William H., *Baseball and antitrust: the legislative history of the Curt Flood Act of 1998*, Public Law no. 105-297, 112 Stat. 2824, Buffalo, NY, W. S. Hein, 2001, 3 vols.
- EINEM, Axel von, *Die Liberalisierung des Marktes für Bodenabfertigungsdienste auf den Flughäfen in Europa*, Frankfurt am Main, Lang, 2000, 274 pp.
- EISING, Rainer, *Liberalisierung und Europäisierung: die regulative Reform der Elektrizitätsversorgung in Großbritannien, der Europäischen Gemeinschaft und der Bundesrepublik Deutschland*, Opladen, Leske + Budrich, 2000, 369 pp.
- EVERLING, Ulrich, «Buchpreisbindung und europäisches Gemeinschaftsrecht», *Unterwegs zur Europäischen Union*, 2001, pp. 276-288.
- FALCONE, Giovanni, «Ancora sull'invalidità dei contratti "a valle" per contrasto delle "norme bancarie uniformi" con la disciplina antitrust», *Banca, borsa e titoli di credito*, vol. LIV, núm. 1, nuova serie, pt. II, 2001, pp. 99-109.
- FENNES, René, «The European Community and the United States: expanding horizons and clipped wings», *European Air Law association: eleventh annual conference in Lisbon*, 1999, pp. 79-90.
- FIENGO, Gaspare, «Il servizio di remailing ed il diritto comunitario della concorrenza», *Diritto pubblico comparato ed europeo*, núm. II, 2000, pp. 700-705.
- FISCHL, Thomas, *Die Wettbewerbsaufsicht im Medienbereich zwischen Entwicklung und Neuorientierung*, Frankfurt am Main, Lang, 2001, xvii, 248 pp.
- FRIDEN, Georges, «Droit communautaire concernant les "Networks" et ses conséquences sur les États membres», *FIDE: XIX congress*, vol. II, 2000, pp. 261-279.
- FRIGNANI, Aldo, y ROSSI, Giuseppe, «Regole statiche, regole dinamiche e questioni aperte in tema di applicazione della disciplina antitrust al settore assicurativo», *Antitrust between EC law and national law = Antitrust fra diritto nazionale e diritto comunitario*, 2000, pp. 483-520.
- GÉRADIN, Damien, *The liberalization of electricity and natural gas in the European Union*, The Hague, Kluwer Law International, 2001, xx, 307 pp.
- GERLACH, Tilo, «Verwertungsgesellschaften und europäischer Wettbewerb», *Ein Leben für Rechtskultur: Festschrift Robert Dittich zum Geburtstag*, 2000, pp. 119-132.

- GIUBBONI, Stefano, «Social insurance monopolies in Community competition law and the Italian constitution: “practical” convergences and “theoretical” conflicts», *European Law Journal: Review of European Law in Context*, vol. 7, núm. 1, 2001, pp. 69-94.
- GONZÁLEZ DURÁNTEZ, Henar, y ENGRA MORENO, José Carlos, «El tratamiento de los abusos de posición de dominio en el sector postal», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 216, 2001, pp. 66-81.
- GONZÁLEZ GARCÍA, Julio V., «Dos cuestiones sobre la compartición de las infraestructuras de telecomunicaciones», *Revista de Administración Pública*, núm. 153, 2000, pp. 351-379.
- GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago, *Los mercados de interés general: telecomunicaciones y postales, energéticos y de transportes (privatización, liberalización, regulación pública y Derecho de la competencia)*, Granada, Comares, 2001, XXII, 607 pp.
- «La liberalización comunitaria del transporte aéreo», *Revista Derecho Comunitario Europeo*, núm. 10, 2001, pp. 611-625.
- GOURLAY, Theresa, y HEMMINGS, Julia, «Proposed directives on access and authorisation of electronic communications networks and services», *Computer and Telecommunications Law Review*, vol. 7, 2001, issue 7, pp. 199-204.
- GRARD, Loïc, «Nouvelles régulation et nouveaux régulateurs dans le secteur des transports en Europe», *Revue du marché commun et de l'Union européenne*, núm. 447, 2001, pp. 258-266.
- GUNDEL, Jörg, «Die Untersagung nationaler Fernsehwerbemonopole durch die EG-Kommission gemäß Art. 86 Abs. 3 EGV: zur Reichweite der Niederlassungsfreiheit und zu einem “neu entdeckten” Sanktionsmittel der Gemeinschaft im Rundfunkbereich», *Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht*, 44 Jahrg., 2000, Heft 12, pp. 1046-1056.
- GÜNDISCH, Jürgen, «Preisgarantie für Strom aus Windkraftanlagen keine Beihilfe», *Neue juristische Wochenschrift*, 54 Jahrg., 2001, Heft 50, pp. 3686-3688.
- HANCHER, Leigh, «Community law (including competition rules) affecting “Networks” (telecom, energy and information technology) and its consequences for the Member States», *FIDE: XIX congress*, vol. II, 2000, pp. 281-326.
- «EC competition law, pharmaceuticals and intellectual property: recent developments», *Pharmaceutical medicine, biotechnology and European law*, 2000, pp. 76-90.
- HEINEN, Anne, «The interface between electricity liberalization and environmental protection: the German example», *The liberalization of electricity and natural gas in the European Union*, 2001, pp. 81-104.
- HENNING-BODEWIG, Frauke, «E-Commerce und irreführende Werbung: Auswirkungen des Herkunftslandprinzips auf das europäische und deutsche Irreführungsrecht», *Wettbewerb in Recht und Praxis*, 47 Jahrg., 2001, 7, pp. 771-777.
- IDOT, Laurence, «Convergence dans les approches nationales?: règles de concurrence et régulations sectorielles», *La régulation des services publics en Europe*, 2000, pp. 377-438.
- JEDING, Carl, *Co-ordination, co-operation and competition: the creation of common institutions for telecommunications*, Uppsala, S. Academiae Ubsaliensis, Distributor, Uppsala University Library, 2001.
- JONES, Clifford A., «Television without frontiers», *Yearbook of European law*, 1999/2000, pp. 299-345.
- KARIYAWASAM, Rohan, «Cross-border interconnection and jurisdiction», *Computer and Telecommunications Law Review*, vol. 6, 2000, issue 8, pp. 218-222.

