

UNIVERSITAT DE VALÈNCIA
COMPETÈNCIA

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 2



Fundación



Fundación



 Marcial
Pons

El Anuario de la Competencia 2002

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

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 2002, 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 2002, 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

2002

ANUARIO DE LA COMPETENCIA

2002

ANUARIO DE LA COMPETENCIA

2002

MARCELINO
DÍAZ

ANUARIO DE LA COMPETENCIA
2002

ANUARIO DE LA COMPETENCIA
2002

ANUARIO DE LA COMPETENCIA 2002

Dirección

Lluís CASES

*Profesor Titular de Derecho Administrativo
Universidad Autónoma de Barcelona*

Socio Garrigues, Abogados y Asesores Tributarios

Colaboran en el Anuario de la Competencia 2002

Juan José ÁLVAREZ RUBIO

*Catedrático de Derecho Internacional Privado
Universidad del País Vasco*

Luis BERENGUER

*Diputado al Parlamento Europeo
Ex Vicepresidente del Tribunal
de Defensa de la Competencia*

Joan Ramon BORRELL

*Profesor de Economía Aplicada
Investigador del Grupo de Investigación en Políticas
Públicas y Regulación Económica del Departamento
de Política Económica de la Universitat de Barcelona*

Nadia CALVIÑO

*Subdirectora General de Concentraciones
Servicio de Defensa de la Competencia*

Antón COSTAS

*Catedrático de Política Económica
Director del Grupo de Investigación en Políticas Públicas
y Regulación Económica del Departamento de Política
Económica de la Universitat de Barcelona*

Julio COSTAS COMESAÑA

*Profesor Titular de Derecho Mercantil
Universidade de Vigo*

Joan Carles COSTAS I TERRONES

*Director General de Defensa de la Competencia
de la Generalitat de Catalunya*

Marta DELGADO

*Departamento de Competencia y Regulación
Jones Day Madrid*

Blanca ESCRIBANO

*Departamento de Competencia y Regulación
Jones Day Madrid*

Cani FERNÁNDEZ

*Abogado
Cuatrecasas*

Juan Manuel FERNÁNDEZ LÓPEZ

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

Carlos GÓRRIZ

*Profesor Titular de Derecho Mercantil
Universidad Autónoma de Barcelona*

Antonio GUERRA FERNÁNDEZ

*Asesor del Presidente del Tribunal
de Defensa de la Competencia*

Javier GUILLÉN CARAMÉS

*Doctor en Derecho
Profesor de Derecho
Administrativo
Universidad Rey Juan Carlos*

José María JIMÉNEZ LAIGLESIA

*Abogado
Jones Day Madrid*

Juan JIMÉNEZ LAIGLESIA

*Abogado
Jones Day Madrid*

Fernando JIMÉNEZ LATORRE

*Director General de Defensa de la Competencia
Secretaría de Estado de Economía
Ministerio de Economía*

Valentine KORAH

*Professor emeritus of Competition Law at University
College London
Visiting Professor College of Europe
and at Fordham law School*

Isabel LÓPEZ GÁLVEZ

*Subdirección General de Concentraciones
Dirección General de Defensa de la Competencia*

Francisco MARCOS

*Profesor de Derecho Mercantil
Instituto de Empresa*

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*

Amadeo PETITBÒ JUAN

*Catedrático de Economía Aplicada
Universidad Complutense de Madrid*

Jesús RUBÍ NAVARRETE

*Subdirección General APD
Ex vocal del Tribunal de Defensa de la Competencia*

Gonzalo SOLANA GONZÁLEZ

Presidente del Tribunal de Defensa de la Competencia

Anxo TATO PLAZA

*Catedrático de Derecho Mercantil
Universidade de Vigo*

Francisco URÍA FERNÁNDEZ

*Abogado del Estado
Subsecretario de Hacienda*

SUMARIO

ANUARIO DE LA COMPETENCIA 2002

DIRECCIÓN

LLUÍS CASES

Profesor Titular de Derecho Administrativo
Universidad Autónoma de Barcelona
Socio Garrigues, Abogados y Asesores Tributarios

Fundación ICO

MARCIAL PONS, EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES, S. A.
MADRID 2003 BARCELONA

SUMARIO

	<i>Pág.</i>
PRESENTACIÓN (Presidente ICO).....	11
La competencia en España. 2002 (Lluís CASES).....	13
PRIMERA PARTE. ESTUDIOS	
Comentarios sobre iniciativas recientes de cooperación institucional a nivel internacional en el campo de la defensa de la competencia (Gonzalo SOLANA GONZÁLEZ).....	27
Líneas actuales de la política de competencia en España (Fernando JIMÉNEZ LATORRE).....	39
Hacia una red de defensa de la competencia en España (Joan Carles COSTAS I TERRONES).....	47
Algunas reflexiones para el debate sobre el tratamiento de las eficiencias en el análisis de las concentraciones empresariales (Nadia CALVIÑO).....	67
Réquiem por el Reglamento 17 (Luis BERENGUER FUSTER).....	93
Contratos de las Administraciones Públicas y defensa de la competencia (Francisco URÍA FERNÁNDEZ).....	131
La creación de estructuras anticompetitivas en los mercados públicos (Cani FERNÁNDEZ y Amadeo PETITBÒ).....	157
Refusal to supply or license (Valentine KORAH).....	173
La política europea de control de concentraciones en entredicho: el caso Airtours/First Choice (Joan-Ramon BORRELL y Antón COSTAS).....	203
La revisión del análisis comunitario europeo de concentraciones horizontales. Una primera aproximación al Proyecto de Comunicación (PC) de la Comisión Europea relativa a la evaluación de las concentraciones horizontales con arreglo al Reglamento 4064/89 del Consejo sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas (Juan JIMÉNEZ LAIGLESIA y José M. ^a JIMÉNEZ LAIGLESIA).....	221
La nueva regulación europea general de las restricciones verticales de la competencia (Julio PASCUAL Y VICENTE).....	241
El fútbol, la televisión y... las normas de la competencia (Antonio GUERRA FERNÁNDEZ).....	301

	<u>Pág.</u>
Cuestiones que plantea la aplicación en España de programas de arrepentimiento, en defensa de la competencia (Mercedes PEDRAZ)	327
La caducidad del procedimiento administrativo en materia de defensa de la competencia (Juan Manuel FERNÁNDEZ LÓPEZ y Jesús RUBÍ NAVARRETE)	339
Mecanismos de remisión entre la Comisión Europea y las autoridades nacionales de defensa de la competencia (Isabel LÓPEZ GÁLVEZ).....	363

SEGUNDA PARTE. COMENTARIOS DE RESOLUCIONES Y SENTENCIAS

Los códigos de conducta ante el Derecho de defensa de la competencia (Comentario a la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 19 de diciembre de 2002, Expt. 319/02, «Código de Publicidad de Tabaco») (ANXO TATO PLAZA)	389
Derecho comunitario de la competencia y retransmisiones deportivas: perspectivas del mercado televisivo ante la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 8 de octubre de 2002 (Juan José ÁLVAREZ RUBIO).....	399
Control <i>antitrust</i> de la prohibición colegial de colaboración integrada entre abogados y auditores (Comentario a la STJ de 19 de febrero de 2002, asunto C-309/99, <i>Wouters</i> (Julio COSTAS COMESAÑA).....	413
EchoStar/DirectTV: la fusión frustrada entre las plataformas norteamericanas de televisión de pago por satélite. Competencia frente a regulación y la defensa del interés público (Marta DELGADO y Blanca ESCRIBANO)....	429
El alcance del control ejercido por las autoridades nacionales de los Estados Miembros sobre las decisiones de verificación de los órganos comunitarios de defensa de la competencia (A propósito de la Sentencia ROUETTE FRÈRES del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 22 de octubre de 2002) (Javier GUILLÉN CARAMÉS).....	451
Distribución por Internet y Derecho de defensa de la competencia (Carlos GÓRRIZ)	473
Los precios de abogados y procuradores frente al Derecho de la competencia: ¿un formalismo excesivo? Comentario de la STJCE Arduino (C-35/99) y de la RTDC Procuradores (477/1999) (Francisco MARCOS) ...	507

TERCERA PARTE. RESOLUCIONES Y SENTENCIAS DICTADAS

Servicio de Defensa de la Competencia, Ministerio de Economía y Consejo de Ministros	537
Tribunal de Defensa de la Competencia.....	543
Audiencia Nacional	565
Tribunal Supremo	571

	<u>Pág.</u>
Comisión Europea	575
Tribunal de Primera Instancia.....	583
Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas	595

CUARTA PARTE. NOVEDADES NORMATIVAS

Legislación española.....	605
Legislación comunitaria	625

QUINTA PARTE. DOCUMENTACIÓN

The single energy market: the relationship between competition policy and regulation (Mario MONTI).....	639
The Commission's position within the network (Alexander SCHAUB).....	649
Is it time for an International Agreement on Antitrust?» (Jean-François PONS).....	659
Los cárteles intrínsecamente nocivos internacionales y la cooperación en el contexto de un acuerdo marco de la OMC sobre la competencia (Organización Mundial del Comercio).....	669
Report on the nature and impact of hard core cartels and sanctions against cartels under national competition laws (OECD)	679

SEXTA PARTE. BIBLIOGRAFÍA

España.....	713
Unión Europea.....	718
Derecho comparado	754

SÉPTIMA PARTE. DIRECCIONES DE INTERNET

Unión Europea.....	761
Europa no comunitaria	762
América.....	763
Asia y Australia	764
África.....	765
Organizaciones internacionales.....	765
Otras direcciones de interés	766

PRESENTACIÓN

Con la presente publicación del Anuario de la Competencia 2002 se cumple el séptimo año de participación de la Fundación ico en la labor de apoyo a la reflexión sobre las políticas que se están llevando a cabo en materia de competencia.

Desde el comienzo de la publicación del Anuario, la economía española ha participado activamente en el proceso de globalización en que se encuentra la economía mundial y, más específicamente, en la puesta en marcha de la Unión Monetaria Europea. Durante este período, la Política de Defensa de la Competencia ha adquirido una especial importancia debido a su papel de garante del buen funcionamiento del mercado y del cumplimiento de las reglas del juego por parte de todos los agentes que intervienen en el mismo. Asimismo, estas políticas cumplen un papel decisivo como instrumento para el correcto funcionamiento de la economía y el control de los precios a largo plazo.

En este sentido, en los últimos años se han producido importantes acontecimientos en materia de defensa de la competencia. El primero de ellos fue la publicación del Real Decreto-ley 6/1999, de Medidas Urgentes de Liberalización e Incremento de la Competencia en Materia de Control de Concentraciones. Un segundo hecho relevante fue la aprobación de la Ley 52/1999, de 28 de diciembre, de reforma de la Ley de Defensa de la Competencia que culminó el proceso iniciado con el Real Decreto-ley 6/1999 de profundización en la liberalización de los mercados.

Las aportaciones que se realizaron durante el año 2000 tuvieron por objetivo consolidar este proceso con la aprobación del Real Decreto-ley 6/2000, de 23 de junio, sobre Medidas Urgentes de Intensificación de la Competencia en los Mercados de Bienes y Servicios, con el objetivo de acelerar las reformas estructurales que adaptaran los mercados a la apertura, liberalización y aumento de la competencia que se derivaba de la Unión Monetaria Europea. La principal novedad de 2001 fue la aprobación del Reglamento de Control de Concentraciones (Real Decreto 1443/2001) que aportó transparencia al procedimiento y lo ha adaptado a las reformas de la Ley de Defensa de la Competencia de los últimos años.

En 2002 se ha producido un importante avance en el marco institucional, que persigue facilitar la aplicación descentralizada de la Ley de Defensa de la Competencia, con la entrada en vigor de la Ley 1/2002, de Coordinación

de las Competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia.

Sin embargo, es en el ámbito de la Unión Europea donde se están realizando los mayores esfuerzos en esta materia, que han culminado con la publicación del Reglamento (CE) núm. 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los arts. 81 y 82 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea. Aunque este nuevo marco normativo entrará en vigor en mayo de 2004, en este momento se está trabajando en las cuestiones relacionadas con la aplicación del nuevo sistema para lograr que el funcionamiento en la asignación de casos y en el intercambio de la información sea lo más ágil y eficiente posible.

Esta edición del Anuario de la Competencia correspondiente al año 2002 contiene las secciones habituales sobre estudios, legislación y jurisprudencia, documentación y bibliografía que suponen una inestimable fuente de información para la investigación. Además, el Anuario se ha enriquecido con un nuevo apartado que selecciona las direcciones de Internet más importantes en materia de competencia en todo el mundo.

Para terminar, la Fundación ICO desea agradecer las brillantes aportaciones de los autores que han participado en su publicación y, de manera especial, felicitar al profesor Lluís CASES por su inestimable trabajo en la dirección del Anuario de la Competencia 2002.

Ramón AGUIRRE

Presidente de la Fundación ICO

LA COMPETENCIA EN ESPAÑA. 2002

Lluís CASES

Director del *Anuario de la Competencia*

Socio Garrigues, Abogados y Asesores Tributarios

1. LA CONTRATACIÓN PÚBLICA Y LAS NORMAS DE COMPETENCIA

Los análisis y reflexiones derivados de la incidencia de las normas de competencia alcanzan en la actualidad a ámbitos de la actividad económica hace unos años insospechados. En este sentido no hay ninguna duda que desde el año 1989 se ha incrementado notablemente la reflexión desde el prisma de la competencia en distintos sectores de actividad económica y regulaciones públicas. La contratación pública, que constituye una cuestión clave en el funcionamiento de nuestro sistema económico, configurando, sin duda, una política económica, y que se articula en la actualidad principalmente en el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, no ha de quedar al margen de esta reflexión.

El *Anuario de la Competencia 2002* muestra la necesidad de esta reflexión con dos aportaciones relevantes, una de Francisco URÍA y otra de Amadeo PETITBÒ y Cani FERNÁNDEZ. Con ello el *Anuario* prácticamente inicia una reflexión que estaba pendiente en nuestro ordenamiento y en la que seguro se profundizará en los próximos meses.

Una primera aproximación a la reflexión acerca de la incidencia de las normas de competencia en la contratación pública ofrece en nuestra opinión, en términos generales, cuatro vertientes diferenciadas: acerca del cumplimiento de las normas de competencia en los procesos de licitación pública; la configuración del objeto de licitación; la incidencia en la adopción de la decisión; la revisión de los procesos de licitación pública.

La primera es fruto de una revisión de las resoluciones del TDC de los últimos años. No son muchas, pero existen distintas resoluciones que versan sobre prácticas restrictivas cometidas en procesos de licitación pública. También en otros sistemas de protección de la competencia se pueden localizar casos en el marco de licitaciones públicas. Un buen ejem-

plo de ello lo encontramos en *New York v. Hendrickson Bros., Inc.*¹, donde el Departamento de Transporte del Estado de New York planteó que varias empresas acordaron presentar ofertas concertadas no competitivas en distintas licitaciones de obras para la construcción de autopistas.

En España, a título de ejemplo, puede verse la Resolución del TDC de 30 de septiembre de 1998², que, en sus aspectos sustanciales, ha sido considerada procedente por la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 16 de enero de 2002.

En este marco puede ser oportuno pensar acerca de la oportunidad de incrementar el compromiso de las entidades adjudicatarias en el pleno respeto de las normas de competencia por parte de las empresas participantes en la licitación pública. Podemos recordar, en este sentido, que en la referida Resolución se da cuenta de que la práctica por parte de operadores económicos de igualación absoluta de precios en procesos de subasta se había producido en numerosos concursos con carácter previo al traslado del caso a las autoridades de competencia. Afirma la Resolución:

«Otro tanto cabe decir de la actuación del SAS que ha presenciado impasible la aparente concertación de precios durante varios años y solamente en el año 1995, cuando la coincidencia de precios se produce por encima del precio máximo de licitación y el concurso queda desierto, denuncia los hechos ante el Servicio. Si tal denuncia hubiera tenido lugar en la primera ocasión en la que se produjo la coincidencia de precios, la práctica hubiera sido corregida con anterioridad y posiblemente no se hubiera dado lugar a la anómala situación del concurso de 1995, con la necesidad de declararlo desierto y una segunda convocatoria por procedimiento negociado.»

La autoridad contratante no puede asumir y permitir la existencia de prácticas restrictivas de la competencia por parte de los licitadores, aunque puedan inicialmente generar una oferta conforme a sus intereses mediatos. Más allá de cuestiones de legalidad intrínseca del comportamiento de los operadores económicos, que no de la decisión administrativa final adjudicatoria, el interés general y el suyo propio a mayor distancia requieren de forma ineludible que cualquier proceso de contratación pública cumpla por completo las exigencias de las normas de competencia.

Igualmente, para el más eficiente funcionamiento de los mercados podría contemplarse la necesidad de disponer de forma expresa de consecuencias efectivas para la capacidad de contratar de todos aquellos que con carácter previo han incurrido en prácticas restrictivas de la competencia. La imputación de una conducta ilícita en materia de competencia,

¹ 840 F. 2d 1065 (2d. Cir.), *cert denied*, 109 S. Ct. 128 (1988).

² Expte. 395/97, Vacunas Antigripales.

seguramente mediante sentencia firme, podría constituir de forma expresa una causa de prohibición de contratar con las administraciones públicas.

Asimismo, también cabría plantear que las administraciones públicas afectadas por la colusión de los operadores económicos emprendieran acciones para obtener el resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados. Es evidente que estas acciones, que tienen la conocida dificultad temporal del art. 13 de la LDC, pueden encontrar alguna complejidad en determinar los daños. A título de mero ejemplo, resultan interesantes las consideraciones del tribunal norteamericano en el caso *New York v. Hendrickson Bros., Inc.* anteriormente citado:

«Cuando, sin embargo, hay una falta de información sobre la afectación que en el mercado produce la acción de los demandados, la carga de la prueba del demandante es, hasta cierto punto, aclarada porque “sería una perversión fundamental de los principios de justicia denegar una medida a la persona perjudicada y, por tanto, librar al infractor de corregir sus actos”³. Aunque no se permite al jurado basar la determinación de los daños en especulaciones o adivinanzas, está habilitado para elaborar una estimación razonable del daño en base a los datos relevantes y emitir su veredicto. En tales circunstancias “se permite a los jurados que actúen sobre hechos probables o inferibles, así como sobre pruebas directas y positivas”. Cualquier otra regla permitiría al infractor beneficiarse de su infracción a expensas de su víctima. Sería una inducción a cometer infracciones tan completas y efectivas que en todos los casos excluyera la recuperación al dejar la cuantificación de los daños indeterminada. La imposibilidad de su determinación significaría que cuando más gravosa fuera la infracción, menos probable sería una recuperación»⁴.

La segunda vertiente es de corte más general y no de estricto y formal cumplimiento de las normas de competencia. Consiste en reflexionar acerca de la incidencia de las normas de competencia en la configuración del objeto de la licitación pública.

La cuestión consiste en configurar la concreta licitación pública de forma que posibilite la existencia de cuanta más competencia posible. Ello, sin duda, requiere un análisis caso por caso y con un componente esencialmente económico en base al conocimiento del objeto del concurso y del mercado potencialmente interesado en el mismo. El objetivo no sería otro que configurar los objetos de los procesos de licitación de la forma que pueda existir y exista una mayor competencia entre los operadores económicos interesados. Seguramente ello pasa por analizar el tamaño y entidad del objeto de los contratos y su naturaleza económica para determinar la viabilidad de una concreta opción.

La tercera vertiente va referida a la oportunidad de incorporar un análisis de competencia en la decisión de adjudicación, que culmina el

³ *Story Parchment Co. v. Paterson Parchment Paper Co.*, 282 US 555, 563 (1931).

⁴ En este caso, a partir de las estimaciones de los costes de las obras y de las propuestas establecidas por las empresas el tribunal determinó que los daños ascendían a 2.485.000 dólares. En aplicación de las normas norteamericanas, las empresas tuvieron que pagar esa cifra multiplicada por tres.

proceso de licitación. En la actualidad, esta decisión se fundamenta en, de acuerdo con las previsiones del pliego regulador del proceso, determinar la opción más interesante para el interés público, cuya articulación corresponde al ente público adjudicador. No corresponde al poder adjudicador un juicio acerca de la situación de competencia en el mercado, ya sea previa o posterior a su decisión. Sin embargo, su decisión tiene o puede tener muy importantes efectos sobre la competencia en el mercado. Es evidente que se trata de una cuestión compleja. En este *Anuario*, PETITBÒ y FERNÁNDEZ introducen la oportunidad de celebrar con carácter previo a la adjudicación un análisis de competencia. Es evidente, en todo caso, que se puede suscitar una controversia entre el interés público que ostente el ente adjudicador (que pasa por adjudicar el contrato al operador que ha efectuado la mejor proposición) y el interés público más global de mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado.

Finalmente, existe una cuarta vertiente que gira alrededor de las normas reguladoras de la contratación pública. El objetivo de esta vertiente, de la que es un excelente ejemplo la aportación de URÍA en este *Anuario*, es analizar los distintos aspectos que caracterizan la contratación desde la óptica de la competencia. La cuestión en términos globales y generales es simple. Se trata de conseguir que las normas reguladoras de la contratación pública no generen o generen lo menos posible restricciones a la competencia entre los operadores económicos.

Desde la óptica de que un proceso competitivo asegurará la mejor opción a la entidad pública contratante, es oportuno revisar las normas de contratación para conseguir en cada caso el escenario competitivo óptimo. La competencia no ha de ser el fin. El fin ha de ser obtener la mejor contratación para la administración pública. La competencia puede ser el medio para conseguir este fin.

2. LA CRISIS DE LA AUTORIZACIÓN SINGULAR

La aprobación del Reglamento (CE) núm. 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los arts. 81 y 82 del Tratado, supone un hito muy destacable para el Derecho comunitario de la competencia.

El agotamiento de la virtualidad del Reglamento núm. 17 del Consejo, de 6 de febrero de 1962, primer reglamento de aplicación de los arts. 81 y 82 del Tratado, era evidente. Tras más de cuarenta años de vigencia el Reglamento 17 había devenido un instrumento que debía ser revisado. La larga experiencia de funcionamiento de la Comisión como administración pública aplicadora del Derecho de la competencia, los numerosos pronunciamientos jurisdiccionales sobre cuestiones procedimentales y derechos de defensa de las empresas, el incremento de la madurez del mercado ante las normas de competencia, el cuestionamiento del papel de las autoridades de los Estados miembros, entre otras cuestiones, gene-

ran la oportunidad de revisar la pieza normativa esencial de la aplicación del Derecho comunitario de la competencia. Luis BERENGUER analiza con detalle en este *Anuario* las implicaciones del nuevo Reglamento.

Aspectos institucionales, cuestiones procedimentales, potenciación del papel de las autoridades de los Estados miembros son cuestiones relevantes en las que incide el Reglamento 1/2003. No obstante, consideramos que incorpora un cambio profundo y radical, incluso revolucionario, en la forma de entender el posicionamiento de las empresas y de las administraciones públicas en materia de competencia. Nos referimos a la sustitución de la autorización singular por el concepto de excepción legal.

El art. 1.2 del Reglamento es claro:

«Los acuerdos, decisiones y prácticas concertadas contemplados en el apartado 1 del art. 81 del Tratado que reúnan las condiciones del apartado 3 de dicho artículo no están prohibidos, sin que sea necesaria decisión previa alguna a tal efecto.»

El cambio respecto a la situación anterior es extraordinario. El operador económico no debe requerir una autorización singular a la Comisión Europea para desarrollar una práctica restrictiva en la que concurren las condiciones del apartado 3 del art. 81.

El Libro Blanco de la Comisión Europea sobre la modernización de las normas de aplicación de los arts. 85 y 86 del Tratado CE de 1999, origen básico del nuevo Reglamento, analiza con detalle este cambio de enfoque. A nuestro entender, el Libro Blanco focaliza en exceso el fundamento del cambio de enfoque en la falta de medios de la Comisión para responder de forma adecuada la cantidad ingente de notificaciones de autorización singular que recibe. Ciertamente, la gestión de las notificaciones de autorización singular por parte de la Comisión había generado una cierta insatisfacción, que podríamos calificar de prácticamente generalizada. Como reconoce la Comisión en el Libro Blanco, «en la actualidad se cierran informalmente más del 90 por ciento de los asuntos de notificación (carta administrativa o simple archivo del asunto)».

La situación de dificultad en la gestión adecuada de las demandas de obtener una autorización singular de los operadores económicos podría haberse incrementado notablemente en el momento de la ampliación de la Comunidad Europea. Si en la situación actual la gestión planteaba ciertas dudas, es evidente que la ampliación podía haber provocado, caso de mantenerse la estrategia de gestión, un colapso evidente.

No obstante, por importantes que sean los problemas de gestión de la regulación vigente éstos no pueden constituir el fundamento de una reforma de la entidad del Reglamento 1/2003 en esta materia.

La reforma supone una nueva definición del enfoque de las relaciones entre operadores económicos y administración pública en materia de competencia. Este nuevo enfoque, a su vez, no se puede desconectar, a nuestro

entender, de un marco más global de liberalización en el sentido de revisión de las restricciones administrativas a la puesta en práctica de las decisiones empresariales. No hay un cambio normativo material. De forma resumida, lo que está prohibido sigue estando prohibido y lo que es posible realizar sigue siendo posible. La cuestión es de enfoque de las relaciones entre los operadores económicos y la administración pública. No es posible ya esperar que la Comisión Europea dictamine acerca de la bondad de la conducta desde la perspectiva de su autorizabilidad. Cada operador económico ha de enjuiciar su conducta y adoptar las decisiones que responsablemente estime pertinentes.

Este nuevo enfoque requiere, seguramente incluso desde las ópticas más liberales, un acompañamiento, ya que el mercado requiere de instituciones que den confianza y seguridad para la toma de decisiones por parte de los operadores económicos. En este sentido, la Comisión entiende que existen mecanismos que dotan al sistema de la necesaria seguridad jurídica. Entre otros, cabe destacar la larga tradición en la aplicación de las normas de la competencia comunitarias, la existencia de varios reglamentos de exención por categoría y la voluntad de dictarlos en otros campos y materias, la existencia de distintas comunicaciones de la Comisión que interpretan las normas.

Los operadores económicos se enfrentarán a un sistema que incorpora mayores riesgos, pero que, sin duda, tiene notables ventajas frente al sistema anterior.

La futura entrada en vigor del Reglamento 1/2003 puede suscitar en España el debate acerca del mantenimiento del actual sistema de autorización singular previsto en la Ley de Defensa de la Competencia de 1989.

Es por todos conocida la influencia que el Derecho comunitario ha tenido en materia de Derecho de la competencia en España. El ejemplo quizá más reciente de ello es la aprobación del Real Decreto 378/2003, de 28 de marzo, por el que se desarrolla la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, en materia de exenciones por categorías, autorización singular y Registro de Defensa de la Competencia, en el que se incorporan al Derecho español distintos reglamentos comunitarios relativos a las exenciones por categorías⁵.

En este marco no constituye nada extraño que debemos reflexionar acerca de la supresión de la institución de la autorización singular y evolucionar hacia un sistema de excepción legal. Obviamente, el ordenamiento español no dispone del bagaje del ordenamiento de la competencia comunitario. No obstante, apuntamos algunas ideas que pueden permitir en

⁵ La exposición de motivos del Real Decreto es buena muestra de esta influencia:

«La búsqueda de la necesaria coherencia económica y jurídica entre la normativa comunitaria y nacional en materia de exenciones por categorías, así como razones de seguridad jurídica para las empresas que operan en España, recomiendan sustituir el Real Decreto 157/1992 por uno nuevo que incorpore los nuevos reglamentos de exención comunitarios, incluido el relativo al sector de los seguros que no fue incorporado entonces por su aprobación posterior a la entrada en vigor del real decreto al que éste sustituye y que también ha sido recientemente modificado».

el futuro, seguramente cercano, evolucionar hacia un sistema de mayor responsabilidad de los operadores económicos, pero que evita restricciones administrativas a la adopción y ejecución de decisiones empresariales.

El grado de profundización en el análisis en la aplicación del Derecho español de la competencia no es comparable con el comunitario, pero la práctica de las autoridades de competencia desde el año 1989 es ya considerable.

Se dispone de un régimen de exenciones por categoría extenso. Como es obvio, este régimen puede ser ampliado en aquellos ámbitos donde sea posible estructurar medidas normativas generalizadas para la autorización de determinadas conductas empresariales.

El ordenamiento comunitario, en sentido global, y su interpretación por parte de la Comisión, del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de la doctrina, constituye una fuente interpretativa básica para el Derecho español. Así lo ha sido en los últimos años. De esta forma se puede encontrar en él el apoyo conceptual que en ocasiones no se encuentra en el ordenamiento español.

En el marco general del proceso de liberalización que se ha acometido en España en los últimos años no constituiría un hito contradictorio que se analizara la normativa de competencia en orden a revisar la necesidad de someter determinadas conductas empresariales a una autorización singular. Incluso podría contemplarse como una paradoja que, en el entorno regulatorio de la competencia, persistan instituciones que constituyen restricciones no necesarias para la adopción y ejecución inmediata de libres decisiones empresariales. Se trata de un ejemplo clásico de desregulación, en la medida que no se altera el contenido material de la norma, de forma que la prohibición persistirá, sino únicamente en los medios a disposición de la administración pública para lograr los objetivos que tiene encomendados.

La práctica de las autoridades de competencia en España en materia de autorizaciones no se puede calificar de extraordinariamente relevante. La estadística que ofrece la labor del TDC en esta materia en los últimos años es la siguiente:

<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	—
2002	21	21	1	—

Respecto a esta estadística, que en el año 2002 ha sufrido un cambio que habrá que ver cómo evoluciona en futuros ejercicios, no puede ignorarse que se suceden desde hace muchos ejercicios los casos de registros de morosos que constituyen un número muy significativo de los expedientes de autorización que resuelve el Tribunal. Existen otros casos de distribución selectiva que, en términos generales, reiteran doctrina ya establecida previamente por el propio Tribunal y, claramente, por las autoridades comunitarias.

Desde la perspectiva de la aplicación de las normas de competencia en España no parece existir, en nuestra opinión, la sensación de la necesidad de mantener en vigor un sistema que puede ser sustituido, para el mantenimiento de los objetivos públicos, por la excepción legal que se ha articulado en el Derecho comunitario.

Finalmente, aunque ello es puramente instrumental y no ha de ser base única para la reflexión y en su caso decisión, la eliminación de la autorización singular debería suponer incrementar los medios, humanos y materiales, para la persecución de aquellas conductas que constituyen efectivamente una infracción de los arts. 1, 6 y 7 de la Ley de Defensa de la Competencia.

3. LA DESCENTRALIZACIÓN DE LA APLICACIÓN

La aplicación de las normas de competencia sufrirá en los próximos años cambios notables desde una perspectiva institucional. En general, cualquier modificación normativa puede tener implicaciones en la aplicación de las normas de competencia. No obstante, cuando las modificaciones afectan a cuestiones institucionales la trascendencia que pueden tener en la aplicación de estas normas se incrementa de forma notable. En el año 2002 se inicia un proceso de transformación institucional de gran calado, que puede tener, esperemos, unos efectos positivos, que se traduzcan en una más significativa y eficiente aplicación.

El proceso de transformación institucional se inicia con la aprobación de 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.

Como es conocido esta Ley es consecuencia de la sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de noviembre de 1999 que declaró la inconstitucionalidad de la Ley de Defensa de la Competencia del año 1989 por atribuir su aplicación en exclusiva a la administración general del Estado, en concreto al Servicio y al Tribunal de Defensa de la Competencia. Esta temática se ha abordado de forma profunda en anteriores ediciones del *Anuario de la Competencia*, tanto a nivel de estudios como en las presentaciones de los mismos. En este *Anuario* el Director General de Defensa de la Competencia del Ministerio de Economía reflexiona sobre las implicaciones que puede generar y el posicionamiento del Minis-

terio en el nuevo entorno. También el Director General de Defensa de la Competencia de la Generalitat de Cataluña, primera administración autonómica que se ha dotado de instrumentos institucionales para ejercer las potestades de aplicación de la Ley de Defensa de la Competencia, aporta sus comentarios acerca del nuevo sistema, que progresivamente se hará efectivo en España.

El nuevo sistema institucional español de defensa de la competencia se irá articulando de forma progresiva en la medida que las Comunidades Autónomas se doten de mecanismos para ejercer las competencias en la materia. En el caso de Cataluña se ha dictado el Decreto 222/2002, de 27 de agosto, de creación de los órganos de defensa de la competencia, que esencialmente replica a nivel autonómico el modelo institucional operativo en el Estado. Así, se ha creado la Dirección General de Defensa de la Competencia en el seno del Departamento de Economía y Finanzas y el Tribunal Catalán de Defensa de la Competencia, que se configura como un organismo autónomo de carácter administrativo adscrito a ese Departamento. Por lo que respecta a la Comunidad de Madrid, el Decreto 150/2002, de 29 de agosto, de modificación del Decreto 239/2001, de 11 de octubre, por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería de Economía e Innovación Tecnológica, atribuye a la Dirección General de Economía y Planificación y del Instituto de Estadística de la Comunidad de Madrid competencias en el ejercicio de las funciones ejecutivas en materia de defensa de la competencia. Y en el mismo Decreto 150/2002 se dispone que dependerá de la indicada Dirección General una unidad con nivel orgánico de servicio con la denominación Servicio de Defensa de la Competencia. Finalmente, la Ley 11/2002, de 23 de diciembre, del Parlamento de las Islas Baleares, de Medidas Tributarias y Administrativas, dispone en su Disposición Adicional quinta una autorización al gobierno balear para que pueda crear y regular los órganos de defensa de la competencia.

En los próximos meses y de forma escalonada el resto de Comunidades Autónomas probablemente avanzarán en el proceso de dotarse de mecanismos para hacer efectivas las competencias. Mientras ello no ocurra la Disposición Transitoria única de la Ley 1/2002 dispone que el Estado seguirá ejerciendo las competencias en la materia. La realidad actual del Estado autonómico permite pensar, a nuestro entender, que de forma progresiva las Comunidades Autónomas tenderán a ejercer sus competencias en la materia.

Este proceso traerá consigo un nuevo escenario en la aplicación de las normas de competencia en España. Para el correcto funcionamiento del sistema es imprescindible dotarse de mecanismos ágiles y funcionales de cooperación entre las administraciones públicas implicadas. El objeto de todos los implicados ha de ser, sin duda, la generación de una red de autoridades que logre una aplicación más efectiva de las normas de competencia.

Este proceso de descentralización de la aplicación de las normas de competencia se desarrollará en paralelo al que se plantea en el Derecho comunitario con la aprobación del Reglamento (CE) núm. 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los arts. 81 y 82 del Tratado. Este Reglamento también es objeto de análisis en este *Anuario* por parte de Luis BERENGUER. La situación no es la misma que en el caso español en la medida que las autoridades de los Estados miembros ya participaban con anterioridad al mismo en la aplicación del Derecho comunitario de la competencia. Sin embargo, lo importante a nuestro entender desde la perspectiva que ahora nos ocupa es que se pretende intensificar de forma notable la intervención de las autoridades nacionales.

El apartado 6 de los antecedentes del Reglamento es claro:

«Con el fin de garantizar la aplicación eficaz de las normas comunitarias de competencia, es conveniente fomentar una mayor participación en la misma de las autoridades nacionales de competencia.»

La afirmación no es baladí. La experiencia de la aplicación del Reglamento 17 lleva a las instituciones europeas, con el impulso de la Comisión Europea a través del Libro Blanco sobre la modernización de la aplicación del Derecho comunitario de la competencia, a requerir una mayor intervención de las autoridades de los Estados miembros en la aplicación de los arts. 81 y 82 del Tratado.

Es evidente que el nuevo sistema puede suscitar algunas controversias institucionales o cuestiones de índole jurídica acerca de la operatividad de los expedientes y de los derechos de defensa de las empresas, cuya importancia y trascendencia no procede desmerecer. Ciertamente los sistemas complejos pueden incorporar unas dosis mayores de controversias. La cuestión a dilucidar es si, manteniendo los parámetros irrenunciables de seguridad jurídica y de predicibilidad en la actuación de las administraciones públicas, el nuevo sistema de aplicación resulta más eficaz.

Ése es, sin duda, el objetivo de los sistemas descentralizados de aplicación de las normas de competencia, pero también el reto que tienen planteado.

4. LOS PLAZOS DE APLICACIÓN DE LAS NORMAS DE COMPETENCIA

Existen muchos factores para analizar la adecuación de una determinada norma jurídica y su aplicación práctica. Estamos convencidos de que el sistema española de protección de la competencia superaría muchos de ellos con creces, ya que su desarrollo en la última década ha sido especialmente relevante. No obstante, y aunque sea un tema recurrente y que haya sido tratado en anteriores ediciones de este *Anuario*,

los plazos temporales en que se aplican las normas de competencia no son de recibo y es oportuna y necesaria la adopción de medidas en orden a reducirlos. Este tema no puede ser ignorado o no ser objeto de comentario.