- KARLSSON, Kent, y KOPONEN, Jonas, «Community law affecting “Networks” and its consequences for Sweden», *FIDE: XIX congress*, vol. II, 2000, pp. 403-459.
- KENNEDY, Brian, «EU law and the rules of sporting organisations», *The Bar Review*, vol. 6, 2000, issue 2, pp. 80-85.
- KIRCHHOFF, Ulrich, «Die Lage der Kreditwirtschaft im nationalen und europäischen Wettbewerb», *Wettbewerb in Europa und die Erfüllung öffentlicher Aufgaben*, 2001, pp. 133-144.
- KLEES, Andreas, *Der Direktleitungsbau im deutschen und europäischen Energieund Wettbewerbsrecht*, Stuttgart, Ibidem, 2001, xiv, 265 pp.
- KNIEPS, Günter, «Regulatory reform of European telecommunications: past experience and forward-looking perspectives», *European Business Organization Law Review*, vol. 2, núm. 3-4, 2001, pp. 641-655.
- KOENIG, Christian, y KÜHLING, Jürgen, «Institutionelle Regulierungsordnung in der Eisenbahn- und Energiewirtschaft: sektorspezifische Regulierungsbehörden oder Bundeskartellamt?», *Wirtschaft und Wettbewerb*, 51 Jahrg., 2001, Heft 9, pp. 810-820.
- KREIS, Helmut W. R., «Extension of EU air transport competition rules to air transport to and from the EU: some question marks», *European Air Law association: tenth annual conference in Vienna*, 2000, pp. 41-43.
- KRIEGLSTEIN, Felix B., *The application of EC competition rules to liberalised electricity markets*, Baden-Baden, Nomos, 2001, 90 pp.
- «Implications of the VEBA/VIAG Decision on Future Electricity Mergers», *European Competition Law Review*, vol. 22, 2001, issue 2, pp. 47-50.
- «Renewable energy schemes and EC state aids provisions», *European Environmental Law Review*, vol. 10, núm. 2, 2001, pp. 51-56.
- KUXENKO, Michael, «Liberalisierung und Deregulierung im Energiewirtschaftsrecht», *Die öffentliche Verwaltung*, 54 Jahrg., 2001, Heft 4, pp. 141-150.
- LAROUCHE, Pierre, «Competition law and regulation in European telecommunications», Oxford, Hart, 2000, xxxvii, 466 pp.
- LECHELER, Helmut, y GUNDEL, Jörg, «Staatliche Regulierung des Energiemarktes?», *Europäisches Wirtschafts- & Steuerrecht*, 12 Jahrg., 2001, Heft 6, pp. 249-256.
- LEQUEUX, Fabrice, «La politique européenne de la concurrence face aux marchés émergents: une réflexion sur le processus de création et de structuration des nouveaux marchés du multimédia», *Revue du marché commun et de l'Union européenne*, núm. 450, 2001, pp. 455-467.
- LÖFFLER, Severin, «Werbung im Cyberspace: eine kollisionsrechtliche Betrachtung», *Wettbewerb in Recht und Praxis*, 47 Jahrg., 2001, 4, pp. 379-384.
- LONGHINI, Pietro, y SARTI, Lilia, «La liberalizzazione dei servizi aeroportuali», *Servizi essenziali e diritto comunitario*, 2001, pp. 259-279.
- LÓPEZ DE CASTRO, Lucía, y ARIÑO ORTIZ, Gaspar, *Derecho de la competencia en sectores regulados: fusiones y adquisiciones de empresas y poder político*, Granada, Comares, 2001, XVIII, 343 p.
- LUST, Philipp, *Die Essential Facilities-Doktrin im Telekommunikationsrecht*, Wien, WUV, 2001, 276 pp.
- MAFFEO, Dario, «Reform of Art. 8.4 of the Council Regulation (EEC) No. 95/93», *Droit européen des transports = European transport law*, vol. XXXV, núm. 6, 2000, pp. 717-742.
- MAIRE, Emmanuelle, «Le cadre réglementaire de l'ouverture des marchés de l'électricité et du gaz en Europe», *Revue du droit de l'Union européenne*, núm. 2, 2001, pp. 451-476.

- MANNARÀ, Gian Carlo, «Servizio universale e telecomunicazioni», *Servizi pubblici concorrenza diritti*, 2001, pp. 189-220.
- MANTEGAZZA, Mauro, «Concorrenza televisiva e programmi sportivi in Europa: il caso Eurovisione», *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, anno XL, núm. 2, 2001, pp. 353-366.
- MARTÍN MUÑOZ, Alberto J. de, *Propiedad industrial y competencia desleal*, Granada, 2001, 396 pp.
- MASCHKE, Walter, «Die Liberalisierung des Postmarktes in Deutschland», *Zukunft der Wettbewerbsordnung und des Kartellrechts*, 2001, pp. 41-52.
- MCGOWAN, Francis, «Consumers and energy liberalization», *The liberalization of electricity and natural gas in the European Union*, 2001, pp. 63-79.
- MELLER, Eberhard, «Die Öffnung des deutschen Strommarktes», *Zukunft der Wettbewerbsordnung und des Kartellrechts*, 2001, pp. 53-61.
- MESTMÄCKER, Ernst-Joachim, «Unternehmenskonzentrationen und Urheberrechte in der alten und "neuen" Musikwirtschaft», *Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht*, 45 Jahrg., 2001, Heft 3, pp. 185-194.
- NAFTEL, Mark, y SPIWAK, Lawrence J., *The Telecoms trade war: the United States, the European Union and the World Trade Organisation*, Oxford, Hart, 2000, xxvii, 493 pp.
- NASCIMBENE, Bruno, y BASTIANON, Stefano, «Tariffe, associazioni professionali e norme sulla concorrenza: in attesa delle decisioni della Corte di giustizia: il commento», *Il corriere giuridico*, anno XVIII, núm. 9, 2001, pp. 1152-1159.
- NICOLAIDES, Phedon, *Enlargement of the European Union and effective implementation of its rules: with a case study on telecommunications*, Maastricht, European Institute of Public Administration = Institut européen d'administration publique, 2000, xii, 86 pp.
- NIKOLINAKOS, Nikos Th., «Proposal for a directive on the authorisation of electronic communications networks and services: the new European licensing framework», *Computer and Telecommunications Law Review*, February 2001, pp. 36-43.
- «The new European regulatory regime for electronic communications networks and associated services: the proposed framework and access: interconnection directives», *European Competition Law Review*, vol. 22, núm. 3, 2001, pp. 93-109.
- NITTI, Massimiliano, y SANTINI, Andrea, «La liberalizzazione nei settori dell'elettricità e del gas naturale», *Servizi essenziali e diritto comunitario*, 2001, pp. 159-191.
- PALMISANO, Valeria, «Libere professioni», *Mercati amministrativi e liberalizzazione*, 2000, pp. 25-49.
- PAPATHANASSOPOULOU, Eugenia, «Community law (including competition rules) affecting energy and its consequences», *FIDE: XIX congress*, vol. II, 2000, pp. 207-223.
- PAUGER, Dietmar, «Reform des Strom- und Gasrechts durch das Energieliberalisierungsgesetz», *Österreichische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 27 Jahrg., 2000, Heft 4, pp. 97-103, y 28 Jahrg., 2001, Heft 1, pp. 1-7.
- PÉREZ-BUSTAMANTE KÖSTER, Jaime, y SUÁREZ FERNÁNDEZ, Pedro, «La aplicación del Derecho de la competencia a las plataformas b2b», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 214, 2001, pp. 44-59.
- PIÑAR MAÑAS, José Luis, «El macrosector de las telecomunicaciones frente al año 2001 (¿recuerdan Vds. a H. A. L.?)», *Actualidad Informática Aranzadi*, núm. 38, 2001, pp. 1-3.

- PODDIGHE, Elena, «Tutela dei diritti televisivi su manifestazioni sportive e normativa antitrust», *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, anno XVI, núm. 4-5, 2000, pp. 644-652.
- PONS, Jean-François, «Sport and European competition policy», *International antitrust law & policy*, 2000, pp. 75-91.
- PORCHIA, Ornella, «La liberalizzazione dei trasporti aerei», *Servizi essenziali e diritto comunitario*, 2001, pp. 227-258.
- RADICATI DI BROZOLO, Luca G., *Il diritto comunitario delle telecomunicazioni: un modello di liberalizzazione di un servizio pubblico*, Torino, Giappichelli, 1999, xi, 220 pp.
- REYNOLDS, Michael J., «Milk lakes, SLOMs, and legitimate expectations: a paradigm in judicial review», *Liber amicorum in honour of Lord Slynn of Hadley*, vol. I, 2000, pp. 569-579.
- RINALDI BACCELLI, Guido, y SPANO, Giulio, «La programmazione pubblica dei trasporti e il processo di liberalizzazione dell'aviazione civile», *Studi in memoria di Maria Luisa Corbino*, 1999, pp. 691-713.
- RONNE, Anita, «Community law affecting "Networks" and its consequences for the Member States», *FIDE: XIX congress*, vol. II, 2000, pp. 81-111.
- ROSENBUSCH, Christopher, *Marktliberalisierung durch Europarecht: das Beispiel der Telekommunikation*, Regensburg, Roderer, 2001, xxvii, 256 pp.
- SÄCKER, Franz Jürgen, y BOESCHE, Katharina Vera, «Vertikale Fusionen im Energiesektor gefährden wirksamen Wettbewerb», *Betriebs-Berater*, 56 Jahrg., 2001, Heft 46, pp. 2329-2337.
- SALERNO, Francesca, «L'evoluzione della normativa in materia di liberalizzazione e di privatizzazioni nel settore aeroportuale», *Studi in memoria di Maria Luisa Corbino*, 1999, pp. 771-783.
- «Brevi note sul decreto D'Alema nel quadro dell'attuazione delle norme comunitarie sulla liberalizzazione del settore elettrico in Italia», *Diritto del commercio internazionale*, núm. 15.2, 2001, pp. 485-496.
- SANTA MARÍA, Elena, «La liberalizzazione dei servizi postali», *Il diritto dell'Unione europea*, anno VI, núm. 1, 2001, pp. 119-147.
- SCARDILLO, Giancarlo, «Disciplina del collocamento in Italia e regime della concorrenza nel Trattato CEE», *Giurisprudenza di merito*, vol. XXXIII, núm. 1, pt. II, 2001, pp. 133-140.
- SCHALAST, Christoph, *Umweltschutz und Wettbewerb als Wertwiderspruch im deregulierten deutschen und europäischen Elektrizitätsmarkt*, Frankfurt am Main, Lang, 2001, xvii, 279 pp.
- SCHIANO, Roberto, «L'applicazione del diritto antitrust nel settore agricolo: alcune considerazioni in margine al caso del Consorzio per la tutela dei prosciutti di Parma e San Daniele», *Rivista di diritto agrario*, anno LXXIX, fasc. 4, pt. I, 2000, pp. 613-632.
- SCHULTE-BECKHAUSEN, Sabine, «Energy trading in the EU: commoditization of electricity and the emergence of energy exchanges», *The liberalization of electricity and natural gas in the European Union*, 2001, pp. 49-60.
- SCIAUDONE, Francesco, «Misure di salvaguardia nel settore della difesa e regole di concorrenza», *Il diritto dell'Unione europea*, núm. 3, 2000, pp. 587-599.
- SEGURA SERRANO, Antonio, «La liberalización de las telecomunicaciones y la Unión Europea», *La europeización de las políticas nacionales*, 2001, pp. 281-308.
- SICO, Luigi, «Conferenze marittime e diritto comunitario della concorrenza: un rapporto da approfondire ulteriormente», *Diritto pubblico comparato ed europeo*, núm. II, 2000, pp. 712-716.

- SINCLAIR, Michael, «A new European communication services regulatory package: an overview», *Computer and Telecommunications Law Review*, vol. 7, núm. 6, 2001, pp. 156-165.
- SLOT, Pieter Jan, y SKUDDER, Andrew, «The Community Regulation of Ports and Airports», *Liber amicorum in honour of Lord Slynn of Hadley*, vol. II, 2000, pp. 361-378.
- SLOT, Pieter Jan, «Community law (including competition rules) affecting “Networks” and its consequences for the Member States», *FIDE: XIX congress*, vol. II, 2000, pp. 225-260.
- «Community law (including competition rules) affecting “Networks” and its consequences for the Member States: general report», *FIDE: XIX congress*, vol. II, 2000, pp. 565-586.
- «The impact of liberalization on long-term energy contracts», *The liberalization of electricity and natural gas in the European Union*, 2001, pp. 19-34.
- SOAMES, Trevor, y GOETEYN, Geert, «Airports and abuse of a dominant position: application of Articles 86 and 90 of the EC Treaty to airports and airport systems», *European Air Law association: tenth annual conference in Vienna*, 2000, pp. 85-124.
- STEENBERGEN, Jacques D. M., «Vers une régulation européenne?: libéralisation et re-régulation des services universels: les télécommunications comme test de l’approche européenne des services publics», *La régulation des services publics en Europe*, 2000, pp. 441-462.
- STILE, Maria Teresa, «Trasferimento di quote sociali e divieto di concorrenza», *Giustizia civile*, vol. LI, núm. 4, pt. I, 2001, pp. 1033-1043.
- STOCKMANN, Kurt, «Airline alliances and competition regulations», *European Air Law association: tenth annual conference in Vienna*, 2000, pp. 25-31.
- STRAGIER, Joos, «Current issues arising with airline alliances», *European Air Law association: eleventh annual conference in Lisbon*, 1999, pp. 41-49.
- SUTHERLAND, Ewan, International roaming and competition law, *Computer and Telecommunications Law Review*, vol. 7, núm. 6, 2001, pp. 143-148.
- TACK, Véronique, «Commerce électronique et droit de la concurrence, Journal des tribunaux», *Droit européen*, núm. 75, 2001, pp. 1-5.
- TASSONI, Giorgia, «Le norme bancarie uniformi nel diritto della concorrenza», *Rivista di diritto industriale*, anno XLIX, núm. 6, 2000, pp. 438-442.
- TEIGUM, Siri, «Community law (including competition rules) affecting “Networks” and its consequences for the Member States», *FIDE: XIX congress*, vol. II, 2000, pp. 507-542.
- TETTINGER, Peter J., «Energierrecht: nunmehr ein Anhängsel zum Wettbewerbsrecht?», *Gegenwärtige und zukünftige Entwicklungen in der deutschen und europäischen Energiewirtschaft*, 2000, pp. 51-71.
- THEOBALD, Christian, y ZENKE, Ines, «Wettbewerb in Stromnetzen: eine Rechtsprechungsübersicht», *Neue juristische Wochenschrift*, 54 Jahrg., 2001, Heft 11, pp. 797-799.
- THEOBALD, Christian, «Wettbewerbsrechtliche Leitplanken in der Energiewirtschaft», *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*, 103 Jahrg., 2001, Heft 6, pp. 482-489.
- THOMPSON, Craig; LUOMA, Raimo, y AALTO-SETÄLÄ, Ilkka, «Community law (including competition rules) affecting “Networks” (telecom, energy and information technology) and its consequences for the Member States», *FIDE: XIX congress*, vol. II, 2000, pp. 151-180.
- THOUVENIN, Jean-Marc, «L’affaire Boeing MDD: une bonne collaboration transatlantique, au prix d’une mauvaise décision communautaire», *Le partenariat de l’Union européenne avec les pays tiers*, 2000, pp. 193-211.

- VELJANOVSKI, Cento, «EC antitrust in the new economy: is the European Commission's view of the network economy right?», *European Competition Law Review*, vol. 22, núm. 4, 2001, pp. 115-121.
- VINJE, Thomas C., y KALIMO, Harri, «Does competition law require unbundling of the local loop?», *World competition*, vol. 23, núm. 3, 2000, pp. 49-80.
- WEATHERILL, Stephen, «Sports under EC competition law and us antitrust law», *International antitrust law & policy*, 2000, pp. 113-126.
- WILLIAMS, George, *Airline competition-deregulation's mixed legacy*, Burlington, VT, Ashgate, 2002.
- ZIAMOU, Theodora, «Creating a single electricity market for Europe with an environmental approach: the European challenge and the Greek legal response», *Revue européenne de droit public = European review of public law = Europäische Zeitschrift des öffentlichen Rechts = Rivista europea di diritto pubblico*, vol. 12, núm. 3, 2000, pp. 989-1018.