La cuestión se centra en los expedientes sancionadores en aplicación de los arts. 1, 6 y 7 de la LDC. Otros ámbitos del Derecho de la competencia, como por ejemplo el control de las concentraciones empresariales, no generan prácticamente discusión o debate desde esta perspectiva en la medida en que operan en plazos razonables desde la óptica empresarial.

Además, en materia sancionadora el tema de los plazos temporales adquiere una especial dimensión si atendemos a que la práctica totalidad de asuntos se inician por impulso de una denuncia⁶. Los particulares son los que generan la aplicación de las normas de competencia a la conducta de un operador económico. En términos necesariamente generales podemos decir que esos particulares deciden formular la denuncia porque se sienten afectados negativamente por la conducta. Obviamente, ello enlaza con el discutido art. 13 de la LDC en materia de la acción de daños y perjuicios.

Consideramos que el legislador en las últimas reformas de la LDC ha sido consciente de este grave problema y ha reducido el plazo temporal en que el Servicio debe practicar la instrucción y el Tribunal debe resolver el expediente. Estas reformas, sin duda positivas, han incrementado la problemática de la caducidad de los expedientes que en este *Anuario* es analizada con máximo detalle por Juan Manuel FERNÁNDEZ y Jesús RUBÍ.

No obstante, como hemos indicado en anteriores ocasiones, el legislador debe atender a la temática de la aplicación de las normas de competencia de forma global. Esto es, desde que se inicia un expediente, hasta que la empresa incurso en la práctica hace efectiva en su caso la correspondiente sanción y hasta que los operadores económicos afectados negativamente por la conducta irregular pueden ver satisfechos sus derechos e intereses. Desde esta perspectiva, los plazos temporales no son aceptables.

No lo son para estos últimos, que pueden ver cómo se dilata más de una década cualquier decisión sobre el montante de sus derechos e intereses afectados. Tampoco lo es para el sistema en su conjunto. Entre otros problemas cabe constatar que las empresas infractoras, mediante la interposición de recursos, pueden retardar la ejecución de una resolución negativa muchos años, de forma que el efecto de la misma puede diluirse de forma notable. Desde la presentación de la denuncia hasta el último estadio judicial pueden fácilmente transcurrir más de ocho años

⁶ Esta situación puede apreciarse con absoluta claridad en el apartado relativo al Servicio de Defensa de la Competencia de este Anuario.

y llegar fácilmente a diez. En estos casos, sin duda, habría que reflexionar sobre la oportunidad de las medidas cautelares que solicita una empresa sancionada, ya que su adopción puede generar reducir en extremo la efectividad de la resolución del TDC, cuanto menos en su aspecto pedagógico para el mercado que es innegable e irrenunciable.

Es conocido que esta cuestión no es simple y que puede concurrir en otros ámbitos del Derecho. No obstante, ello no puede motivar que se ignore el problema o se estime que es irresoluble. Es imprescindible que el legislador perciba el sistema en su totalidad y que, en consecuencia, igual que se adoptan mecanismos para asegurar que la vía administrativa se desarrolla en plazos razonables, se tomen las decisiones oportunas para hacer frente a esta muy importante cuestión. No hacerlo así puede conllevar en breve plazo una crisis negativa en todo el sistema de protección de la competencia.

5. EL ANUARIO DE LA COMPETENCIA 2002

El *Anuario de la Competencia* es un proyecto ya consolidado. Desde su inicio en el año 1996 y con el constante y permanente apoyo de la Fundación ICO, el Anuario de la Competencia año tras año, con plena regularidad, ha contribuido al debate, la reflexión y la profundización en el análisis en temas de competencia desde una perspectiva económica y jurídica. La continuidad, ya sólida, del proyecto le genera, sin duda, una mayor trascendencia.

El *Anuario de la Competencia 2002* mantiene la misma estructura que los anteriores. Con su división en los distintos bloques pretende aportar un conjunto de reflexiones, análisis, ideas, sugerencias, críticas, informaciones, estadísticas que le doten de plena utilidad.

En especial, los temas abordados en los apartados de estudios y de comentarios de resoluciones y sentencias en el *Anuario 2002* constituyen una muestra evidente del grado de profundización que los análisis, económicos y jurídicos, en materia de competencia tienen en España y en la Unión Europea. Estamos convencidos de que el conjunto de excelentes análisis recogidos en este *Anuario* contribuirá a enriquecer el debate y reflexión en materia de competencia, que constituye el objetivo prioritario de este proyecto.

A todos los autores quería expresar mi agradecimiento por su disponibilidad para participar en el proyecto y por la profundidad y excelencia de los análisis.

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

COMENTARIOS SOBRE INICIATIVAS RECIENTES DE COOPERACIÓN INSTITUCIONAL A NIVEL INTERNACIONAL EN EL CAMPO DE LA DEFENSA DE LA COMPETENCIA

PRIMERA PARTE

ESTUDIOS

I. INTRODUCCIÓN

Son muchos y variados los hechos que se están produciendo. Los ejemplos de cooperación entre ciertos organismos de defensa competencial en las empresas, instituciones. Lo mismo ocurre con algunos que operan en la actividad a nivel mundial. Tanto en organismos con distribución regional, presentes en diferentes mercados internos y externos, como en algunos presentes en todo tipo de ellos que deben ser a su vez, tras la apertura de los mercados de defensa de la competencia.

Una de las causas de esta cooperación globalizada es, naturalmente, la necesidad de establecer un consenso de defensa de la competencia, sea en la determinación de las actividades competenciales en cada caso, bien en la coordinación entre instituciones en aquellos aspectos que afectan a ámbitos transnacionales, o incluso por la necesidad de hacer que la defensa pudiese a una empresa que lleva a cabo una actividad similar en diversos mercados.

Ante esta realidad observamos en los últimos tiempos un proceso de acercamiento entre los principios y los fundamentos de actividad en el campo de actividades de defensa de la competencia de los países más desarrollados. Esto ocurre gracias a muchos factores, en particular, a los vínculos institucionales, entre otros, como son, por ejemplo, el comercio.

En el caso del acuerdo entre Francia, Italia y Gran Bretaña, firmado en septiembre de 1977, se crea un grupo de trabajo independiente entre las organizaciones de defensa de la competencia francesa y británica, el cual, en el marco de un acuerdo firmado en junio de 1978, que pretende facilitar la forma de desarrollo de la cooperación institucional entre Francia y Gran Bretaña, se crea un grupo de trabajo independiente, para promover y desarrollar las relaciones de cooperación entre los

COMENTARIOS SOBRE INICIATIVAS RECIENTES DE COOPERACIÓN INSTITUCIONAL A NIVEL INTERNACIONAL EN EL CAMPO DE LA DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Gonzalo SOLANA GONZÁLEZ

Presidente del Tribunal de Defensa de la Competencia

1. INTRODUCCIÓN

Son muchos, y seguro que serán más en el futuro, los ejemplos de concentraciones cuyos efectos trascienden las fronteras nacionales de las empresas fusionadas. Lo mismo ocurre con cárteles que desarrollan su actividad a nivel mundial. También constatamos que determinadas empresas presentes en diferentes mercados llevan a cabo las mismas prácticas en cada uno de ellos que deben ser evaluadas bajo la óptica de la normativa de defensa de la competencia.

Esta dinámica de creciente globalización empresarial conlleva implicaciones indudables en términos de defensa de la competencia, bien en la determinación de las autoridades competentes en cada caso, bien en la coordinación entre instituciones en aquellos expedientes con efectos en ámbitos multijurisdiccionales o, incluso, por la seguridad jurídica que se debería ofrecer a una empresa que lleva a cabo una misma práctica en diversos mercados.

Ante esta realidad observamos en los últimos tiempos un creciente acercamiento entre los principios y los instrumentos de análisis que utilizan las autoridades de defensa de la competencia de los países más desarrollados. Esta convergencia conlleva también un fortalecimiento de los vínculos institucionales, sobre todo, desde una perspectiva bilateral.

Es el caso del acuerdo entre Estados Unidos y la Unión Europea, firmado en septiembre de 1991, en aras de lograr una mayor cooperación entre los organismos de defensa de la competencia respectivos y tiene su continuación en la firma de un segundo acuerdo en junio de 1998, que pretende clarificar la forma de actuación en el caso de actividades que, teniendo lugar en el territorio correspondiente a una autoridad, pudieran afectar negativamente los intereses de otra. Estos acuerdos se

han plasmado en una estrecha y creciente cooperación entre las autoridades de ambas partes tanto en operaciones de concentración como en la persecución de cárteles con efectos a ambos lados del Atlántico.

De la misma forma, en las negociaciones comerciales de la Unión Europea con otros bloques regionales la colaboración en materia de defensa de la competencia adquiere singular importancia. Un buen ejemplo es el Acuerdo de Libre Comercio firmado con México, en el que se dedica un capítulo entero a esta materia.

No obstante, junto a este planteamiento basado en la bilateralización de la cooperación como es el que caracteriza la relación actual entre la Unión Europea y otros países como Estados Unidos, Canadá, Japón y México, también han comenzado a desarrollarse iniciativas importantes en un plano multilateral.

En las próximas líneas me detendré en algunos comentarios sobre tres de las iniciativas multilaterales que considero más interesantes: la *International Competition Network* (ICN), el Foro Iberoamericano de Defensa de la Competencia y el *Global Competition Forum* de la OCDE.

Todo este proceso es lógico y coherente si no olvidamos que la defensa de la competencia debe jugar un papel determinante para facilitar el correcto desarrollo de la economía de mercado, y que la globalización de los mercados y, por tanto, el cada vez más amplio ámbito de actuación de las empresas, requiere plantear reglas de juego claras y homogéneas para el ejercicio de su actividad.

2. LA INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK (ICN)

La ICN se crea a lo largo del año 2001 como una red abierta a la que pueden acceder las agencias de defensa de la competencia de todo el mundo y orientada a convertirse en un foro de discusión enfocado a lograr una mejor aplicación de la normativa y al tratamiento de temas de interés común.

Este concepto surge de las recomendaciones del Comité Asesor de Política Internacional de la Competencia (ICPAC, según siglas en inglés), un grupo formado en 1997 por la entonces Fiscal General de Estados Unidos, Janet Reno, y el Fiscal General de la *Antitrust Division* del Departamento de Justicia de Estados Unidos, Joel Klein.

El objetivo de la ICPAC era reflexionar acerca del tratamiento internacional de los asuntos relativos a la defensa de la competencia en un contexto de globalización económica. La ICPAC, desde el principio, concentró sus esfuerzos en aspectos tales como el control de concentraciones en un contexto multijurisdiccional, la relación entre comercio internacional y competencia y las tendencias en materia de cooperación técnica a nivel internacional entre organismos de defensa de la competencia.

En su informe final, de febrero de 2000, la ICPAC recomendó al Gobierno de Estados Unidos la creación de un foro (denominado, en ese momento, *Global Competition Initiative*) en el que funcionarios de las distintas agencias de defensa de la competencia así como representantes del sector privado y de asociaciones de consumidores pudieran debatir sobre estos asuntos.

En su informe la ICPAC recomendaba que esta iniciativa se enfocase a lograr una convergencia mayor entre legislaciones así como al establecimiento de una cultura de análisis y entendimiento común en esta materia.

En septiembre del 2000, tanto Joel Klein como el Comisario Mario Monti expresaron su apoyo a esta iniciativa; apoyo que reiteraron posteriormente en la reunión anual del *Fordham Corporate Law Institute*.

Tras este apoyo se organizó una reunión en Ditchley Park (Reino Unido) en febrero de 2001 en la que participaron representantes de autoridades de defensa de la competencia de varios países, así como representantes de la *International Bar Association* y en la que se dio el espaldarazo definitivo para la creación de la ICN.

El carácter con el que nace la ICN es informal en el sentido de que entre sus objetivos no está homogeneizar doctrina ni uniformar legislaciones, sino, más bien, constituirse como lugar de encuentro de contactos regulares entre organismos para el tratamiento de cuestiones relacionadas con la aplicación práctica de la defensa de la competencia.

La ICN no persigue la convergencia en resultados, sino en instrumentos y en la manera de abordar estos asuntos manteniendo en todo caso el principio de independencia y voluntariedad tanto en la pertenencia a la red como en la implementación de las conclusiones y compromisos obtenidos a partir del desarrollo de proyectos concretos.

La ICN no aspira a jugar papel alguno en los procesos de reformas legislativas o institucionales, sino, más bien, a desarrollar documentos, análisis y estudios que sirvan de base para la actividad de las autoridades que la integran.

Por todo ello, tanto el carácter informal como el alcance mundial y su especialización otorgan a la ICN una dimensión sin precedentes apoyada, desde el principio, tanto por las autoridades más experimentadas y, de hecho, promotoras iniciales del proyecto (la Comisión Europea, las autoridades de todos los Estados miembros y el Departamento de Justicia y la *Federal Trade Commission* de Estados Unidos) como por aquellas que acaban de comenzar su andadura (las de algunos países latinoamericanos o africanos).

Desde la primera reunión celebrada el año pasado en Nápoles (Italia) pudimos constatar el apoyo generalizado a esta iniciativa y la aparición ya de algunos proyectos concretos en los siguientes ámbitos:

- el control de concentraciones en un contexto multijurisdiccional,
- las funciones de *advocacy* por parte de las autoridades de defensa de la competencia,
- el análisis de los resultados de la aplicación de las normas de defensa de la competencia a los sectores recientemente liberalizados
- o la elaboración de estudios comparados de legislaciones.

No obstante, la actividad de la ICN no se reduce a estos proyectos, sino que busca además crear y aprovechar las sinergias que puedan surgir con otras instituciones que ya están trabajando en asuntos relacionados con la defensa de la competencia, como son la OCDE, la OMC o la UNCTAD, así como con asociaciones de consumidores, miembros de la comunidad académica y, por supuesto, abogados y economistas. Todo ello servirá para enriquecer los debates y dotar de una perspectiva más plural a las conclusiones que se alcancen.

El carácter mundial de la ICN se pone de manifiesto en la composición del *Steering Group* elegido en la primera reunión de la ICN. El *Steering Group* actual está formado por representantes de las autoridades de defensa de la competencia de la Comisión Europea, Estados Unidos, Canadá, Alemania, Francia, Corea del Sur, México, Sudáfrica, Italia, Reino Unido, Japón, Zambia, Australia e Israel. Este carácter mundial también se vislumbra en la elección de las sedes de las reuniones anuales previstas: Italia, 2002; México, 2003; Corea del Sur, 2004; Alemania, 2005; Sudáfrica, 2006, y Rusia, 2007.

Además del *Steering Group*, encargado de la dirección global de los proyectos seleccionados, se han creado diversos Grupos de Trabajo para cada uno de estos proyectos de los que forman parte diversas autoridades, entre ellas, las españolas. Estos Grupos de Trabajo elaboran propuestas conjuntas a lo largo del año que se presentan en la Reunión Anual y sirven como base para las conclusiones de cada una de ellas.

Son ya muchos los documentos elaborados por estos Grupos de Trabajo que están sirviendo de base para la labor de autoridades, sobre todo de los países menos desarrollados. Entre ellos, destacan:

- *Guiding Principles for Merger Notification and Review*,
- *Recommended Practices for Merger Notification Procedures*,
- *Report on the Costs and Burdens of Multijurisdictional Merger Review*, o
- *Advocacy and Competition Policy Paper*.

Más allá de los resultados obtenidos mediante el desarrollo de estos proyectos, otro de los grandes valores de la ICN es el de convertirse en un verdadero lugar de encuentro informal entre las autoridades de todo el mundo que, una vez al año, tienen la oportunidad de dialogar sobre asuntos de interés mutuo y tender redes de colaboración bilateral al margen de los programas de la ICN.

Mi sensación personal, tras haber asistido a la primera reunión de Nápoles y haber seguido con especial interés los trabajos elaborados en

estos dos años, es positiva y optimista de cara a los logros que se pueden alcanzar en el futuro en el marco de esta iniciativa mundial.

Por supuesto, no evitará que distintas jurisdicciones ofrezcan soluciones también distintas a las mismas operaciones de concentración empresarial o a expedientes similares de conductas prohibidas pero sí permitirá, en primer lugar, un mejor conocimiento de la realidad de la defensa de la competencia en el resto de países del mundo y, en segundo lugar, reforzar los mecanismos de cooperación técnica entre instituciones.

El hecho de que sigan ofreciéndose soluciones distintas a los mismos temas por parte de autoridades de diversos países no debe llevarnos a minusvalorar los beneficios derivados de la filosofía que impregna la actividad y los proyectos de la ICN.

La aplicación práctica de la normativa de concentraciones por parte de varias autoridades, como saben perfectamente todos los profesionales especializados en este ámbito del Derecho y la Economía, 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 generando una cultura de análisis y entendimiento común y reducir, así, al mínimo razonable el riesgo de existencia de estas diferencias, siendo conscientes de la imposibilidad de eliminarlas completamente.

En este sentido, el papel a jugar por una iniciativa como la ICN puede ser determinante.

3. EL FORO IBEROAMERICANO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

El Tribunal de Defensa de la Competencia no está limitando su implicación en este proceso de cooperación institucional internacional a participar en los distintos foros que están desarrollándose, sino que está liderando proyectos importantes como el Foro Iberoamericano de Defensa de la Competencia.

La relación tradicional entre las autoridades de defensa de la competencia españolas y latinoamericanas se había concentrado en algunas colaboraciones esporádicas en materia de formación de recursos humanos, bien mediante la participación puntual de miembros del Tribunal y el Servicio de Defensa de la Competencia en cursos de formación dirigidos a funcionarios latinoamericanos, bien mediante la recepción en la sede del Tribunal o en el Ministerio de Economía de delegaciones de estos países para intercambiar experiencias.

Esta relación no se encontraba formalizada y era, desde mi punto de vista, demasiado esporádica. En cualquier caso, no reflejaba la evolución de la presencia empresarial española en América Latina.

Son muchas las instituciones que a lo largo de la década de los noventa se habían hecho eco del creciente interés de las empresas españolas por el mercado latinoamericano y habían emprendido un proceso de profundo reforzamiento de las relaciones transatlánticas en sus ámbitos respectivos.

Desde el Ministerio de Economía y Hacienda se emprendió una estrategia ambiciosa de formalización de Acuerdos para evitar la Doble Imposición y para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (estos últimos conocidos como APPRIIS) con la mayoría de países latinoamericanos. Al mismo tiempo, se extendieron numerosas líneas de crédito para la exportación a estos países, la inversión directa o la creación de empresas mixtas.

Por su parte, el Instituto de Comercio Exterior (ICEX), las Cámaras de Comercio e Industria y las asociaciones empresariales duplicaron los esfuerzos dirigidos a incrementar la presencia española en estos mercados en forma de misiones comerciales o apoyos a las participaciones en ferias, así como formalizando acuerdos con sus contrapartes locales.

La Compañía Española de Seguro de Crédito a la Exportación (CESCE) también reforzó los servicios y productos que ponía a disposición de las empresas exportadoras españolas con destino a América Latina.

El Instituto de Crédito Oficial (ICO) o la Compañía de Financiación al Desarrollo (COFIDES) son dos ejemplos más de instituciones que, mediante el diseño de instrumentos específicos, han contribuido decisivamente a que la presencia empresarial española en América Latina alcance la dimensión actual.

No obstante, este fortalecimiento de las relaciones institucionales iberoamericanas no se ha limitado al entorno comercial, empresarial o financiero, sino que organismos de otras áreas vinculadas directa o indirectamente a la actividad empresarial, conscientes de esta realidad, también se han decidido a construir proyectos similares.

En el ámbito judicial es buen ejemplo de ello el foro de debate creado por los Tribunales Supremos iberoamericanos. Lo mismo ocurre en el ámbito educativo, en el de investigación y desarrollo, en el sanitario o, incluso, en el político. En fin, estos últimos años han sido de gran importancia para tender lazos de cooperación a ambos lados del Atlántico no sólo sobre la base tradicional de la identidad lingüística o cultural, sino, sobre todo, amparándose en una realidad empresarial que demandaba un acercamiento a nivel institucional mayor del que existía en décadas anteriores.

El Tribunal de Defensa de la Competencia no podía ser ajeno a esta tendencia generalizada. Los efectos derivados de la aplicación de la normativa de defensa de la competencia juegan cada día un papel más rele-

vante en la toma de decisiones empresariales no sólo de las grandes multinacionales, sino también de empresas de menor tamaño.

La mayor parte de países latinoamericanos han iniciado sus esfuerzos en esta materia en los años noventa en línea con la reordenación económica e institucional desarrollada en el marco del Consenso de Washington, según el cual se diseñaron los cimientos que habrían de servir de base para el desarrollo de las políticas económicas que han regido el devenir de esta región en esta última década. Estos programas no se centraron exclusivamente en aspectos macroeconómicos, sino que abordaron también reformas e iniciativas importantes en las áreas del Derecho más trascendentes para la actividad empresarial.

Indudablemente, una de las áreas del Derecho más relacionadas con la actividad empresarial es la defensa de la competencia entendida como garantía básica para el correcto funcionamiento de una economía de mercado. Con desiguales resultados pero con una filosofía bien definida, uno a uno, los países latinoamericanos han ido promulgando las correspondientes leyes en esta materia y creando las instituciones adecuadas para su aplicación.

Es en este marco en el que desde el Tribunal de Defensa de la Competencia nos planteamos no quedarnos al margen de este proceso de reforzamiento de los lazos de cooperación iberoamericana y tratar de poner en marcha una iniciativa que formalizase y profundizase las relaciones entre todos los organismos iberoamericanos de defensa de la competencia.

Desde el principio, esta iniciativa fue extraordinariamente bien recibida por parte de la mayoría de autoridades, lo que nos animó a seguir adelante y convocar una reunión constitutiva de lo que habría de ser el Foro Iberoamericano de Defensa de la Competencia.

En esta reunión constitutiva pudimos comprobar que todos compartíamos objetivos, ideas e iniciativas para profundizar la relación institucional. De esta forma, el Foro nacía como un foro de debate y reflexión sobre asuntos de interés común a todos los organismos iberoamericanos de defensa de la competencia.

La reunión constitutiva que celebramos en Madrid el mes de febrero del año pasado, coincidiendo con el Día Europeo de la Competencia, sirvió para sentar las bases sobre las que desarrollaríamos diversos instrumentos de cooperación y coordinación. Para el correcto seguimiento de los objetivos que nos planteamos se constituyeron una serie de grupos de trabajo que contaron con la participación activa de las autoridades de países como Portugal, México, Chile, Argentina, Panamá, Brasil, Colombia, El Salvador, Venezuela, Costa Rica, Perú y, por supuesto, España.

En el mismo año de constitución del Foro ya hemos sido testigos de algunos logros. El primero de ellos es la celebración el pasado mes

de diciembre de la I Edición de la Escuela Iberoamericana de Defensa de la Competencia, que, con sede en el Tribunal de Defensa de la Competencia, nace con el objetivo de convertirse en un centro de formación continua para los abogados y economistas al servicio de las autoridades iberoamericanas.

En esta I Edición de la Escuela, de dos semanas de duración, contamos con más de treinta representantes de 12 instituciones iberoamericanas. Esta diversidad permitió a todos los asistentes obtener un conocimiento detallado de los diferentes sistemas de defensa de la competencia así como de las resoluciones e informes recientes más relevantes en cada uno de los países.

Dado el éxito de esta primera iniciativa, la intención del Tribunal es repetir esta experiencia con carácter anual, buscando el enriquecimiento mutuo mediante el intercambio de experiencias.

La Escuela se organizó en colaboración con la Secretaría de Cooperación Iberoamericana (SECIB), institución vinculada a la celebración de las Cumbres Iberoamericanas de Jefes de Gobierno y de Estado.

De esta colaboración con la SECIB surgió un proyecto adicional a desarrollar en el marco del Foro. El Foro tiene la intención de celebrar, al menos, una Reunión Plenaria Anual, en la que se debatan tanto asuntos doctrinales de actualidad como vías para fortalecer la coordinación y cooperación multilateral.

Nuestra intención es que de estas reuniones anuales y de la relación ya establecida con la SECIB se construya un vínculo de transmisión entre este Foro y las Cumbres Iberoamericanas.

Todo ello servirá para dotar de mayor relevancia a los asuntos relacionados con la defensa de la competencia, sobre todo, en aquellos países en los que aún no han adquirido el papel trascendental que juegan en las economías más desarrolladas.

Más allá de estos proyectos, existen otros que buscan utilizar las sinergias derivadas de la formalización de nuestros vínculos institucionales de cara a mejorar la cooperación técnica, el intercambio de experiencias, la formación de capital humano, el conocimiento comparado de nuestra normativa y de la actividad resolutoria, la unión de fuerzas para realizar tareas de *advocacy* e, incluso, de fomento de los valores de la competencia en el conjunto de la sociedad.

Del éxito de estas iniciativas estamos seguros que se beneficiarán las empresas españolas con intereses en América Latina, al mismo tiempo, que lo haremos todas las instituciones que formamos parte del Foro.

Indudablemente, el camino hacia el éxito no será sencillo. Soy consciente que las asimetrías propias del nivel de desarrollo de esta materia en cada uno de los países iberoamericanos supone un obstáculo para un avance homogéneo.

Pero, al mismo tiempo, es esta asimetría la que supone el mayor acicate para emprender un proyecto de estas características, puesto que una vez que estos países han logrado un cierto grado de homogeneización en el diseño de las políticas económicas claves y han desarrollado normativas relacionadas con la defensa del consumidor o de protección de la propiedad industrial e intelectual, la competencia debe ser reconocida como un valor fundamental para el crecimiento estable de cualquier economía y, por tanto, su defensa, convertirse en la garantía básica para el correcto funcionamiento de las reglas del libre mercado.

Es, precisamente, porque este sentimiento de prioridad no es aún compartido de manera generalizada en América Latina por lo que es especialmente importante que, desde aquellos países que hemos logrado más avances en esta materia, entre los que incluyo no sólo a España y Portugal, sino también otros países latinoamericanos como México o Chile que cuentan con una gran experiencia e instituciones de prestigio reconocido, ayudemos a impulsar las reformas necesarias en el resto de la región.

Todo ello, con el máximo respeto a las soberanías nacionales respectivas pero partiendo de la filosofía compartida por todos nosotros de que toda economía de mercado que aspire a lograr un crecimiento estable con desarrollo social debe contar con instrumentos e instituciones encargadas de velar por el mantenimiento de la libre competencia como garantía determinante de eficiencia y productividad.

Por último, este Foro, al igual que hace la ICN, busca generar sinergias con otros organismos que también están actuando en el ámbito del reforzamiento institucional a nivel latinoamericano como son el Banco Interamericano de Desarrollo (BID), el Banco Mundial (BM) o la propia Secretaría de Cooperación Iberoamericana (SECIB).

La suma de esfuerzos y apoyos para la obtención de metas comunes permite asignar los escasos recursos existentes de forma más eficiente y logrando un mayor alcance.

En fin, se trata indudablemente de un proyecto ambicioso y de no fácil puesta en funcionamiento. A las dificultades ya mencionadas de las asimetrías entre países nos encontramos también una situación de crisis económica casi generalizada en la región que introduce obstáculos financieros al desarrollo de estos proyectos.

No obstante, ya hemos podido comprobar la ilusión que han puesto la mayoría de países y eso nos impulsará a lograr objetivos ambiciosos.

4. EL GLOBAL COMPETITION FORUM DE LA OCDE

Una tercera iniciativa en este campo del reforzamiento de la cooperación institucional a nivel mundial entre autoridades de defensa de la competencia se desarrolla en el marco de la OCDE que, como orga-

nización orientada a favorecer el crecimiento y el desarrollo económico de nuestras sociedades, también ha identificado tradicionalmente la competencia como un motor de crecimiento estable a través de la asignación más eficiente de los recursos.

De hecho, la filosofía de la OCDE queda claramente reflejada en su texto de presentación:

«Well-designed competition law, effective law enforcement and competition-based economic reform promote increased efficiency, economic growth and employment for the benefit of all».

Con esta filosofía la OCDE creó en 2001 el *Global Competition Forum* con la intención de profundizar y extender las relaciones de sus miembros con economías de países no miembros de esta organización y entablar un diálogo global en línea con lo que ha venido haciendo durante décadas a través del *Competition Committee*.

Con la creación del *Global Competition Forum*, que ha celebrado este mismo año en París su tercera reunión, la OCDE trata de extender a todo el mundo y, en especial, a los países menos desarrollados los instrumentos de cooperación y convergencia en los análisis que tan buenos resultados han ofrecido en las últimas décadas entre sus miembros.

Hasta el momento, en las reuniones organizadas por este Foro ya han participado representantes de más de 50 países y se han llevado a cabo proyectos tan interesantes como la revisión global del sistema y las instituciones de defensa de la competencia de un determinado país (en la última reunión de París fue el caso de Chile).

Este instrumento, denominado por la OCDE *Peer Reviews*, es de gran utilidad no sólo para los países con menos experiencia en esta materia, sino para todos los demás que podemos identificar en el análisis en profundidad de un sistema de defensa de la competencia virtudes y defectos propios.

Lo mismo ocurre con los documentos elaborados en el grupo de trabajo sobre *Competencia y sectores regulados* que permiten tener una perspectiva mundial de la aplicación práctica de la defensa de la competencia a sectores regulados así como de la relación entre las autoridades horizontales de defensa de la competencia y las Comisiones sectoriales.

Del contraste de estas experiencias se obtienen conclusiones muy valiosas no sólo para el regulador, sino también para todas las instituciones relacionadas con la defensa de la competencia.

Asimismo, también el marco de este foro ha servido para elaborar una serie de documentos de gran utilidad para todos los países que comienzan su andadura en esta materia, como son *Fighting the Hard-core Cartels* o *A Framework for the Design and Implementation of Competition Law and Policy*.

Esta iniciativa no es una iniciativa más de cooperación y colaboración entre instituciones, sino que basa su utilidad en aplicar las enseñanzas de los diálogos y debates tradicionales entre los miembros de la OCDE a las necesidades de las economías menos avanzadas en estos asuntos.

Al mismo tiempo, la OCDE ofrece el impulso político y diplomático adecuado para empujar a aquellas economías que aún dudan acerca de la implantación de sistemas de defensa de la competencia a apostar por utilizar este instrumento clave para el funcionamiento eficiente de las reglas del mercado.

5. CONCLUSIONES

Son muchos los proyectos y las iniciativas que están apareciendo recientemente para, al hilo de la globalización económica, buscar vías de fortalecimiento de la cooperación y colaboración entre instituciones de defensa de la competencia a nivel mundial. No he tratado de hacer un análisis detallado de cada una de estas iniciativas, sino simplemente comentar con brevedad las que considero más novedosas y atractivas.

No obstante, cualquier esfuerzo en este sentido considero que está enfocado en la dirección adecuada, puesto que la globalización de la actividad empresarial demanda una reacción rápida y oportuna por parte de las instituciones encargadas de velar por el mantenimiento de un principio básico para el funcionamiento de las economías de mercado y, por ende, de la actividad empresarial como es la libre competencia.

Por ello, cualquier nueva iniciativa debe ser bienvenida siempre que aporte nuevos instrumentos o nuevas soluciones y que logre desarrollar sinergias con el resto de foros ya creados. De ello no sólo se beneficiarán las autoridades de defensa de la competencia de los países menos desarrollados, sino que también lo haremos los de las economías más avanzadas y, sobre todo, las empresas que serán los principales beneficiarios de este proceso de convergencia de instrumentos de análisis y mayor cooperación institucional.

LÍNEAS ACTUALES DE LA POLÍTICA DE COMPETENCIA EN ESPAÑA

Fernando JIMÉNEZ LATORRE

Director General de Defensa de la Competencia
Secretaría de Estado de Economía
Ministerio de Economía

1. MARCO GENERAL

La protección y el fomento de la competencia va adquiriendo una creciente importancia en el diseño de las políticas económicas del mundo occidental. La progresiva integración de los mercados de bienes, servicios y capitales y el constante cambio tecnológico característicos de los últimos tiempos han demostrado la inviabilidad de las políticas concebidas de espaldas al mercado.

Por su parte, en la Unión Europea, el proyecto del euro prácticamente ha eliminado la posibilidad de utilizar discrecionalmente instrumentos de demanda sobre la base de consideraciones domésticas. La política monetaria se diseña en función de las condiciones de demanda de la eurozona, desaparece el tipo de cambio como instrumento corrector de desviaciones de competitividad entre los Estados participantes en el euro y se ha limitado enormemente la posibilidad de utilizar la política fiscal como instrumento discrecional de política económica.

En España se ha sido particularmente consciente de la importancia de la competencia en el actual contexto de globalización y se ha sido muy activo en los procesos de privatizaciones, liberalización y apertura de sectores tradicionalmente controlados por un monopolista público.

Estas iniciativas han venido acompañadas con la potenciación de la política de competencia, como elemento protagonista para lograr una mayor orientación de nuestra economía hacia el mercado. Por mencionar las actuaciones más recientes en este sentido, se pueden recordar la creación de una Dirección General con funciones exclusivamente dedicadas a la defensa de la competencia, el reforzamiento de la financiación del Tribunal de Defensa de la Competencia, ahora organismo autónomo, así como las mejoras de eficiencia en los procedimientos tanto en transparencia como en plazos.

Al mismo tiempo, la globalización y los cambios regulatorios han tenido una importante incidencia en los elementos sustanciales de la propia política de competencia. Así, las actuaciones del Servicio de Defensa de la Competencia han tenido muy en cuenta las nuevas realidades y los nuevos mercados. En algunos sectores las modificaciones estructurales han operado a través de marcados cambios en el tamaño de las empresas, en otros han predominado las economías de especialización entre los diferentes niveles de producción y, en otros, están teniendo lugar economías de alcance que llevan a combinaciones horizontales de producción.

Toda esta evolución estructural merece una valoración positiva en la medida en que, respondiendo al propio dinamismo de las empresas, suponga ganancias de eficiencia que terminen beneficiando a los consumidores. No obstante, es necesario evitar que en el contexto de las anteriores transformaciones estructurales, las estrategias empresariales se traduzcan en el ejercicio anticompetitivo de un mayor poder de mercado o en el cierre de mercados o nuevas actividades.

En esta línea, los criterios, las técnicas e instrumentos de defensa de la competencia han debido ir adaptándose a las nuevas estructuras y desarrollando el análisis dinámico, donde las autoridades de competencia han debido prestar una particular atención a las barreras de entrada y a la competencia potencial.

En este contexto, sorprenden algunos fenómenos de «sobreregulación» que pueden estar apareciendo en determinados sectores, contribuyendo a crear barreras a la entrada sobre diferentes actividades y mercados. En este sentido, destaca el sector de la distribución comercial donde las normas aprobadas en los últimos años, diferentes además entre las distintas zonas del territorio, podrían estar creando barreras legales a la entrada de nuevos competidores y sus consecuentes efectos económicos perjudiciales.

2. ACTIVIDAD RECIENTE

Desde una perspectiva global, las ideas y principios señalados hasta el momento han venido orientando la aplicación de la normativa sobre defensa de la competencia en la actuación reciente del Servicio, en un contexto de crecimiento sustancial de la actividad.

El 2002 ha sido un año considerablemente activo en materia de competencia, tanto en términos cuantitativos como cualitativos. Para ilustrar esto, basta con citar que el pasado año se alcanzó un máximo histórico de 100 operaciones de concentración notificadas al Servicio de Defensa de la Competencia. Tendencia que parece va a consolidarse en el presente ejercicio y que evidencia el carácter no cíclico de estas decisiones empresariales, mostrando que el fenómeno del redimensionamiento puede obedecer a diferentes motivos de crecimiento o actuaciones de carácter más defensivo.

En materia de control de concentraciones, como indica el contenido de las resoluciones finales sobre los nueve expedientes que pasaron el pasado año a segunda fase, se ha seguido básicamente el contenido de los dictámenes del Tribunal de Defensa de la Competencia¹. Para tener una idea de las actuaciones e incidencia de este ámbito de control, es muy indicativo decir que un 83 por 100 de las operaciones notificadas en 2002, en línea con lo que ha ocurrido otros años, se han aprobado en primera fase en un plazo tan corto de tiempo como un mes. Únicamente se han condicionado cuatro operaciones y, en todas ellas, las condiciones establecidas han buscado permitir que las posibles ganancias de eficiencia de las operaciones de concentración planteadas se trasladaran enteramente a los consumidores y fueran compatibles con el mantenimiento de la competencia efectiva en los mercados.

Asimismo, a lo largo de 2002, se finalizaron en el Servicio de Defensa de la Competencia más de 100 expedientes en materia de prácticas restrictivas. En particular, se remitieron al Tribunal de Defensa de la Competencia 20 expedientes sancionadores de los 95 iniciados.

Por sectores, la actividad del Servicio, tanto en el ámbito del control de concentraciones como en el de conductas prohibidas, ha sido mayor en los sectores energético, de telecomunicaciones, servicios financieros, turismo y hostelería, publicaciones, seguridad, envases y embalajes, colegios profesionales, postal, farmacéutico, transporte marítimo y distribución comercial. El trabajo realizado en los sectores energético y en el de telecomunicaciones ilustra la complejidad creciente de los asuntos estudiados, dadas las empresas implicadas y la relevancia e incidencia de estos sectores sobre otras áreas económicas y sobre los propios consumidores.

También se han realizado cambios normativos que han contribuido a modernizar y adaptar nuestro sistema de defensa de la competencia a las nuevas realidades y a los nuevos mercados, dotando al sistema de mayor transparencia, eficacia y seguridad jurídica.

Tras la entrada en vigor el pasado año del Real Decreto 1443/2001, de 21 de diciembre, por el que se desarrolla la Ley de Defensa de la Competencia en lo referente al control de las concentraciones económicas, este proceso de adaptación de la normativa interna ha culminado recientemente con la publicación y entrada en vigor del esperado Real Decreto 378/2003, de 28 de marzo, por el que se desarrolla la Ley de Defensa de la Competencia en materia de exenciones por categorías, autorización singular y Registro de Defensa de la Competencia, cuya necesidad era patente ante las modificaciones experimentadas por la normativa europea en materia de exenciones, ahora ya expresamente incorporadas a nuestra normativa interna.

¹ Información completa de la actividad en la página web del Servicio de Defensa de la Competencia: www.mineco.es/dgdc/sdc.

3. MARCO INSTITUCIONAL INTERNO

Este momento de mayor madurez y consolidación de nuestro sistema de defensa de la competencia, extensible también a la aplicación práctica de nuestras normas, ha coincidido con una transformación esencial del marco institucional para permitir la aplicación descentralizada de la Ley de Defensa de la Competencia en materia de acuerdos y prácticas restrictivas, de acuerdo con las indicaciones del Tribunal Constitucional. Así, una vez en vigor la Ley 1/2002, de Coordinación de las Competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia, constituye actualmente una de las prioridades de la Dirección General de Defensa de la Competencia poner en marcha este nuevo esquema. Como punto de partida, puede afirmarse que desde las instituciones de la Administración estatal el sistema de ejecución descentralizada de competencias se valora positivamente en la medida en que puede permitir un importante refuerzo de la política de competencia a través de una aplicación de la Ley de Defensa de la Competencia más extensa y próxima a las conductas.

Dado el número de Comunidades Autónomas implicadas, sus propias particularidades y que a ellas corresponde determinar su propia organización interna, el proceso de descentralización necesariamente habrá de realizarse de forma escalonada. Sin embargo, desde el Servicio se está tratando de imprimir al proceso la máxima agilidad posible. Así, se ha prestado una particular atención a las cuestiones relacionadas con la constitución y el funcionamiento práctico del nuevo sistema: Consejo de Defensa de la Competencia, Junta Consultiva, sistema de intercambio de información, etc. En algunas de estas instituciones se podrán ir incorporando sucesivamente los órganos autonómicos que se vayan creando en las distintas Comunidades Autónomas. En otros, ya participan de hecho en este proceso impulsor a través de sus representantes en el Consejo de Defensa de la Competencia.

Desde principios del presente año los órganos de defensa de la competencia de Cataluña, Servicio y Tribunal autonómicos, funcionan ya plenamente y, en el marco de la Ley 1/2002, existe ya una experiencia muy positiva en materia de intercambio de información y asignación de casos. Sin embargo, a excepción de la Comunidad de Madrid, que también ha constituido su Servicio autonómico, en el resto de las Comunidades Autónomas existen proyectos de organización institucional con mayor o menor grado de desarrollo. Con seguridad, a medio plazo, además de Cataluña y Madrid, otras Comunidades como Galicia, País Vasco o Andalucía previsiblemente contarán con un esquema institucional completo.

En cualquier caso, en la base de un funcionamiento fluido, uniforme y coherente del nuevo esquema institucional se encuentra la necesaria lealtad y cooperación entre las Administraciones estatal y autonómica, como ha quedado expresamente de manifiesto en la primera reunión del

Consejo de Defensa de la Competencia que tuvo lugar el pasado 28 de marzo en Madrid. El Consejo es el órgano paritario de colaboración, coordinación e intercambio de información entre el Estado y las Comunidades Autónomas para promover la aplicación uniforme de la legislación sobre competencia, en los aspectos cuya ejecución se ha descentralizado y, en particular, le corresponde fundamentalmente realizar el seguimiento periódico de la aplicación concreta por parte de las distintas Administraciones Públicas, y promover el intercambio de información y la realización de estudios sobre el particular. Es necesario destacar, en todo caso, que el mantenimiento de una aplicación coherente y homogénea de las normas sobre defensa de la competencia constituye un elemento imprescindible para preservar la unidad del mercado nacional y el mantenimiento de condiciones equivalentes para todos los agentes en todo el territorio.

En esta primera reunión del Pleno del Consejo de Defensa de la Competencia, se realizó un ejercicio de puesta en común de la situación y perspectivas en cada Comunidad Autónoma, se trataron las reglas de funcionamiento interno de las instituciones establecidas en la Ley 1/2002 y el esquema de funcionamiento práctico de lo que será una red de órganos nacionales. Esta reunión ha permitido, además, avanzar en la constitución de la Junta Consultiva en materia de Conflictos, cumpliéndose el trámite de audiencia del Consejo en el nombramiento de su Presidente, que, si no hay ningún obstáculo ulterior, tendrá lugar próximamente. En general, tanto el Estado como las Comunidades Autónomas han considerado muy positiva esta primera reunión y se ha acordado celebrar otra en otoño de este mismo año con objeto de poder tomar entonces algunas decisiones.

4. EL CONTEXTO EUROPEO E INTERNACIONAL

Sin perjuicio del proceso institucional interno, asistimos en estos años a un importante ejercicio de revisión del marco europeo de competencia, influido por la inminente ampliación, la globalización y el control jurisdiccional, que condicionará las normas nacionales en el futuro más inmediato. Se trata en todo caso de un ejercicio amplio que abarca no sólo el ámbito de las prácticas restrictivas, cuyo marco de modernización fue adoptado el pasado año, sino también el del procedimiento de control de concentraciones, cuya reforma previsiblemente entre en vigor el próximo año, y el de ayudas públicas.

En el momento actual, una vez adoptado el nuevo marco de modernización de la normativa de aplicación de los arts. 81 y 82, que entrará en vigor en mayo de 2004, las discusiones en la Unión Europea se centran en los aspectos prácticos del nuevo sistema, en especial en materia de asignación de casos e intercambio de información entre autoridades, para lograr un funcionamiento ágil y eficiente. Las novedades establecidas en el Reglamento (CE) 1/2003, de las cuales se ha escrito ya ampliamente

en otros números del Anuario, nos obligan a introducir determinadas modificaciones en el Real Decreto 295/1998, de 27 de febrero, relativo a la aplicación en España de las Reglas europeas de competencia, y sobre todo a modificar algunos aspectos de nuestro ordenamiento jurídico en materia de procedimientos, con objeto básicamente de dar entrada a la figura del *amicus curiae* y al intercambio de información entre autoridades.

Por su parte, en materia de control de concentraciones, se han planteado cambios importantes que afectan a cuestiones sustantivas, jurisdiccionales y procedimentales. La propuesta de la Comisión merece una valoración general positiva. Se trata de una propuesta sólida, que constituye una buena base de trabajo que busca garantizar el mantenimiento de la seguridad jurídica y agilidad y transparencia de los procedimientos.

En este marco, los aspectos más centrales de la reforma giran en torno a la introducción de la jurisdicción automática, al *test* sustantivo y a los plazos del procedimiento. No obstante, se considera deseable mejorar determinados planteamientos sobre todo en relación con la jurisdicción automática que se ha propuesto, con el *test* sustantivo y con la aproximación realizada en materia de plazos. En particular, junto a la necesidad de agilizar y flexibilizar los mecanismos de remisión de casos, es importante garantizar que el establecimiento de cualquier mecanismo de jurisdicción automática cuente con un número suficiente de Estados miembros afectados y contemple algún mecanismo de actuación activa por su parte. Asimismo, en línea con el contenido de nuestra normativa, un doble *test* sustantivo que incluya «dominio» y «reducción sustancial de la competencia», podría constituir una alternativa de consenso válida, uniformizadora y sin merma de la seguridad jurídica. Por último, en línea con el esfuerzo realizado internamente en materia de plazos en los últimos años, se considera relevante evitar alargar excesivamente los procedimientos comunitarios.

Este ejercicio de revisión de la normativa de Unión Europea sin duda contribuirá a aumentar la eficacia y agilidad del sistema comunitario de defensa de la competencia, incidiendo directamente sobre nuestras propias normas y su aplicación práctica doméstica.

Finalmente, con un interés creciente, se realiza un seguimiento de la evolución de los asuntos de competencia en el contexto internacional, donde la política de competencia es protagonista no sólo porque ya más de 100 países cuentan con sistemas de defensa de la competencia, sino porque probablemente nos encontremos en breve dando los primeros pasos hacia el embrión de un acuerdo multilateral en materia de competencia en el marco de la OMC. Asimismo, otras iniciativas como el *Global Forum on Competition* de la OCDE o el *International Competition Network*, en cuyos grupos participamos de forma muy activa, se consolidan como foros de discusión de relevancia creciente en el análisis y valoración de los mecanismos para reforzar la eficacia y racionalidad de los sistemas de defensa de la competencia.

5. CONCLUSIONES

En todo caso, el reforzamiento de la eficacia, racionalidad y agilidad de las normas de competencia no resultan suficientes aisladamente. Este ejercicio debe reflejarse también en la práctica de la actividad de las instituciones de competencia, que debe tratar de resultar predecible y transparente con objeto de configurar el marco necesario de seguridad jurídica. En esta línea, se han realizado recientemente importantes esfuerzos en el ámbito doméstico que van a continuar sin duda en el futuro.

En definitiva, el logro de un funcionamiento más competitivo de los mercados comporta una mayor eficiencia en la producción y su traslado a los consumidores, permite afrontar mejor la creciente competencia internacional y el constante cambio tecnológico, y con ello incide positivamente sobre el empleo, el crecimiento potencial de la economía y el bienestar general de la sociedad.

CUADRO 1

ESTADÍSTICAS DE CONTROL DE CONCENTRACIONES EN ESPAÑA: 1990-1991, TRIMESTRE 2003 (A 31 DE MARZO DE 2003)

	1990	1991	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	1T/ 2003
Notificaciones	8	11	18	15	13	20	23	19	31	51	93	76	100	16
Autorización tácita	5	12	11	11	11	13	20	10	22	34	80	65	83	11 ¹
Desistimiento, remisión, conductas o Comisión Europea	—	—	—	—	—	—	1	—	—	1	—	2	4	—
Otros supuestos ²	—	—	—	—	1	1	1	2	4	2	1	2	4	—
Expedientes remitidos al TDC	3	—	7	4	1	6	2	7	5	15	12	6	9	1
Acuerdos de Consejo de Ministros	3	—	7	4	1	6	1	7	5	14	12	6	8	2
Diligencias previas	—	—	—	11	16	8	27	27	27	32	45	15	45	13
Consultas previas	—	—	—	—	—	—	—	—	—	13	24	10	12	3
Terminación convencional	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—

Fuente: Dirección General de Defensa de la Competencia.

¹ A 31 de marzo de 2003, 5 expedientes pendientes de decisión.

² Operaciones notificadas al Servicio que finalmente se han archivado por no superar umbrales o por no tratarse de una operación de concentración.

CUADRO 2

ESTADÍSTICA DE MOVIMIENTO DE EXPEDIENTES A 31 DE MARZO DE 2003

Periodo	Saldo inicial	Entradas				Salidas				
		Totales	Denuncia	De oficio	Autorizaciones	Totales	(I) ARCH	(II) ACUM	(III) SSDO	(IV) TDC
1990 (año)	59	104	80	4	20	89	26	6	5	52
1991 (año)	74	94	74	11	9	64	17	12	8	27
1992 (año)	104	119	95	11	13	111	39	20	21	31
1993 (año)	112	141	99	9	33	142	58	15	30	39
1994 (año)	111	148	94	5	49	148	59	2	19	68
1995 (año)	111	158	86	13	59	139	55	5	16	63
1996 (año)	130	180	120	15	46	182	79	13	24	66
1997 (año)	129	268	214	14	40	196	95	15	19	67
1998 (año)	201	191	146	12	33	212	119	10	30	53
1999 (año)	181	183	145	9	29	206	111	9	26	60
2000 (año)	158	127	99	3	25	166	82	6	27	51
2001 (año)	119	122	95	1	26	119	53	4	16	46
2002 (año)	122	95	70	2	23	102	39	4	17	42
2003 (enero)	113	10	6	—	4	12	6	—	2	3
2003 (febr.)	111	4	3	—	1	11	4	—	2	5
2003 (marzo)	104	9	8	—	1	14	11	—	3	—

Fuente: Dirección General de Defensa de la Competencia.

HACIA UNA RED DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA EN ESPAÑA

Joan Carles COSTAS I TERRONES *

Director General de Defensa de la Competencia
de la Generalitat de Catalunya

1. INTRODUCCIÓN

La Ley 1/2002, de 21 de febrero, de coordinación de las Competencias del Estado en materia de defensa de la competencia (en adelante, LCCDC), ha dado una nueva forma al sistema de defensa de la competencia en España, mediante la atribución a las Comunidades Autónomas de competencias de ejecución de una parte de las funciones hasta ahora desempeñadas por los órganos estatales de defensa de la competencia. La LCCDC da cumplimiento a la Sentencia (en adelante, la Sentencia) del Tribunal Constitucional 208/1999, de 11 de diciembre, relativa a la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia (en adelante, LDC), que despertó fuertes críticas respecto a su fundamentación jurídica y, muy en especial, respecto a los efectos que sobre el sistema de defensa de la competencia podía ocasionar.

Con posterioridad, el Decreto 222/2002 de la Generalitat de Catalunya ha creado los órganos de defensa de la competencia en esta Comunidad.

Recientemente, el Reglamento (CE) 1/2003, de 16 de diciembre, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los arts. 81 y 82 del Tratado (en adelante, el Reglamento), ha dado fin a un largo proceso de discusión sobre el papel que deben desempeñar las distintas autoridades administrativas y judiciales de competencia existentes en la Unión Europea, al tiempo que ha supuesto un cambio trascendente en la aplicación del Tratado al pasar de un sistema de control administrativo previo a otro basado en un control posterior.

En su conjunto constituye un cambio profundo para todos, que se hace notar aún con mayor intensidad en España, y que debe suponer, a pesar de su complejidad, un avance sustantivo en la competitividad de las diversas economías y del bienestar de los ciudadanos.

* Las opiniones expresadas en este trabajo son estrictamente personales.

El objetivo de este trabajo consiste en intentar una primera aproximación al papel que los órganos autonómicos de competencia pueden (y deben) desempeñar en el nuevo modelo. En este sentido se realiza un examen de las previsiones de la LCCDC y de algunos aspectos que su aplicación sugiere.

El trabajo más pretende plantear cuestiones que resolverlas, en especial dada la clara naturaleza política de la función y de la forma en que se articulan las instituciones encargadas de efectuarla.

2. EL PUNTO DE PARTIDA

Antes de iniciar el análisis parece conveniente detenerse brevemente en el examen de la realidad sobre la que ha operado y previsiblemente van a operar los órganos de defensa de la competencia en España.

a) *La defensa de la competencia es una materia abierta a discusión en todos sus aspectos en mucha mayor medida de lo que es habitual respecto al papel del Estado en el ámbito económico.*

No es frecuente que la Administración Pública deba tener en cuenta en su actuación diaria conceptos económicos tan abstractos y con tantas posibilidades de interpretación económica y jurídica, como los de competencia suficiente (*workable*) mercado relevante, posición de dominio colectivo, precios depredatorios..., etc., o en la evaluación de determinadas conductas de la empresa, sean o no aceptables de acuerdo con su posición en el mercado. Tampoco es habitual que la Administración Pública realice supuestos respecto a la posible conducta futura de un mercado o de una empresa sin más guía que la doctrina y la jurisprudencia que, en definitiva, resultan siempre escasas debido no sólo al cambio constante de las condiciones de la economía y de los avances del pensamiento jurídico y económico, sino también a las diferencias en las situaciones de hecho. No es extraño, pues, que se produjera un cierto grado de preocupación y temor respecto a los efectos de la Sentencia, si bien hoy ya se puede considerar que, cuando menos, se han disipado.

En suma, una función de difícil realización, pero absolutamente indispensable en las economías de mercado.

b) *La Ley 1/2002 hace su aparición en un momento en que las formas de actuación de la Comisión Europea se hallan en proceso de profunda transformación.*

El Reglamento ha introducido modificaciones de gran trascendencia mientras por su parte la política de autorización de concentraciones está siendo cuestionada, tanto desde el punto de vista de la política industrial, es decir de su conveniencia respecto al tamaño de las empresas europeas en tanto que competidoras en una economía globalizada, como del rigor de la motivación de las decisiones que desde la consideración *ex ante*

de la conveniencia de una concentración se ha estado efectuando (Sentencias Airtours/First Choice, Schneider/Leyrand, Tetra Laval/Sidel).

c) *La actuación del Tribunal de Defensa de la Competencia (en adelante, TDC) y del Servicio de Defensa de la Competencia (en adelante, SDC) ha recibido una excelente calificación por parte de la OCDE (2000, pp. 41-47), en especial en lo que se refiere a su papel de abogado de la competencia.*

d) *El SDC ha atendido respecto a prácticas restrictivas de la competencia en el período 1997-2001 una media anual de 158 casos, medida por la entrada de expedientes.*

De estos casos, aproximadamente el 4 por 100 corresponde a actuaciones de oficio, el 78 por 100 a denuncias y el restante 18 por 100 a autorizaciones singulares. Por lo que se refiere a concentraciones, durante el año 2001, se sitúan en 76 de los cuales se remiten al Tribunal seis casos.

Naturalmente, éstas no son todas las funciones que efectúa el SDC, pero sí parecen las más relevantes en nuestro contexto.

e) *En repetidas ocasiones, por diversas personas o entidades y en un lapso de tiempo de varios años, se ha puesto de manifiesto la escasez de medios sobre la que operan los órganos estatales de defensa de la competencia.*

Recientemente se ha producido una mejora en los medios humanos y materiales, pero está pendiente de comprobación su suficiencia. Por lo que se refiere al TDC las Memorias anuales son la mejor referencia posible.

No es, por tanto, extraño que la actuación de oficio del SDC sea relativamente reducida y que actúe priorizando los casos más importantes.

f) *El conjunto sugiere la eventual existencia de eventuales incumplimientos legales de los que el SDC no tiene conocimiento.*

Probablemente, de existir, éstos son casos menores; menores para el conjunto de la economía, pero muy poco menores para las empresas y las personas que los padecen (o disfrutan).

g) *Todo ello permite extraer ya una primera conclusión preliminar y tentativa.*

Por una vía extraña, indirecta, los recursos del conjunto de órganos de defensa de la competencia en España van a verse incrementados a un nivel hoy desconocido, pero con toda probabilidad elevado, y estará dirigido, por una parte, a descargar de los casos de menor importancia administrativa a los órganos estatales y, por otra, a aquellos que, debido a los costes generados por la distancia geográfica, no llegaban a constituir casos.

3. LOS PUNTOS DE CONEXIÓN

La mayor parte de las críticas que suscitó la Sentencia se basaron en la eventual disparidad de criterios que ante casos análogos pudieran mantener los órganos autonómicos, lo que supondría, o podría suponer, una quiebra del principio de unidad de mercado. Realmente pocos ejemplos de eventuales disparidades de criterio se ofrecieron en la discusión posterior a la Sentencia, pero sí es posible afirmar que parecen haber influido de forma notable en la redacción del art. 1 de la Ley 1/2002, relativo a la delimitación competencial entre administraciones, esto es, los puntos de conexión.

La delimitación se inicia en el apartado 1 con la atribución al Estado de los procedimientos relativos a las conductas previstas en los arts. 1, 6 y 7 de la LCD, cuando alteran o pueden alterar la libre competencia en un ámbito supraautonómico o en el conjunto del mercado nacional, una redacción en línea con la Sentencia.

A continuación, el apartado 2 establece que se puede producir la alteración anterior:

«Cuando pueda afectar a la unidad del 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.

«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.»

En su conjunto, la relación de posibilidades en la que una conducta pueda ser considerada supraautonómica y, por tanto, ser competencia de los órganos estatales parece caracterizada por un buen grado de indefinición.

Por lo que se refiere al apartado a) es preciso destacar que se trata de una relación abierta (*«entre otras causas»*), lo cual no propicia la seguridad jurídica. Por otra parte, cabe señalar que no se establecen los criterios para conocer qué dimensión del mercado, cuota de empresa, alcance de la restricción, etc., darán como consecuencia la competencia estatal. Además es posible señalar una coincidencia sorprendente; los cuatro criterios son prácticamente una copia literal de una parte del art. 10 de

la LDC, en concreto de los apartados *a)*, *b)*, *c)* y *d)* del apartado 2 que establece la graduación de las multas sancionadoras a imponer por el TDC. La coincidencia, en sí misma, no reviste ninguna importancia; sin embargo, despierta el temor de que pueda ser invocada en el sentido de que una infracción, en la que se cumplen todas las condiciones para la competencia autonómica, debido a su eventual importancia medida por estos criterios se transforme en competencia estatal. La hipótesis es poco fundamentada, pero podría no resultar inverosímil.

Especial relevancia podría revestir la interpretación de los efectos sobre consumidores y usuarios. En último extremo, todas las conductas económicas tienen repercusión sobre otras conductas económicas. Esto es especialmente importante en el caso de empresas que suministran bienes o servicios a otras empresas, lo que en principio hace suponer que los efectos de la conducta se difunden a los distintos mercados en los que actúan unas u otras; valga como ejemplo las negativas de suministro en el sector eléctrico o los acuerdos relativos a precios mínimos de los colegios profesionales. Se debe esperar que se seguirá una línea interpretativa análoga a la que de la República Federal Alemana, en la que se entiende que se debe atender a las repercusiones directas más que a las indirectas (CASES, 1995, p. 688), siendo las indirectas aquellas que repercuten sobre un sujeto sólo porque previamente han repercutido sobre otro.

Es preciso mencionar que esta interpretación es la que parece mantener el SDC, que ya ha puesto en conocimiento de la Generalitat de Catalunya casos entre empresas, entendiendo que son competencia de ésta.

En lo que hace referencia al apartado *b)*, «reglas adicionales» en la Exposición de Motivos de la Ley, únicamente señalar que se hace difícil encontrar entre las resoluciones del TDC algún caso que, siendo de ámbito autonómico, pudiera contener una conducta con las graves consecuencias que se describen en este apartado; incluso se hace difícil hallar una conducta de estas consecuencias en el conjunto de resoluciones del TDC, lo que probablemente significa que su resolución, de producirse, se realizara a través de otras instancias del ordenamiento jurídico distintas a las que contempla la LDC.

Teniendo en consideración la notable fuerza expansiva que puede tener una delimitación de competencias estatales como la realizada, se ha sugerido la posibilidad de que se produzca un vaciamiento de las competencias autonómicas. En mi opinión, este enfoque, al implicar un enfrentamiento entre administraciones que únicamente puede resolverse ante el Tribunal Constitucional, parece un enfoque erróneo. Realmente ha existido un elevado número de cuestiones competenciales en el modelado del Estado de las Autonomías, pero es preciso observar que éstas se han producido en su mayor parte en el ámbito legislativo. La experiencia en otras materias, las relativas a competencias de ejecución, llevan a afirmar que, en términos generales, el acuerdo en la interpretación

de los puntos de conexión ha sido la tónica general y el desacuerdo la excepción. El problema de existir, y todos deseamos que no se produzca, se concretaría en la posibilidad, básicamente en las actuaciones por denuncia, de que un operador económico intentara alegar falta de competencia de la administración actuante con la intención de diferir la actuación del órgano competente. Como se observará a continuación, la propia Ley ha introducido mecanismos que dificultan notablemente esta posibilidad.

4. RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS

La Ley 1/2002 no es ajena a la posibilidad de conflictos que pudieran surgir de la imprecisión de los puntos de conexión y establece un mecanismo que pudiera parecer un tanto complejo, pero que probablemente sea muy adecuado para resolver las eventuales discrepancias.

En síntesis, este procedimiento consiste en la comunicación desde las Comunidades Autónomas al SDC y viceversa ¹ de todas las denuncias, solicitudes de autorización singular y conductas detectadas de oficio en la que establecerá el órgano que se considere competente. De no existir acuerdo, para lo que existe un período de veinte días, se convocará a la Junta Consultiva en materia de conflictos que emitirá un informe no vinculante en un plazo de quince días. En definitiva, poco más de un mes para llegar al acuerdo respecto a la administración competente. En cualquier caso, la administración que se considere competente podrá, en el plazo de diez días, iniciar el procedimiento, lo que, en caso de considerarse competentes ambas, daría origen al conflicto de competencias regulado en la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional.

Por lo que se refiere a los eventuales conflictos horizontales, basta con señalar que el mecanismo es análogo y que se trataría de una situación extraña que muy probablemente sería de competencia estatal.

No cabe duda de que las imprecisiones anteriormente señaladas pueden dar origen a un cierto grado de conflictividad; sin embargo, la brevedad de los plazos señalados son un buen incentivo a que no se produzcan conductas de prolongación del procedimiento que supondrían un importante obstáculo, dada la relativa brevedad de plazos para la instrucción.

¹ La información a remitir no es exactamente la misma. Es el caso de las CCAA «notificarán al Servicio de la Defensa de la Competencia todas las denuncias...». Cuando informa el SDC lo hace mediante «nota sucinta». Se deberá esperar al desarrollo del sistema para observar las diferencias entre una y otra información.

5. LOS MECANISMOS DE COORDINACIÓN Y COLABORACIÓN

Al tiempo que regula el procedimiento de resolución de conflictos, la Ley 1/2002 establece un conjunto de mecanismos de coordinación y colaboración. El primero de ellos es la posibilidad de establecer convenios de colaboración entre órganos del Estado y de las CCAA para la instrucción y resolución de los procedimientos que sean competencia de estos órganos. La redacción de este artículo es totalmente abierta y permite tanto que sean los órganos estatales los que desempeñen total o parcialmente las funciones de las CCAA como que sean los órganos de éstas los que puedan realizarlas cuando la proximidad geográfica aconseje que sean estos órganos los que instruyan.

Este amplio abanico de posibilidades parece muy acertado toda vez que es perfectamente posible, como lo están entendiendo algunas CCAA, el establecimiento de un órgano propio, el que instruye las conductas, mientras que sea el TDC el que finalmente resuelva. Es preciso considerar que la falta de experiencia unida a la escasez y coste de las personas que tienen esta experiencia, haga transitoriamente muy difícil la asunción inmediata de todas las competencias.

Naturalmente los convenios para la ejecución por parte de los órganos de las comunidades no es fácil que se produzcan en un primer momento, debido precisamente a esa inicial falta de experiencia. Es posible que incluso a un plazo medio, algunas comunidades no puedan o no deseen establecerlos. Sin embargo, es más que probable que las de mayor tamaño, Andalucía, Catalunya, Madrid o Valencia, por ejemplo, hayan alcanzado ya el grado de conocimiento y práctica necesaria para colaborar incluso en los procedimientos que sean competencia de la Comisión Europea.

El segundo mecanismo de colaboración es la previsión convenida en el apartado 4.º del art. 5 por el que tanto el SDC como el TDC recabarán de los órganos autonómicos informe no vinculante, a emitir en el plazo de diez días hábiles, en relación a las conductas que incidan de forma significativa en el territorio de la Comunidad Autónoma.

También el redactado de este apartado es muy abierto y ha dado origen, respecto a las operaciones de concentración (GARCÍA-PALENCIA, 2002, p. 22), a una fuerte crítica respecto a sus efectos: *«Sería conveniente que esta Ley fuera desarrollada por disposiciones reglamentarias que garantizaran la unidad del mercado nacional y la igualdad para el ejercicio de las condiciones básicas y evitar así, que los órganos competentes de las Comunidades Autónomas puedan emitir informes en los que hagan valoraciones dispares de una misma operación, o en los que se intente una defensa de eventuales campeones regionales, lo que sólo podría inducir a confusión a las autoridades estatales encargadas de investigar el caso»*.

En esta ocasión parece que la crítica es injustificada tanto para los órganos autonómicos como los estatales, ya que implica que los informes

se van a efectuar a favor de los «campeones regionales», al tiempo que supone que los órganos estatales son susceptibles de alcanzar un estado de confusión ante los informes, un estado capaz de alterar la unidad de mercado.

Es probable que sea bueno que en el seno de los órganos de colaboración se definan los aspectos de mayor interés que deben contener los informes. Sin embargo, la premura del plazo —diez días hábiles— no hace probable que los órganos de las CCAA puedan efectuar un informe en profundidad de todos los aspectos de la concentración, sino señalar exclusivamente, caso de tener la información, aquellas consecuencias de la concentración que pudieran tener un efecto más relevante en su territorio o distinto al previsible en el conjunto del Estado.

Por otra parte, cabe recordar que la competencia para aprobar las operaciones de concentración es del Consejo de Ministros.

Por lo que se refiere a conductas anticompetitivas y autorizaciones singulares, el informe, aun dentro de la escasez del tiempo, puede tener mayor relevancia, pues en algunas ocasiones puede permitir a los órganos autonómicos la descripción de casos análogos, con incidencia en un territorio distinto al descrito en la denuncia.

El Consejo de Defensa de la Competencia es el tercer instrumento de «*colaboración, coordinación e información entre el Estado y las Comunidades Autónomas para promover la aplicación uniforme de la legislación de competencia*». Si bien su objetivo fundamental, promover la aplicación uniforme, es un poco escaso, ya que esta aplicación está garantizada en la forma ya descrita, entre sus funciones se hallan otras de mayor envergadura:

— Realizar el seguimiento periódico de la política de defensa de la competencia.

— Informar sobre los proyectos de disposiciones de carácter general que afecten a las materias en que las CCAA tienen competencia de ejecución.

Con todo y ser de gran importancia las funciones, en especial la última, se podría haber atendido algún aspecto distinto en el campo del intercambio de información y documentación. Naturalmente son posibilidades que quedan abiertas al convenio, pero que hubieran podido ser efectuadas con mayor eficacia por el órgano de colaboración establecido por la ley. Sin embargo, como se observará posteriormente, existe la voluntad de crear un sistema de información que puede servir con absoluta eficacia a estos fines.

6. LAS COMPETENCIAS DE LOS ÓRGANOS AUTONÓMICOS

Hasta este momento se han analizado las competencias de los órganos estatales, la resolución de conflictos y los órganos de colaboración. Por

exclusión es fácil deducir que de acuerdo con la LCCDC las competencias de los órganos autonómicos pueden alcanzar la ejecución de los arts. 1, 4, 6 y 7 de la LDC con las restricciones que han sido examinadas en el apartado dedicado a los puntos de conexión.

La Ley no ha atribuido a las CCAA competencias en materia de concentraciones ni de ayudas públicas. En lo que se refiere a concentraciones, la Sentencia del Tribunal Constitucional no hizo referencia expresa a ellas, si bien es preciso señalar que en ningún caso la letra o el espíritu de la Sentencia se hubiera opuesto a ello.

La atribución de competencia en el caso de ayudas públicas, tampoco contemplada en la STC, es mucho menos explicable si se atiende al contenido real que hubiera tenido.

La competencia ejecutiva a atribuir a las CCAA es la que pertenece al TDC de acuerdo con el art. 19 de la LDC. Esta competencia alcanza al análisis e informe de los criterios de concesión de las ayudas públicas en relación a las condiciones de competencia.

Por su parte, el Consejo de Ministros a la vista del informe puede proponer a los poderes públicos la supresión o modificación de los criterios. En consecuencia, la actuación del Consejo de Ministros, salvo en lo que respecta a la Administración Central, es de propuesta. No es, por tanto, extraño que la actuación conocida del TDC haya sido muy escasa hasta el día de hoy.

La competencia de análisis de las ayudas, hubiera alcanzado a las de la propia Comunidad Autónoma y a las de otros entes territoriales de la Comunidad. Por lo que se refiere a la primera, en la eventual labor de abogado de la competencia de los órganos autonómicos es perfectamente posible que la afronten, lo que implica que se ha imposibilitado la función de análisis y recomendación respecto a los restantes entes territoriales. Todo ello sin perjuicio del art. 51 bis de la LDC que establece la obligación de que cuando otras Administraciones Públicas, lo que incluye a las CCAA, por razón de sus funciones, pudieran tener conocimiento de hechos contrarios a la LDC, se limitarán a dar traslado de las mismas al SDC, un precepto que no puede considerarse derogado respecto a las ayudas.

Una de las funciones atribuidas a los órganos de defensa de la competencia que atraen mayor interés es la denominada «abogar por la competencia» (*advocacy of competition*). La definición de este concepto no es sencilla, pero recientemente la *International Competition Network* (2002) ha ofrecido la siguiente:

«Abogar por la competencia se refiere a aquellas actividades de la autoridad de competencia relativas a la promoción de un medio ambiente competitivo para las actividades económicas mediante mecanismos distintos a la aplicación de la ley, especialmente a través de sus relaciones con otras entidades gubernamentales y del incremento del conocimiento público de los beneficios de la competencia».

El papel que ha ejercido en este sentido el Tribunal de Defensa de la Competencia ha sido de extrema importancia en diversas ocasiones como ha puesto de manifiesto FERNÁNDEZ ORDÓÑEZ (1995, pp. 19-20):

«Los resultados de los informes han sido sorprendentes si se piensa en la escasez de sus recursos y en que el único del que dispone para esta función es el de su palabra».

«Observé que los miembros del TDC, que jamás habían hecho otra cosa que aplicar la ley y que no sólo no habían hecho nunca propuestas... eran sorprendentemente capaces de discutir todos los "trucos" en contra de la competencia que se esconden en cualquier legislación de los sectores más diversos...».

Se debe ahora recordar que realmente la aplicación de normas de defensa de la competencia se inicia en España en fechas tan recientes como el año 1989, es decir, seis años antes de que se redactara la cita anterior.

Con posterioridad es la OCDE la que confirma la opinión de FERNÁNDEZ ORDÓÑEZ:

«Desde 1992, el Tribunal ha efectuado una de 150 recomendaciones a fin de revisar o derogar legislación anticompetitiva. Aproximadamente dos tercios de sus recomendaciones fueron aceptados, en todo o en parte» (OCDE, 2000, p. 47).

Tal vez sea ahora el momento de recordar que en ocasiones se ha afirmado que las Comunidades Autónomas han tenido tendencia a actuar, mediante su legislación, restringiendo la competencia. De ser así, no es posible más que celebrar que se creen en las CCAA órganos con capacidad para mantener relaciones con otras entidades gubernamentales y especializadas en la defensa de la competencia.

En este sentido es posible observar que el Decreto 222/2002, de 27 de agosto, por el cual se crean los órganos de defensa de la competencia de la Generalitat de Catalunya, ha establecido entre las funciones del Tribunal Catalán de Defensa de la Competencia, *«la de emitir informes, ya sea de oficio o a instancias del Gobierno de la Generalidad, sobre la actividad normativa y administrativa, y su afectación a la competencia, así como investigaciones y análisis de los sectores económicos y de los mercados en términos de libre competencia».*

La redacción que esta función ha tenido en el Decreto 222/2002 es semejante a la recogida en el art. 2.2 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, que se refiere al TDC, pero con más amplitud tanto respecto a las actividades sujetas a informe como a la posibilidad de realizar análisis de los sectores económicos. Es más que probable que las CCAA que hoy todavía no han establecido un órgano de competencia tengan en cuenta esta función de abogados de la competencia e inicien sus actividades en este sentido.

7. UNIDAD DE MERCADO, APLICACIÓN UNIFORME Y ÓRGANOS AUTONÓMICOS. ALGUNAS CONSIDERACIONES

La gran preocupación y temor que produjo la STC respecto a la unidad del mercado tenía inicialmente poco fundamento desde el examen de la experiencia, es decir, de las resoluciones del TDC, ya que difícilmente podría entenderse amenazada por eventuales resoluciones de los órganos autonómicos sobre casos como floristerías, funerarias, pequeñas empresas de distribución eléctrica, seguros médicos y otros de previsible alcance autonómico, en ocasiones exclusivamente local. La Ley 1/2002 ha confirmado el examen inicial y ha dejado a salvo esta unidad mediante el rigor de los puntos de conexión. En resumen, no ha provocado ni provocará una revolución o una catástrofe en el sistema de defensa de la competencia español.