8. COMPETENCIA Y SERVICIO PÚBLICO

- AMMANNATI, Laura; CABIDDU, Maria Agostina, y DE CARLI, Paolo, *Servizi pubblici concorrenza diritti*, Milano, Giuffrè, 2001, xiv, 363 pp.
- AMMANNATI, Laura, «Servizi pubblici locali, società per azioni a partecipazione pubblica locale e concorrenza», *Servizi pubblici concorrenza diritti*, 2001, pp. 59-97.
- APPIANO, Ermenegildo Mario, «Gli influssi del diritto comunitario sulle privatizzazioni: tra favor e rigore», *Contratto e impresa, Europa*, anno V, núm. 2, 2000, pp. 636-666.
- «L'influenza del diritto comunitario sui processi di privatizzazione negli Stati membri», *Servizi essenziali e diritto comunitario*, 2001, pp. 89-128.
- ARNAUDO, Luca, «Aiuti di Stato, tariffe e concorrenza: tra competenze chiuse e questioni aperte», *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, anno X, núm. 6, 2000, pp. 1368-1378.
- AURICCHIO, Vito, «Services of general economic interest and the application of EC competition law», *World competition*, vol. 24, núm. 1, 2001, pp. 65-91.
- BAMMER, Herbert, «Airports and abuse of a dominant position: application of Articles 86 and 90 of the EC Treaty to airports and airport systems», *European Air Law association: tenth annual conference in Vienna*, 2000, pp. 125-132.
- BECK, Birgit E., *Kommunale Unternehmen zwischen Selbstverwaltungsgarantie und Europarecht: gemeindliche Unternehmen Bayerns im Spannungsfeld zwischen Selbstverwaltungsgarantie des Grundgesetzes und Wettbewerbsfähigkeit des Gemeinschaftsrechts*, Frankfurt am Main, Lang, 2001, 362 pp.
- BEHRENS, Peter, «Public services and the internal market: an analysis of the Commission's communication on services of general interest in Europe», *European Business Organization Law Review*, vol. 2, núm. 3-4, 2001, pp. 469-492.
- BONECHI, Leonardo, «Concessioni e appalti di pubblici servizi: la Corte elimina i dubbi sulla disciplina applicabile», *Diritto pubblico comparato ed europeo*, núm. I, 2001, pp. 324-328.
- BOULAY, Jérémie, «La gestion déléguée du service public de l'assainissement à l'épreuve du droit communautaire: évolutions ou mutations?», *Les petites affiches*, núm. 117, 2001, pp. 4-10.
- BUZELAY, Alain, «Convergence dans les approches nationales?: conséquences économiques attendues de la dérégulation des services publics en Europe», *La régulation des services publics en Europe*, 2000, pp. 417-438.

- CALDIROLA, Debora, «La dimensione comunitaria del servizio pubblico ovvero il servizio di interesse economico generale e il servizio universale», *Servizi pubblici concorrenza diritti*, 2001, pp. 125-158.
- CASTAÑO SUÁREZ, Raquel, «El servicio postal universal», *Noticias de la Unión Europea*, núm. 192, 2001, pp. 23-30.
- CHALTIÉL, Florence, «La déclaration de Nice sur les services d'intérêt économique général», *Revue du marché commun et de l'Union européenne*, núm. 445, 2001, pp. 89-92.
- CIRENEI, Maria Teresa, «Liberalizzazioni, servizi di interesse economico generale, e sussidi incrociati: la Direttiva della Commissione 2000/52/CE e il nuovo ambito della "disciplina trasparenza"», *Diritto del commercio internazionale*, núm. 15.2, 2001, pp. 281-296.
- COX, Helmut, y AMBROSIUS, Gerold, *Daseinsvorsorge und öffentliche Dienstleistungen in der Europäischen Union: zum Widerstreit zwischen freiem Wettbewerb und Allgemeininteresse*, Baden-Baden, Nomos, 2000, 229 pp.
- CRAUFURD-SMITH, Rachael, «State support for public service broadcasting: the position under European Community law», *Legal Issues of European Integration*, vol. 28, núm. 1, 2001, pp. 3-22.
- DONY-BARTHOLMÉ, Marianne, «Vers une régulation européenne?: justification d'une régulation européenne des services publics», *La régulation des services publics en Europe*, 2000, pp. 453-462.
- DURANTE, DOMENICO; MOGLIA, Giovanni G., y NICITA, Antonio, «La nozione di essential facility tra regolamentazione e antitrust: la costruzione di un test», *Mercato concorrenza regole*, anno III, núm. 2, 2001, pp. 257-292.
- ELS, Michael, «Die Anwendung des EG-Kartell- und Beihilfenrechts auf universaldienstverpflichtete Unternehmen am Beispiel der Deutsche Post AG», *Daseinsvorsorge und öffentliche Dienstleistungen in der Europäischen Union*, 2000, pp. 117-132.
- ESPÉROU, Robert, «Où est passé le service public?», *European Air Law association: eleventh annual conference in Lisbon*, 1999, pp. 21-35.
- FEHLING, Michael, «Zu Möglichkeiten und Grenzen identischer Wettbewerbsbedingungen für öffentliche Unternehmen der Daseinsvorsorge und private Konkurrenten», *Daseinsvorsorge im Lichte des Wettbewerbsrechts*, 2001, pp. 195-206.
- FERRONI, Maria Vittoria, «Le concessioni di pubblico servizio tra diritto comunitario e diritto interno: il commento», *Il corriere giuridico*, anno XVIII, 2001, pp. 494-505.
- FUMAGALLI MERAVIGLIA, Marinella, «Le autorità di regolamentazione», *Servizi essenziali e diritto comunitario*, 2001, pp. 129-156.
- GHELARDUCCI, Franco, «I diritti speciali e esclusivi nell'ordinamento comunitario: problemi definitivi e tendenze evolutive», *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, anno X, núm. 3-4, 2000, pp. 815-838.
- GHIDINI, Gustavo, y FALCE, Valeria, «Intellectual property on communication standards: balancing innovation and competition through the essential facilities doctrine», *Il diritto di autore*, anno LXXII, núm. 3, 2001, pp. 315-333.
- GIUBBONI, Stefano, «Social insurance monopolies in Community competition law and the Italian constitution: "practical" convergences and "theoretical" conflicts», *European Law Journal: Review of European Law in Context*, vol. 7, núm. 1, 2001, pp. 69-94.
- GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago J., «La aplicación del Derecho de la competencia a los poderes públicos: últimas tendencias», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 239, 2001, pp. 249-267.

- «Del servicio público a la regulación: ¿y de la regulación a la desregulación?», *Derecho de los Negocios*, núm. 129, 2001, pp. 16-22.
- GRECO, Guido, «Ente pubblico, impresa pubblica, organismo di diritto pubblico», *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, anno X, núm. 3-4, 2000, pp. 839-849.
- GUZZI, Salvatore, «Imprese pubbliche: ancora una deroga giurisprudenziale alla procedura di infrazione?», *Diritto pubblico comparato ed europeo*, II, 2001, pp. 938-941.
- HERTOG, J. A. den, «Efficiëntie en “essential facilities”: een economische analyse van het Bronner-arrest», *Markt en mededinging*, Jaarg. 4, núm. 1, 2001, pp. 14-21.
- HUTER, Otto, *Privatisierung und Wettbewerb in der Abfallwirtschaft: kommunale Hausmüllentsorgung vor neuen Herausforderungen*, Berlin, Difu, 2.001 pp.
- KRONENBERGER, Vincent, «A model of the transformation process of statutory monopolies in European Community Law: from practice to theory», *European Business Organization Law Review*, vol. 2, 2001, pp. 301-338.
- LOWENBERG, Fabian, *Service public und öffentliche Dienstleistungen in Europa: ein Beitrag zu Art. 16 des EG-Vertrages*, Berlin, Berlin Verlag Spitz, Baden-Baden, Nomos, 2001, 345 p.
- MACLENNAN, Jacquelyn F., «Facing the digital future: public service broadcasters and state aid law in the European Union», *The Cambridge yearbook on European legal studies*, 2000, pp. 159-202.
- MAMELI, Barbara, «Concessioni e pubblici servizi», *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, anno XI, núm. 1, 2001, pp. 63-93.
- MANNARÀ, Gian Carlo, «Servizio universale e telecomunicazioni», *Servizi pubblici concorrenza diritti*, 2001, pp. 189-220.
- MASUTTI, Anna, «Prospettive di riforma del Codice postale alla luce della normativa comunitaria», *Studi in memoria di Maria Luisa Corbino*, 1999, pp. 385-414.
- MOLO, Romolo, «L'obligation d'affiliation à un régime complémentaire de pensions: remarques sur les fondations collectives et communes suisses et sur le droit européen de la concurrence», *Cahiers genevois et romands de sécurité sociale*, núm. 25, 2000, pp. 27-57.
- NARDOVINO, Marco, «Lo sviluppo del sistema ferroviario nazionale verso la liberalizzazione», *Rivista di diritto europeo*, núm. 2, 1999, pp. 57-73.
- NICO, Anna Maria, «Concordanze e dissonanze nei processi di privatizzazione nei paesi dell'Unione europea: il caso spagnolo e italiano», *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, anno X, núm. 6, 2000, pp. 1281-1311.
- NUZZI, Giovanni Battista, «Concorrenza e servizi pubblici locali: principi comunitari e spunti problematici nella prospettiva della riforma del capo VII della L. 8 giugno 1990, núm. 142», *Diritto del commercio internazionale*, núm. 3, 2000, pp. 615-671.
- PERICU, Andrea, «Il diritto comunitario favorisce davvero le privatizzazioni dei servizi pubblici?», *Diritto del commercio internazionale*, núm. 15.2, 2001, pp. 327-359.
- PIELOW, Johann-Christian, «Service public und die Liberalisierung des französischen Energiemarktes», *Gegenwärtige und zukünftige Entwicklungen in der deutschen und europäischen Energiewirtschaft*, 2000, pp. 75-98.
- PODDIGHE, Elena, «Tutela dei diritti televisivi su manifestazioni sportive e normativa antitrust», *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, anno XVI, núm. 4-5, 2000, pp. 644-652.