Por lo que se refiere a la aplicación uniforme, una preocupación análoga, es posible que la LCCDC no la haya alcanzado simplemente porque no es posible hacerlo, como demuestran las últimas sentencias del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Europea, la existencia de sentencias divergentes en multitud de ámbitos del Derecho o simplemente los votos particulares en las resoluciones del TDC. La cuestión probablemente es la que ha señalado el comisario MONTI (2002, p. 23) en relación a las propuestas del Libro Blanco: *«La descentralización a favor de las autoridades y los tribunales nacionales lleva consigo cierto riesgo de aplicación incoherente de las normas. Sin embargo, las ventajas en las que se refiere a una aplicación más eficaz de las normas superarán considerablemente a las desventajas. La Comisión espera que cualquier problema de aplicación incoherente será de naturaleza transitoria y que estos problemas se puedan resolver por medios de control adecuados. No debe olvidarse tampoco que el riesgo de incoherencia en un sentido más amplio existe ya hoy, dados la coexistencia y aplicación consecuyente de la ley comunitaria y de quince leyes sobre competencias distintas en la actualidad».*

Por otra parte, es posible observar que la falta de uniformidad, si se produjera, será una consecuencia en especial de las imprecisiones de la legislación, como, por ejemplo, la presente en la LDC en relación con las sanciones. Lo más probable es que el resultado final sea el que ha señalado el Presidente del *Bundeskarterllamt* Ull BÖGE (2002) en referencia al sistema alemán, al afirmar que *«la independencia de los órganos de los Laänder respecto al Bundeskarterllamt no necesariamente produce resultados divergentes, sino más bien una potenciación fructífera del sistema debido a los diferentes enfoques».*

8. LA RED ESPAÑOLA DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

En una intervención pública reciente el Secretario de Estado de Economía D. Luis de Guindos expresaba su deseo de crear una red interna

de autoridades de competencia. Creo que es un deseo ampliamente compartido por todos, ya que debiera redundar en un mejor funcionamiento de los órganos de competencia y, por tanto, de la economía española y de su competitividad.

El punto de partida para la constitución de la red es la necesidad sentida de que existan mecanismos de coordinación que propicien la aplicación consistente de la LDC por parte de los órganos de defensa de la competencia y poco más, ya que no existe en la LCCDC referencia alguna a mecanismos de coordinación distintos a los hasta ahora analizados.

La expresión «red de competencia» ha sido examinada en el contexto de las discusiones previas a la aprobación del Reglamento y ha originado una abundante literatura relativa a los diversos aspectos que pueden caracterizar la red europea. Sin ninguna duda, la creación de esta red europea debe afrontar obstáculos que la red española de defensa de la competencia (REDC) no tiene ni siquiera que plantearse: la definición de autoridad mejor situada, la diversidad de legislaciones estatales, la posibilidad de que la comisión asuma un caso ya iniciado por una autoridad estatal, e incluso las diferentes culturas de competencia que existen entre los actuales miembros de la UE tanto entre sí como de los miembros futuros. Sin embargo, sí es preciso observar que algunos de los aspectos que han surgido en las discusiones pueden ser perfectamente ilustrativos de las dificultades que puede hallar la constitución y funcionamiento de la REDC.

a) *Existen diferentes tipos de redes en el ámbito de la ejecución de políticas públicas y su fundamento es la necesidad funcional de los actores de cooperar para conseguir sus fines* (WILKS, p. 4). Es decir, se trata de conseguir un beneficio recíproco.

Es muy pronto para hablar de 18 autoridades de competencia en España, pero es precisamente el momento en que se plantea su existencia, el de definir en qué consiste ese interés propio de los órganos. Sin duda, lo que se debe perseguir es la aplicación global consistente en el ámbito de actuación de cada una de ellas, un objetivo que ya viene definido e incrementado por la Ley. Por tanto, la red ha de ser algo distinto al mecanismo de aplicación de los puntos de conexión, suficientemente regulado, y constituir un lugar de intercambio de experiencias y de consulta de las propias dificultades que, no se debe olvidar, constituirá el elemento central del inicio de la actuación de los órganos de competencia autonómicos.

Por otra parte, la articulación deberá tener en cuenta esos puntos de conexión precisamente para que, en ningún caso, sea preciso acudir a los mecanismos de resolución de conflictos por inexistencia de los mismos.

b) *«Una red es más que un proceso de adición» [...] «15 autoridades nacionales de competencia no son automáticamente una red» [...] «Necesitan*

una estructura, reglas para la cooperación eficiente y una estrategia para la resolución de conflictos» (STURM, p. 6).

La REDC también necesita una estructura y unas reglas que deberán ser definidas por sus miembros. La cooperación forzosa no es el paradigma de la eficiencia. Esto implica indiscutiblemente un papel protagonista del Servicio de Defensa de la Competencia, pero que, en ningún caso, debe suponer una primacía jerárquica, por otra parte, contraria a la Ley 1/2002, sino más bien la influencia que da el liderazgo en cualquier organización.

c) *El tiempo de reflexión sobre el contenido de la Ley que ha habido desde su promulgación, además de serenar los ánimos, ha contribuido a que se observaran algunos de los problemas que pueden presentarse.*

No se trata de que se otorgue validez universal a la Ley de Murphy, sino simplemente recordar que existen otras partes interesadas en los procedimientos contemplados en la LDC. Como ha señalado FORRESTER, *«la labor de un abogado consiste en perseguir un resultado favorable al cliente cualquiera que sea la estructura institucional. Los abogados reaccionaron ante la curiosa estructura de aplicación de la legislación de competencia... durante los años ochenta y noventa, explotando las oportunidades para el beneficio de sus clientes. En la medida en que pudiera intuitivamente observarse alguna ventaja legal, real o teórica, por el hecho de efectuar una notificación, los abogados hicieron esas notificaciones».*

Desde esta perspectiva, que ha sido compartida por muchos interesados, parece necesario tener en cuenta algunos aspectos del funcionamiento de la red que pudieran incidir en dificultades de aplicación de la normativa.

Una primera consideración, tal vez de reducida importancia, es la posibilidad de que en el análisis previo del ámbito territorial en el que se produce una conducta sea determinado de forma inadecuada y examinada por los órganos de una Comunidad Autónoma. Una vez firme el acto, otro órgano de competencia procede a examinar la misma conducta e inicia un nuevo expediente sancionador. La cuestión se centra en si sería posible invocar por parte del operador económico el principio *non bis in idem* por identidad de sujetos, hechos y fundamentos de la conducta. Si se acepta la existencia de la identidad anterior, en ningún caso la sanción podrá haber tenido en cuenta la totalidad de las consecuencias de la conducta, pues se refiere exclusivamente a los efectos en el ámbito de la propia CA. Sin embargo, la aceptación de que no existe identidad de hechos por diferencia en el ámbito geográfico llevaría a la conclusión de que una conducta puede ser examinada por tantos órganos como territorios existan en el momento en que la conducta se produzca, lo que es absolutamente contrario a la Ley 1/2002. Como consecuencia, el camino a recorrer pasaría por los arts. 62 y 63 de la Ley 30/1992, un camino a todas luces inconveniente.

d) *Uno de los aspectos que puede introducir mayor disparidad de resultados es la aplicación de sanciones.*

Esto es así debido a la falta de concreción de los criterios que contienen los arts. 10, 11, 32 y 33 de la LDC. Por lo que se refiere a las multas sancionadoras, la revisión de las resoluciones del TDC no aporta nueva luz a los contenidos literales del art. 10.2 de la LDC. La combinación de seis criterios no cuantificados es absolutamente discrecional y por abundante que fuera su aplicación explícita, que no lo es, sería enormemente difícil conseguir un resultado, no ya uniforme, sino simplemente análogo cuando su aplicación se efectúe por diversas personas u órganos. Sin ningún género de dudas, se hace necesario un instrumento semejante a la directriz para el cálculo de las multas establecida para las decisiones de la Comisión.

Por lo que se refiere a las multas coercitivas el problema es, si cabe, más difícil. Se estructuran en los arts. 11, 32 y 33 con un importe que puede llegar hasta los 3.005 € diarios. Las sanciones contempladas en el art. 11 se producen con posterioridad al conocimiento del caso por el TDC, por lo que éste tiene información suficiente para suponer cuál será el comportamiento de la empresa ante cada nivel de sanción. Sin embargo, las sanciones que impone el SDC, o su equivalente en la Comunidad Autónoma, se producen por incumplimiento del deber de colaboración, es decir, en un contexto de desconocimiento de la situación del presunto infractor.

Naturalmente esto no es siempre así, pues es posible que exista información fácilmente obtenible acerca de estas empresas, por ejemplo, en el Registro Mercantil. Sin embargo, los casos a atender por los órganos autonómicos se pueden desarrollar inicialmente en un contexto de desconocimiento absoluto, sobre todo cuando se investiguen conductas relativas a pequeñas empresas, lo que obligará a estos órganos a ser extremadamente cautos o bien a afrontar el riesgo de una sanción desproporcionada.

Sin duda existen otras visiones respecto a lo señalado. La inexistencia de una «directriz» tiene como efecto la posibilidad de que cada Comunidad Autónoma pueda desarrollar una política de sanciones propia. En defensa de una posición semejante se ha pronunciado Gianfranco ROCA (2003, p. 15), al afirmar que *«cada asunto tiene características propias y, como su nombre indica, una “política” no se puede aplicar mecánicamente [...] para ser eficaz una política de disuasión debe protegerse de establecer una tarificación de las infracciones: un cierto grado de “imprevisibilidad” permite impedir a las empresas a ceder a la tentación de un simple balance “coste-beneficio” de una infracción a la ley».*

Es una posición que es difícil compartir porque comporta un alto grado de inseguridad jurídica al tiempo que el objetivo de que el análisis coste-beneficio sea negativo es perfectamente alcanzable mediante otras formas.

e) *Otro aspecto que puede plantear dificultades en la interpretación y ejecución de la Ley es el primer párrafo del art. 5.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».*

De la literalidad de este párrafo se observa que no existe obligación de comparecencia por parte del SDC, es decir, su comparecencia es voluntaria. De aquí se sigue que esta posibilidad deberá ser manifestada de forma expresa. Sin embargo, la Ley no indica en qué momento deberá ser ejercida la opción, y éste es un aspecto importante habida cuenta de que de acuerdo con las normas del procedimiento administrativo común, únicamente los que comparecen en calidad de interesados tienen derecho a conocer el acto que pone fin al mismo y poseen legitimidad para recurrirlo. El problema quedará resuelto mediante la comparecencia en todos y cada unos de los casos.

Por otra parte, la propia finalidad de la eventual comparecencia, procurar la aplicación uniforme, además de suscitar dudas respecto, como mínimo, al espíritu de la STC, que no se analizarán ahora, implica otras cuestiones, respecto a la forma y contenido. Esto es así debido a que supondrá valorar por parte del Servicio cada una de las actuaciones que se produzcan en el desarrollo del expediente. En suma, un precepto de difícil aplicación y que obligará a un cuidadoso análisis de los costes y beneficios de su realización.

f) *La colaboración en materia de información de la REDC precisa de un cuidadoso estudio basado, de una parte, en la necesidad de cada elemento de la red y, de otra parte, en la necesidad de confidencialidad.*

Por lo que se refiere a las necesidades es posible observar que pueden ser más amplias de lo que un examen inicial de los casos pudiera aparentar.

El caso presentado por BISHOP y WALTER (2002, p. 102) puede ser un ejemplo. Supongamos que una empresa tiene el 60 por 100 del mercado de cemento en una región de UK y se le acusa de abuso de posición de dominio. Antes de que sea posible afirmar que una participación del 60 por 100 implica poder de mercado es necesario saber si esa región constituye el mercado relevante o si éste es más amplio. Una manera de hacerlo es observar los mercados de otras regiones de UK. Si se observara que la empresa sistemáticamente establece mayores precios cuando tiene una participación alta que cuando esta participación es menor, se podría afirmar que existe poder de mercado.

Si trasladamos ahora el caso a una empresa que actúe en más de una Comunidad Autónoma se puede producir que el abuso de posición de dominio se realice en una o varias de estas Comunidades. Si son varias, la competencia es estatal, si únicamente en una de ellas se produce el abuso, la competencia es autonómica. Sin embargo, el órgano de la Comu-

nidad Autónoma precisa de la información relativa a otras CCAA. La forma de obtenerla puede establecerse de diversas formas, pero en todos los casos necesita de la cooperación de otras autoridades de competencia.

Avanzando en el ejemplo anterior, es perfectamente posible que se produzcan acuerdos de precios en un sector económico en una Comunidad, mientras que estos acuerdos no se produzcan en las restantes. Nuevamente, a efectos de comparar precios en las distintas comunidades, algo que puede ser realmente imprescindible tanto para la detección de acuerdos como para establecer el volumen de las sanciones, es precisa la colaboración de otras autoridades de competencia.

La conclusión que se desprende de los ejemplos anteriores es que el mejor lugar para una colaboración entre todos los órganos es en el seno de una red de personas con un fuerte compromiso con su función, algo relativamente fácil de conseguir en un sistema de nueva creación.

g) *Como se ha señalado anteriormente, el art. 1.5 de la Ley 1/2002 atribuye al Estado la representación ante otras autoridades nacionales, Foros y Organismos Internacionales y, en concreto, ante la Unión Europea, la OCDE, la OMC y la UNCTAD, así como la aplicación de los arts. 81.1 y 82 del TCE y de su derecho derivado de acuerdo con lo dispuesto al respecto en el art. 25.c) de la LDC.*

El nuevo Reglamento ha modificado la situación en la que se estableció la Ley, toda vez que atribuye a las autoridades nacionales de competencia la aplicación del art. 81.3 del TCE, al tiempo que ha establecido una primacía del Derecho europeo sobre el de los Estados (Considerando 8). A estas modificaciones no puede ser ajena la organización de la REDC, ya que en breve plazo se van a producir un conjunto de hechos que condicionan la aplicación de la LDC:

— El Real Decreto de desarrollo de la LDC en materia de exenciones por categoría sustituye los reglamentos comunitarios ya derogados en el ámbito europeo, pero vigentes en España, por una remisión directa a los reglamentos existentes en cada momento en la UE. Parece la técnica más adecuada al objeto de procurar seguridad jurídica a los operadores al tiempo que obliga a su aplicación por los órganos de la CCAA.

— La previsión contenida en el art. 29.2 del Reglamento autoriza a la autoridad de competencia del Estado miembro a retirar la cobertura de los Reglamentos de exención en el caso de que una aplicación concreta produzca efectos incompatibles con el apartado 3 del art. 81 del Tratado. Se puede producir el caso paradójico de que la autoridad mejor situada, la de la Comunidad Autónoma, pueda juzgar conforme a los Reglamentos CE una práctica o acuerdo concreto, pero no lo sea para declarar su incompatibilidad.

— La designación de la autoridad o autoridades competentes es, de acuerdo con el art. 35 del Reglamento, una competencia de los Estados miembros. La designación implicará la posibilidad de obtener información de otras autoridades europeas y la obligación de suministrar, de acuerdo con el art. 12 del Reglamento, lo que incluye la información confidencial.

9. EL DESARROLLO DE LA LEY 1/2002: SITUACIÓN ACTUAL

Desde el momento de su entrada en vigor la Ley 1/2002 ha amparado el establecimiento de los órganos autonómicos de Madrid y Cataluña. En lo referente a la Comunidad Autónoma de Madrid se ha optado por la inicial creación de un Servicio de Defensa de la Competencia adscrito a la Dirección General de Economía y Planificación dependiente de la Consejería de Economía e Innovación Tecnológica (Decreto 150/2002, de 29 de agosto) y aparentemente es voluntad del Gobierno de la Comunidad, la posterior puesta en funcionamiento de un órgano análogo al TDC.

En lo que respecta a Cataluña, el Decreto 222/2002 ha creado el Tribunal Catalán de Defensa de la Competencia, organismo autónomo de carácter administrativo, y la Dirección General de Defensa de la Competencia, dependientes del Departamento de Economía y Finanzas con pocas variaciones organizativas respecto al modelo estatal.

El TCDC se compone de un presidente y hasta seis vocales, pudiéndose constituir válidamente con dos de los seis vocales. El origen de la indeterminación del número de vocales es posible atribuirlo a las dudas que se plantearon respecto al volumen de asuntos que debería atender, lo que ha dado como resultado el que hasta este momento se hayan nombrado el presidente y tres vocales.

Las condiciones para formar parte del Tribunal son también muy semejantes a los TDC, pues son designados por el Gobierno, a propuesta del Consejero de Economía y Finanzas entre juristas, economistas y otros profesionales de reconocido prestigio por un período de cinco años renovables por una sola vez y con dedicación plena y absoluta.

Las funciones del presidente del Tribunal son análogas a las del presidente del TDC y además es el representante de la Generalitat en el Pleno del Consejo de Defensa de la Competencia, designa a los representantes del TCDC que asistan a las sesiones de la Junta Consultiva en materia de conflictos y, como se ha señalado anteriormente, realiza informes sobre la actividad normativa y administrativa, así como investigaciones o análisis de sectores económicos y mercados, en términos de libre competencia.

Una novedad presente en el Decreto 222/2002 es la posibilidad de que el Presidente cree un organismo consultivo asesor, integrado por agentes sociales, representantes de instituciones económicas y expertos con la finalidad de ser asesorados respecto a determinados sectores económicos o materias concretas. Se pretende con este órgano asesor recoger la colaboración de la sociedad, a través de sus componentes mejor informados, respecto a líneas de actuación específicas.

Por lo que se refiere a la Comunidad Autónoma de Baleares, la Ley 11/2002, de 23 de diciembre, de Medidas Tributarias y Administrativas, en su Disposición Adicional quinta ha autorizado al Gobierno para

crear los órganos autonómicos de defensa de la competencia, incluyendo entre sus previsiones un mandato relativo al órgano equivalente al TDC, por el que éste deberá tener el carácter de organismo público con personalidad jurídica propia, autonomía de gestión y plena independencia.

La actividad iniciada por el equivalente al SDC en Cataluña, la DG de Defensa de la Competencia (DGDC), no parece excesiva, si bien se debe considerar que en el momento de escribir estas líneas, se han cumplido escasamente seis meses de la creación de los órganos. En trámite y aceptadas se hallan tres denuncias, que fueron remitidas por el SDC sin que existiera ningún problema respecto a la atribución de competencia, y diversas denuncias que se hallan en estudio. Entre ellas, es posible señalar que de forma coordinada entre el SDC y la DGDC, se está realizando una ampliación de la información contenida en una denuncia por entender que en ella no queda suficientemente especificado el alcance geográfico de la conducta denunciada.

No es posible evaluar todavía el nivel de actividad que tendrá la DGDC en el primer año de actuación, pero todo apunta a que se admitirá a trámite una cifra no muy distante a diez denuncias. Por lo que se refiere a la actuación de oficio no se ha iniciado todavía ningún expediente. Es difícil establecer una comparación con cifras anteriores, ya que debieran ser las relativas al SDC. A este efecto, únicamente es posible señalar que de acuerdo con un estudio del TDC para el período 1995-2002 sobre los casos que hubieran correspondido a Cataluña se indica que 13 lo fueron sobre prácticas prohibidas, 20 a recursos contra actos del SDC y 17 a autorizaciones singulares, de las cuales 4 eran contratos de distribución selectiva y el resto a creación o renovación de registros de morosos.

10. CONCLUSIONES

La forma de prestación de la función de defensa de la competencia se ha modificado como consecuencia de la jurisprudencia constitucional y ha dado origen a la Ley 1/2002, que posibilita, pero no obliga, a la creación de órganos autonómicos de defensa de la competencia.

La delimitación de competencias entre Estado y CCAA que se ha efectuado adolece de concreción, pero constituye una base suficiente para iniciar la andadura de los órganos autonómicos.

Se ha empezado a producir la creación de órganos de competencia de diverso alcance. Esto implica tanto el refuerzo de los medios humanos y materiales del sistema como mayor proximidad y menores costes para los operadores económicos. Además se ha hecho posible el establecimiento de órganos especializados que asuman la función de abogar por la competencia en los gobiernos de las CCAA.

Las formas de colaboración entre administraciones pudieran haber revestido en la Ley 1/2002 una mayor densidad. En cualquier caso se

ha iniciado la creación de una red de defensa de la competencia que dará la consistencia necesaria a las decisiones de los nuevos órganos al tiempo que será un instrumento de difusión de la cultura de competencia y de superación de conflictos.

BIBLIOGRAFÍA

- BENEYTO PÉREZ, J. M. (dir.) y MAILLO GONZÁLEZ-ORÚS (coord.) (2002), *El Nuevo Derecho Comunitario y Español de la Competencia*, BENEYTO PÉREZ y MAILLO GONZÁLEZ-ORÚS, pp. 15 a 26.
- BISHOP, S., y WALKER, M. (2002), *The Economics of EC Competition Law*, London, Sweet and Maxwell.
- BÖGE ULF (2002), *The Bundeskartellamt and the competition Authorities of the German Länder* (<http://www.internationalcompetitionnetwork.org>).
- CASES PALLARÉS, L. (1995), *Derecho Administrativo de la Defensa de la Competencia*, Barcelona, Marcial Pons.
- CASES PALLARÉS, Ll. (dir.) (2002), *Anuario de la Competencia 2001*, Fundación ICO, Barcelona, Marcial Pons.
- EHLERMANN, C. D., y ANASTASIS, I. (eds.), *European Competition Law Annual 2002: Constructing the EU Network of Competition Authorities*, Oxford/Portland, Oregon, Hart Publishing (in Preparation).
- FERNÁNDEZ ORDÓÑEZ, M. A. (1995), *Ideario para una aplicación más eficiente del Derecho de la Competencia en España*, estudio preliminar de CASES (1995).
- FORRESTER, I. S. (2003), *Diversity and Consistency: Can they cohabit?*, EHLERMANN y ANASTASIS.
- GARCÍA-PALENCIA, R. (2002), *Análisis sobre la regulación de la competencia en un mercado globalizado. Conclusiones*, Barcelona, Instituto de la Empresa Familiar.
- INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK (2002), *Advocacy anual competition policy*, Napoli (<http://www.internationalcompetitionnetwork.org>).
- OCDE (2000), *Regulatory Reform i Spain*, Paris.
- ROCCA, G. (2003), *La politique de la Comision en matière d'amendes antitrust: récents développements, perspectives d'avenir* (http://europa.eu.int/comm/competition/speeches/text/sp2003_fr.pdf).
- STURM, R., *Networking in an Uncharted Territory: The relationship between the Members of the Network and Their National Governments*, EHLERMANN y ANASTASIS.
- WILKS, S., *Understanding Competition Policy Networks in Europe: A Political Science Perspective*, EHLERMANN y ANASTASIS.

ALGUNAS REFLEXIONES PARA EL DEBATE SOBRE EL TRATAMIENTO DE LAS EFICIENCIAS EN EL ANÁLISIS DE LAS CONCENTRACIONES EMPRESARIALES

Nadia CALVIÑO

Subdirectora General de Concentraciones
Servicio de Defensa de la Competencia

El papel de las eficiencias en la valoración de las concentraciones empresariales se ha convertido en los últimos meses en uno de los temas centrales del debate internacional en el ámbito de la defensa de la competencia. Este papel estelar se ha concretado en el salto de la palabra «eficiencias» desde las agendas de discusión teórica de conferencias de expertos o foros multilaterales al primer plano de la práctica efectiva de las autoridades y de las propuestas de reforma normativa que actualmente se discuten.

Aunque este salto se ha visto propiciado sobre todo por la controversia que han generado algunas de las recientes decisiones de la Comisión Europea y por la consiguiente inclusión del tema dentro del ejercicio de revisión del Reglamento comunitario lanzado en octubre de 2001, el protagonismo inducido no debe ocultar que el tratamiento de las eficiencias es uno de los aspectos que más ha cambiado desde la aparición de los sistemas de control de concentraciones y, sin duda, uno de los que mejor ilustran la orientación política de la defensa de la competencia en cada país y en cada momento.

En este contexto, el debate sobre el papel de las eficiencias no es sino un síntoma de que algo está cambiando en el control de concentraciones y resulta especialmente pertinente centrar la cuestión para que cualquier propuesta sea valorada a la luz de las opciones hasta ahora existentes y de las posibles implicaciones de este ejercicio.

Con este objetivo, en el presente papel se revisarán brevemente los distintos conceptos y elementos que se suelen utilizar al tratar este asunto y, en particular, cuáles pueden ser las fuentes de aumentos de eficiencia vinculadas con la realización de concentraciones, cuál puede ser su reflejo desde la perspectiva de la teoría económica y cuál ha sido su encaje desde

el punto de vista normativo. Finalmente, se exponen algunas reflexiones generales en torno a esta cuestión, enmarcadas en el actual debate sobre el papel del control de concentraciones en el ámbito internacional y muy especialmente en el de la Unión Europea.

1. LA EFICIENCIA COMO OBJETO DE LAS OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN

La opción por parte de una empresa de adquirir otra, fusionarse o formar una empresa en participación es claramente una decisión de inversión que responde, en la mayoría de los casos, a motivos económicos.

De forma más o menos explícita, estos motivos suelen converger en el objetivo de aumentar el valor de mercado de la adquirente no sólo como consecuencia automática de la adición del volumen de ventas o de activos de las partes, sino sobre todo por el aprovechamiento de las «sinergias» generadas por la concentración.

En efecto, aunque las concentraciones pueden responder a objetivos de carácter extraeconómico, la inmensa mayoría se justifican ante los órganos de decisión de las empresas, ante sus accionistas y ante el público en general porque el resultado de la fusión, la absorción, o la empresa en participación será superior a la suma de las dos partes hasta entonces independientes.

Este efecto multiplicador de la unión o sinergia se ha venido concretando en el ámbito teórico y normativo con el término «eficiencias», concepto que engloba los diferentes efectos positivos de la operación de concentración derivados de la explotación de alguno de los siguientes elementos:

A. ECONOMÍAS DE ESCALA

Las economías de escala se relacionan con la idea de que una empresa grande es más eficiente que una pequeña, dado que el coste medio de producción de un bien o servicio desciende al aumentar el número de unidades producidas. El ahorro de costes en general se explica por la utilización conjunta o indivisibilidad de determinados activos, como la dirección, el *marketing*, los inmuebles, la maquinaria o los sistemas de transporte, entre otros.

De ello se deriva que las concentraciones son un medio para llegar al tamaño óptimo de planta o de empresa —aquél que minimice los costes medios de producción a largo plazo— y que, dado que la reducción de costes permite una mayor inversión y una mayor investigación y desarrollo, ellas redundan en mayor progreso técnico y económico y mejora del bienestar general.

Aunque es difícil justificar que el logro del tamaño óptimo no sea posible mediante el desarrollo interno de la propia empresa, este proceso es normalmente más lento o costoso que la adquisición de un operador ya presente en el mercado.

Lógicamente, estas eficiencias suelen justificar la concentración horizontal, es decir, la unión de empresas que operan en un mismo mercado ¹, así como el intenso proceso de concentración trasnacional de los últimos años, ya que, naturalmente, ante un mercado crecientemente globalizado y, por tanto, mayor, también aumentará el tamaño de empresa eficiente ².

En sentido inverso, las economías de escala también pueden explicar concentraciones en el contexto de mercados maduros o en proceso de transformación estructural, por ejemplo, en respuesta a una contracción de la demanda o por el surgimiento de técnicas o productos alternativos más avanzados. Mientras que en las fases expansivas las concentraciones responderían a la necesidad de lograr un mayor tamaño de empresa, en las recesivas pueden responder precisamente al abandono de un mercado cada vez menor por algunos operadores; los menos competitivos o aquellos que abordan una reorganización de sus negocios para centrarse en los que proporcionan una mayor rentabilidad.

Por tanto, el número de las operaciones de concentración realizadas no tiene necesariamente carácter procíclico, aunque su objeto y carácter puede variar dependiendo de la fase de desarrollo del mercado relevante en que se produzcan.

Finalmente, es importante señalar que la creciente concentración en un mercado puede, a su vez, propiciar un proceso paralelo en los relacionados verticalmente, ya que el tamaño también dependerá de la estructura de los demandantes y oferentes ³.

Desde el punto de vista de la competencia, el efecto inmediato de este tipo de operaciones es la desaparición de un competidor y el refuerzo de la cuota de mercado de otro, con el consiguiente aumento del grado de concentración del mercado.

¹ Un ejemplo reciente sería la adquisición por Red Eléctrica de España del control de las redes de transporte de electricidad de Endesa, Iberdrola y Unión Fenosa: asuntos N-303 REE/redes de Endesa y Unión Fenosa y M.3057 CVC/REE/red de Iberdrola.

² En este sentido, el ámbito químico y farmacéutico es sin duda ilustrativo. Entre otros, desde 2000, cabe señalar los asuntos M.1835 Monsanto/Pharmacia & UpJohn, M.1806 Astrazeneca/Novartis, M.1846 Glaxo Wellcome/Smithkline Beecham, M.1878 Pfizer/Warner Lambert, M.1932 Basf/American Cyanamid, COMP/M.2312 Abbott/Basf, COMP/M.2314 Basf/Pantochim/Eurodiol, COMP/M.2547 Bayer/Aventis Crop Science, COMP/M.2922 Pfizer/Pharmacia. Entre los nacionales, N-110 Basf/Takeda, N-127 Omega Pharma/Chefaro y N-152 Cheminova/Syngenta.

³ Un ejemplo podría ser N-296 Liberty/Open TV.

B. ECONOMÍAS DE ALCANCE

A diferencia de las economías de escala, centradas en el incremento de la producción de bienes o servicios homogéneos, las de alcance responden a la idea de que es posible reducir los costes mediante la producción conjunta de más de un bien distinto.

Las economías de alcance se derivan del hecho de que, mediante la producción conjunta de varios bienes, se optimiza el uso de los activos fijos así como de las materias primas, de la red de distribución o del marketing.

La diferencia entre los bienes o servicios producidos puede ser real y basarse en su propia naturaleza. Por ejemplo, éste sería el caso de la producción por una misma empresa de un bien complejo (automóviles) y de sus repuestos, o del suministro por una misma red tecnológica de servicios de telefonía, acceso a Internet y televisión, o de la prestación conjunta de servicios de correo, paquetería, transporte y logísticos⁴.

En otras ocasiones, la diferencia entre los bienes o servicios radica simplemente en su marca o gama, como ocurre en el caso de la producción conjunta en una misma planta de dos modelos de coche o de dos tipos o marcas de bebidas de un mismo mercado de producto.

Estas eficiencias suelen justificar tanto concentraciones de tipo conglomerado, afectando a mercados de bienes y servicios diferentes, como horizontales, cuando la diferencia entre ellos de los bienes se refiere a gama o marca. Para ilustrar el atractivo de estos argumentos baste señalar la pública estrategia de los principales operadores en mercados de reciente liberalización tendente a la creación de grandes grupos que presten simultáneamente servicios esenciales como electricidad, gas y telecomunicaciones, las conocidas «*multiutilities*»⁵, o la multiplicación de gigantes mediáticos que operan en diferentes mercados⁶.

En cuanto a la incidencia de estas operaciones sobre la competencia, cabe mencionar los conocidos como «efectos cartera» (*portfolio effects*), relacionados con la ventaja para un operador de disponer y poder ofrecer a sus clientes una gama completa de productos o de marcas en un determinado ámbito.

C. ECONOMÍAS TRANSACCIONALES

Frente a la esencia horizontal de las economías anteriores, las transaccionales tratan en general de la integración de dos fases diferentes

⁴ Asuntos N-248 Correos/Chronoexpres, N-262 Chronoexpres/Servipack, N-207 Logista/Burgal. Otros ejemplos de posibles economías de alcance serían N-292 Smiths Deutschland/Heimann.

⁵ A modo de ejemplo, ver asuntos JV.2 ENEL/FI/DT o M.2216 Enel/France Telecom/Wind/infrastrada.

⁶ Un buen ejemplo es el asunto M.2050 Vivendi/Canal + /Seagram.

de la producción o comercialización de un bien o servicio. En este caso, la eficiencia se derivaría de la reducción o supresión de los costes que implica para un operador acudir al mercado, informarse de las alternativas disponibles, negociar con el resto de operadores y establecer relaciones estables con ellos.

Estos costes pueden ser de tipo estrictamente pecuniario (comisiones a distribuidores) o derivarse de otros elementos más difíciles de valorar, como el tiempo, la información imperfecta, la necesaria gestión de *stocks*, los retrasos en el suministro, la adecuación o especificidad de los activos o *inputs*, la posible aparición de comportamientos oportunistas o *free-riders*, el doble margen (*mark-up*) pagado finalmente por el consumidor, o la cobertura de riesgos mediante la consecución de contratos explícitos o implícitos con proveedores o distribuidores para dar estabilidad a las relaciones comerciales.

El coste derivado de cubrir cualquier riesgo a través de contratos explícitos en el mercado y, por tanto, el incentivo para la integración de las diferentes actividades será mayor cuanto más recurrentes y estables sean las relaciones con otros operadores, y mayor es la incertidumbre en el mercado y la especificidad de los *inputs* necesarios.

La integración vertical puede producirse mediante la adquisición de un operador aguas arriba o abajo en el mercado o bien mediante la constitución de una empresa en participación ⁷.

Frente a la intuitiva ventaja de contar con un grupo verticalmente integrado, es importante señalar que la eficiencia real de la operación dependerá del precio de transferencia interno, es decir, de la contabilización de los servicios que se prestan internamente las unidades del grupo que operan en las distintas fases del proceso productivo. En efecto, la integración vertical no generará eficiencias si lleva a una mera transferencia de renta entre unas y otras fases de la producción sin que se produzca un verdadero ahorro de costes en el conjunto.

Así, en principio una empresa tenderá a expandirse hasta el punto en que los costes derivados de organizar una transacción adicional dentro del grupo sea igual al coste de llevar a cabo dicha transacción en el mercado o de organizar otra empresa independiente ⁸. Pasado este punto, será rentable la externalización de estas actividades (lo que se conoce como *outsourcing*).

Son muchos los ejemplos de este tipo de operaciones en las que, por lo general, la empresa que produce un bien adquiere otra encargada de su distribución, siendo destacable el caso de concentraciones que resultan en la incorporación en un mismo grupo de servicios de telecomunica-

⁷ Asuntos N-263 Bausch & Lomb/B. Braun Dexon, N-297 Thomson/Canal Plus Technologies, N-299 cps Color Group Oy/Grupo Corob, N-03005 TYCO/B. Braun Dexon.

⁸ R. COASE, «The nature of the firm», *Economica*, noviembre 1937.

ciones y de los propios contenidos que se van a distribuir a través de las mismas⁹.

D. SINERGIA FINANCIERA

Otra posible motivación de una operación de concentración es la reducción de costes derivada del hecho de que la entidad resultante tendrá, por su mayor tamaño, más facilidades crediticias o un menor coste de financiación.

Aunque se trata de un argumento muy extendido, es importante recordar que la concentración no lleva necesariamente a un aumento del valor real de la empresa y, de hecho, si no se producen otras sinergias y aumenta el endeudamiento, se producirá en realidad una mejora de la situación de los acreedores pero no necesariamente de los accionistas.

La defensa de la sinergia financiera es más sólida si la empresa adquirida tiene un bajo ratio de endeudamiento o, sobre todo, si la operación incorpora otras eficiencias más reales. Por ejemplo, si la mayor capacidad financiera de la adquirente puede permitir el desarrollo o comercialización de productos que no podrían ser explotados únicamente por la empresa adquirida y nunca llegarían al mercado en ausencia de la concentración o concurren otro tipo de eficiencias transaccionales como la posibilidad de disponer de la red de distribución, del *know-how* o de la marca de una gran empresa para poder comercializar un producto desarrollado por otra mucho más pequeña¹⁰.

E. EFICIENCIA DINÁMICA

Otra eficiencia relacionada con las anteriores sería la derivada de lograr una estructura de mercado que favorezca la innovación y lleve, por tanto, a una reducción de costes y al desarrollo de nuevos o mejores productos en el medio plazo. En este ámbito existe cierta controversia sobre cuál es la estructura de mercado más propicia para la eficiencia dinámica, tanto en el ámbito teórico como en el análisis de casos concretos.

En particular, el debate se centra en contraponer los incentivos para el lanzamiento de nuevos y mejores productos derivados de una fuerte competencia a los recursos financieros aplicables a investigación y desarrollo de un operador con rentas monopolísticas, cuestiones directamente relacionadas con temas de absoluta actualidad, como el efecto de los derechos de propiedad intelectual o industrial o la competencia «por el mercado» en el caso de las nuevas tecnologías.

⁹ Asuntos M.1943 Telefónica/Endemol y M.1845 AOL/Time Warner.

¹⁰ A modo de ejemplo, asunto N-179 GELP/Kretztechnik.

En efecto, los mercados de la llamada «nueva economía» se caracterizan por el intenso proceso de cambio tecnológico, lo que sitúa en el primer plano de la competencia la propiedad intelectual, y, consiguientemente, las inversiones en investigación, desarrollo e innovación (I+D+I). Los costes fijos son, por tanto, muy altos, pero también las economías de escala una vez desarrollado el producto. Ello explica que aquellos operadores que consiguen desarrollar nuevos bienes o servicios tecnológicamente más avanzados dispongan rápidamente de importantes cuotas de mercado, incluso creen nuevos mercados, y gocen de ingentes beneficios, produciéndose estructuras que podrían asimilarse a «monopolios naturales transitorios» en mercados en constante cambio.

Una segunda característica de estos mercados es el juego de los «efectos de red» (*network effects*), que suponen que el valor para un consumidor de los bienes y, sobre todo, de los servicios, aumenta con el número de consumidores que ya utilizan ese mismo producto. El acceso a Internet, los servicios de portales o la propia telefonía son ejemplos clásicos en este ámbito.