- POLO, Michele, «Un commento [a *La nozione di essential facility tra regolamentazione e antitrust, la costruzione di un test*, di D. Durante, G. Moglia e A. Nicita]», *Mercato concorrenza regole*, anno III, núm. 2, 2001, pp. 293-295.
- PÜTTNER, Günter, «Daseinsvorsorge und Service public im Vergleich», *Daseinsvorsorge und öffentliche Dienstleistungen in der Europäischen Union*, 2000, pp. 45-55.
- «Die Zukunft öffentlicher Unternehmen im europäischen Binnenmarkt», *Zeitschrift für öffentliches Recht = Austrian journal of public and international law*, Bd. 56, 2001, Heft 2, pp. 227-242.
- QUADROS, Fausto de, y CALHEIROS, José Maria de Albuquerque, «Os exclusivos no direito administrativo português e a sua conformidade com o direito comunitário», *Ordem dos Advogados*, Lisboa, 1995, pp. 1049-1073.
- RADICATI DI BROZOLO, Luca, *Servizi essenziali e diritto comunitario*, Torino, Giappichelli, 2001, xii, 322 pp.
- RODRÍGUEZ CURIEL, José-Wenceslao, «Inexistencia de ayuda de Estado en la mera compensación por obligaciones de servicio público (Sentencia «Ferring» de 22 de noviembre de 2001)», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 216, 2001, pp. 90-94.
- SANTA MARIA, Elena, «La liberalizzazione dei servizi postali», *Servizi essenziali e diritto comunitario*, 2001, pp. 281-322.
- SCOTT, Colin, «Services of general interest in EC law: matching values to regulatory technique in the public and private sectors», *European law journal*, vol. 6, 2000, issue 4, pp. 310-325.
- SOLANA GONZÁLEZ, Gonzalo, «Administraciones públicas y defensa de la competencia», *Anuario de la Competencia 2000*, Madrid, Fundación ICO/Marcial Pons, 2001, pp. 39-52.
- SOTTILI, Valeria, «L'art. 86 del Trattato CE», *Servizi essenziali e diritto comunitario*, 2001, pp. 35-60.
- «Servizio pubblico e diritto comunitario», *Servizi essenziali e diritto comunitario*, 2001, pp. 7-33.
- STEENBERGEN, Jacques D. M., «Vers une régulation européenne?: libéralisation et re-régulation des services universels: les télécommunications comme test de l'approche européenne des services publics», *La régulation des services publics en Europe*, 2000, pp. 441-462.
- TELESE, Giuseppe, «La liberalizzazione dei servizi pubblici a rete in ambito comunitario e la disciplina del diritto di accesso alle infrastrutture: aspetti generali», *Servizi pubblici concorrenza diritti*, 2001, pp. 159-188.
- THILL, André, «Mutation du service public dans l'Union européenne», *Annales du droit luxembourgeois*, núm. 5, 1999, pp. 217-238.
- THIRY, Bernard, «Les conceptions de l'intérêt général dans l'Union européenne», *Rapport public 1999*, 1999, pp. 397-407.
- VANDAMME, Jacques, y MENSBRUGGHE, François van der, *La régulation des services publics en Europe*, Paris, Aspe Europe, 2000, 493 pp.
- WHISH, Richard, «Servizi postali e servizi di corriere espresso», *Regolazione e concorrenza*, 2000, pp. 139-145.

III. DERECHO COMPARADO

- ANGELONE, Claudio, *La liberalizzazione dell'attività di assistenza aeroportuale a terra: decreto legislativo núm. 18/1999*, Milano, Giuffrè, 2000, xiii, 140 pp.

- ATANASIU, Isabela, «State aid in Central and Eastern Europe», *World competition*, vol. 24, núm. 2, 2001, pp. 257-283.
- AULETTA, Ken, *World War 3.0: Microsoft and its enemies*, New York, Random House, 2001, 436 p.
- BARTOSZ NESTORUK, Igor, «Reforma europejskiego prawa konkurencji (Biała Księga Komisji z 28 IV 1999)», *Panstwo i prawo*, Rok LVI, 2001, zesz. 5, pp. 53-65.
- BAUDENBACHER, Carl, *Lauterkeitsrecht: Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)*, Basel, Helbing & Lichtenhahn, 2001, xli, 1.309 pp.
- BECHTOLD, Rainer, «Die Entwicklung des deutschen Kartellrechts 1999 bis 2001», *Neue juristische Wochenschrift*, 54 Jahrg., 2001, Heft 43, pp. 3159-3167.
- BEEMAN, Michael L., *Public policy and economic competition in Japan: change and continuity in antimonopoly policy, 1973-1995*, New York, Routledge, 2002.
- BERRAH, Nouredine; LAMECH, Ranjit, y JIANPING, Zhao, *Fostering competition in China's power markets*, Washington, DC, World Bank, 2001, x, 78 p.
- BIDAUD, Laila, *La délimitation du marché pertinent en droit français de la concurrence*, Paris, Litec, 2001, iv, 700 pp.
- BISSOCOLI, Eugenio, «L'«eccezione finanziaria» alla definizione di concentrazione nella legge antitrust italiana ovvero una norma che necessita di revisione: due proposte per una modifica», *Diritto del commercio internazionale*, núm. 15.2, 2001, pp. 361-381.
- BLAISE, Jean-Bernard, «Influences croisées entre droits nationaux et droit communautaire de la concurrence: France», *Droits nationaux, droit communautaire: influences croisées*, 2000, pp. 31-39.
- BLOOM, Margaret, «A UK perspective on the europeanisation of national competition law», *Modernisation and decentralisation of EC competition law*, 2000, pp. 69-78.
- BOUTARD-LABARDE, Marie-Chantal, «Droit français et droit communautaire de la concurrence: points de divergence», *Les lundis du droit communautaire*, 1993.
- BRIDGEMAN, John S., «The new UK Competition Act», *Zukunft der Wettbewerbsordnung und des Kartellrechts*, 2001, pp. 63-72.
- BRODER, Douglas F., *Antitrust law desk book*, Gaithersburg, MD, Aspen Law & Business, 2001.
- CASSINIS, Paolo, y FATTORI, Piero, «Obiettivi della disciplina antitrust ed interessi dei consumatori: brevi considerazioni alla luce dell'esperienza italiana», FERNÁNDEZ LÓPEZ, Juan Manuel, «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», *Anuario de la Competencia 2000*, Madrid, Fundación ICO/Marcial Pons, 2001, pp. 215-231.
- CAVALAGLIO, Adelmo, «Un primo commento all'art. 106 del D. lgs. 270/99», *Rivista di diritto processuale*, anno LV, núm. 4, 2000, pp. 1111-1130.
- CERVENKA, Milan, y MATULNIK, Michal, «New legislation on competition law in the Slovak Republic», *29 International Business Lawyer*, 223 (2), May, 2001.
- CHING CHAO, Yang, *International and comparative competition laws and policies*, The Hague, Kluwer Law Internat., 2001.
- DALLE X, Giampaolo, «Il rapporto di tensione tra Costituzione, codice civile e legge antitrust», *Scritti giuridici in onore di Sebastiano Cassarino*, vol. I, 2001, pp. 481-498.
- DE PASQUALE, Patrizia, «Golden share all'italiana», *Diritto pubblico comparato ed europeo*, núm. III, 2000, pp. 1233-1236.

- DEGNBOL-MARTINUSSEN, John, *Policies, institutions, and industrial development: coping with liberalisation and international competition in India*, New Delhi; Thousand Oaks, Calif., Sage, 2001, 260 pp.
- DERIDDER, Lennart, y VERMEIR, Tim, «De liberalisering van de electriciteitsmarkt in België en Vlaanderen: de laatste regelgever doet het licht uit», *Rechtskundig weekblad*, 64e jaarg., núm. 20, 2000-2001, pp. 753-763.
- DERINGER, Arved, «Ukraine enacts modern competition law», *29 International Business Lawyer*, 227 (3), May, 2001.
- DEUTSCHLAND MONOPOLKOMMISSION, *Wettbewerbspolitik in Netzstrukturen: Hauptgutachten 1998/1999*, Monopolkommission, Baden-Baden, Nomos, 2000, 2 vols., 554 y 266 pp.
- DOBLER, Christian, «Entscheidungspraxis des Bundeskartellamtes: Kartellverbot», *Missbrauchsaufsicht, Fusionskontrolle, Schwerpunkte des Kartellrechts 1999*, 2000, pp. 35-49.
- DRAHOS, Michaela, *Convergence of competition laws and policies in the European Community: Germany, Austria, and the Netherlands*, The Hague, Kluwer Law International, 2001, xviii, 491 pp.
- DROLSHAMMER, Jens I., y RENTSCH, Rudolf, «Stand des Schweizer Wettbewerbsrechts im Jahr 2001», *Recht der internationalen Wirtschaft*, 47 Jahrg., 2001, Heft 12, pp. 912-922.
- EMMERICH, Volker, «Unlauterer Wettbewerb», *50 Jahre Bundesgerichtshof*, Bd. 2, 2000, pp. 627-645.
- ESTY, Daniel C., y GÉRADIN, Damien, *Regulatory competition and economic integration: comparative perspectives*, Oxford, Oxford University Press, 2001, xxxi, 433 pp.
- EVANS, David S., *Microsoft, antitrust and the new economy: selected essays*, Boston, Kluwer Academic Publishers, 2002.
- EWING, K. P., *Perspectives on fundamental antitrust theory*, Chicago, IL, American Bar Association, 2001.
- *Perspectives on the concepts of time, change, and materiality in antitrust enforcement*, Chicago, IL, American Bar Association, 2001.
- FEZER, Karl-Heinz, «Modernisierung des deutschen Rechts gegen den unlauteren Wettbewerb auf der Grundlage einer Europäisierung des Wettbewerbsrechts», *Wettbewerb in Recht und Praxis*, 47 Jahrg., 2001, 9, pp. 989-1022.
- FORSCHUNGSINSTITUT FÜR WIRTSCHAFTSVERFASSUNG UND WETTBEWERB (KÖLN) y FIW. SYMPOSIUM (33.: 2000: INNSBRUCK), *Zukunft der Wettbewerbsordnung und des Kartellrechts: Referate des XXXIII. FIW-Symposiums*, Köln, Heymann, 2001, vii, 98 pp.
- FRANCISCO, Manuela, «Le conflit entre la politique industrielle et la politique de concurrence au Portugal, dans le cadre de l'Union économique et monétaire», *Revue du marché commun et de l'Union européenne*, núm. 447, 2001, pp. 276-278.
- FURSE, Mark, «Monopoly price discrimination, article 82, and the Competition Act», *European Competition Law Review*, vol. 22, núm. 5, 2001, pp. 149-155.
- GODOLLE, Tamas, «New legislation on competition law in Hungary», *29 International Business Lawyer*, 219 (3), May, 2001.
- GORAN, Gelu, «Merger control review in Romania: a significant issue even for relatively small transactions», *29 International Business Lawyer*, 229 (2), May, 2001.
- GORGEMANNS, Thomas, «Mergers realized abroad under the merger control of the amended German Act Against Restraints of Competition», *34 International Lawyer*, Fall, 2000, pp. 1013-1031.

- GROVES, Peter, «Land arrangements under the Competition Act 1998», 22 *Business Law Review*, 78 (2), April, 2001.
- HAANS, JOOST, «The effects of the White Paper on the Dutch Competition Act», *Modernisation and decentralisation of EC competition law*, 2000, pp. 113-122.
- HAGIU Andrei, y PADILLA, Atilano Jorge, «Los Estados Unidos contra Microsoft: innovación, integración tecnológica y Derecho de la competencia», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 213, 2001, pp. 10-25.
- HARTLEY, James E., *2000 annual review of antitrust law developments*, Chicago, IL, American Bar Association, 2001.
- HEATH, Christopher, *The system of unfair competition prevention in Japan*, London, Kluwer Law International, 2001.
- HEFERMEHL, Wolfgang, y BAUMBACH, Adolf, *Wettbewerbsrecht: Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Zugabeverordnung, Rabattgesetz und Nebengesetze*, München, Beck, 2001, xli, 1.916 pp.
- HEILEMANN, John, *Pride before the fall: the trials of Bill Gates and the end of the Microsoft era*, New York, HarperCollins Publishers, 2001.
- HIGH, Jack, *Competition*, Cheltenham; Northampton, Mass., Elgar 2001, xlv, 501 pp.
- IDOT, Laurence, «A French point of view on the radical decentralisation of the implementation of Article 81 (1) and (3)», *European competition law annual 2000*, 2001, pp. 335-351.
- «Convergence dans les approches nationales?: règles de concurrence et régulations sectorielles», *La régulation des services publics en Europe*, 2000, pp. 377-438.
- ITALIA. AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO, *Concorrenza e autorità antitrust: un bilancio a 10 anni dalla legge: atti del convegno, Roma 9-10 ottobre 2000*, Roma, Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento per l'informazione e l'editoria, 2001, 235 pp.
- JIMÉNEZ LAIGLESIA, José M.^a, «El asunto Microsoft: competencia y tecnología», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 213, 2001, pp. 26-42.
- JOELSON, Mark R., *An International Antitrust Primer, A Guide to the Operation of the United States, European Union, and Other Key Competition Laws in the Global Economy*, second edition, Hardbound, 2001.
- KABAALIOGLU, Halûk A., «Turkish competition policy and the EC-Turkey customs union», *La politique communautaire de la concurrence face à la mondialisation et à l'élargissement de l'Union européenne = The Community competition policy in the face of globalisation and the enlargement of the European Union*, 2001, pp. 155-188.
- KARLSSON, Kent, y KOPONEN, Jonas, «Community law affecting "Networks" and its consequences for Sweden», *FIDE: XIX congress*, vol. II, 2000, pp. 403-459.
- KOPEL, David B., *Antitrust after Microsoft: the obsolescence of antitrust in the digital era*, Chicago, Heartland Institute, 2001.
- LA LAURENCIE, Jean-Patrice de, «L'évolution récente du contrôle des concentrations en France et en Italie: convergences et divergences avec le contrôle communautaire», *Antitrust between EC law and national law = Antitrust fra diritto nazionale e diritto comunitario*, 2000, pp. 245-272.
- LANGE, Knut Werner, *Handbuch zum deutschen und europäischen Kartellrecht*, Heidelberg, Recht und Wirtschaft, 2001, 586 pp.
- LEÓN, Ignacio de, *Latin American competition law and policy: a policy in search of identity*, The Hague, Kluwer Law International, 2001, 300 pp.