Aunque estos efectos favorecen el refuerzo y permanencia de las situaciones de liderazgo, ello no impide que, en general, la competencia sea muy intensa no tanto «en» como «por» estos mercados, ya que las grandes innovaciones se suceden unas a otras y nada previene que los líderes sean desplazados en poco tiempo por nuevos operadores con productos más avanzados (los mercados de *software* serían teóricamente el marco óptimo para este proceso de constante «creación destructiva» schumpeteriana).

Estas particularidades han propiciado un cierto debate, complementario del relativo al tratamiento de las eficiencias, sobre la medida en que puede ser preciso cambiar el análisis de las operaciones de concentración tradicional para los mercados intensivos en tecnología. En concreto, se trataría de abandonar un enfoque centrado en las cuotas de mercado y en una estructura ideal con un número suficiente de competidores y adoptar una aproximación más dinámica, en la que un monopolio no plantee problemas siempre que exista una cierta competencia potencial¹¹.

Como en otros ámbitos, quizá la cuestión principal desde la perspectiva de control de concentraciones sea valorar la importancia de las barreras a la entrada, ya que la medida en la cual exista presión competitiva potencial impedirá la persistencia de estructuras monopolísticas derivadas de la innovación.

¹¹ La defensa de Microsoft en los diferentes procedimientos sancionadores por abuso de posición de dominio ante las autoridades americanas y comunitarias es ilustrativa en este sentido.

F. REDUCCIÓN DE INEFICIENCIAS

Algunas operaciones se fundamentan no tanto en la generación de eficiencias como en la eliminación de ineficiencias, generalmente asociadas a una mala gestión de la empresa adquirida. Partiendo de la base de que ésta tiene una dirección inadecuada, el cambio del equipo directivo tras la concentración garantizaría el logro de mejores resultados. Este proceso tendría su marco ideal en un mercado de capital eficiente con información perfecta, en el que una mala dirección llevaría a una caída del precio de la empresa o de sus acciones, lo que permitiría su adquisición por otra más eficiente.

No obstante, este argumento resulta discutible, puesto que nada impide que, antes o después, los propietarios de la empresa adquirida decidan reemplazar al equipo directivo y, por tanto, las supuestas eficiencias se logren al margen de la operación de concentración.

Esta idea de eliminación de ineficiencias se relaciona con el argumento de la «empresa desfalleciente» más conocido por su expresión en inglés *failing company defence*. En esencia, se trata de justificar la concentración, puesto que, con o sin ella, la empresa adquirida desaparecería del mercado debido a su insostenible situación financiera. Esta defensa no es sino una concreción de la idea de que la empresa resultante de la concentración es más eficiente que las dos que hasta entonces eran independientes y, por tanto, puede ser considerada un tipo de «eficiencia».

Sin embargo, el argumento de la *failing company* en general ha sido valorado de forma muy restrictiva por las autoridades para fundamentar la autorización de una operación que genere elevados perjuicios para la competencia. En el caso de la Comisión Europea, se ha venido exigiendo la demostración de que la empresa por adquirir necesariamente abandonará el mercado, que sus clientes serían automáticamente absorbidos por la adquirente y, por tanto, que no existe una alternativa a la operación de concentración menos dañina para la competencia.

G. OTRAS EFICIENCIAS

Al margen de las eficiencias económicas o «reales» hasta ahora señaladas, una operación puede responder simplemente a la disponibilidad de recursos financieros que son invertidos en actividades productivas. Esta rentabilidad, que no se relaciona en absoluto con el tipo de sinergias financieras que han sido indicadas anteriormente, viene ilustrada por las operaciones notificadas tanto en el ámbito nacional como en el comunitario, consistentes en la adquisición del control de una compañía por parte de un fondo de inversión o una empresa de capital-riesgo¹².

¹² Entre los casos nacionales recientes, cabría mencionar N-287 Corfin Capital Fund/Compañía Hispano-irlandesa de Aviación (FUTURA).

En este mismo sentido, algunas operaciones responden a la estrategia de diversificación de un grupo empresarial tendente a evitar la concentración de sus riesgos en un único campo de actuación. Esta diversificación, asociada también a las economías de alcance, explicaría la creación de grandes conglomerados, con actividad en sectores productivos absolutamente diversos ¹³.

En tercer lugar, las concentraciones pueden tener por objeto precisamente la superación de barreras a la entrada, legales o económicas, en un determinado mercado, de producto o geográfico. Por ejemplo, hacerse con una marca conocida en un determinado país o una zona en la que la adquirente no operaba o tenía una presencia marginal permite superar la barrera derivada del esfuerzo inversor en marketing para desarrollar una imagen propia y lograr su aceptación por los consumidores ¹⁴.

Finalmente, aunque normalmente no se alegan para justificar la operación de concentración, ésta puede responder a motivaciones fuera del campo estrictamente económico. En efecto, a la luz del fenómeno vivido en el ámbito de los mercados de capitales en los últimos años, cabe plantearse si algunas inversiones pueden responder a intereses propios de los directivos o de accionistas de corte principalmente financiero, que desean aumentar el valor de la empresa si éste se relaciona directamente con el volumen de ventas o, simplemente, gestionar un mayor presupuesto, sin que ello lleve claramente a la generación de sinergias. Igualmente, algunas operaciones pueden responder a razones de optimización fiscal, generalmente no explicitadas.

2. LA EFICIENCIA DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LA TEORÍA ECONÓMICA

El conjunto de fuentes de eficiencia anteriormente señaladas se proyectan en un conjunto de efectos sobre la producción, los costes y la asignación de recursos que, a efectos de exposición, pueden concretarse en dos nociones de eficiencia esenciales de la teoría neoclásica del bienestar general.

¹³ La confianza en las bondades de la diversificación también ha explicado en los últimos años a numerosas e importantes operaciones enmarcadas en el intenso proceso de inversión en la «nueva economía» por parte de empresas de perfiles muy diversos. El desigual resultado de este proceso ha llevado a una reversión de la estrategia y a la defensa de las eficiencias más «tradicionales», relacionadas con la consolidación y expansión de las empresas alrededor de su negocio principal, lo que sin duda puede afectar también al tipo de operaciones de concentración realizadas.

¹⁴ En el ámbito nacional, ejemplos de la expansión territorial mediante concentraciones serían los asuntos N-289 Caprabo-Nekea, N-274 Rohm & Haas/Ferro o N-276 Agip/Petrogal/Totalfina Elf.

A. EFICIENCIA PRODUCTIVA

En primer lugar, el concepto de eficiencia productiva responde a la idea de que existe una asignación óptima de los recursos escasos en la producción de bienes o servicios alternativos de forma que no sea posible aumentar la producción de un bien sin reducir simultáneamente la de otro.

Dada una determinada dotación de recursos o *inputs* (capital, trabajo, materias primas, tecnología...), se trataría de aplicarlos técnica y económicamente de forma que se logre la máxima producción de bienes alternativos. La asignación eficiente o de equilibrio llevaría a la minimización de costes para una determinada producción o la maximización del *output* para un coste dado.

Desde el punto de vista de la oferta de cada bien o servicio (equilibrio parcial), la eficiencia se correspondería con el logro a largo plazo del tamaño o tipo de empresa óptimo; aquel que minimice los costes medios de producción al explotar hasta el máximo las distintas economías de escala, de alcance, transaccionales, dinámicas, etc.

Este tipo de eficiencia tiene tres implicaciones principales desde el punto de vista del control de concentraciones:

En primer lugar, dado que existe un tamaño óptimo de planta o empresa, las concentraciones no serían sino pasos necesarios, instrumentos esenciales para lograrlo y, con ello, alcanzar la eficiencia productiva.

En segundo lugar, parece natural que el tamaño óptimo de empresa aumente a medida que crece el mercado relevante, por ejemplo, mediante la liberalización de los flujos de bienes y servicios entre países. Ésta es la base que justifica o explica el intenso proceso de concentraciones transnacionales de los últimos años, que no serían sino una lógica respuesta a la tan mencionada globalización.

Finalmente, pueden existir algunos mercados cuyo tamaño (demanda) y estructura de costes de la producción determinarán que sólo un operador alcanzará el tamaño óptimo de empresa y será sostenible a largo plazo. En concreto, la idea es que algunos mercados presentan costes fijos tan elevados y una limitación a la expansión de su tamaño que la presencia de más de un operador competidor llevará a una asignación ineficiente de los recursos, por lo que se conocen como «monopolios naturales».

Este concepto, asociado con un «fallo del mercado», ha jugado un papel importante para defender la provisión en régimen de exclusiva de determinados bienes o servicios, como las telecomunicaciones, el transporte y distribución de energía o el transporte ferroviario¹⁵, esencialmente

¹⁵ La ya citada operación de concentración por la que REE ha adquirido el control de las redes de transporte de energía de Endesa, Iberdrola y Unión Fenosa se relaciona con este concepto.

por la ineficiencia derivada de la duplicación de redes en un mercado nacional o regional limitado. En los últimos años, quizá por los propios cambios estructurales vividos en estos mercados como consecuencia de la innovación, se ha ido limitando sustancialmente el territorio abarcado por el concepto de monopolio natural, procediéndose en paralelo a la liberalización de los correspondientes mercados y, con ello, a la provisión de estos bienes o, sobre todo, servicios, por parte de más de un operador.

B. EFICIENCIA ASIGNATIVA

En general, las diversas fuentes de eficiencia o economías expuestas en el apartado primero se plasman en una reducción de los costes que redundan en la eficiencia productiva de la empresa o del mercado afectado y, consiguientemente, en un beneficio para las partes de la operación. Sin embargo, es preciso valorar en qué medida esto se traslada en mejoras del bienestar general de la sociedad.

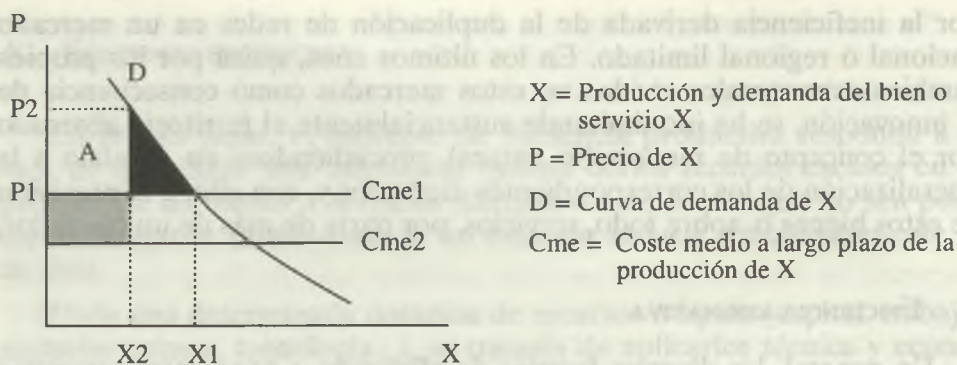
El ejemplo del monopolio natural anteriormente expuesto proporciona una buena ilustración del concepto de eficiencia asignativa, ya que es fácil intuir que, incluso en el caso de que un único operador teóricamente alcance la eficiencia productiva en un mercado, no por ello se garantizará la maximización del bienestar de la sociedad. En la medida en que este operador disponga de poder de mercado, su comportamiento racional para maximizar los beneficios le llevará a subir los precios, reducir la cantidad o calidad producida o ambas cosas, apropiándose así de parte del excedente del consumidor; unas «rentas de monopolio» que reducen el bienestar de la sociedad. Precisamente la divergencia entre eficiencia productiva y asignativa ha fundamentado la propiedad pública de este tipo de monopolistas o, en todo caso, la intensa regulación del sector afectado.

Desde el punto de vista de la teoría económica, la eficiencia asignativa se refiere a que el equilibrio del mercado no sólo garantice que los recursos se asignan de forma que se maximice el *output* de la sociedad, sino, además, que la combinación de bienes y servicios producida responda a las preferencias de los consumidores, es decir, que maximice la utilidad de esa sociedad.

A largo plazo, en un análisis de equilibrio parcial (considerando sólo el mercado de un bien o servicio), se trataría de que el coste marginal de producir una unidad más de un bien sea igual al beneficio marginal derivado de su consumo: el precio es igual al coste marginal.

En este contexto, a pesar de haber sido desarrollado hace más de treinta años, el modelo simple o *naive* de WILLIAMSON¹⁶ proporciona todavía una herramienta útil para analizar los efectos de una concentración desde el punto de vista de la eficiencia asignativa.

¹⁶ Oliver E. WILLIAMSON, «Economies as an antitrust defense: The welfare Tradeoffs», *American Economic Review*, 18, 1969.



El gráfico adjunto refleja el doble efecto de una operación de concentración que:

- genera eficiencias en términos de reducción de los costes medios de producción (de $Cme1$ a $Cme2$)
- y lleva a un deterioro de la competencia mediante el refuerzo del poder de mercado de la empresa resultante, plasmado en una reducción del *output* (de $X1$ a $X2$) y un aumento del precio (de $P1$ a $P2$).

De acuerdo con el modelo, el ahorro neto de costes para la empresa resultante se refleja en el rectángulo gris (diferencia de Cme para lo que finalmente se produce).

En principio, la reducción del excedente (bienestar) del consumidor por el aumento de precio y la reducción de *output* sería el triángulo negro más el rectángulo A .

No obstante, este último rectángulo reflejaría una transferencia de renta del consumidor al productor (el consumidor paga más caro y dispone de menos oferta, pero eso supone un beneficio mayor para el productor).

Adoptando una aproximación políticamente neutral y, por tanto, considerando que una unidad de excedente del consumidor debe ser valorada igual que una del productor, esta transferencia tendría un efecto neto nulo sobre el bienestar general (al fin y al cabo, el productor no es sino un consumidor en su tiempo libre).

Por tanto, la ganancia de eficiencia compensaría el deterioro de la competencia siempre que el rectángulo gris fuese mayor que el triángulo negro, esto es:

$$[(Cme1 - Cme2) * X2] - [1/2 (P2 - P1) (X1 - X2)] > 0$$

En definitiva, el resultado dependerá de la elasticidad de la demanda, de forma que cuanto menor sea ésta, es decir, cuanto mayor el poder de mercado del productor debido a que los consumidores no reaccionan dejando de demandar el producto ante un alza de precios, mayor sería la ganancia de eficiencia necesaria para contrarrestar el deterioro de la competencia derivado de la concentración.

Así, se dispone de un modelo muy sencillo que justifica la consideración de las eficiencias como una especie de «defensa» frente al posible efecto anticompetitivo de la concentración¹⁷.

El modelo puede ser desarrollado, por ejemplo, mediante la consideración de efectos sobre otros mercados (equilibrio general), la valoración de alternativas menos perjudiciales para la ganancia de eficiencia, la incorporación de elementos temporales, la consideración de si se trata de una operación aislada o inicia una tendencia en el sector, o consideraciones redistributivas.

Sin perjuicio de estas posibles extensiones, el esquema de eficiencia *versus* competencia adolece de cinco limitaciones principales que se exponen a continuación:

En primer lugar, el modelo supone que ambos efectos son simultáneos mientras que, en realidad, las ganancias de eficiencia pueden producirse a medio plazo y son inciertas, mientras que el deterioro de la competencia puede ser inmediato y cierto. En principio, las sinergias derivadas de la concentración sólo se traducirán en una reducción de costes o una mejora de la producción en el medio plazo. En algunos casos, nunca. Dado que la función de las autoridades de competencia no es dirigir las decisiones empresariales o prevenir sus errores, en principio la realización de las eficiencias sería absolutamente irrelevante, salvo si éstas fundamentan la decisión de autorizar una operación que genera serios problemas de competencia.

En este sentido, no cabe ignorar lo que muestra la experiencia del pasado: es significativo el número de operaciones de concentración que llevan a una caída —persistente— de los resultados de ambas partes o que no son sostenibles a medio plazo por las diferentes «culturas empresariales», porque la información sobre la que se basó la operación no era veraz, porque las decisiones se orientaron por las proyecciones de volumen de ventas y no por los resultados empresariales reales o, simplemente, porque las supuestas sinergias derivadas de la diversificación o la producción conjunta de bienes absolutamente heterogéneos eran irreales.

Para intentar limitar el riesgo de que la operación se autorice sobre la base de eficiencias que al final no se producen, la mayoría de sistemas normativos establecen determinados requisitos para su valoración y, en concreto, que sean cuantificables, sustanciales y perceptibles a corto plazo.

En segundo lugar, resulta claro que en la práctica es muy difícil si no imposible cuantificar los dos lados de la ecuación planteada por WILLIAMSON. Incluso si fuese posible prever el efecto de la concentración

¹⁷ Con este modelo, WILLIAMSON llegó a establecer que en un mercado con una elasticidad media de la demanda y de la oferta, una concentración que generase economías «no triviales» de 1,2 por 100 podría ser eficiente incluso si resultase en un incremento de precios del 10 por 100.

sobre los costes de las partes, no resulta fácil estimar la función de demanda del mercado afectado y, por tanto, no cabe cuantificar ni la pérdida de excedente del consumidor ni el aumento de precios-reducción del *output* que se produciría. En todo caso, el modelo se basa en las habituales cláusulas *caeteris paribus*, a veces poco realistas.

Por todo ello, cabría argumentar que, ante la duda, resulta mejor autorizar las operaciones y confiar en el uso de los instrumentos de prohibición y vigilancia *ex post* para evitar la posible conducta anticompetitiva, como defendería la escuela de Chicago. Frente a esta crítica es preciso señalar lo que la generalización de sistemas de control de concentraciones revela: que los instrumentos para la persecución de conductas presentan importantes limitaciones, especialmente para la detección y prueba de actuaciones colusorias, y que, por tanto, es preciso contar con algún mecanismo preventivo que evite la generación de estructuras de mercado que favorezcan este tipo de comportamientos.

En tercer lugar, cabe argumentar que el triángulo negro infravalora el verdadero coste social de la concentración, puesto que, en realidad, los beneficios excepcionales para el empresario (el rectángulo gris más el área A) pueden no utilizarse en inversión productiva, sino simplemente en seguir manteniendo su posición de dominio en el mercado.

Para evitar esta limitación, la normativa de defensa de la competencia suele exigir que las eficiencias derivadas de la concentración sean «reales» (no puramente pecuniarias para la entidad resultante) y, naturalmente, que no se deriven de conductas anticompetitivas (por ejemplo, por la consecución de acuerdos restrictivos entre los operadores restantes en el mercado o el abuso de una posición de dominio reforzada).

En cuarto lugar, el principal riesgo de las concentraciones no es tanto el abuso de posición de dominio individual como el refuerzo de estructuras oligopolísticas y la colusión, cuyos efectos negativos no son contemplados totalmente en el modelo.

Finalmente, hay una consideración que es especialmente relevante desde la perspectiva del legislador o ejecutor de la política de defensa de la competencia: el modelo presupone que la valoración social del excedente del productor es igual a la del consumidor. Por ello, la zona A se considera una transferencia de renta de uno a otro neutral desde el punto de vista del bienestar.

Aunque la defensa de la competencia no es el instrumento idóneo para realizar una política redistributiva, es indudable que cada sociedad puede atribuir un valor diferente al excedente de los distintos operadores. Si se decide otorgar un mayor valor al excedente del consumidor (lo que resulta coherente con la propia esencia de la defensa de la competencia), esto se proyectaría en el requisito de que las eficiencias, para ser valoradas y fundamentar la autorización de una operación, han de trasladarse al consumidor; requisito común a varios sistemas normativos

(el comunitario, el inglés y el español, entre otros). Naturalmente, no todas las eficiencias deben ser trasladadas, puesto que entonces se perdería el propio incentivo para la realización de la concentración, pero sí cabe establecer algún tipo de condiciones que garanticen que la operación resultará, en última instancia, en un mayor progreso económico y social, en un mayor bienestar general de la sociedad.

3. ANÁLISIS COMPARATIVO: TRATAMIENTO DE LAS EFICIENCIAS EN EL CONTROL DE CONCENTRACIONES EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL

El tratamiento de las eficiencias en el marco del control de concentraciones varía sustancialmente en los diferentes países y ha pasado por diferentes fases en los sistemas con una mayor tradición, evolucionando de forma paralela al paradigma de teoría económica dominante en cada momento y a la propia orientación política de la defensa de la competencia.

En esencia, tres han sido las aproximaciones alternativas:

— Las consideraciones de eficiencia deben ser irrelevantes para el análisis.

— Las concentraciones que generen importantes eficiencias deben ser autorizadas o debe existir algún tipo de «defensa de eficiencias» a valorar.

— Las concentraciones deben ser prohibidas precisamente porque crean eficiencias que llevan a posición de dominio (*efficiency offense*).

En aquellos sistemas en que se contempla la valoración de eficiencias, se suelen establecer requisitos para su consideración, estando la carga de la prueba en el lado de las empresas notificantes. Como ya se ha apuntado, en general estos requisitos se refieren a que las eficiencias sean específicas de la concentración (que no puedan ser realizadas mediante el propio crecimiento de la empresa o esquemas de cooperación menos estructurales como una empresa en participación cooperativa), que sean cuantificables, reales, sustanciales, de realización rápida, que se produzcan en el mismo mercado en que se genera el deterioro de la competencia, y que sean transferibles a los consumidores (en la forma de menores precios o de más y mejores bienes o servicios).

A. ESTADOS UNIDOS

En este terreno, como en la mayoría de cuestiones de política de competencia, los Estados Unidos han ido varias décadas por delante, evolucionando desde una posición prácticamente contraria a la consideración de eficiencias en la valoración de concentraciones hasta la inte-

gración de las mismas en el análisis explícitamente recogida en las Directrices¹⁸.

A partir de la formulación inicial del análisis caso por caso (*rule of reason*) en el asunto *Standard Oil*, durante los años sesenta se fue consolidando la búsqueda de reglas objetivas o *per se* claramente inspirado en el paradigma estructura-conducta-resultado de la escuela de Harvard. En síntesis, el modelo se basa en que las variables de estructura de un mercado (grado de concentración de la oferta, características principales de los oferentes, tecnología utilizada, costes de producción, tipo de información existente en el mercado, características de la demanda, existencia de barreras a la entrada...) determinan el comportamiento competitivo o estratégico de los operadores y, por tanto, sus resultados.

Inicialmente, el paradigma estructura-comportamiento-resultado (*structure-conduct-performance*) admitía una relación de causalidad unidireccional entre los tres elementos citados, otorgando un valor extraordinario a la estructura del mercado, puesto que si ésta lo permitía, los agentes obtendrían poder y abusarían de él.

Este esquema llevó a que tanto los órganos administrativos como los tribunales basasen su valoración de las concentraciones en indicadores cuantitativos como grado de concentración o cuotas de mercado, difícilmente conciliables con una verdadera «defensa» basada en eficiencias. Yendo un paso más allá, los tribunales llegaron a mostrarse hostiles al planteamiento de estos argumentos para defender operaciones¹⁹ tratándolos más como una ofensa (*efficiencies offense*).

Frente a esta aproximación inicial, el trabajo de WILLIAMSON en la materia con su «*naive trade off model*»²⁰ llevó a que se reconsiderase el tratamiento de las eficiencias, integrándolas como una «defensa» en el análisis, en contraposición a los efectos anticompetitivos de una concentración, al considerarse que incluso un monopolista pasaría a los consumidores una parte del ahorro de costes derivado de la concentración.

En esta línea, las *Guidelines* de 1968 introdujeron el tratamiento de las eficiencias, si bien únicamente en circunstancias excepcionales, lo que fue severamente criticado por la Escuela de Chicago sobre la base de que este cambio llevaría a un constante conflicto e incertidumbre. Simultáneamente, se inició un cambio en el tratamiento de las eficiencias por parte de los Tribunales²¹, que empezaron a aceptar su consideración en la valoración de los efectos sobre la competencia de las operaciones, especialmente en el caso de la reducción de costes transaccionales.

¹⁸ *Horizontal Merger Guidelines* del US, Department of Justice (DOJ) y de la Federal Trade Commission (FTC), revisadas por última vez en 1997.

¹⁹ Sentencias *Brown Shoe Co vs. us* (1962), *us vs. Philadelphia National Bank* (1963) y *FTC vs. Procter & Gamble* (1967).

²⁰ Ver apartado 3 del documento.

²¹ Sentencias *us vs. General Dynamics* (1974), *us vs. International Harvester* (1977), *Continental TV vs. GTE Sylvania* (1977), *Broadcast Music Inc vs Columbia Broadcasting System Inc* (1979).

El siguiente cambio se derivó de la publicación del manual de AREEDA y TURNER²² que, retomando el trabajo de WILLIAMSON, defendieron la consideración de las eficiencias por tres razones:

- las concentraciones de firmas pequeñas ineficientes probablemente no reducirán la competencia y pueden incluso intensificarla,
- incluso si se reduce la competencia en precios como resultado de una concentración que aumenta la eficiencia, el efecto negativo puede ser más que compensado por el efecto beneficioso sobre el bienestar,
- e intentar impedir una concentración que genera eficiencias es inútil porque las empresas ineficientes probablemente desaparecerán del mercado, dejándolo tan concentrado como si se produjese la operación.

Este modelo se vio sometido a fuertes críticas en la década siguiente por parte esencialmente de los teóricos de la escuela de Chicago, que defendían las bondades de la concentración para aprovechar las economías de escala y de alcance y, por tanto, lograr la eficiencia productiva, pero consideraban poco aconsejable avanzar en la defensa de operaciones basada en las eficiencias (*efficiencies defense*), esencialmente porque su medida está más allá de la capacidad de la Ley y, por tanto, es imposible contraponerlas a los efectos anticompetitivos de una operación²³. Ante la duda, es preferible autorizar la operación de concentración y confiar en los mecanismos de control *ex post* para evitar conductas restrictivas de la competencia.

En 1982 se constituyó un grupo de trabajo para revisar las Directrices que recomendó no considerar las eficiencias como contrapunto de una reducción sustancial de la competencia, sino incorporarlas en el propio análisis de los efectos de la operación para rebatir la presunción de ilegalidad basada únicamente en determinados ratios de concentración de mercado y cuotas. No obstante, el grupo aclaró que las eficiencias podrían determinar la decisión sólo cuando el efecto anticompetitivo derivado de estas dos variables fuese débil (lo que, en el momento, se asoció con una cuota combinada por debajo del 30 por 100).

Sin embargo, las Directrices del DOJ revisadas en 1982 no siguieron estas recomendaciones, sino que se mantuvieron como defensa (igual que el caso de la empresa en quiebra: *failing firm*) y no como parte del análisis de competencia y se establecieron restrictivos requisitos para su consideración:

- evidencia clara y convincente;
- ahorros de costes sustantivos por la realización de economías de escala, integración de establecimientos productivos, u operaciones multi-planta;
- eficiencias verificables: disfrutadas ya por una o más empresas en la industria;

²² Philip A. AREEDA y Donald F. TURNER, «Antitrust Law: An analysis of antitrust principles and their application (1980)».

²³ Esto se conoce como la «paradoja de Bork», elaborada en 1979.

— prueba de que no se podrían obtener efectos equivalentes en un período comparable a través de la expansión interna o mediante otra concentración que generase menos efectos negativos sobre la competencia.

No obstante, la FTC hizo una Declaración sobre Concentraciones Horizontales que adoptaba una aproximación algo más favorable con respecto a las eficiencias y en 1984 se produjo una nueva revisión de las Directrices que afectó sobre todo a este tema.

En concreto, las eficiencias se trasladaron de la sección de «defensas» a la de «efectos sobre la competencia», se estableció la presunción del carácter procompetitivo de las concentraciones, se aligeraron los requisitos para su consideración y se amplió el catálogo de eficiencias que serían consideradas.

Consecuentemente, tanto la FTC como el DOJ fueron atribuyendo mayor peso a las eficiencias en su análisis²⁴, proceso que culminó con la revisión extensiva de las Directrices en 1992, donde se pasó de las presunciones estructurales basadas en las cuotas de mercado y los ratios de concentración a un análisis más cualitativo de los efectos sobre la competencia y un mayor campo de valoración de las eficiencias.

Finalmente, en 1997 se han revisado de nuevo las Directrices, que han sido asumidas tanto por el DOJ como por la FTC, sistematizándose el tratamiento de las eficiencias. Éstas serán consideradas en la medida en que: sean «perceptibles» (*cognizable*), entendiéndose por ello:

- específicas de la concentración (*merger-specific*),
- que hayan sido verificadas,
- y que no se deriven de reducciones anticompetitivas del *output* o los servicios.

En general, se establece que no se discutirá una concentración si estas eficiencias son de un tipo y magnitud tal que la operación probablemente no será anticompetitiva en ningún mercado relevante, pero, en todo caso, las eficiencias casi nunca justifican una concentración que lleve a monopolio o cuasi-monopolio (*near-monopoly*), en principio sin que sea posible contraponer las eficiencias en un mercado al deterioro de la competencia en otro.

La experiencia en la aplicación de estas novedades por parte de los tribunales es aún escasa²⁵, pero ha establecido con claridad que las eficiencias han de ser consideradas en la valoración de los efectos anticompetitivos de la operación de concentración, que han de ser específicas

²⁴ Decisiones de la FTC sobre *American Medical International* (1984) y sobre la empresa en participación entre General Motors y Toyota para producir coches pequeños (1984).

²⁵ Casos *Cargill Inc. vs. Monfort of Colorado* (1986) del Tribunal Supremo, *FTC vs. University Health Inc.* (1991) del Tribunal de apelaciones en el Circuito 11, *FTC vs. Butter worth Health Corp* (1997) del Tribunal de Apelaciones del circuito 6.º, *FTC vs. Staples* (1997), *FTC vs. Cardinal Health Inc.* (1998) y *FTC vs. Swedish Match* (2000) en el Tribunal del Distrito de Columbia.

de la operación (*merger-specific*) para ello y que prácticamente nunca podrán justificar una concentración que lleve al monopolio o cuasi-monopolio.

B. CANADÁ

El modelo canadiense se ha venido caracterizando por aproximarse a las eficiencias con una actitud más favorable que los Estados Unidos, sobre la base del menor tamaño de su economía (y, por tanto, la mayor dificultad de lograr economías de escala) y la tradicional apertura al comercio.

En particular, las Directrices emitidas por la Oficina de Política de Competencia²⁶ contemplan las ganancias de eficiencia, calculadas sobre la base de las diferencias de *output* antes y después de la concentración, únicamente limitadas a la producción en Canadá, reales y excluyendo transferencias (es decir, dejando fuera reducciones de costes derivadas de una mayor capacidad de negociación). Se distinguen dos tipos: eficiencia productiva y dinámica, estando este último vinculado con el desarrollo de nuevos productos y técnicas, difícil de medir y más bien cualitativo.

C. UNIÓN EUROPEA

En contraposición con los dos modelos antes comentados, cuyo test sustantivo es el de «reducción sustancial de la competencia» (*substantial lessening of competition* o SLC), el sistema comunitario de control de concentraciones se basa en el conocido como «test de dominio» (*dominance test*). Ello en principio no impide la consideración explícita de las eficiencias dentro de los elementos a tener en cuenta para valorar las operaciones o, como se recoge en el Reglamento, «la evolución del progreso técnico y económico siempre que ésta sea en beneficio de los consumidores y no constituya un obstáculo para la competencia».

Aunque la experiencia hasta el momento no permite establecer criterios claros sobre el papel de una «defensa» basada en las eficiencias, se ha venido considerando que no pueden compensar hasta el punto de justificar la autorización de una operación que presente graves problemas (monopolio o cuasi-monopolio) siendo, en general, su valoración bastante restrictiva²⁷.

Precisamente el debate relativo al tratamiento de las eficiencias en algún asunto concreto reciente ha propiciado su inclusión en el proceso

²⁶ *Merger Enforcement Guidelines del Bureau of Competition Policy.*

²⁷ El asunto *IV/M.53 Aerospaziale/Alenia de Havilland* (1991) es paradigmático para quienes consideran incluso que la generación de eficiencias se valora incluso como una «ofensa». En *M.2044 BASF/Pantochim/Eurodiol*, se aplica la *failing company defence*.

de revisión de la normativa comunitaria de control de concentraciones iniciado con la publicación en octubre de 2001 del Libro Verde sobre la Revisión del Reglamento de Control de Concentraciones. Tras la consulta pública de este documento, el 11 de diciembre de 2002, el Colegio de Comisarios aprobó la propuesta de reforma del sistema de control de concentraciones que ha venido rigiendo en los últimos diez años. Esta reforma comprende un nuevo Reglamento, una serie de cambios institucionales, y la publicación de varias comunicaciones interpretativas.

Por el momento, se ha publicado un proyecto de Comunicación relativa a la evaluación de las concentraciones horizontales²⁸, en el que se incluye un capítulo específico sobre eficiencias, que aleja cualquier duda sobre una posible «*efficiencies offense*» y aclara cuáles serán los requisitos para su consideración. En concreto, se establece que la valoración de las eficiencias dependerá de si ellas son:

- específicas de la concentración,
- sustanciales,
- rápidas,
- verificables
- y directamente beneficiosas para los consumidores.

Además, se aclara que, aunque podrán tener un papel más determinante si los posibles efectos anticompetitivos de la operación son limitados, es poco probable que lleven a la declaración de compatibilidad de «una concentración que cree o refuerce una posición casi monopolística».

Este texto está sujeto a información pública y previsiblemente será seguido a lo largo de 2003 de proyectos similares relativos a concentraciones verticales y de conglomerado, que complementarán el nuevo Reglamento actualmente en discusión en el seno del Consejo.

En cuanto a otras autoridades nacionales en el ámbito comunitario, las de Alemania, Reino Unido, Francia y España han publicado algún tipo de documento interpretativo o «directrices» recogiendo los elementos principales de análisis de concentraciones. Las del Reino Unido y Francia incorporan apartados específicos sobre la valoración de las eficiencias («consideración del progreso económico y social y de la competitividad internacional», en el caso francés) que permiten confirmar que el tratamiento caso por caso se impone en este terreno.

4. TRATAMIENTO DE LAS EFICIENCIAS EN CONTROL DE CONCENTRACIONES EN ESPAÑA

A. EL MODELO NORMATIVO ESPAÑOL

Al igual que ocurre en otros ámbitos del control de concentraciones, la normativa y la práctica en España en cuanto a eficiencias es perfec-

²⁸ DOCE de 31 de diciembre de 2002.

tamente comparable con la de los sistemas más consolidados de la escena internacional. Mientras que en algunos foros se rechazaba su consideración y pocos sistemas normativos contemplan explícitamente la valoración de eficiencias, el sistema español, basado en un test de «obstaculización del mantenimiento de la competencia efectiva» asimilable al de reducción sustancial de la competencia (*substantial lessening of competition*), cuenta no sólo con referencias normativas, sino además con cierta experiencia en este terreno.

En efecto, la Ley de Defensa de la Competencia prevé explícitamente en su art. 16 que el TDC podrá considerar las eficiencias derivadas de la concentración a la hora de valorarla y de elaborar su informe y dictamen sobre la posible obstaculización del mantenimiento de la competencia efectiva en el mercado.

En concreto, «el Tribunal podrá considerar, asimismo, la contribución que la concentración pueda aportar a la mejora de los sistemas de producción o comercialización, al fomento del progreso técnico o económico, a la competitividad internacional de la industria nacional o a los intereses de los consumidores o usuarios, y si esta aportación es suficiente para compensar los efectos restrictivos sobre la competencia».

La normativa española considera, por tanto, las posibles eficiencias derivadas de la concentración y prevé un análisis separado que en cierta medida contrapone ganancias de eficiencia a efectos restrictivos sobre la competencia.

Adicionalmente, la Ley prevé también la traslación de este análisis a la decisión final del Consejo de Ministros, al disponer que éste podrá decidir «subordinar su aprobación a la observancia de condiciones que aporten al progreso económico y social una contribución suficiente para compensar los efectos restrictivos sobre la competencia».

B. ALGUNOS EJEMPLOS

Dado que la parte expositiva de los Acuerdos de Consejo de Ministros, donde se recoge, en su caso, la valoración de las eficiencias, no se publica en el *BOE*, cualquier revisión de casos concretos debe limitarse a lo recogido en los informes del Tribunal de Defensa de la Competencia.

En la práctica, el Tribunal de Defensa de la Competencia analiza sistemáticamente las posibles eficiencias derivadas de cada operación, valorando en qué medida son susceptibles de cuantificación y resulta previsible su traslación al consumidor²⁹.

En general, las eficiencias alegadas y valoradas se concretan en reducciones de costes, aumento de la capacidad inversora, o sinergias «reales»

²⁹ Entre otros, en los casos C67/01 Repsol/RACE, C63/01 Nutreco/Agrovic, C62/00 Roca/Keramik, C58/00 Mahou/San Miguel, C54/00 Unión Fenosa/H. Cantábrico, C51/00 Cajas de ahorro de Pamplona y Navarra y C50/99 Puleva/Granja Castelló.

que se proyectarán no tanto en bajadas de precios como en más o mejores bienes o servicios. En particular, la traslación al consumidor se ha concretado en un amplio abanico de mejoras concretas que van desde la introducción de un sistema más sofisticado y seguro de control de calidad y refrigeración de alimentos hasta mejoras en el impacto medioambiental por soterramiento de líneas de distribución de electricidad, pasando por la probable desaparición del mercado de la empresa adquirida (*failing company defence* más o menos explicitada).