- LIBERTINI, Mario, «Caratteristiche della normativa antitrust e sistema giuridico italiano: un bilancio dei primi dieci anni di applicazione della legge 287», *Rivista del diritto commerciale*, anno XCVIII, núm. 11-12, pt. I, 2000, pp. 491-529.
- LIN, Yi-min, *Between politics and markets: firms, competition, and institutional change in post-Mao China*, Cambridge, New York, Cambridge University Press, 2001, xiv, 255 pp.
- LINDRUP, Garth, *Butterworths competition law handbook*, Londres, 2001, xii, 1.227 pp.
- MASCIOCCHI, Pierpaolo, *Concorrenza sleale e pubblicità ingannevole: alla luce della vigente normativa antitrust nazionale e comunitaria: legislazione, dottrina, giurisprudenza, adempimenti, formule, contratti, delibere del garante*, Roma, Jandi Sapi, 2000, xvii, 477 pp.
- MASTROIANNI, Roberto, «Osservazioni in merito alla effettività del sistema italiano di tutela "decentrata" del diritto comunitario della concorrenza», *Il diritto dell'Unione europea*, anno VI, núm. 1, 2001, pp. 78-93.
- MATSUSHITA, Mitsuo, «A Japanese view on the modernisation White Paper published by the European Commission», *European competition law annual 2000*, 2001, pp. 197-205.
- MCKENZIE, Richard B., *Trust on trial: how the Microsoft case is reframing the rules of competition*, Cambridge, MA, Perseus Publishing, 2001.
- MERKT, Benoît, *Harmonisation internationale et entraide administrative internationale en droit de la concurrence: droit du GATT/OMC, droit européen, accords bilatéraux et perspectives pour le droit suisse*, Bern, Lang, 2000, 450 pp.
- MORGAN, Thomas D., *Cases and materials on modern antitrust law and its origins. Modern antitrust law and its origins*, 2nd ed., St. Paul, Minn., West Group, 2001, xxxi, 918 pp.
- MÜLLER, Gereon, y STERNEFELD, Wolfgang, *Competition in syntax*, Berlin-New York, M. de Gruyter, 2001, 410 pp.
- NEUMANN, Manfred, *Competition policy: history, theory and practice*, Northampton, MA, Edward Elgar Pub., 2001.
- NÖLKENSMEIER, Horst, «Influences croisées entre droits nationaux et droit communautaire de la concurrence: Allemagne», *Droits nationaux, droit communautaire: influences croisées*, 2000, pp. 41-46.
- NORDIC COMPETITION POLICY CONFERENCE (3rd: 2000: Stockholm), *Fighting cartels: why and how?: the 3rd Nordic Competition Policy. Conference in Stockholm September 2000*, Stockholm, Konkurrensvetket, 2001, 202 pp.
- NORI, Lisa, «Aspetti problematici delle competenze antitrust della Banca d'Italia», *Il diritto dell'economia*, núm. 3, 2000, pp. 587-616.
- NOZICK, Robert, *The 2001 Annotated Competition Act*, Scarborough, Ont., Carswell, 2001, 517 pp.
- ORTIZ-ÁLVAREZ, Luis A., *Antitrust competencia y contencioso administrativo*, Caracas, Editorial Sherwood, 2001, 532 pp.
- PALLAORO, Mario, y BALCELLS, Josep M.^a, «Control de concentraciones económicas en el Derecho argentino», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 215, 2001, pp. 53-66.
- PAPATHOMA-BAETGE, Anastasia, «Regional integration of competition rules: a comparative analysis of European and Greek competition law», *European Business Organization Law Review*, vol. 1, núm. 3, 2000, pp. 561-583.
- PÉREZ MIRANDA, R., *Propiedad industrial y competencia en México*, México, 1994, 242 pp.

- PORCHIA, Ornella, *Il procedimento di controllo degli aiuti pubblici alle imprese: tra ordinamento comunitario e ordinamento interno*, Napoli, Jovene, 2001, ix, 323 pp.
- POSNER, Richard A., *Antitrust law*, 2nd ed., Chicago, University of Chicago Press, 2001.
- RIGUZZI, Maurizio, «Il D. lgs. n.º 18/1999 tra liberalizzazione e persistente protezionismo: il contenuto della legge», *La liberalizzazione dell'attività di assistenza aeroportuale a terra*, 2000, pp. 75-87.
- ROBINSON, Colin, *Utility regulation and competition policy*, Cheltenham, UK; Northampton, Mass., USA, E. Elgar Pub., 2002.
- RODGER, Barry J., y MACCULLOCH, Angus D., *The UK competition act: a new era for UK competition law*, Oxford, Hart, 2000, xlvii, 296 pp.
- RODGER, Barry J., «Interrelationship with Community competition law enforcement», *The UK Competition Act*, 2000, pp. 45-74.
- ROEMER, John E., *Political competition: theory and applications*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 2001, xii, 335 p.
- ROSIK, Premyslaw Kamil, «Development and implementation of competition rules in Poland-increasing the role of the Competition authority», *29 International Business Lawyer*, 225 (2), May, 2001.
- SAHLIN, Mona, «The new Swedish proposal on competition policy», *Fighting cartels*, 2001, pp. 23-28.
- SCUFFI, Massimo, «Italian antitrust law development and its links to the EC Treaty relative to the new market issues», *Towards a europeanised judiciary?*, núm. 2000, pp. 36-45.
- SHENEFIELD, John H., y STELZER, Irwin M., *The antitrust laws: a primer*, Washington, DC, AEI Press, 2001.
- SILVA, Miguel Moura e, «Prometeu agrilhado: breves reflexões sobre a justificação de concentrações no direito português da concorrência», *Revista jurídica*, nova série, núm. 23, 1999, pp. 181-189.
- SKOCZNY, Tadeusz, «Polish competition law in the 1990s: on the way to higher effectiveness and deeper conformity with EC competition rules», *European Business Organization Law Review*, vol. 2, núm. 3-4, 2001, pp. 777-793.
- STUYCK, Jules H. V., y VOGELAAR, Floris O. W., *Competition law in the EU and the Netherlands: a practical guide*, Deventer, Tjeenk Willink, 2000, x, 328 pp.
- SUZUKI, Kenji, *Competition law reform in Britain and Japan: comparative analysis of policy network*, New York, Routledge, 2002.
- SYMEONIDIS, George, *The effects of competition: cartel policy and the evolution of strategy and structure in British industry*, Cambridge, Mass., MIT Press, 2002.
- TESAURO, Giuseppe; D'ALBERTI, Marco, e ITALIA. AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO, *Regolazione e concorrenza, Autorità garante della concorrenza e del mercato*, Bologna, Il Mulino, 2000, 253 pp.
- TIZZANO, Antonio, «L'adeguatezza della normativa italiana alle sfide del prossimo decennio», *Concorrenza e autorità antitrust*, 2001, pp. 205-217.
- TONG-SONG, Cho; DONG-SUNG, Cho, y HWY-CHANG, Moon, *From Adam Smith to Michael Porter: evolution of competitiveness theory*, Singapore; River Edge, NJ, World Scientific Pub., 2001, xvii, 223 pp.
- TÓTH, Tihamér, «The experiences of associated countries: the case of Hungary», *European competition law annual 1999*, 2001, pp. 647-666.
- VOGELAAR, Floris O. W.; STUYCK, Jules H. V., y REEKEN, Bart L. P. van, *Competition law of the EU, its Member States and Switzerland*, The Hague, Kluwer; Deventer, Tjeenk Willink, 2000, xvi, 858 pp.

- VOLKAI, János, «Solutions to the unconstitutionality of the EC-Hungary antitrust cooperation regime: anti-trust or antitrust cooperation?», *The Columbia journal of European law*, vol. 6, núm. 3, 2000, pp. 321-359.
- WAELEBROECK, Michael, y STUYCK, Jules H. V., «Competition law in the European Community», *Competition law in the EU, its Member States and Switzerland*, 2000, pp. 1-150.
- WELLS, Wyatt C., *Antitrust and the formation of the postwar world*, New York, Columbia University Press, 2001.
- WILLIAMS, Mark, «Competition law developments in China», *Journal of Business Law*, mayo 2001, pp. 273-298.
- WILLIS, Peter R., *The Competition Act 1998: a guide for businesses*, 2nd ed., London, LLP, 2001, xxx, 536 pp.
- WILTSCHKE, Lothar, «Wettbewerbs- und Markenrecht in Österreich: eine Übersicht über die im Jahr 2000 veröffentlichten Entscheidungen», *Wettbewerb in Recht und Praxis*, 47 Jahrg., 2001, Heft 7, pp. 750-771.
- WISZNIEWSKA-BIAŁECKA, Irena, «Novellierung des polnischen Gesetzes über die Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs», *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht. Internationaler Teil*, vol. 50, 2001, Heft 3, pp. 213-219.
- WOLLMANN, Hanno, «Developments in national competition laws (April 1-July 31, 2000)», *Wirtschaft und Wettbewerb*, 50 Jahrg., 2000, Heft 9, pp. 877-883.
- ZINSER, Alexander, «Das neue polnische Kartellgesetz», *Wirtschaft und Recht in Osteuropa*, 10 Jahrg., 2001, Heft 11, pp. 321-325.

1. UNION EUROPEA

SÉPTIMA PARTE

DIRECCIONES DE INTERNET

Alemania: Bundeskanzleramt

<http://www.bundeskanzleramt.de>

Alemania:

<http://www.bundeskanzleramt.de>

Alemania: Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit

<http://www.bmwi.de>

Bélgica: Ministère des Classes Commerciales, Département de l'Économie

http://www.minfoc.be/intergouvernementale/eng/eng_1_111

Dinamarca: Erhvervsministeriet

<http://www.ert.dk/indhold/indhold.asp>

España: Secretaría General de Política Económica y Hacienda de la Administración

<http://www.segpa.es/segpa/segpa.asp>

Francia: Service de Défense de la Concurrence

<http://www.mercato.es/segpa/segpa.asp>

Francia: Tribunal de Défense de la Concurrence

<http://www.mercato.es>

Francia: Ministry of Economic Affairs, Competition, Consumer and Fraud Policy Issues

<http://www.emploi.gouv.fr/emploi>

Francia: Ministère des Classes Commerciales, Département de l'Économie

<http://www.minfoc.be>

Francia: Mission de l'Économie des Professions et de l'Industrie, Comité de la Concurrence

<http://www.mercato.es/segpa/segpa.asp>

Francia: La Dirección General de la Concurrencia de la Comunidad Económica y de la República de Francia

<http://www.mercato.es/segpa/segpa.asp>

1. UNIÓN EUROPEA

Alemania: Bundeskartellamt

<http://www.bundeskartellamt.de/>

Alemania: Monopolkommission

<http://www.monopolkommission.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/organizationmarket/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

Finlandia: Kilpailuvirasto. Finnish Competition Authority

<http://www.kilpailuvirasto.fi/>

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/minEFI/entreprise/concurrence/index.htm>

Grecia: Ministry of Economy and Finance

<http://www.mnec.gr>

Holanda: Nederlandse Mededingingsautoriteit

<http://www.nma-org.nl/>

Irlanda: The Competition Authority

<http://www.tca.ie/>

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/>

<http://www MMC.gov.uk>

Reino Unido: Office of Fair Trading

<http://www.offt.gov.uk/>

Suecia: Konkurrentverket

<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

Estonia: Competition Board

<http://www.konkurentsiamet.ee>

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/>

Latvia: Competition Council

<http://www.competition.lv>

Lituania: Competition Council

<http://www.konkuren.lt/english/index.htm>

Malta: Ministry for Economic Services

<http://www.magnet.mt/>

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/reader/>

República Checa: Office for the protection of competition
<http://www.compet.cz>

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, la Desregulación y la Defensa del Consumidor
<http://www.mecon.gov.ar/secdef/>

Argentina: Comisión Nacional de Defensa de la Competencia
<http://www.mecon.gov.ar/cndc/home.htm>

Brasil: Conselho Administrativo de Defesa Econômica
<http://www.cade.gov.br/>

Canadá: Competition Bureau
<http://competition.ic.gc.ca/>
<http://strategis.ic.gc.ca/SSG/ct01250e.html>

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://www.minecon.cl/minecon/fiscalia.html>

Ecuador: Ministerio de Economía y Finanzas
<http://minfinanzas.ec-gov.net/>

Estados Unidos de América: US Department of Justice DOJ. Antitrust Division
<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 FTC
<http://www.ftc.gov/ftc/antitrust.htm>

Jamaica: Fair Trading Commission

<http://www.jftc.com>

México: Comisión Federal de Competencia

<http://cfc.gob.mx/>

Nicaragua: Ministerio de Fomento, Industria y Comercio

<http://www.mific.gob.ni>

Panamá: Comisión de Libre Competencia y Asuntos del Consumidor (CLICAC)

<http://clicac.gob.pa>

Perú: Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual

<http://www.indecopi.gob.pe/>

Venezuela: Procompetencia. Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia

<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/english/htm1/index.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: Ministry of Economic Development

<http://www.med.govt.nz/>

Nueva Zelanda: Commerce Commission

<http://www.comcom.govt.nz/>

Tailandia: Business Competition Bureau

<http://www.dit.go.th>

Taiwan: Fair Trade Commission

<http://www.ftc.gov.tw/>

5. ÁFRICA

Sudáfrica: Competition Commission

<http://compcom.co.za>

Sudáfrica: Competition Tribunal

<http://comptrib.co.za>

6. ORGANIZACIONES INTERNACIONALES

APEC: Asia-Pacific Economic Cooperation. Competition and Regulatory Reform

<http://www.apecsec.org.sg/>

APEC: Competition Policy and Law Database

<http://www.apeccp.org.tw/>

Comunidad andina: Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú, Venezuela

<http://www.comunidadandina.org/>

EFTA: European Free Trade Association

<http://www.efta.int/structure/main/index.html>

FTAA-ALCA: Área de Libre Comercio de las Américas

<http://www.ftaa-alca.org/>

IEA: International Energy Agency

<http://www.iea.org>

OAS: Organización de Estados Americanos: Trade Unit

<http://www.sice.oas.org/>

OECD: Organisation for Economic Co-operation and Development. Competition and Regulatory Reform. Home Competition Law and Policy

<http://www.oecd.org/>

OECD: Annual Reports on Competition Law and Policy in OECD Countries

<http://www1.oecd.org/daf/clp/annrep.htm>

UE: Unión Europea. Dirección General de Competencia de la Comisión Europea

<http://europa.eu.int/comm/competition/>

UNCTAD: Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo

<http://www.unctad.org/sp/sphome.htm>

WTO: Organización Mundial del Comercio. World Trade Organization

<http://www.wto.org/>

7. OTRAS DIRECCIONES DE INTERÉS

ABA: American Bar Association. Antitrust Section

<http://www.abanet.org/antitrust/home.html>

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>

The Antitrust Case Browser

<http://www.antitrustcases.com/>

Findlaw

<http://lawecon.lp.findlaw.com/>

7. OTRAS DIRECCIONES DE INTERNET

AFRICA

African Union
http://www.africanunion.org

African Law and Economic Review
http://www.africanlawandeconomicreview.com

OTRAS OBRAS PUBLICADAS

ANUARIO DE LA COMPETENCIA 1996

Lluís Cases (dir.)

ANUARIO DE LA COMPETENCIA 1997

Lluís Cases (dir.)

ANUARIO DE LA COMPETENCIA 1998

Lluís Cases (dir.)

ANUARIO DE LA COMPETENCIA 1999

Lluís Cases (dir.)

ANUARIO DE LA COMPETENCIA 2000

Lluís Cases (dir.)

TRATADO SOBRE DERECHO DE MARCAS

Carlos Fernández-Nóvoa

LA CONCENTRACIÓN DE LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN SOCIAL EN LOS DERECHOS ESPAÑOL Y COMUNITARIO

Fernando Adolfo de Abel Vilela

TEXTOS BÁSICOS DE DERECHO PRIVADO EUROPEO. RECOPILACIÓN

Presentación y coordinación de la edición española, estudio preliminar y anotaciones de Derecho español y europeo de Esther

Arroyo i Amayuelas

Reiner Schulze

Reinhard Zimmermann

DERECHO PÚBLICO DE LA COMPETENCIA

José Eugenio Soriano García

LA PRESENTACIÓN COMERCIAL

DEL EMPRESARIO

M.ª Cristina Fernández Fernández

LA SOCIEDAD DE INVERSIÓN MOBILIARIA DE CAPITAL VARIABLE (SIMCAV)

Francisco Tusquets Trías de Bes

Fundación



9 788472 489783