En general, la valoración de las eficiencias por parte del Tribunal de Defensa de la Competencia ha huido de una aproximación inflexible y cuantitativa que, en línea con el modelo de WILLIAMSON, pretenda poner en un plato de la balanza el deterioro de la competencia y en el otro las ganancias de eficiencia para, mediante una comparación automática de dos magnitudes ciertas y mensurables, tomar una decisión final. Por el contrario, se ha optado por una aproximación más cualitativa en el que las eficiencias sin duda han jugado un papel no tanto para optar entre la autorización y la prohibición de una operación como para determinar las condiciones bajo las cuales ésta puede ser autorizada.

Para ilustrar este tratamiento baste referirse a los dos informes más recientes del Tribunal de Defensa de la Competencia, los relativos a las operaciones Endesa-Hidroflamicell y Sogecable-Vía Digital³⁰.

El primer caso consiste en la adquisición por parte de la empresa Endesa Red del 75 por 100 de las acciones de la sociedad Hidroflamicell, una pequeña distribuidora que opera en tres municipios del Pirineo leridano y cuenta con unos 373 abonados.

El Tribunal de Defensa de la Competencia consideró adecuado no oponerse a la operación señalando que la prohibición de concentraciones debe ser proporcionada a lo que se trata de dilucidar, que sólo se deben poner en tela de juicio aquellas que puedan suponer un obstáculo significativo para la competencia efectiva y que, considerando el contexto económico, regulatorio y tecnológico, resulta evidente la falta de proporción de esta operación respecto a los verdaderos problemas de competencia que aún siguen existiendo en el sector eléctrico.

Además de esta proporcionalidad, el Tribunal entiende que procede la no oposición porque «la aportación de efectos beneficiosos para la competencia y los consumidores es suficiente para compensar posibles efectos restrictivos que teóricamente se pudieran producir».

En particular, el Tribunal recoge las consideraciones de la notificante en cuanto a asegurar que la operación contribuirá «a mejorar el servicio prestado a los clientes, ya que se procederá a renovar las instalaciones, aumentando su capacidad de transporte, así como a realizar nuevas inversiones para atender a nuevos suministros». Además, se señala la apor-

³⁰ C76/02 ENDESA/Hidroflamicell (N-286 del SDC) y C74/02 Sogecable/Vía Digital (N-280 del SDC).

tación del *know how* de la adquirente, y la «reducción de costes en distintos capítulos, como el de aprovisionamientos de materiales y servicios contratados, donde el ahorro puede alcanzar el 30 por 100».

La operación también alejaría los «riesgos de reducción de la calidad y eficiencia por la introducción de zonas discontinuas donde conviven distintos distribuidores al multiplicarse el número de interconexiones entre zonas y aumentar el coste del servicio por falta de estandarización de tensiones y equipos, la inadecuada gestión de las brigadas de mantenimiento y los mayores costes de aprovisionamiento». Finalmente, se apunta que «en producciones donde se producen monopolios naturales el aprovechamiento de las economías de escala resulta ser un aspecto crucial a considerar».

El segundo caso consiste en la integración de las dos principales plataformas de televisión de pago existentes en España. En su informe sobre la operación, el Tribunal incluye un apartado de «eficiencias derivadas de la operación notificada», en el que señala que el mercado de la televisión de pago se caracteriza por elevados costes, en principio fijos, y bajos costes marginales, de forma que «la posición óptima para todo operador de televisión de pago es contar con una base de abonados amplia que le permita desarrollar las economías de escala adecuadas y, de esta forma, acceder al umbral de rentabilidad».

Esta situación óptima se encuentra muy alejada de la que caracteriza el mercado español, marcado por las pérdidas de los operadores, el relativamente pequeño tamaño del mercado y la baja penetración de la televisión de pago. Por ello, el Tribunal considera que «Sogecable tendría incentivos para trasladar estas mayores eficiencias a los consumidores tanto vía precios como vía mejores contenidos y, de esta forma, seguir incrementando su masa de abonados y entrar en una dinámica de rentabilidad creciente». Esta valoración de las eficiencias es incorporada a las conclusiones del informe, que fundamentan su dictamen recomendando la subordinación de la autorización de la operación a determinadas condiciones.

Finalmente, la consideración de las eficiencias puede también incorporarse en el análisis del Servicio a la hora de valorar las operaciones, aunque de forma implícita y no como defensa contrapuesta a una afectación sustancial de la competencia efectiva³¹, ya que el análisis de las operaciones que se considere pueden obstaculizar su mantenimiento se reserva precisamente para la segunda fase, ante el TDC. A partir de la entrada en vigor del Real Decreto 1443/2001³², los informes del Servicio de Defensa de la Competencia son públicos.

³¹ Como ejemplos de análisis dinámico o de consideración de eficiencias cabría citar las operaciones Iberdrola/Guadalcaçín/Enron (N-227), Gelp/Kretztechnik (N-179), Planta de regasificación de Sagunto (N-271) o Sogecable/Vía Digital (N-280).

³² Real Decreto 1443/2001, de 21 de diciembre, por el que se desarrolla la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia, en materia de control de concentraciones. Ver www.mineco.es/dgdc/sdc.

5. ALGUNAS REFLEXIONES: CONTROL DE CONCENTRACIONES Y EFICIENCIA

La idea de que la competencia efectiva es el mejor medio para lograr una asignación eficiente de los recursos escasos y, por tanto, para poner las bases de la maximización del bienestar general es sin duda una de las bases de la política de competencia en general y del control de concentraciones en particular.

En efecto, la noción de eficiencia está en la misma esencia del control de concentraciones que, a diferencia de otras políticas sectoriales o industriales, no tiene por objeto impedir o predeterminar las decisiones empresariales que llevan al aumento del tamaño de los operadores o a la modificación de la estructura de los mercados en general, sino adoptar las medidas oportunas para que de ellas no se deriven efectos negativos para la competencia efectiva, para la competitividad empresarial, para el bienestar de los consumidores y, en definitiva, para el interés general.

Esta aproximación favorable a la libertad de decisión de los operadores económicos resulta ilustrada por el hecho de que, a pesar de la aparente heterogeneidad de los modelos normativos de los distintos países, en todos los sistemas se restringe el ámbito del control de concentraciones a aquellas operaciones que, por el tamaño total o relativo de las partes en el mercado relevante, pueden afectar sensiblemente a la estructura competitiva del mismo. Además, la autorización es la norma y únicamente un número pequeño de operaciones son prohibidas o sujetas a condiciones en la práctica totalidad de jurisdicciones.

Ahora bien, aunque la generación de sinergias beneficiosas para las partes es consustancial al planteamiento de la mayoría de operaciones de concentración, no cabe olvidar que el objeto de las autoridades de competencia trasciende de la maximización de la eficiencia productiva interna a las empresas. En efecto, la defensa de la competencia responde a una idea de eficiencia más amplia: la relacionada con la óptima asignación de los recursos para el conjunto de la sociedad.

Este objetivo se ha concretado en diversos modelos normativos que, sobre la base de la teoría económica del bienestar, en general contemplan la contraposición de eficiencias y efectos negativos sobre la competencia. Sin embargo, la relación entre ambos efectos no es fácil de determinar en la realidad: la mayoría de operaciones pueden generar al mismo tiempo eficiencias productivas y un deterioro de la competencia efectiva, ambos elementos de difícil valoración, cuya comparación lleva a resultados ambiguos o discutibles, en el mejor de los casos.

Ello explica que, en última instancia, la valoración de las eficiencias dependa sustancialmente de la aproximación política al control de concentraciones: jugarán un papel menor en momentos o sistemas más intervencionistas y más orientados a la protección del consumidor o del bie-

nestar general y, por el contrario, tendrán un mayor protagonismo cuando la política económica general tienda a poner el énfasis en la libertad empresarial y en la bondad del libre juego del mercado.

Para ilustrar el vínculo existente entre el tratamiento de las eficiencias y la teoría económica u orientación política subyacente basta repasar la evolución de su valoración en el sistema de los Estados Unidos, que pasó de tratarlas casi como una ofensa bajo el paradigma de la escuela de Harvard en los años sesenta a ignorarlas por su difícil cuantificación en un entorno de absoluto apoyo a los procesos de concentración marcado por el paradigma de Chicago y, en los últimos años, a valorarlas cada vez más, pero, superada la confianza en la definición de modelos cuantitativos, desde una perspectiva más bien cualitativa.

En efecto, en los últimos años, los límites de la aproximación «estructuralista», el creciente énfasis en los aspectos económicos y el desarrollo de teorías cada vez más sofisticadas, especialmente referidas a modelos de oligopolio, han llevado a un mayor peso de lo que algunos denominan «*story telling*» y la cuota de mercado o los indicadores de concentración están dejando paso a la consideración conjunta de diferentes elementos entre los que destacan la competencia potencial y las barreras a la entrada.

En este contexto, resulta natural que se plantee la conveniencia de dar un tratamiento más favorable a las eficiencias derivadas de las operaciones de concentración y que se plantee un debate sobre este asunto en el ámbito internacional y muy especialmente en el comunitario.

A corto plazo, este debate ya ha tenido como efecto el aumento del interés por considerar las eficiencias a la hora de valorar las operaciones de concentración y por alejar cualquier duda de que puedan ser consideradas como una «ofensa».

Sin embargo, este interés exige, a su vez, la aclaración de qué tipo de eficiencias serán consideradas y cuál será su valoración. Dada la dificultad de establecer criterios concretos en este ámbito y la inutilidad de pretender análisis basados en modelos económicos difícilmente estimables, es lógico que los sistemas normativos hayan optado por establecer un conjunto de requisitos más o menos cualitativos: que las eficiencias sean sustanciales, rápidas, cuantificables, específicas de la operación de concentración y, en algunos casos, que se trasladen al consumidor.

Estos criterios no son sino instrumentos para tratar de garantizar que la eficiencia interna de la empresa se traduce en eficiencia asignativa y en una mejora del bienestar general, pero se trata de requisitos lo suficientemente indeterminados como para que su aplicación concreta vaya definiéndose con la práctica.

Así, a medio plazo el análisis caso por caso irá delimitando reglas y criterios, siendo difícil prever *ex ante* cuáles serán los efectos de esta nueva aproximación sobre la valoración de las operaciones concretas. Dado que las diferentes comunicaciones o *guidelines* publicadas suelen

aclarar que las eficiencias por sí mismas difícilmente llevarán a la autorización de una operación que genere severos problemas de competencia, es probable que éstas jueguen un papel más relevante para la determinación de compromisos o condiciones. El objetivo para el legislador y el órgano de ejecución de la política de competencia es autorizar operaciones intentando garantizar que las eficiencias alegadas se traducirán ciertamente en un mayor bienestar social, aunque, como demuestra la práctica, las autoridades pueden ser tan infalibles a la hora de predecir cuáles serán los efectos a medio plazo de una operación... como los propios directivos de las partes notificantes.

BIBLIOGRAFÍA

- EVANS, D., y SCHMALENSEE, R., *Some economic aspects of antitrust analysis in dynamically competitive industries*, www.nber.org.
- KIMMEL, S., *The Supreme Cour's Efficiency Defense*, DoJ discussion paper.
- KOLASKY, W. J., «Lessons from babyfood: The role of eficiencias in merger review», *Antitrust*.
- KOLASKY, W. J., y DICK, A. R., «The merger guidelines and the integration of eficiencias into antitrust review of horizontal mergers», www.usdoj.gov.
- Mergers: Substantive assessment*, Consultation paper, OFT, www.oft.gov.uk.
- 1992 Horizontal merger guidelines of the DoJ and FTC (with April 1997 revisions to section 4 on eficiencias)*, www.usdoj.gov.
- OCDE, *Competition Policy and efficiency claims in horizontal agreements*, GD, 1996.
- PITOFSKY, R., *Efficiencias in defense of mergers: 18 months after*, www.ftc.gov.
- Principles of interpretation*, Bundeskartellamt, www.bundeskartellamt.de.
- Projet de lignes directrices relatives a l'analyse del concentrations et aux procédures de contrôle*, www.concentrations.minefi.gouv.fr.
- Proyecto de comunicación de la Comisión relativa a la evaluación de las concentraciones horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas*, www.europa.eu.int.
- SNAPP, B. R., *The 1997 horizontal merger guidelines: higher hurdles for efficiency claims*, www.abanet.org.
- WILLIAMSON, O. E., «Economies as an antitrust defense: The welfare tradeoffs», *American Economic Review*.

RÉQUIEM POR EL REGLAMENTO 17

Luis BERENGUER FUSTER

Diputado al Parlamento Europeo

Ex Vicepresidente del TDC

1. INTRODUCCIÓN

Dentro de la amplia reforma del Derecho comunitario de la competencia, que está siendo llevada a cabo por la Comisión, definitivamente le ha tocado el turno a la sustitución del Reglamento 17, que databa de 1962 y al que, tanto su antigüedad, como el hecho de que hubiera sido elaborado en un momento en el que la Comunidad era totalmente diferente a la actual, se le notaban en demasía. Tras una dilatada tramitación de la propuesta de la Comisión¹, finalmente se ha publicado el Reglamento CE núm. 1/2003 del Consejo relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los arts. 81 y 82 del Tratado², Reglamento que será aplicable a partir del día 1 de mayo de 2004.

A la hora de enjuiciar las reformas introducidas en el nuevo Reglamento, resulta necesaria una referencia crítica a la norma a la que sustituye. Es cierto que el Reglamento 17 fue elaborado en un momento en el que la Comunidad exclusivamente tenía seis miembros, en la cual la política de la competencia resultaba una novedad, y esas circunstancias han de suavizar considerablemente las críticas que al mismo se le puedan dirigir. Si bien ello es cierto, no es menos cierto que, en la actualidad, su texto resultaba totalmente inadecuado para las necesidades de una nueva Comunidad con quince miembros, y a la puerta de su ampliación, en la cual la política de la competencia constituye una de las políticas fundamentales para la creación de un espacio económico único.

Al Reglamento 17 se le ha criticado, en primer lugar, por no contener un verdadero procedimiento claro y articulado, sino exclusivamente unas normas procedimentales que, aunque hayan sido completadas por otros Reglamentos y las prácticas de la Comisión, no por ello puede afirmarse

¹ La Comisión Europea publicó el 27 de septiembre de 2000 una 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, (CEE) núm. 2988/74, (CEE) núm. 4056/86 y (CEE) núm. 3975/87 [doc. COM (2000) 582 final].

² DOCE de 4 de enero de 2003.

que exista un verdadero procedimiento, tal y como se viene entendiendo, al menos en un país como España, en el que el procedimiento administrativo es señaladamente garantista. Otra de las críticas más frecuentes era que en el procedimiento no se respetaban suficientemente los derechos de defensa³. En estos apartados, justo es reconocer que el nuevo Reglamento contiene un señalado avance sobre el régimen anteriormente existente, por cuanto que establece mejoras considerables en el procedimiento, al tiempo que delimita los poderes de investigación de la Comisión, si bien, aun reconociendo los avances, cabe formular ciertas objeciones a su contenido, que resulta insuficiente en determinados aspectos, tales como los relativos a los derechos de quienes son parte en el procedimiento, o la no fijación de plazos para la Comisión, por señalar sólo dos de las objeciones más significativas.

Entre los aspectos positivos del nuevo Reglamento, puede señalarse que se han incorporado a un texto normativo algunas de las reglas, tales como las relativas a la aplicación de las normas comunitarias de la competencia por las autoridades nacionales y los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros, que con anterioridad estaban contenidas en simples Comunicaciones⁴, aunque de forma un tanto extraña, no se ha incorporado al texto normativo el contenido de alguna Comunicación, como la relativa a la reducción de multas a quienes colaboren en la investigación⁵, que es susceptible de generar derechos a los particulares. En cualquier caso, para formular una opinión definitiva sobre las reglas de procedimiento, habrá que estar a la publicación del correspondiente Reglamento de la Comisión, cuya aprobación está prevista en el art. 33 del Reglamento.

Como se ha indicado, la derogación del Reglamento 17, y su sustitución por el nuevo Reglamento 1/2003, constituye un hito, si cabe el más importante, dentro del proceso de reforma del Derecho comunitario

³ Aurelio MENÉNDEZ, «Los derechos del administrado en los procedimientos de aplicación del Derecho de la competencia», en *Estudios en homenaje al profesor Jesús González Pérez. La protección jurídica del ciudadano*, t. I, Madrid, 1993, p. 361; Blanca VILÁ COSTA y Santiago GISPÉRT I MARTÍ, «Aproximación a los denominados derechos de defensa en el procedimiento de aplicación de la normativa comunitaria de la competencia», en *Información Comercial Española*, diciembre 1987, p. 84; Luis BERENGUER, «Los derechos de defensa en los procedimientos en materia de competencia. Derecho español y comunitario», en *Gaceta Jurídica de la CE y de la competencia*, D-27, marzo 1997, pp. 100-101; Amadeo PETITBÓ y Luis BERENGUER, «Competition-Related Procedures in Spanish and Community Law: Protection of Private Parties», *Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute*, New York, 1997.

⁴ Comunicación relativa a la cooperación entre la Comisión y los órganos jurisdiccionales nacionales para la aplicación de los arts. 81 y 82 del Tratado CEE (*DOCE*, núm. C, de 13 de febrero de 1993). Comunicación relativa a la cooperación entre la Comisión y las autoridades de los Estados miembros en el ámbito de la competencia para la tramitación de los asuntos a los que sean de aplicación los arts. 81 y 82 del Tratado (*DOCE*, núm. C, de 15 de octubre de 1997). En este trabajo va a utilizarse la numeración del Tratado de Ámsterdam, incluso en los documentos anteriores al mismo.

⁵ Comunicación de la Comisión relativa a la no imposición de multas o la reducción de su importe en los asuntos relacionados con acuerdos entre empresas (*DOCE*, núm. C 45, de 19 de febrero de 2002), que ha sustituido a la de 18 de julio de 1996.

de la competencia que se ha llevado a cabo en los últimos años. Como principios que han estado presentes en esa reforma, cabe señalar una nueva concepción del Derecho de la competencia, que se acerca al modelo americano, concepción que toma en consideración elementos tales como la utilización del análisis económico, la consideración de los efectos de las conductas sobre la competencia, la huida del rigor formalista, o la aplicación descentralizada. Y teniendo en cuenta el contenido de las propuestas contenidas en el Reglamento, particularmente la desaparición del procedimiento de autorización y su sustitución por un régimen de excepción legal, hay que concluir que el Reglamento es coherente con el resto de la reforma emprendida.

Las líneas fundamentales del nuevo Reglamento habían sido anunciadas en el Libro Blanco de la Comisión sobre la modernización de las normas de aplicación de los arts. 81 y 82 del Tratado CE⁶, que, publicado en 1999, supuso la apertura de un debate sobre las propuestas en él contenidas⁷. El balance global de las opiniones vertidas en tal debate, muestra una cierta, aunque no amplia, mayoría de opiniones favorables a las nuevas propuestas, aun con un peso no desdeñable de las opiniones sumamente críticas de las líneas de la reforma anunciada.

Por su parte, la Comisión ha defendido arduamente sus propuestas, argumentando fundamentalmente que la desaparición del procedimiento de notificación y la aplicación descentralizada del Derecho comunitario de la competencia, permitirá una liberación de recursos en la Dirección General de Competencia, recursos que se dedicarán, en el futuro, a la persecución de las infracciones más graves, que son las que afectan más significativamente al interés público comunitario⁸.

⁶ DOCE, núm. C, de 12 de mayo de 1999.

⁷ La publicación del Libro Blanco ocasionó la publicación de un buen número de comentarios sobre las propuestas en él contenidas. Ver Gianfranco ROCCA y Céline GAUER, «Livre blanc sur la modernisation des règles d'application des arts. 81 et 82 du Traité», en *Competition Policy Newsletter*, núm. 3, octubre 1999, pp. 1 ss.; José M. BENEYTO, «Hacia un nuevo Derecho de la competencia. El Libro Blanco de la Comisión sobre modernización y descentralización en la aplicación en la aplicación de los arts. 85 y 86», en *GJUE*, núm. 202, pp. 9 ss.; L. BERENGUER FUSTER y L. BERENGUER GIMÉNEZ, «La reforma del Derecho comunitario de la competencia y el Parlamento Europeo», en *GJUE*, núm. 208, julio-agosto 2000, pp. 18 ss.; Santiago MARTÍNEZ LAGE, «Revolución en el art. 81 (antiguo 85) del Tratado CE», en *GJUE*, núm. 203, pp. 3 ss.; «Del control preventivo al control represivo: el nuevo enfoque de la Comisión en la aplicación del art. 81 CE», en *GJUE*, núm. 208, julio-agosto 2000, pp. 3 ss.; «¿Próximo Big Bang en el Derecho Comunitario de la Competencia?», en *GJUE*, núm. 210, noviembre-diciembre 2000, pp. 3 ss. Se celebraron también múltiples Jornadas y Seminarios, en Universidades; por ejemplo, las celebradas por iniciativa de la Comisión y el Parlamento en la Universidad de Freiburg, «Reform of European Competition Law», el 9 de noviembre de 2000; y las celebradas en el Instituto Universitario Europeo de Florencia cuyos trabajos fueron publicados en *European Competition Law*, 2000, y que pueden ser consultados en la página web del Instituto.

⁸ Mario MONTI, «La nueva política europea de la competencia», en *El nuevo Derecho español y comunitario de la competencia*, J. M. BENEYTO (dir.) y J. MAILLO (coord.), Barcelona, Universidad San Pablo-CEU-Bosch, 2002, pp. 15 ss.

2. CRÍTICAS A LA NUEVA REGULACIÓN

En la medida en que el Reglamento 1/2003 supone la traslación a un texto normativo de las propuestas que habían sido incluidas en el Libro Blanco sobre la modernización de las normas de aplicación de los arts. 81 y 82 del Tratado, no resulta extraño que su publicación haya supuesto una reedición de las críticas que, desde algunos sectores, se habían formulado a tales propuestas, en especial las relativas a la supuesta renacionalización del Derecho de la competencia, o a la falta de seguridad jurídica que acarrea la sustitución de un sistema de autorización por uno de excepción, a las dificultades de la aplicación descentralizada de las normas e, incluso, a la imposibilidad de variar el sistema sin modificar previamente el Tratado. En tales críticas, tuvo un papel destacado el *Bundeskartellamt* alemán, que, desde el principio, se mostró especialmente beligerante con las propuestas contenidas en el Libro Blanco⁹. Las críticas han ido orientadas en diversas direcciones, algunas de las cuales se exponen a continuación.

A. LA MODERNIZACIÓN IMPLICA LA RENACIONALIZACIÓN DE LAS NORMAS DE LA COMPETENCIA

Uno de los argumentos aducidos por los enemigos de las nuevas propuestas consiste en afirmar que la reforma supone la renacionalización del Derecho comunitario de la competencia, en la medida en la que su aplicación por las autoridades y órganos jurisdiccionales de los Estados miembros producirá una tendencia, no tanto a aplicar las normas nacionales sobre las comunitarias, lo cual resulta imposible en virtud del principio de primacía, sino a aplicar el Derecho comunitario en clave nacional. Este argumento ha sido rebatido en diversas ocasiones por el Comisario MONTI, argumentando que, más bien al contrario, el hecho de que la totalidad del Derecho comunitario de la competencia pueda ser aplicado no sólo por la Comisión, sino por las autoridades, y además por los jueces y tribunales nacionales, implica una extensión generalizada de la aplicación de las normas comunitarias¹⁰.

⁹ Los representantes del *Bundeskartellamt* expresaron esa críticas en cuantas ocasiones tuvieron para ello, e incluso elaboraron un informe sumamente crítico con las propuestas del Libro Blanco. Para reflejo de tales críticas ver Dieter WOLF, Presidente del *Bundeskartellamt*, «Modernisation of European Competition Law. Some remarks on the current discussion on the Commission's proposal for the reform of Regulation 17», intervención en la audición celebrada en la Comisión de Asuntos Económicos y Monetarios del Parlamento Europeo del día 22 de septiembre de 1999.

¹⁰ Comparecencia del Comisario MONTI ante la Comisión de Asuntos Económicos y Monetarios del Parlamento Europeo.

B. EL SISTEMA DE NOTIFICACIÓN ES EL PREVISTO EN EL TRATADO Y NO PUEDE SER SUSTITUIDO POR UN SISTEMA DE EXENCIÓN SIN SU REFORMA

Otro de los problemas aducidos por los críticos del sistema del Reglamento consiste en afirmar que el sistema de notificación era el previsto en el art. 81.3 del Tratado, y su sustitución por un sistema de excepción no puede efectuarse sin una previa reforma del mismo. Ésta ha sido la posición del *Bundeskartellamt*, y ha motivado la emisión de diversos informes jurídicos que han concluido afirmando que tal reforma no era necesaria¹¹. En apoyo de la opinión contraria a la necesidad de la reforma es preciso recordar que, a la hora de redactar el Tratado, el texto del art. 81.3 constituyó un compromiso entre los partidarios de un régimen de autorización (es decir, Alemania) y los partidarios de un régimen de excepción (Francia), mediante una redacción de un texto que admitía ambos sistemas y que permitió la superación del problema. Posteriormente, en la elaboración del Reglamento 17 se impusieron las propuestas alemanas a las francesas, pero ello no significa que el sistema de autorización fuera el único previsto en el Tratado¹².

C. EL SISTEMA AFECTA A LA SEGURIDAD JURÍDICA

La preocupación por la seguridad jurídica ha estado con frecuencia presente en no pocas de las críticas formuladas a las modificaciones contenidas en el Reglamento, como en su día estuvo presente en las que se realizaron a las propuestas del Libro Blanco¹³. Esta preocupación está motivada en la sustitución del sistema de autorización por el de exención, y, en buena medida, en la aplicación descentralizada, especialmente por los órganos jurisdiccionales, del art. 81.3.

Cuando se habla de los riesgos de una reforma, es necesario comparar la situación preexistente con la que se producirá tras el cambio propuesto. Si tal comparación se efectúa, en modo alguno puede realizarse una lectura crítica de la modificación del sistema. El procedimiento de noti-

¹¹ Informe del *Bundeskartellamt*, citado por D. WOLF, *loc. cit.* Con ocasión del debate en el Parlamento Europeo sobre las propuestas del Libro Blanco, se solicitó un informe al Servicio Jurídico del propio Parlamento, que opinó que el sistema de excepción tenía cabida dentro del texto del art. 81.3.

¹² LUIS BERENQUER, «Modernización de las normas Comunitarias de la competencia y seguridad jurídica», en *GIUE*, núm. 211, enero-febrero 2001 p. 27; JOSÉ M. GARCÍA-MARGALLO y CRISTINA ASTURIAS, «El Libro Blanco desde la perspectiva del Parlamento Europeo», en *El nuevo Derecho comunitario y español de la competencia*, cit., pp. 239-240.

¹³ Ver LUIS BERENQUER, «Modernización de las normas...», cit., pp. 27 ss.; EMILE PAULIS, «Coherent Application of EC Competition Law in a System of Parallel Competences», y ALEXANDER SCHAUB, «The Reform of Regulation 17: The Issues of Compatibility, Effective Enforcement and Legal Certainty», en *Jornadas del Instituto Europeo Universitario de Florencia*, citadas. En todos estos trabajos se rechazan las críticas sobre la falta de seguridad jurídica.

ficación, en el que únicamente terminan en decisión formal el 10 por 100 de las notificaciones efectuadas, es un procedimiento no contradictorio y en el que la mayor parte de los expedientes acostumbra a concluir en una anormal «*confort letter*», puede merecer muchos calificativos, pero en ningún caso merece ser calificado como un procedimiento que ofrezca seguridad jurídica. Si, además, tenemos en cuenta que una de las finalidades de la reforma consiste en preparar a los órganos comunitarios de la competencia para la ampliación de la Unión Europea, no se puede obviar que, tras la ampliación, de seguir con el procedimiento del Reglamento 17, el porcentaje de expedientes de notificación que terminará con una decisión formal, disminuirá considerablemente. En cualquier caso, en la actualidad, el Derecho comunitario de la competencia tiene una madurez que permite a las empresas, y a sus asesores, conocer qué acuerdos están prohibidos y cuáles son merecedores de estar incluidos en la exención del art. 81.3. Esta madurez está sólidamente fundamentada en la doctrina contenida en las decisiones de la Comisión, y en las sentencias de los Tribunales comunitarios, y, en base a ella, puede plantearse un cambio de sistema sin que afecte a la seguridad jurídica, como argumentan quienes añoran el procedimiento de notificación.

Se ha alegado igualmente que una de las posibles consecuencias del cambio de modelo consiste en que, en el futuro, se va a producir una relajación en la persecución de ciertos cárteles¹⁴. Según esta tesis, con el sistema anterior, un acuerdo que planteara dudas sobre sus efectos para la competencia, podría ser denegado si era sometido a autorización. Sin embargo, con el cambio de sistema, y la consideración de esas consecuencias en el seno de un expediente sancionador, los casos dudosos han de ser resueltos a favor del acuerdo, porque en Derecho sancionador ha de regir el principio *in dubio pro reo*, que, en esta materia, termina traducándose en *in dubio pro libertad contractual*. Ello puede significar que acuerdos que, con anterioridad, no iban a ser autorizados, no van a poder ser prohibidos con el nuevo sistema. Si tal es cierto, no es menos cierto que este extremo no constituye un aspecto especialmente negativo del nuevo sistema. El menor formalismo, la extensión de la cultura de la competencia, y la posibilidad de analizar los efectos sobre la competencia, una vez aplicado el acuerdo, la decisión o la práctica, en lugar del examen *ex ante*, constituyen ventajas que compensan sobradamente la posible relajación en la persecución de los cárteles, con independencia de que tal relajación únicamente afectaría a las denominadas «zonas grises» y no a los casos más graves de infracción de las normas comunitarias de la competencia. Antes al contrario, es presumible que las infracciones más graves van a ser objeto de una persecución mayor, por cuanto que una de las razones que justifican la reforma, a juicio de la Comisión, es que la supresión del procedimiento de notificación, liberará recursos de la Dirección General de Competencia, que podrán ser destinados a la persecución de las infracciones más graves.

¹⁴ Ver D. WOLF, *loc. cit.*

Otro de los problemas que se han planteado en relación con la seguridad jurídica, como consecuencia de la aprobación del nuevo Reglamento, como igualmente en su día se planteó con ocasión del debate sobre el Libro Blanco, es el relativo a la posibilidad de que recaigan decisiones contradictorias, cuando sean diferentes órganos, tanto administrativos como jurisdiccionales, los encargados de aplicar las normas comunitarias de la competencia. Esta objeción puede ser rebatida, si se recuerda que, con anterioridad a la aprobación del Reglamento 1/2003, tanto los órganos jurisdiccionales como la mayor parte de las autoridades encargadas de la competencia estaban habilitadas para la aplicación de los arts. 81.1 y 82 del Tratado, mientras que el Reglamento 17 sólo reservaba a la Comisión el monopolio de la aplicación del art. 81.3, lo cual implicaba no sólo críticas, sino problemas de coherencia, y dudas sobre si era posible realizar una aplicación del art. 81.1 sin el instrumento que constituye el art. 81.3.

La existencia del monopolio de la Comisión en la aplicación del art. 81.3, podría tener sentido en un régimen de autorización, pero carece completamente de tal sentido en un régimen de excepción legal. En ese régimen se realiza el balance concurrencial al analizar conjuntamente si existe una conducta, si tal conducta afecta a la competencia y al comercio entre Estados miembros, y, al mismo tiempo, si existen elementos positivos que compensen los efectos limitativos de la competencia. Al realizarse ese análisis conjunto, no se produce la ruptura entre quien aplica el art. 81.1 y quien aplica el art. 81.3, y, por lo tanto, la aplicación puede ser más coherente.

Se ha señalado por algunos críticos de la modernización que existe un grave problema en el hecho de que los jueces puedan aplicar el art. 81.3 ya que la aplicación de este precepto tiene mayor complejidad que la aplicación del art. 81.1, ya que es necesario realizar complejos razonamientos económicos, que no están al alcance de los jueces. Posiblemente detrás de esa crítica se oculte una concepción del Derecho de la competencia como una rama jurídica sumamente especializada, que se encuentra al alcance de pocos mortales. No parece que las normas de la competencia tengan mayor complejidad que otras normas del Derecho, cuya aplicación exige la realización de estudios técnicos (por ejemplo, en el campo de las patentes) y a nadie se le ocurre proponer la supresión de la intervención judicial en esos campos. En cualquier caso, los estudios económicos siempre podrán ser realizados como prueba pericial, y, además, el propio Reglamento prevé la posible intervención de la Comisión, y de las Autoridades nacionales de la competencia, para auxiliar a los órganos jurisdiccionales en la realización de tales estudios¹⁵.

No se puede ocultar que la aplicación de unas mismas normas por distintas instancias, tanto administrativas como jurisdiccionales, no sometidas a jerarquía, puede producir divergencias de interpretación. Cuando

¹⁵ Como ejemplo de las críticas, ver D. WOLF, *loc. cit.*

existe esa divergencia, se puede solucionar mediante la unificación que supone el sometimiento a una instancia jurisdiccional jerarquizada, pero esa solución no resulta aplicable en la Unión Europea, que no es un Estado, sino una Unión de Estados basada en una transferencia limitada de sus derechos de soberanía, en la que los órganos jurisdiccionales no están jerarquizados, y en la que la aplicación del Derecho comunitario se realiza según las normas del Derecho nacional ¹⁶.

En consecuencia, ante la imposibilidad de un recurso que sirviera para unificar las interpretaciones, el único sistema válido es el previsto en el Reglamento consistente en arbitrar medios de colaboración entre la Comisión y las autoridades y órganos jurisdiccionales nacionales, cuando apliquen el Derecho comunitario, sin perjuicio de la posibilidad de acudir a la cuestión prejudicial.

3. PRINCIPALES INNOVACIONES

El nuevo Reglamento contiene una nueva regulación del procedimiento en los expedientes en los que se persigan las conductas prohibidas por los arts. 81 y 82 del Tratado, regulación que, como se ha indicado, no pocas veces supone incorporar a un texto normativo, bien prácticas de la Comisión, bien reglas que se encontraban en textos que, como las Comunicaciones de la Comisión, carecen de valor normativo. Hay que señalar que no se trata, en este momento, tanto de realizar un análisis exhaustivo y sistematizado del Reglamento 1/2003, como de señalar las innovaciones más importantes que en él se contienen, para, a renglón seguido, analizar cómo pueden afectar tales innovaciones a la legislación española.

A. DESAPARICIÓN DE LA NOTIFICACIÓN

Sin duda, la innovación más importante de las contenidas en el nuevo Reglamento, consiste en la desaparición del procedimiento de notificación, innovación que, como se ha indicado, ha sido objeto de una oposición radical por diversos sectores, especialmente el *Bundeskartellamt*, que adujo incluso la necesidad de modificar el Tratado para establecer el cambio de sistema de aplicación del art. 81.3, y que tal desaparición afectaba a la seguridad jurídica.

¹⁶ Dámaso RUIZ-JARABO COLOMER, «Aplicación del Derecho comunitario europeo por los órganos jurisdiccionales españoles», en *GJCE*, núm. 86, noviembre 1990, pp. 15-16, con expresa mención de la doctrina de la Sentencia TICE de 15 de julio de 1964, en el As. Costa/Enel. En su dictamen acerca del Libro Blanco, el Comité Económico y Social sugirió el establecimiento de un recurso al Tribunal de Justicia cuando los jueces y tribunales nacionales aplicaran el Derecho comunitario de la competencia, pero tal recurso no está previsto en los Tratados y ocasionaría problemas de constitucionalidad en muchos países miembros.

Como se ha señalado anteriormente, la redacción del art. 81.3 a la hora de elaborar el Tratado de Roma constituyó un compromiso entre los partidarios de un régimen de autorización (fundamentalmente Alemania) y los partidarios de un régimen de excepción legal (Francia), mediante una fórmula que admitía ambos sistemas y permitió la superación del problema. Pero el debate continuó en el año 1962, a la hora de elaborar el Reglamento 17, ya que era necesario optar por una de las dos fórmulas. La delegación alemana defendía el régimen de autorización como el más adecuado para ofrecer seguridad jurídica a las empresas, mientras que los franceses argumentaban que los acuerdos entre empresas, en principio, no eran ni buenos ni malos y, en cualquier caso, deberían ser enjuiciados según sus efectos en el mercado, lo cual implicaba, naturalmente, un juicio *a posteriori*, descartándose la autorización previa. En un momento determinado del debate, la delegación francesa recibió instrucciones de plegarse a la postura alemana, y, en consecuencia, el Reglamento 17 reflejó el sistema de autorización, que había sido defendido por Alemania.

El sistema de autorización ha funcionado hasta el presente, aun con ciertas dificultades. La principal de ellas ha consistido en la incapacidad de la Comisión de dar respuesta al ingente número de notificaciones que se producían¹⁷. Tal incapacidad había generado una anómala práctica consistente en las denominadas «cartas administrativas» o «*confort letters*» en las que la Comisión manifestaba que, de los datos que obraban en su poder, no se deducía que el acuerdo notificado constituyera una infracción del art. 81.1, o bien no pudiera acogerse a lo previsto en el art. 81.3. El problema de tales cartas administrativas consistía en que carecían de fuerza jurídica, y no vinculaban ni a las autoridades nacionales, ni, por supuesto, a los jueces y tribunales de los Estados miembros, por lo que el efecto de la seguridad jurídica del sistema no aparecía por ninguna parte. Por otra parte, cuando la Comisión se decidía a iniciar el procedimiento encaminado a otorgar una autorización, empleaba tanto tiempo en su tramitación, que cuando, finalmente, recaía una Decisión formal, podía darse el caso de que las empresas ya no estuvieran interesadas en poner en marcha el acuerdo.

El nuevo sistema se materializa en el art. 1 del Reglamento 1/2003. En este precepto, junto a los apartados en los que se dispone que están prohibidos los acuerdos, decisiones y prácticas contempladas en el art. 81.1 (art. 1.1) y las conductas abusivas (art. 1.3), equivalentes a cuanto se establecía en el art. 1 del Reglamento 17, se contiene un nuevo apartado (art. 1.2) en el que se dispone que los acuerdos, decisiones y prácticas contempladas en el art. 81.1, que reúnan las condiciones del art. 81.3, «no están prohibidos, sin que sea necesaria decisión previa alguna a tal efecto».

¹⁷ Según los datos obtenidos de los informes anuales sobre la política comunitaria de la competencia, en el año 1999 se presentaron 162 notificaciones, y 101 en 2000. Del conjunto de expedientes relativos a los arts. 81 y 82 en 1999, 68 terminaron en decisión formal y 514 en decisiones informales. En 2000 fueron 36 y 343, respectivamente.

A la hora de enjuiciar el cambio de sistema, debe tenerse en cuenta que la reforma del Reglamento de procedimiento forma parte de la reforma global del Derecho comunitario de la competencia, de la que forman parte igualmente la modificación de los Reglamentos de exención por categorías, y en esa reforma, que está presidida por principios tales como la utilización del análisis económico para analizar los efectos de las conductas, sustituyendo criterios formalistas, resulta coherente la desaparición del procedimiento de notificación, y su sustitución por un sistema en el que la evaluación de los efectos sobre la competencia se realiza *a posteriori*.

El art. 10 del Reglamento regula las declaraciones de inaplicabilidad, que, en cierta medida, pueden ser consideradas como una consecuencia de la desaparición del sistema de autorización. En este precepto se establece que la Comisión podrá declarar, de oficio, que determinado acuerdo, decisión o práctica, no infringe el art. 81.1, o bien que reúne las condiciones para aplicar el art. 81.3. Tal declaración también podrá realizarse respecto del art. 82 del Tratado.

Este precepto, indudablemente relacionado con el cambio de sistema, no implica que la declaración en él prevista vaya a constituir, de forma indirecta, una reintroducción del sistema de notificación¹⁸. Para evitar ese efecto, en el Reglamento se contienen una serie de cautelas, que introducen significativas diferencias respecto del sistema de autorización. A tales efectos puede señalarse, en primer lugar, que la declaración de inaplicabilidad puede afectar no sólo al art. 81, sino que se extiende al art. 82; y, en segundo término, que siempre se realizará de oficio, y cuando concurren razones de interés público comunitario. Queda, en consecuencia, descartado, que las empresas puedan acudir a solicitar una declaración de inaplicabilidad, ya que carecen del derecho a instar tal pronunciamiento. Finalmente debe destacarse que estas decisiones de no infracción de la Comisión tienen naturaleza meramente declarativa¹⁹, y no crean derechos *erga omnes*, por lo que pueden ser ignoradas por los órganos jurisdiccionales, y aun por las autoridades nacionales. En consecuencia, en cuanto respecta a la seguridad jurídica y los efectos de la decisión, estas declaraciones podrían mostrar más similitudes con las cartas administrativas que con las decisiones de autorización, pero en cualquier caso debe huirse de buscar ningún tipo de similitud. Las decisiones en las que se realice una declaración de inaplicabilidad están reservadas, y así es la voluntad de la Comisión para «los nuevos tipos de acuerdos o prácticas o cuestiones que no se han fijado definitivamente en la jurisprudencia y en la práctica decisoria existentes»²⁰.

¹⁸ Eduardo PRIETO KESSLER y Diego CASTRO-VILLACAÑAS, «Consideraciones en torno a la propuesta de modernización del Derecho comunitario de la competencia», en *Anuario de la Competencia 2001*, Madrid, Fundación ICO-Marcial Pons, 2002, p. 107.

¹⁹ Considerando 14 del Reglamento 1/2003.

²⁰ Exposición de Motivos de la propuesta de la Comisión.

B. PRINCIPIO DE PRIMACÍA

El art. 3 del Reglamento, en sus tres apartados, delimita las relaciones entre las legislaciones nacionales y el Derecho comunitario de la competencia, en unas reglas que parecen formular de forma peculiar el efecto de primacía del Derecho comunitario.

En el primero de los párrafos del art. 3 se establece un principio de carácter general, según el cual cuando las autoridades o los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros apliquen a las *ententes* colusorias o las conductas abusivas las normas nacionales de la competencia, si se afecta al comercio entre los Estados miembros, deberán aplicarse también los arts. 81 y 82 del Tratado. En el párrafo segundo se establece la norma según la cual, cuando haya afectación al comercio comunitario «la aplicación de la legislación nacional a los acuerdos, decisiones o prácticas concertadas a que alude el apartado 1 del art. 81 del Tratado, no puede conducir a su prohibición, a no ser que también estén prohibidos por el Derecho comunitario de la competencia»²¹. Sin embargo, no se impide que las legislaciones nacionales apliquen normas más estrictas para las conductas unilaterales de las empresas. Finalmente, el apartado 3 establece que las reglas anteriores no se aplicarán cuando las legislaciones nacionales establezcan normas para el control de las concentraciones, o bien persigan un objetivo diferente al de los arts. 81 y 82 del Tratado.

El contenido de este precepto resulta difícilmente explicable, si no se tiene en cuenta el proceso de su elaboración, especialmente la propuesta de la Comisión. En efecto, en su Propuesta de Reglamento, la Comisión formulaba de manera muy sencilla el proyecto del precepto que había de regular las relaciones entre los arts. 81 y 82 y las normas nacionales de la competencia. Según esa propuesta, cuando los acuerdos, decisiones o prácticas colusorias, o las conductas abusivas de una posición dominante, pudieran afectar al comercio entre los Estados miembros, se aplicaría el Derecho comunitario, «con exclusión de los derechos nacionales de la competencia».

La propuesta de la Comisión contenía una formulación del principio de primacía del Derecho comunitario que, de hecho, suponía la derogación del principio de «doble barrera» en los términos que habían sido formulados en la Sentencia del TJCE *Wilhelm/Bundeskartellamt*²², y no ocultaba la pretensión de conseguir una aplicación uniforme del Derecho comunitario de la competencia, en un escenario de aplicación descentralizada.

En el proceso de elaboración del Reglamento, se formularon objeciones a la propuesta de la Comisión, especialmente por Francia, que veía peligrar la aplicación del precepto de su legislación nacional relativo

²¹ Considerando octavo del Reglamento.

²² Sentencia de 13 de febrero de 1969, *Rec.* 1969, pp. 1 ss.

al abuso de situación de dependencia, y como consecuencia de tales objeciones se obtuvo una fórmula de compromiso, reflejada en la redacción del art. 3, que, en definitiva, viene a suponer que el principio de «doble barrera» se aplica a las conductas abusivas de una posición dominante, pero cuando se trate de *ententes* colusorias, la «doble barrera» se aplica de forma diferente, consistente en que las legislaciones nacionales no pueden prohibir conductas que no estén prohibidas por el ordenamiento comunitario.

C. APLICACIÓN DESCENTRALIZADA

Otra de las principales innovaciones del Reglamento 1/2003 respecto de la regulación contenida en el Reglamento 17 es la posibilidad de aplicación descentralizada del art. 81.3 del Tratado, poniendo fin al monopolio que el art. 9 del Reglamento 17 reservaba a la Comisión.

Mientras este último Reglamento estaba vigente, el monopolio de la Comisión quedaba reducido al precepto del art. 81.3, por lo que estaba abierta la posibilidad de la aplicación descentralizada de los arts. 81.1 y 82, que, obviamente, podían ser aplicados tanto por las autoridades nacionales como por los jueces y tribunales de los Estados miembros. La existencia de tal monopolio no permitía una aplicación pacífica del art. 81.1, hasta el punto que en no pocas ocasiones se había planeado la paradoja que suponía trocear el art. 81, permitiendo que sólo una parte del mismo (art. 81.1) pudiera ser aplicada de forma descentralizada, y la imposibilidad de realizar una adecuada aplicación por aquellos órganos a quienes les estaba vedada la aplicación de otra parte (art. 81.3), que indudablemente formaba parte de un todo²³. El Reglamento 1/2003 pone fin a esa anomalía por cuanto que en el art. 5 dispone que las autoridades nacionales serán competentes para aplicar los arts. 81 —en su totalidad— y 82. Igual previsión se contiene en el art. 6 para los órganos jurisdiccionales. Esta posibilidad de aplicación descentralizada del art. 81.3 es, también, una consecuencia de la desaparición del procedimiento de autorización, por cuanto que, al desaparecer éste, desaparece también la razón de ser del monopolio de la Comisión. No resulta, por lo tanto, de extrañar que los mismos sectores que, en su día, se opusieron a la desaparición del procedimiento de autorización se hayan opuesto igualmente a la aplicación descentralizada del art. 81.3.

a) *Cooperación con las autoridades nacionales encargadas de la competencia*

El art. 9.3 del Reglamento 17 disponía que las autoridades nacionales podrán aplicar los arts. 81.1 y 82 del Tratado, «mientras la Comisión

²³ L. BERENGUER, «Modernización de las normas comunitarias de la competencia y seguridad jurídica», cit., pp. 29-30.

no inicie procedimiento alguno». Por su parte, el art. 10 del mismo Reglamento contenía una regla de colaboración entre la Comisión y las autoridades de los Estados miembros, aun cuando de su contenido no se dedujera más que un principio genérico de información y de colaboración de las autoridades nacionales con la Comisión en los procedimientos que ésta tramite. Con estas escuetas reglas no se solucionaban los problemas que podían plantearse cuando las autoridades nacionales aplicaban el Derecho comunitario, por lo que, aun en momento muy tardío, la Comisión publicó una Comunicación relativa a la cooperación entre la Comisión y las autoridades de los Estados miembros en el ámbito de la competencia para la tramitación de los asuntos a los que sean de aplicación los arts. 81 y 82 del Tratado²⁴, en la que se establecían determinadas normas de reparto de los casos entre la Comisión y las autoridades nacionales, así como ciertas normas de procedimiento para los supuestos en los que intervinieran en el conocimiento de un mismo asunto, bien una autoridad nacional, bien la Comisión Europea.

Obviamente la Comunicación parte del texto normativo del Reglamento 17, que prevé la aplicación descentralizada de los arts. 81.1 y 82 del Tratado, pero concede el monopolio de la aplicación del art. 81.3 a la Comisión Europea. Este monopolio planteaba problemas considerables para la aplicación descentralizada del art. 81.1, a cuya consideración se dedica buena parte del contenido de la Comunicación.

Ahora bien, con el nuevo texto, la realidad ha cambiado, ya que una de las innovaciones más importantes contenidas en el Reglamento 1/2003 consiste precisamente en poner fin al monopolio de la Comisión para la aplicación del art. 81.3, que el futuro podrá ser aplicado igualmente por las autoridades nacionales —y los órganos jurisdiccionales—, por lo que buena parte del contenido de la Comunicación carece de virtualidad.

Con frecuencia se indica que una de las innovaciones del Reglamento 1/2003 consiste en que prevé la aplicación descentralizada del Derecho comunitario de la competencia, afirmación que conviene relativizar, ya que la aplicación descentralizada de los arts. 81.1 y 82 estaba prevista en el propio texto del Reglamento 17, si bien con el nuevo texto se amplía la posibilidad de aplicación descentralizada, pues las autoridades nacionales podrán igualmente aplicar el art. 81.3. Esa nueva posibilidad evita los problemas que se presentaban a las autoridades nacionales al analizar conductas que podían vulnerar el art. 81.1, pero podrían ampararse en el art. 81.3, si bien plantea otras cuestiones, tales como la eficacia supranacional de las decisiones de una autoridad nacionales cuando aplica el art. 81.3.

A la solución de los problemas que genera esa aplicación descentralizada dedica el nuevo Reglamento los preceptos incluidos en los arts. 11, 12 y 13. El primero de los comentarios que debe hacerse a la nueva regulación consiste en señalar el avance que supone que las normas

²⁴ DOCE, núm. C 313, de 15 de octubre de 1997.

relativas a la cooperación entre la Comisión y las autoridades nacionales hayan sido incluidas en un texto normativo, obviando una de las críticas que, en su momento, se hicieron a la Comunicación de 1997²⁵.

En segundo término puede indicarse que, a diferencia de lo establecido en la Comunicación de 1997, el texto del Reglamento no incluye criterios para la asignación de casos entre la Comisión y las distintas autoridades, más allá de los que pueden deducirse de las reglas de los arts. 11.6 y 13. Según este último precepto, una autoridad nacional podrá suspender el procedimiento, o desestimar la denuncia cuando otra autoridad se encuentre instruyendo un expediente por el mismo hecho. Asimismo una autoridad, o la Comisión, podrán desestimar una denuncia, cuando la misma conducta haya sido tratada con anterioridad por otra autoridad. Por su parte, el art. 11.6 dispone que cuando la Comisión esté actuando, las autoridades nacionales no podrán incoar un expediente por los mismos hechos, mientras que si una autoridad nacional ha iniciado sus actuaciones, la Comisión únicamente podrá iniciar un procedimiento tras consultar con esa autoridad. Debe indicarse que el primero de los incisos de este precepto, resulta equivalente a lo previsto en el art. 9.3 del Reglamento 17.

En tercer lugar, el art. 12 del Reglamento establece los criterios que permiten el intercambio de información y de pruebas entre las distintas autoridades, que suponen una cierta derogación de los criterios contenidos en la Sentencia del TJCE en el asunto Banca Española²⁶, según la cual, las autoridades de los Estados miembros no tienen derecho a utilizar como medio de prueba la informaciones contenidas en las respuestas a las solicitudes de información, dirigidas a las empresas en un procedimiento seguido ante la Comisión.

Finalmente debe señalarse que, para la aplicación coherente de las normas comunitarias de la competencia, y para facilitar la asignación de casos a la autoridad mejor situada, se ha procedido a la creación de una Red de autoridades de la competencia, formada por la Comisión y las autoridades nacionales. En el texto del Reglamento no se contiene ninguna mención a la existencia de la Red, mención que se realiza en los Considerandos 15, 16, 17 y 18. En el primero de ellos se menciona la conveniencia de la constitución de la Red, mientras que en los tres siguientes se justifican los preceptos contenidos en los arts. 11, 12 y 13, relativos a la cooperación entre autoridades, de cuya mención se deduce que la Red —por otra parte, ya creada— se concibe como una asociación voluntariamente constituida para facilitar, y en cierta medida institucionalizar, la cooperación entre la Comisión y las autoridades nacionales, y de éstas entre sí. Aunque la Red no aparezca citada en el texto normativo, sí aparece regulado en el art. 14 del Reglamento el Comité consultivo, que

²⁵ Amadeo PETITBÒ y Luis BERENGUER, «La aplicación del Derecho de la competencia por órganos jurisdiccionales y administrativos», en *Anuario de la Competencia 1998*, Madrid, Fundación ICO-Marcial Pons, 1999, pp. 62-63.

²⁶ Sentencia TJCE de 16 de julio de 1992, *Rep.* 1992, Asunto C 67/91, p. 4820.

ya fue creado en el Reglamento 17, y que continuará teniendo las funciones allí previstas.

b) *Aplicación judicial*

El art. 15 del nuevo Reglamento, bajo el título «cooperación con los órganos jurisdiccionales nacionales», establece algunas normas de carácter procesal para los supuestos en los que los órganos jurisdiccionales nacionales apliquen el Derecho comunitario de la competencia.

La aplicación del Derecho comunitario de la competencia por los jueces y tribunales de los Estados miembros ha sido posible en virtud de la construcción jurisprudencial de los tribunales comunitarios, y es una consecuencia del efecto directo de las normas comunitarias. Desde la Sentencia de 6 de febrero de 1973 (*Brasserie de Haecht/Wilkin-Janssen*) una reiterada jurisprudencia tanto del Tribunal de Justicia como del Tribunal de Primera Instancia²⁷ ha venido admitiendo que los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros pueden aplicar las normas de la competencia, aun de forma simultánea a la Comisión. Caben, en consecuencia, procedimientos simultáneos y paralelos, tales como un procedimiento en el que se persiga por parte de la Comisión (o una autoridad nacional) determinada conducta por ser contraria a los arts. 81 o 82 del Tratado, y un litigio entre particulares, en el que se persiga la nulidad de un acuerdo por ser contrario al art. 81, o una indemnización de los perjuicios causados por una conducta anticompetitiva; y cuando existen procedimientos simultáneos por los mismos hechos, tramitados por órganos diferentes, caben resoluciones contradictorias, con la posible afectación a la seguridad jurídica²⁸.

Para tratar de resolver los problemas relacionados con la seguridad jurídica, la Comisión publicó el 13 de febrero de 1993 una Comunicación relativa a la cooperación entre la Comisión y los órganos jurisdiccionales nacionales para la aplicación de los arts. 81 y 82 del Tratado CEE²⁹, en

²⁷ Sentencias de 6 de febrero de 1973 (*Brasserie de Haecht/Wilkin-Janssen*); 3 de enero de 1974 (*BRT-1*); de 3 de febrero de 1976 (*Founderies Roubaix/Roux*); de 10 de julio de 1980 (*Anne Marty/Estée Lauder*); de 30 de abril de 1986 (*Lucas Asjes*); de 28 de febrero de 1981 (*Stergios Delimitis/Henninger Brau*), así como del TPI, la Sentencia de 18 de septiembre de 1992 (*Automec*).

²⁸ En la Sentencia *Brasserie de Haecht* el TJCE resolvió que el juez puede decidir si suspende el procedimiento hasta que resuelva la Comisión, a menos que constate que el acuerdo sobre el que se litiga (un contrato de suministro exclusivo de cerveza) no ejerce efectos considerables sobre la competencia o el comercio entre Estados; en la Sentencia de 30 de enero de 1974 (*BRT/SABAM-1*) el TJCE declaró que el procedimiento entre particulares no debería suspenderse por la existencia de un procedimiento ante la Comisión. El problema de la seguridad jurídica se plantea en la Sentencia de 28 de febrero de 1991 (*Stergios Delimitis/Henninger Brau*) y en ella el TJCE sugirió ciertas normas de actuación para evitar decisiones contradictorias: si claramente no se cumplen los requisitos del art. 81.1, el juez puede continuar el procedimiento; si se considera que puede ser objeto de una exención, o puede haber riesgo de soluciones contradictorias, el juez puede suspender el procedimiento, o adoptar medidas cautelares, y, en todo caso, puede plantear la cuestión prejudicial.

²⁹ DOCE, núm. C 39, de 13 de febrero de 1993.

la que sistematizan los criterios jurisprudenciales, para los supuestos en los que puedan recaer decisiones contradictorias.

Los criterios de la Comisión se dividen en una serie de recomendaciones —en ningún caso pueden resultar obligatorias, en primer lugar, porque se trata de una simple Comunicación, y en segundo lugar, porque los criterios de la Comisión no pueden vincular a los órganos jurisdiccionales— sobre la forma de actuar de los jueces y tribunales nacionales, cuando hay una decisión o cualquier otra toma de posición por parte de la Comisión. Si la Comisión ha iniciado un procedimiento, el órgano jurisdiccional puede aplazar su decisión a la espera de la acción de la Comisión.

Junto a estas recomendaciones contenidas en el apartado 4 de la Comunicación, se incluyen algunas normas de carácter procesal (en un apartado V que lleva el título «Cooperación entre los órganos jurisdiccionales y la Comisión»), en las que se establece que, para la aplicación de las normas comunitarias de la competencia, el juez o tribunal puede dirigirse a la Comisión para solicitar información procesal relativa a la existencia de procedimientos, y los plazos probables para su resolución. Igualmente puede dirigirse a la Comisión para formular consultas sobre cuestiones jurídicas, así como para recabar información sobre datos concretos: estadísticas, estudios de mercado y análisis económicos.

Con todos estos antecedentes, el art. 15 del Reglamento 1/2003 contiene algunas normas de carácter procesal para la cooperación de la Comisión con los órganos jurisdiccionales nacionales. En el número 1 de ese artículo se establece que los órganos jurisdiccionales podrán solicitar que la Comisión les remita la información que obre en su poder, o les emita dictámenes. Comparando estas previsiones con el contenido de la Comunicación de 1993, no existe ninguna innovación. En efecto, dentro del apartado «información que obre en su poder», cabe incluir las distintas modalidades de petición de información, tanto las que la Comunicación denomina «información de tipo procesal»³⁰, como la referida a los datos concretos relativos a estadísticas, estudios de mercado y análisis económicos³¹. En cuanto a la emisión de dictámenes, existe un paralelismo en el extremo referido a la emisión de consultas jurídicas, que ya se contenía en la Comunicación³².

Por su parte el número 2 del mismo art. 15 establece la obligación de los Estados miembros de remitir una copia de las sentencias de los tribunales nacionales en las que se apliquen los arts. 81 y 82 del Tratado³³.

³⁰ Apartado 37 de la Comunicación de 13 de febrero de 1993.

³¹ Apartado 40 de la Comunicación de 13 de febrero de 1993.

³² Apartado 38 de la Comunicación de 13 de febrero de 1993.

³³ Este precepto ha sufrido una considerable modificación respecto de la propuesta de la Comisión, que proponía que esa obligación fuera impuesta a los órganos jurisdiccionales. El texto aprobado por el Consejo impone, de una forma más adecuada, la obligación a los Estados, y limita la obligación de remisión, que sólo afectará a las sentencias de los tribunales.

El art. 15.3 contiene la aportación más novedosa en este apartado, por cuanto establece la posibilidad de intervenir como *amicus curiae*, tanto por parte de las autoridades nacionales como de la Comisión, en los procedimientos en los que los órganos jurisdiccionales apliquen los arts. 81 y 82 del Tratado. Tanto las autoridades nacionales como la Comisión podrán presentar observaciones, verbales o por escrito, dependiendo de las normas procesales de los correspondientes Estados, y por propia iniciativa. La intervención de la Comisión se hará cuando lo requiera la aplicación coherente de los arts. 81 y 82. La propuesta de la Comisión tan sólo preveía su intervención en los procedimientos, pero el texto del Reglamento ha ampliado la posibilidad a las autoridades nacionales, seguramente para responder al escepticismo de quienes, con fundamento, pensaban que si la Comisión se había mostrado incapaz de resolver las notificaciones con un número limitado de Estados miembros, con mayor motivo iba a ser capaz de intervenir en todos los procedimientos que pudieran tramitar los órganos jurisdiccionales «de Tallín a Lisboa, y de Cork a Lárnaca»³⁴. En cualquier caso, esa figura del *amicus curiae* resulta desconocida en la mayor parte de los ordenamientos procesales de los Estados miembros, por lo que su actuación precisará la introducción de reformas en las normas procesales³⁵.

El problema para la aplicación de este precepto no sólo radica en la necesidad de adaptar las legislaciones nacionales, sino en determinar cómo pueden tener la Comisión, o las autoridades de la competencia, la información de la existencia de tales procedimientos para participar en los mismos. En el Considerando 21 del Reglamento, se incluye una mención según la cual «procede adoptar las medidas necesarias para garantizar que la Comisión y las autoridades de competencia de los Estados miembros puedan disponer de información suficiente con respecto a los procedimientos judiciales nacionales», pero en el texto del Reglamento no se contiene más previsión que la remisión de las sentencias de los Tribunales, es decir, cuando el procedimiento, incluso el de apelación, en su caso, ha concluido. Por todo ello es necesario mostrar un cierto escepticismo acerca de las posibilidades de que esta intervención pueda llevarse a cabo.

La inclusión de tales reglas constituye un intento de lograr que la aplicación descentralizada de las normas de la competencia sea coherente, teniendo en cuenta los limitados mecanismos que para ello se disponen, y en particular, que se trata de órganos jurisdiccionales que no están jerarquizados, y, por lo tanto, sus resoluciones no pueden estar sometidas a un recurso unificador. Ahora bien, hay que tener en cuenta que la aplicación de algunas de estas normas precisa de la modificación de la legislación procesal de los Estados miembros, y, por lo tanto, no basta

³⁴ David EDWARD, «The Modernization of EC Antitrust Policy. Issues for Courts and Judges», en *Instituto Universitario Europeo de Florencia*, cit.

³⁵ Eduardo PRIETO y Diego CASTRO-VILLACAÑAS, *loc. cit.*, p. 120; David EDWARD, *loc. cit.*

con que estén contenidas en el Reglamento para que se conviertan en realidad.

Cabe plantearse la cuestión relativa a si el Reglamento supone la derogación de la Comunicación relativa a la cooperación entre la Comisión y los órganos jurisdiccionales nacionales. Si se analiza el contenido de las normas referidas a la cooperación con las autoridades jurisdiccionales con las contenidas en la Comunicación de 13 de febrero de 1993, salta a la vista el carácter más reducido de las primeras respecto de estas últimas. El texto del Reglamento recoge las previsiones contenidas en el apartado V de la Comunicación (Cooperación entre los órganos jurisdiccionales y la Comisión), pero no incluye ninguna de las previsiones contenidas en el apartado 4, relativo a la aplicación de los arts. 81 y 82 por los órganos jurisdiccionales nacionales. Existen diferentes razones para la no inclusión de tales reglas en el texto del Reglamento. En primer lugar, una parte considerable del contenido del apartado V de la Comunicación está referida a la aplicación del art. 81.3, que en el momento de la publicación de la Comunicación únicamente podía ser aplicado por la Comisión, mientras que en el texto del Reglamento ha desaparecido tal monopolio. En cuanto a las restantes normas, referidas a la aplicación de los arts. 81.1 y 82 (números 20 a 23 de la Comunicación), pueden seguir teniendo validez, ya que si se tiene en cuenta que contienen criterios que se refieren a la posible actuación de los órganos jurisdiccionales, se llega a la conclusión de que son simples recomendaciones que pueden ser objeto de una Comunicación, pero difícilmente pueden serlo de un texto normativo, como lo es un Reglamento. En efecto, el contenido de los números 20 a 23 de la Comunicación se refiere a la forma de actuar los órganos jurisdiccionales nacionales cuando han de aplicar los arts. 81.1 y 82 del Tratado, y solamente incluye una serie de recomendaciones dirigidas a tales órganos jurisdiccionales, recomendaciones que, lógicamente, carecen de valor normativo. Tales recomendaciones no podrían, por lo tanto, ser convertidas en normas incluidas en un texto como el Reglamento, porque ello supondría una intromisión en la normativa de los Estados miembros relativa a la organización de su sistema judicial.

En consecuencia, estas reglas del apartado 4 de la Comunicación, que sólo contienen una sistematización de la interpretación realizada por el TJCE, pueden seguir teniendo vigencia en los mismos términos en los que están formuladas, es decir, como normas interpretativas y sin valor normativo alguno.

D. MEDIDAS ESTRUCTURALES

Habitualmente se ha considerado que una de las novedades de mayor alcance contenidas en el nuevo Reglamento se refiere al contenido de la decisión en la que se constate la existencia de una infracción, en especial a la posibilidad de imposición de medidas estructurales. El art. 7 establece

que cuando la Comisión constate la infracción de los arts. 81 y 82 podrá ordenar a las empresas que pongan fin a la misma, pudiendo imponerles cualquier remedio, sea estructural o de comportamiento. Seguidamente se especifica que las medidas estructurales sólo podrán imponerse cuando no existan otros remedios menos gravosos para las empresas.

En el proceso de elaboración del Reglamento se han introducido considerables modificaciones respecto de la propuesta de la Comisión, en la que no se contenía ninguna limitación a la facultad de imponer medidas estructurales. En la tramitación de la propuesta, algunos países habían formulado objeciones a la posibilidad de adopción de remedios estructurales, y el Parlamento Europeo se había pronunciado a favor de la excepcionalidad de tal medida³⁶. Finalmente se ha recogido la facultad de adopción de medidas estructurales, respetando en cualquier caso los principios de necesidad, proporcionalidad y excepcionalidad.

Los términos en los que ha quedado recogida la propuesta de la Comisión refleja el temor de los sectores empresariales hacia medidas que pueden afectar considerablemente al Derecho de propiedad. Para obviar las críticas producidas por tales temores, se han introducido una serie de salvedades, tales como la exigencia de que las medidas estructurales sean proporcionadas a la infracción, o bien que sólo sean impuestas cuando no existan otras que puedan alcanzar una eficacia equivalente. A pesar de las reformas introducidas en el texto, se puede afirmar que no se añade nada significativo a la propuesta de la Comisión, nada que no pudiera obtenerse por la aplicación de los principios generales que han de estar presentes en el Derecho sancionador.

En refuerzo de la afirmación anterior, puede argumentarse que la adopción de medidas estructurales se configura en el texto del Reglamento como una medida sancionadora y, por lo tanto, han de regir los mismos principios que rigen en el Derecho sancionador, entre ellos los principios de proporcionalidad y necesidad. Además, en la medida en la que las medidas estructurales afectan al derecho de propiedad de las empresas, se trata de una limitación a tal derecho, y, como tal limitación, ha de ser interpretada restrictivamente.

La Comisión manifestó reiteradamente, a lo largo del proceso de elaboración del Reglamento, que la medida no suponía ninguna novedad sobre la realidad existente, por cuanto que la Comisión había adoptado medidas estructurales en aplicación de los arts. 81 y 82 del Tratado (Decisiones Continental, Can, Philip Morris y Gillette)³⁷, pero tal argumento

³⁶ El Parlamento Europeo, en su sesión plenaria de 6 de septiembre de 2001, aprobó su Dictamen acerca de la Propuesta de Reglamento, y entre otros extremos, aprobó una enmienda al art. 7, en la que se proponía que se pudieran adoptar medidas estructurales, siempre que «sean proporcionales y necesarias para poner fin efectivamente a la infracción».

³⁷ La Decisión Continental Can de 9 de diciembre de 1971 (*DOCE*, núm. L, de 7 de enero de 1972) declaró que la adquisición de una empresa holandesa por quien ya tenía una posición dominante constituía una infracción del art. 82 y ordenó la desconcentración. La Sentencia *TJCE* de 21 de febrero de 1973 (*Rec.* 1973, pp. 213 ss.) anuló la Decisión por considerar incorrecta la

debe ser aceptado con ciertos matices, ya que las decisiones Continental, Can y Philip Morris habían sido adoptadas con antelación a la aprobación del Reglamento de control de concentraciones, y estaban referidas a supuestos a los que les sería aplicable tal Reglamento, mientras que la Decisión Gillette, que fue posterior a ese Reglamento, no fue objeto de recurso, por lo que el TJ no pudo pronunciarse sobre la legalidad y adecuación al Tratado de las medidas de carácter estructural adoptadas por la Comisión³⁸. En cualquier caso, no puede dejar de obviarse la importancia de la posibilidad de adopción de medidas estructurales en los expedientes de persecución de conductas anticompetitivas, y el carácter fundamental de un instrumento, en cierta medida novedoso, que concede a la Comisión nuevos poderes para la lucha contra los cárteles y las conductas abusivas de una posición dominante, y en favor del reestablecimiento del orden concurrencial.

E. OTROS EXTREMOS

Hasta el momento, se han comentado algunas de las innovaciones más significativas contenidas en el nuevo Reglamento 1/2003. Ahora bien, los cambios introducidos por la nueva regulación se extienden a otros muchos extremos que, al menos de forma sucinta, deben ser mencionados.

a) *Regulación del procedimiento*

En el apartado relativo a las normas de procedimiento puede afirmarse que se mantienen las diferentes fases: instrucción, comunicación de cargos, audiencia de los interesados, dictamen del Comité Consultivo de la Competencia y, finalmente, la decisión, aun cuando no aparezcan diferenciadas claramente en el texto del Reglamento.

En la regulación del procedimiento, aun cuando no se diferencien claramente los diferentes trámites, el Reglamento 1/2003 contiene una mejora sustancial sobre la regulación contenida en el Reglamento 17, e incorpora al texto normativo ciertas normas de procedimiento que constituían la práctica de la Comisión, con una especial preocupación por los derechos de defensa. En este apartado, el art. 27 regula las audiencias de los implicados, de los denunciantes y de los terceros, y recoge principios

delimitación del mercado efectuada por la Comisión, si bien no cuestionó la facultad de la Comisión de adoptar medidas estructurales. La Decisión Philip Morris aceptó los compromisos presentados por las partes y acordó poner fin al expediente abierto como consecuencia de una adquisición de una sociedad, que podría vulnerar los arts. 81 y 82. Los denunciantes presentaron recurso de anulación, pero el TJCE, en su Sentencia de 17 de septiembre de 1987 (*Rep.* 1987, pp. 4487 ss.), consideró que no se había demostrado que la adquisición vulnerara el art. 81. En la Decisión Gillette (de 10 de noviembre de 1992, *DOCE*, núm. L 116, de 12 de mayo de 1993) la Comisión declaró que debería ponerse fin a la adquisición de participaciones en el capital de un competidor.

³⁸ Eduardo PRIETO KESSLER y Diego CASTRO-VILLACAÑAS, *loc. cit.*, pp. 102-103.

básicos en Derecho administrativo sancionador, tales como aquel según el cual nadie podrá ser condenado sino en virtud de cargos previamente formulados y sobre los que haya podido formular alegaciones.

Las normas relativas al procedimiento serán completadas en los correspondientes Reglamentos de la Comisión previstos en el art. 33, en los aspectos relativos a las denuncias, intercambio de información y consultas y audiencias.

Entre las normas de procedimiento, el art. 8 del nuevo Reglamento prevé la posibilidad de adoptar medidas cautelares por parte de la Comisión, posibilidad que, si bien no estaba contemplada entre las previsiones del Reglamento 17, formaba parte de las prácticas de la Comisión, prácticas que habían sido refrendadas por la Jurisprudencia.

b) *Poderes de investigación de la Comisión*

El capítulo V del Reglamento, bajo la denominación «poderes de investigación», incluye una serie de poderes para la Comisión que en ciertos aspectos suponen el mantenimiento de las reglas precedentes, mientras que en otros la nueva regulación contiene novedades respecto de aquello que se establecía en el Reglamento 17. Entre los primeros puede citarse que incluye (art. 17) la posibilidad de realizar investigaciones por sectores económicos y por tipos de acuerdos, ya prevista en el art. 12 del Reglamento 17, y también puede citarse la regulación del art. 18 relativa a las solicitudes de información, con modificaciones no significativas respecto del Reglamento precedente. Tampoco ofrecen novedades dignas de ser resaltadas los apartados relativos a la inspección de libros y documentos [art. 20.2.b) y c)].

Resulta novedosa, sin embargo, la posibilidad de proceder al precinto de locales, libros y documentos durante el tiempo y en la medida necesarios para la inspección [art. 20.2.d)], que puede dar lugar a problemas si la duración de la inspección se alarga, por lo que ha sido contemplada con recelo³⁹. En cualquier caso, parece que es una medida que resulta necesaria para realizar las necesarias comprobaciones, en supuestos de cierta complejidad, y no tiene por qué causar problemas, siempre que sea utilizada con mesura.

Posiblemente, las dos novedades que provocan una mayor polémica sean las relativas a la toma de declaraciones y a los registros de los domicilios, extendiéndose la posibilidad de registro domiciliario, no sólo a los locales de la empresa, sino a los domicilios particulares del empresario, los administradores y los miembros del personal de las empresas o asociaciones de empresas afectadas.

En cuanto a la toma de declaraciones, se plantea la cuestión relativa a si debe reconocerse a los implicados el derecho a no declarar contra

³⁹ Eduardo PRIETO y Diego CASTRO-VILLACAÑAS, *loc. cit.*, p. 109.

uno mismo, derecho que se recoge entre las garantías constitucionales en los Estados miembros. En este apartado, la Comisión se acoge al argumento según el cual el derecho a la no autoinculpación sólo se aplica a las personas físicas y en los procesos penales, tal y como habían reconocido la Sentencia del TJCE en el asunto Orkem⁴⁰, por lo que tal derecho no les asiste a los implicados en los procedimientos en materia de competencia, y en ningún caso a las personas jurídicas.

Ahora bien, esa afirmación de que el derecho a no declarar contra uno mismo no debe estar presente en estos procedimientos, puede no resultar definitiva. Por una parte, no hay que olvidar que, en algunos Estados miembros, entre ellos España, los principios que rigen el Derecho penal son aplicables a todos los procedimientos sancionadores —y el procedimiento en materia de competencia lo es— y, por lo tanto, a los implicados les asiste el derecho a no declarar contra sí mismos, y, además, tanto para las personas físicas como para las jurídicas. Por otra parte, hay que tener en cuenta que, con posterioridad a la Sentencia Orkem, se ha aprobado en la Unión Europea una Carta de Derechos Fundamentales, que, aunque no sea aducible ante los Tribunales, ha de marcar un impulso hacia el incremento de las garantías de los particulares, también en los expedientes de la Comisión. Por todo ello, no sería de extrañar que, en el futuro, la jurisprudencia del TJCE se encamine en favor del reconocimiento del principio de no declarar contra uno mismo en los procedimientos en materia de competencia, y tanto para las personas físicas como para las personas jurídicas.

En cuanto a los registros domiciliarios, el Reglamento establece una diferencia en cuanto a la solicitud de autorización judicial, según se trate de inspecciones llevadas a cabo en las instalaciones de la empresa (art. 20) o de inspecciones efectuadas en otros locales (art. 21), pues mientras en las segundas hará falta en cualquier caso la autorización judicial, en los primeros sólo se necesitará mandamiento judicial cuando lo exija la legislación nacional. Esta última salvedad, introducida en el texto elaborado por el Consejo, ha supuesto un avance considerable respecto de la propuesta de la Comisión, que no incluía tal previsión, y no contemplaba, por ello, la situación de países como España, en los que se equipara, a efectos de garantías, el domicilio e instalaciones de las empresas, al domicilio de las personas físicas, y en los que se exige mandamiento judicial, tanto para un supuesto como para el otro.

A la hora de someter a consideración la concesión de un mandamiento judicial, el Reglamento dispone que el juez nacional podrá pedir explicaciones sobre los elementos que sean necesarios para poder verificar la proporcionalidad de la medida, pero no podrá poner en cuestión la necesidad de la inspección, ni exigir que se le facilite la información que

⁴⁰ Sentencia de 18 de octubre de 1989 (*Rep.* 1989, Asunto 374/87, p. 3283). En la misma fecha se dicta la Sentencia Solvay, en la que las declaraciones en contra de admitir el principio de no autoincriminación en procedimientos en materia de competencia aparece más matizada. Ver Luis BERENGUER, «Los derechos de defensa...», cit., pp. 106-107.

obre en el expediente, ya que el control de legalidad de la decisión de la Comisión se reserva al Tribunal de Justicia (art. 21.3). Esta fórmula parece un compromiso, que responde a la búsqueda de un equilibrio entre posiciones encontradas, e indudablemente puede dar lugar a conflictos. En efecto, no se entiende cómo el juez nacional puede pedir detalles para «verificar la proporcionalidad» de la medida, si no puede poner en cuestión la necesidad de la inspección ⁴¹.

c) *Compromisos*

En la actualidad, con la vigencia del Reglamento 17, y aun sin una regulación específica que lo permita, la Comisión concluye la mayoría de los expedientes mediante decisiones que aprueban compromisos, que son el resultado de acuerdos negociados, es decir, pactos entre la Comisión y el infractor. Estas decisiones han sido objeto de considerables críticas por cuanto que ni se publican ni intervienen los denunciantes u otros interesados, ni vinculan a las autoridades nacionales o los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros ⁴².

En el Reglamento 1/2003, con buen criterio, se ha optado por incluir en el texto normativo una regulación, tal vez insuficiente, de estos acuerdos negociados, bajo el epígrafe «Compromisos» (art. 9). El precepto dispone que la Comisión podrá convertir en obligatorios los compromisos ofrecidos por las empresas, mediante decisión, cuando se disponga a adoptar una decisión que ordene la cesación de una infracción. En el número 2 del mismo art. 9 enumera los supuestos en los que se podrá reabrir el procedimiento ⁴³.

A pesar de los avances, algunas de las críticas que se efectuaban a los acuerdos negociados pueden seguir teniendo virtualidad, especialmente la referida a la no intervención en los mismos de los denunciantes y otros interesados. En realidad, el sistema por el que se ha optado en el Reglamento consiste en establecer una decisión rápida, liberar recursos para la persecución de otras conductas, y dejar que los derechos de los denunciantes, y otros posibles perjudicados por las conductas, puedan ser defendidos ante los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros.

⁴¹ La redacción de este precepto fue introducida en el último momento. Resulta más clarificadora la redacción obtenida en el Comité de Representantes Permanentes (CORREPER) en fecha 24 de mayo de 2002, en cuyo texto, el art. 20.8 tenía el siguiente tenor literal: «Se reserva al Tribunal de Justicia el control de la legalidad de la decisión de la Comisión. El control del juez nacional se referirá exclusivamente a la autenticidad de la decisión de la Comisión y a la ausencia de arbitrariedad o exceso en las medidas de apremio previstas en relación con el objeto de la inspección. 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».

⁴² Aurelio MENÉNDEZ, *loc. cit.*, p. 361; Luis BERENGUER, «Los derechos de defensa...», *cit.*, p. 100.

⁴³ En la redacción definitiva del Reglamento se ha suprimido el número 2 que obraba en el texto obtenido en el CORREPER de 24 de mayo de 2002 en el que se decía que la Comisión no tenía necesidad de «averiguar si se ha producido o no una infracción», inciso que había sido objeto de críticas. Ver Eduardo PRIETO y Diego CASTRO-VILLACAÑAS, *loc. cit.*, pp. 107-108.

Es cierto que estos compromisos no afectan a los terceros, ya que no intervienen en los mismos, y, por lo tanto, podrán ejercitar sus acciones ante la jurisdicción ordinaria, lo cual pone también de manifiesto que una decisión en la que se recojan compromisos no ofrece suficiente seguridad jurídica para el autor de las conductas. Tal vez hubiera sido más conveniente que los interesados, entre ellos los denunciantes, hubieran intervenido en el compromiso, con lo cual se hubieran evitado conflictos posteriores en otras instancias. Finalmente, cabe la duda de si la existencia de una decisión de la Comisión, en la que se acepten los compromisos, impide la actuación de las autoridades nacionales de la competencia. Parece que a esa conclusión hay que llegar si se interpreta conjuntamente lo dispuesto en los arts. 9.1 y 11.6 del Reglamento, ya que la aprobación del compromiso tendrá lugar «cuando la Comisión se disponga a adoptar una decisión que ordene la cesación de la infracción» (art. 9.1), es decir, una vez incoado el procedimiento, por lo que, a tenor de lo dispuesto en el art. 11.6, la iniciación de un procedimiento por la Comisión priva a las autoridades nacionales de competencia para actuar.

d) *Multas*

En el apartado referido a las multas, el Reglamento 1/2003 diferencia entre las multas sancionadoras (art. 23) y multas coercitivas (art. 24). En ambos tipos de multas se suprimen los límites cuantitativos específicos contenidos en el Reglamento 17, y, en su lugar, como único criterio limitativo, queda el relativo al porcentaje de la cifra de negocios. Esta modificación conlleva importantes consecuencias en cuanto se refiere a las multas impuestas a las asociaciones de empresas, que no tienen cifra de negocios, e implica que, en tal caso, la cifra de negocios, que ha de servir como base de cálculo, es la del volumen de negocios de sus miembros.

La innovación más importante en este apartado consiste en la facultad contenida en el art. 23.4, según la cual cuando se imponga una multa a una asociación de empresas, basada en el volumen de negocios de sus miembros, si la asociación no recaba su importe de éstos, en el tiempo que le fije la Comisión, ésta podrá exigir su pago a cualquier miembro, con el límite del 10 por 100 del volumen de negocios del miembro al que se le exija el pago.

4. REPERCUSIONES DE LA REFORMA PARA LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

A la hora de analizar las consecuencias de la aprobación del nuevo Reglamento para la legislación española, se debe señalar que, mientras el Derecho comunitario de la competencia ha sido sometido a transformaciones tan sustanciales, en España parece ignorarse tal realidad. A pesar de las múltiples modificaciones introducidas en nuestra legislación

de la materia desde 1996, y, sobre todo, a pesar de haberse tramitado un Proyecto de Ley de reforma de la Ley de Defensa de la Competencia, no se ha aprovechado la ocasión para modificar nuestro Derecho en paralelo a cuanto estaba ocurriendo en la Unión Europea. También se ha desperdiciado la ocasión de la reforma de nuestras normas procesales civiles, para adaptar ciertos extremos imprescindibles para permitir la aplicación de las normas comunitarias de la competencia por nuestros jueces y tribunales. Como resultado de esa doble imprevisión, ahora nos encontramos, por un lado, con el evidente hecho de que tenemos unas normas que difieren en aspectos muy importantes del Derecho europeo, a diferencia de cuanto con anterioridad había ocurrido, y, por otra parte, con la existencia de dificultades para la aplicación del Derecho comunitario.

Si tenemos en cuenta cuanto con anterioridad había ocurrido, la realidad nos hace llevar a la conclusión de que el Derecho español siempre había ido en paralelo al Derecho europeo. Incluso en el ya lejano año 1963, cuando se elaboró y aprobó la LRPRC, esa primera norma española en materia de defensa de la competencia, era totalmente compatible con las normas de un Derecho europeo que estaba iniciando su andadura, incluso en tiempos en los que pensar en nuestra adhesión a la Comunidad Económica Europea era poco menos que una entelequia. Posteriormente cuando se aprueba la Ley de 1989, se adapta totalmente nuestra legislación a la normativa europea en aquellos momentos vigente, como, por otra parte, parece de una elemental lógica. Pero si tenemos en cuenta que recientemente se han llevado a cabo al menos siete modificaciones de la Ley de Reforma de la Competencia⁴⁴, entre las que se encuentra la modificación de mayor calado introducida por la Ley 52/1999, de 28 de diciembre, de reforma de la LDC, en cuya tramitación se debieron plantear todas las adaptaciones necesarias para concordar nuestras normas con las comunitarias, resulta inconcebible que no se haya llevado a cabo la adaptación. No sólo no se hizo así, sino que con ocasión de su tramitación parlamentaria se rechazaron las propuestas de quienes proponían tal concordancia. Hasta tal punto en la tramitación de esa Ley no existió preocupación por lograr el paralelismo con el Derecho comunitario, que no se tuvo en cuenta que ya había habido modificaciones de las normas comunitarias, en las que, por ejemplo, desaparecía el requisito de que en los contratos únicamente formaran parte dos empresas para que pudieran acogerse a una exención por categorías⁴⁵, permitiendo que pudieran acogerse a la exención acuerdos multilaterales, y no se modi-

⁴⁴ Como es sabido, la Ley de Defensa de la Competencia ha sido modificada sucesivamente por el RD-1 7/1996; la Ley de Medidas Fiscales, Administrativas y Fiscales de 1997; el RD-1 de 16 de abril de 1999; la Ley 52/1999; el RD-1 de 23 de junio de 2000; el RD-1 2/2001, posteriormente tramitado como proyecto de Ley, siendo objeto de nuevas modificaciones durante tal tramitación, y convertido en Ley 9/2001 de 4 de junio, y finalmente, la Ley de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social de 2001, y todo ello sin contar con la Ley 1/2002, de coordinación de las competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de defensa de la competencia.

⁴⁵ Reglamento 1215/1999, de 10 de junio (DOCE, núm. L 148, de 15 de junio de 1999).

ficó el precepto español que exigía la bilateralidad. No fue hasta la Ley de 4 de junio de 2001 cuando se corrigió tal error, modificando el art. 5 LDC, para permitir que los reglamentos de exención por categorías pudieran amparar acuerdos multilaterales⁴⁶. En definitiva que, a pesar de las múltiples reformas introducidas en nuestro ordenamiento *anti-trust*, no parece que se haya considerado oportuno introducir las modificaciones necesarias, para adaptar nuestro Derecho a las principios que inspiran la reforma del Derecho comunitario de la competencia, y ello resulta grave, porque implica que esas modificaciones se harán tarde, y posiblemente de forma precipitada y sin la necesaria reflexión, tal y como debería haberse efectuado con ocasión de la reforma de diciembre de 1999.

Para justificar tal omisión, no cabe decir que en aquel momento algunos de los puntos contenidos en la reforma del Reglamento 17 no habían sido aprobados, porque sus puntos esenciales estaban contenidos en el Libro Blanco para la modernización de las normas de la competencia, y desde luego era cosa bien sabida, incluso mucho antes de diciembre de 1999, que el sistema de autorización singular tenía los días contados.

Lo mismo podría decirse de la aprobación de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, que no ha incluido entre sus preceptos la posibilidad de que la Comisión Europea intervenga como *amicus curiae*, en los procedimientos en los que los jueces y tribunales tengan que aplicar el Derecho comunitario de la competencia, extremo éste que no sólo está incluido en el Reglamento 1/2003, sino que su inclusión ya estaba anunciada en el Libro Blanco sobre modernización. Otro tanto cabría decir sobre determinados extremos, tales como la posibilidad de que los órganos jurisdiccionales soliciten informes e incluso opiniones de carácter jurídico a la Comisión, que no ha aparecido por primera vez en el nuevo Reglamento, sino que estaba ya incluida en la Comunicación relativa a la cooperación entre la Comisión y los órganos jurisdiccionales nacionales para la aplicación de los arts. 85 y 86 del Tratado CEE⁴⁷. Pues bien, todos estos extremos implicarán la reforma de las normas procesales españolas, lo cual no habría sido necesario si el legislador hubiera sido más previsor.

Vaya por delante que la aprobación del Reglamento, no implica estrictamente la necesidad de adaptación de la legislación española a todos sus extremos. No hay que olvidar que se trata de una norma que tiene efecto directo, y no de una norma de armonización. Pero, aunque así sea tal, parece que defender el paralelismo entre el Derecho comunitario y el Derecho español, en todas sus modalidades de aplicación, supone la opción más coherente y adecuada.

La realidad es que, una vez aprobado el Reglamento 1/2003, su contenido choca en diversos puntos con el contenido de la legislación vigente

⁴⁶ Este precepto no estaba incluido en el RD 2/2001, si bien al tramitarse como proyecto de ley y por vía de enmienda se introdujo su modificación.

⁴⁷ Comunicación de 13 de febrero de 1993 (93/C 39/05) (DOCE de 13 de febrero de 1993).

en España, entre los que cabe señalar algunos de los más significativos, y sobre los cuales será preciso una próxima —y es de esperar que pronta— modificación.

A. EL PROCEDIMIENTO DE AUTORIZACIÓN

Desaparecido el sistema de autorización del Derecho comunitario, a la fecha de hoy aún persiste en los arts. 3 y 4 LDC. El sistema español mantiene esos preceptos, referidos a los supuestos de autorización (art. 3), y al procedimiento para conceder las autorizaciones singulares por el TDC (art. 4). El sistema tiene todas las características de rigorismo y formalismo que motivaban las críticas al procedimiento de notificación contenido en el Reglamento 17, si bien, a diferencia de cuanto ocurría en el procedimiento comunitario, no se ha producido en España una acumulación de notificaciones⁴⁸, y, por lo tanto, los expedientes son resueltos, incluso la mayor parte de ellos dentro del breve plazo establecido por el Real Decreto 157/1992⁴⁹, lo cual no debe producir extrañeza si se tiene en cuenta que la mayor parte de las solicitudes de autorización singular, que se tramitan por los órganos de la competencia españoles, consisten en registros de morosos.

El formalismo de la Ley española, obliga a considerar que el balance concurrencial tiene que ser necesariamente efectuado en un expediente de autorización, en cuya resolución se establecerá la fecha a partir de la cual será efectiva, «sin que pueda dicha fecha ser anterior a la de la solicitud» (art. 3.2 LDC). En definitiva, el sistema implica que el acuerdo se considera prohibido, y de las consecuencias de esa prohibición sólo puede eximirle una autorización específica. Es cierto que en los últimos años, en las resoluciones del TDC se ha abierto una corriente interpretativa encaminada a realizar el balance concurrencial, en ciertos casos, en el momento de aplicar el art. 1 LDC, en lugar de residenciarlo exclusivamente en los expedientes de autorización, rompiendo en cierta manera el excesivo formalismo de la LDC. En esa línea, el TDC ha declarado que determinados sistemas de distribución selectiva que no vulneraran ciertos principios (principios de necesidad, proporcionalidad y no discriminación) no constituían una infracción del art. 1 LDC, aunque carecieran de auto-

⁴⁸ Por poner un ejemplo, cabe señalar que, en el año 2000, el TDC solamente dictó 19 resoluciones de autorización. El procedimiento para las solicitudes de autorización singular se desarrolla en el Real Decreto 157/1992, de 21 de febrero, en el que se contienen unas reglas de procedimiento diferentes para los diferentes supuestos, que si bien agilizan considerablemente la tramitación del expediente en los supuestos más sencillos, en otros más complejos, la complican considerablemente (este Real Decreto ha sido sustituido por un nuevo RD-L de 28 de marzo de 2003).

⁴⁹ El SDC practicará los trámites a su cargo en el plazo de treinta días desde la entrada de la solicitud y en ese plazo la calificará y remitirá al TDC (art. 6 RD 157/1992). El Tribunal, por su parte, deberá resolver en el plazo de tres meses desde la recepción del expediente, o caso contrario, el acuerdo notificado podrá aplicarse provisionalmente, salvo que se haya dictado una resolución por la que se declare que no procede esa aplicación provisional (art. 16 RD 157/1992).

rización singular⁵⁰, o bien que determinadas conductas, sea por su escasa trascendencia o por sus escasos efectos anticompetitivos, no eran susceptibles de afectar a la competencia, y, por lo tanto, no infringían el art. 1 LDC, siguiendo la jurisprudencia de la Sentencia de la Audiencia Nacional de 24 de junio de 1998, según la cual determinadas conductas que carecían de «aptitud» para afectar a la competencia no deberían considerarse prohibidas por el art. 1 LDC⁵¹. Incluso podría afirmarse que esa corriente ha tenido repercusiones en el texto de la LDC, si se tiene en cuenta la redacción del art. 1.3 LDC⁵², que permite no perseguir acuerdos de escasa importancia, mientras que en el texto de la Ley de 1989, el hecho de que los acuerdos fueran de escasa importancia, era uno de los supuestos que permitían una resolución de autorización, naturalmente tras la tramitación del correspondiente expediente.

Pero frente a estos argumentos, el criterio de que, en cualquier caso, era necesario una autorización ha continuado presente en otras resoluciones del Tribunal que optan por asumir una posición de mayor formalismo⁵³. En consecuencia, puede afirmarse que frente a una concepción, que va orientada en el mismo sentido que la reforma del Derecho comunitario, consistente en permitir que el balance concurrencial se haga a la hora de decidir si determinadas conductas están incluidas en la prohibición de conductas colusorias, persiste —con el peso de que esta segunda postura es la que recibe plena apoyatura en el texto de la LDC— la interpretación según la cual mientras no sean objeto de autorización por el TDC, todas las conductas que puedan estar incluidas en la tipificación del art. 1, deben ser calificadas como conductas prohibidas.

Si se tiene en cuenta que la vía para introducir en la aplicación española del Derecho de la competencia una interpretación más flexible, es una vía limitada (supuestos de distribución selectiva, acuerdos de menor importancia, criterio de la aptitud...) y que el texto de la Ley mantiene la existencia del expediente de autorización, resulta necesario concluir que, en cualquier caso, será necesario derogar los arts. 3 y 4 LDC en su actual redacción, para conseguir la concordancia entre el esquema del Derecho comunitario contenido en el Reglamento 1/2003, y la legislación española; en definitiva, para sustituir el régimen de autorización por uno de excepción legal.

Esta modificación se hace particularmente más urgente si tenemos en cuenta que el nuevo Reglamento ha puesto fin al monopolio de la

⁵⁰ Resoluciones del TDC de 14 de octubre de 1997 (Perfumería) y 13 de mayo de 1998 (Relojes joya).

⁵¹ Resolución de 6 de mayo de 1999 Vileda/Tervi. Esta resolución contó con el voto en contra del Vocal Sr. Bermejo Zofío, que siempre se había mostrado partidario de residenciar el balance concurrencial en el expediente de autorización singular.

⁵² Este precepto fue introducido por el RD-1 7/1996 y posteriormente fue objeto de modificaciones.

⁵³ Los términos de la polémica están perfectamente reflejados en la Resolución de 11 de diciembre de 1998 Sandoz, en la que se especifica que «el balance competencial debe realizarse en sede de autorización, que ha de solicitarse, y no en la fase previa de tipificación de la conducta». El ponente de esta resolución fue el vocal Sr. Bermejo.

Comisión en la aplicación del art. 81.3, y, por lo tanto, en el futuro, este precepto podrá ser aplicado igualmente por las autoridades nacionales, es decir, por el Servicio y Tribunal de Defensa de la Competencia. Esta novedad puede conducir a situaciones curiosas en el supuesto de que no se modifique la LDC, ya que una conducta puede, en principio, vulnerar tanto el art. 81.1 del Tratado como el art. 1 LDC, y el art. 3.1 del nuevo Reglamento dispone que cuando un acuerdo, decisión o práctica sea susceptible de afectar al comercio entre los Estados miembros, la autoridad nacional deberá aplicar el Derecho comunitario, junto al nacional, lo cual resulta imposible en el caso español en el supuesto de que tales conductas merezcan acogerse a la excepción del art. 81.3, pues mientras para conseguir ser exceptuada de la prohibición del art. 81.1, no cabe la autorización, un expediente de autorización será necesario para conseguir que esa conducta no se considere incluida en la prohibición del art. 1 LDC, lo cual conduce al absurdo. La solución a esa anomalía posiblemente consistirá en que las empresas seguirán solicitando autorización, de acuerdo con el procedimiento español, y el TDC concederá las autorizaciones cuando se cumplan los requisitos legales, aun en el supuesto de que el acuerdo, decisión o práctica, sea susceptible de afectar al comercio entre los Estados miembros. En definitiva, que las autoridades españolas de la competencia no aplicarán las normas del Reglamento 1/2003 y el art. 81.3 del Tratado, a pesar de estar habilitadas para hacerlo.

Mayor complicación puede plantearse cuando el TDC enjuicie en un expediente sancionador una conducta susceptible de infringir, al mismo tiempo, los arts. 1 LDC y 81 del Tratado y no se haya obtenido autorización. En tal caso, la respuesta que nos ofrecería la estricta aplicación de las normas actualmente vigentes consistiría en algo tan absurdo como condenar por esa conducta por infracción del art. 1 LDC, por cuanto que, aun cuando sea merecedora de una exención, no se ha acogido al formalismo de solicitar autorización, y, al tiempo, realizar la evaluación concurrencial, y si de tal evaluación resulta que tal conducta puede acogerse al art. 81.3, no sancionar por la infracción del art. 81.1 del Tratado. Como puede observarse, de la mera formulación de la propuesta, todo un despropósito, además agudizado por la formulación de la regla de primacía contenida en el art. 3.1 del Reglamento, según la cual la aplicación del Derecho nacional de la competencia, no puede conducir a una prohibición de los acuerdos, decisiones y prácticas colusorias, a no ser que también estén prohibidas por el art. 81.1 del Tratado.

B. LA TIPIFICACIÓN DE LAS CONDUCTAS

La formulación del principio de primacía del Derecho comunitario, contenida en el art. 3 del Reglamento, obliga a la consideración de si la tipificación de las conductas contenida en la LDC debe ser modificada. Evidentemente, la excepción contenida en el mencionado precepto, según la cual las legislaciones nacionales podrán adoptar medidas más estrictas

cuando se trate de perseguir conductas unilaterales, permite que permanezcan en nuestra legislación la tipificación de las conductas abusivas de una relación de dependencia, así como las relativas a las conductas desleales del art. 7 LDC. Sin embargo, al haberse formulado de forma diferente el principio de la «doble barrera», para la aplicación de la prohibición de las *ententes* colusorias, es preciso comparar los preceptos contenidos en el art. 81.1 del Tratado y en el art. 1 LDC, por si la redacción de este último precisa de alguna modificación para mantener el paralelismo entre el Derecho español y el comunitario.

De la comparación entre ambos preceptos resulta que la norma española contiene una ligera diferencia respecto de la comunitaria, diferencia que consiste en el hecho de que la Ley española contempla el supuesto de las conductas conscientemente paralelas, supuesto que no está contemplado en el art. 81.1 del Tratado. Por las mismas razones anteriormente expuestas, relativas al paralelismo entre el Derecho español y el comunitario, ha de abogarse por una supresión de ese supuesto, que ha sido objeto de tradicionales críticas, por cuanto que supone el mantenimiento como colusoria de la prohibición de una conducta en la que no interviene el concierto de voluntades⁵⁴.

Una segunda conducta, no contemplada en el art. 81.1 del Tratado, pero que se contempla en el art. 1 de la Ley de Defensa de la Competencia, es la relativa a las «recomendaciones colectivas». Del texto de la Ley española puede deducirse que, al contemplar las recomendaciones colectivas junto a las decisiones, se está refiriendo a dos modalidades de conductas equivalentes a las que se denominan «decisiones de asociaciones de empresas» en el art. 81.1 del Tratado, por lo que no resulta necesaria una modificación de la Ley española en este apartado, si se quiere, como resulta deseable, un mayor paralelismo entre la norma comunitaria y la española. Puede interpretarse que las expresiones de nuestra Ley están referidas a dos modalidades de decisiones de las asociaciones de empresas, la primera («decisión») de contenido obligatorio, y la segunda («recomendación colectiva») sin tal contenido, y, por lo tanto, no parece desprenderse que, en este apartado, la LDC contemple un supuesto no contemplado en el art. 81.1 del Tratado⁵⁵.

C. APLICACIÓN JUDICIAL DEL DERECHO COMUNITARIO

La Ley española no facilita la aplicación judicial del Derecho de la competencia, y si tal hecho aconsejaba la necesidad de reformar los preceptos que la impedían, incluso antes de la aprobación del Reglamen-

⁵⁴ Joaquín GARRIGUES, *La defensa de la competencia mercantil*, Madrid, Sociedad de Estudios y Publicaciones, 1964, pp. 45 ss.; Luis BERENGUER, «Reflexiones sobre la tipificación de las conductas prohibidas en la Ley de Defensa de la Competencia», en *GJCE*, D-29, septiembre 1998, pp. 188-189.

⁵⁵ Jordi SAGRERA, «Los acuerdos entre empresas y la nueva Ley española de Defensa de la Competencia», *Derecho de los Negocios*, Año 1, núm. 0, p. 28; Luis BERENGUER, «Reflexiones sobre la tipificación...», cit., p. 186.

to 1/2003, esta norma no sólo acentúa la necesidad de esa reforma, sino que pone de manifiesto la necesidad de modificar también las normas procesales.

a) *El art. 13.2 LDC: necesidad de su supresión*

Desde momentos relativamente tempranos, la Jurisprudencia, tanto del TJCE⁵⁶ como del TPI⁵⁷, ha venido reconociendo que las normas de la competencia contenidas en el Tratado tenían efecto directo y, por lo tanto, podrían ser aplicadas por los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros. Sin embargo, en España no ha podido llevarse a cabo la aplicación judicial del Derecho comunitario de la competencia por dos razones fundamentales. En primer lugar, por la aplicación de la jurisprudencia contenida en la Sentencia CAMPSA, de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de 30 de diciembre de 1993, y en segundo término, por el precepto contenido en el art. 13.2 LDC, según el cual la acción de daños y perjuicios basada en conductas anticompetitivas sólo podrá llevarse a cabo una vez sea firme la declaración de ilicitud de tales conductas, que ha de ser realizada por el TDC.

Es cierto que los efectos nocivos de la Sentencia CAMPSA no se han producido tanto por el texto de la misma sentencia, sino por la interpretación que del mismo se ha hecho, tanto por los órganos jurisdiccionales como por el propio TDC, interpretación según la cual era imposible la aplicación de las normas de la competencia por los órganos jurisdiccionales, sin una decisión previa del TDC⁵⁸, pero esa línea jurisprudencial

⁵⁶ Sentencias de 6 de febrero de 1973 (Brasserie de Haecht/Wilkin-Janssen), 3 de enero de 1974 (BRT-1), de 3 de febrero de 1976 (Founderies Roubaix/Roux), de 10 de julio de 1980 (Anne Marty/Estée Lauder), de 30 de abril de 1986 (Lucas Asjes), de 28 de febrero de 1991 (Stergios Delimitis/Henninger Brau).

⁵⁷ Sentencia de 18 de septiembre de 1992 (Automec).

⁵⁸ Esta sentencia ha sido objeto de múltiples comentarios, S. MARTÍNEZ LAGE, «El efecto directo de los arts. 85 y 86 TCE en Derecho español (STS de 30 de diciembre de 1993)», I, en *Gaceta Jurídica de la CE y de la Competencia*, Boletín 9, mayo de ..., pp. 1-3, y II, Boletín 95, junio de 1994, pp. 1-3; «La aplicación del Derecho de los tribunales ordinarios», *Gaceta Jurídica de la CE y de la Competencia*, Boletín 97, septiembre de 1994, pp. 1-3; «La aplicabilidad directa del Derecho de la competencia comunitario y nacional por los tribunales ordinarios españoles (comentario a la STS de 30 de diciembre de 1993)», en *Perspectivas Jurídicas Actuales. Homenaje a Alfredo Sánchez Bella Carswell*, Centro de Estudios Ramón Areces, 1995, pp. 239-250; B. FERNÁNDEZ PÉREZ, «El efecto directo del art. 86 TCE en el ordenamiento español. Comentario a la STS (Sala 1.ª) de 30 de diciembre de 1993», en *La Ley. Comunidades Europeas*, núm. 93, 1995, pp. 1-5; J. M. FERNÁNDEZ LÓPEZ, «Aplicación jurisdiccional de los arts. 85.1 y 86 TCE y de las normas internas de la competencia», en *Anuario de la competencia 1997*, Fundación ICO-Marcial Pons, 1998, pp. 233-236; A. CREUS, «La privatización del Derecho de la competencia», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 200, abril-mayo 1999, pp. 57-59; A. PETITBÒ y L. BERENGUER, «La aplicación de Derecho de la competencia por órganos jurisdiccionales y administrativos», en *Anuario de la Competencia 1998*, Fundación ICO-Marcial Pons, 1999, pp. 40-46, y C. FERNÁNDEZ, «La judicialización del Derecho comunitario de la competencia», en *Anuario de la Competencia 2001*; Fundación ICO-Marcial Pons, 2002, pp. 193-197. En el trabajo de PETITBÒ y BERENGUER se realiza una interpretación de la Sentencia CAMPSA, según la cual el Tribunal Supremo impedía la aplicación del Derecho de la competencia

dencial parece haberse superado por la Sentencia DISA, también de la Sala Primera del Tribunal Supremo⁵⁹, que permite acudir a los Tribunales civiles en ejercicio de acciones derivadas de la infracción de los arts. 81.1 y 82 del Tratado, incluso formulando reclamaciones de daños y perjuicios, sin necesidad de exigir una declaración administrativa previa acerca de la ilicitud de tales conductas.

Parece, por lo tanto, que se va a imponer una línea jurisprudencial a favor de la posibilidad de que los jueces y tribunales españoles puedan aplicar el Derecho comunitario de la competencia, en línea con lo establecido en la jurisprudencia de los tribunales comunitarios, en la Comunicación de 1993 y en el Reglamento de 2003, y, sin embargo, se da la paradoja de que el art. 13.2 LDC impide una paralela aplicación del Derecho nacional, al menos en lo relativo a la indemnización de daños y perjuicios, sin la previa declaración administrativa de la ilicitud de la conducta. Si con anterioridad a la vigencia del Reglamento 1/2003, la posibilidad de la aplicación del Derecho comunitario de la competencia venía impuesta por la jurisprudencia comunitaria y por una Comunicación, tras la aprobación del Reglamento, no puede haber duda alguna respecto a tal aplicación, y resulta nuevamente paradójico que existan unas reglas diferentes para aplicar las normas de la competencia, según sean tales normas nacionales o comunitarias. En consecuencia, la aprobación del Reglamento constituye un argumento de peso para solicitar la derogación pura y simple del art. 13.2 LDC. Esa derogación se hace, aun si cabe, más perentoria si tenemos en cuenta que la Ley española contempla como conductas anticompetitivas algunas conductas que están incluidas en la Ley de Competencia Desleal (conductas desleales que falsean de manera sensible la competencia —art. 7 LDC— y tras la reforma de 1999 el abuso de la situación de dependencia) y que una interpretación estricta podría incluso llegar a impedir unas acciones de resarcimiento de daños y perjuicios basada en la acción por competencia desleal, si se llega a considerar que esa conducta desleal afecta al interés público, y, por lo tanto, afecta también a la libre competencia y, en consecuencia, ha de aplicarse el denostado art. 13.2 LDC.

Para facilitar la aplicación judicial del Derecho de la competencia, sería también conveniente reformar el art. 1 de la Ley española e introducir un precepto similar al contenido en el art. 1.1 del Reglamento comu-

«a título principal» pero no «a título incidental», lo cual está en consonancia con la jurisprudencia comunitaria, por cuanto que se trata de una diferenciación realizada por el Abogado General Mayrás en el procedimiento BRT/SABAM, y el TS desestima la demanda por considerar que la petición de los demandantes implicaba una aplicación a «título principal». Esta Sentencia tuvo continuidad en la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de noviembre de 1999, que ha sido comentada por Juan Manuel FERNÁNDEZ, «Órganos encargados de la aplicación del derecho interno sobre competencia», en *GJUE*, núm. 211, enero-febrero 2001, pp. 42 ss.

⁵⁹ Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 6 de junio de 2000. Para el comentario de esta sentencia y su trascendencia a la hora de establecer una ruptura con la Sentencia CAMPSA, ver Cani FERNÁNDEZ VICIEN, «La judicialización del Derecho comunitario de la competencia», en *Anuario de la Competencia 2001*, Madrid, Fundación Ico-Marcial Pons, 2002, pp. 193 ss.

nitario, cuando establece que los acuerdos contemplados el art. 81.1 están prohibidos «sin que sea necesaria decisión previa alguna a tal efecto». Ese mismo inciso debería incluirse como un añadido al final del art. 1.2 LDC, con lo cual se aclararía que para instar la declaración de nulidad de los acuerdos, decisiones y prácticas colusorias, no es necesaria una declaración previa del TDC. También debería incluirse en el art. 6, al tipificar las conductas abusivas de una posición dominante.

b) *Necesidad de adaptar la Ley de Enjuiciamiento Civil*

Las normas contenidas en el art. 15 del Reglamento, referidas a la cooperación de la Comisión con los órganos jurisdiccionales nacionales, contienen algunos extremos para cuya aplicación será preciso modificar las leyes procesales españolas. Es cierto que el Reglamento no pretende modificar la jurisprudencia *Rewe*, según la cual la aplicación directa de las normas comunitarias no significa que los órganos jurisdiccionales asuman competencias que no les correspondan según el Derecho interno⁶⁰, pero no es menos cierto que las modalidades de colaboración entre la Comisión y los jueces y tribunales, previstos en el indicado precepto, ponen de manifiesto la necesidad de adecuar las normas, para establecer mecanismos que hagan posible las previsiones allí contenidas.

Aun cuando en el Reglamento no se especifican cuáles son los órganos jurisdiccionales encargados de aplicar el Derecho de la competencia, y aun cuando cabe, por ejemplo, la aplicación de tal derecho por los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa en las recursos interpuestos contra las resoluciones del TDC, e incluso por la penal, el supuesto que ha planteado los problemas que han hecho necesaria tanto la Comunicación de 1993 como este precepto del Reglamento es el de la aplicación de las normas comunitarias de la competencia por los órganos de la jurisdicción civil, en procedimientos entre partes en los que se busca la protección de derechos subjetivos⁶¹. En consecuencia, las cuestiones relativas a la afectación de la aprobación del Reglamento por las leyes españolas, van a referirse exclusivamente a las leyes procesales civiles.

⁶⁰ La Sentencia TJCE de 16 de octubre de 1976 (*Rewe-Zentralfinanz/Land Wirtschaftskammer*) forma parte de una reiterada jurisprudencia en el sentido de que la modalidad de la aplicación del Derecho comunitario constituye una cuestión de Derecho interno.

⁶¹ Que la preocupación por la aplicación del Derecho comunitario de la competencia por los órganos jurisdiccionales de los Estados se refiere a los procedimientos civiles, aparece claramente en la Comunicación de 13 de febrero de 1993, en cuyo apartado 4 se hace referencia a que los jueces y tribunales, al aplicar el Derecho comunitario de la competencia, «tienen por misión proteger los derechos subjetivos de los particulares en sus relaciones mutuas». En tal sentido es de señalar que igualmente los procedimientos en los que se plantearon las cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia, que dieron motivo a las sentencias en las que se ha elaborado la jurisprudencia relativa a la aplicación judicial, eran procedimientos civiles. Finalmente, en el Considerando 7 del Reglamento 1/2003 se menciona que el contenido de la intervención de los órganos jurisdiccionales nacionales, consiste en salvaguardar los derechos subjetivos que emanan del Derecho comunitario, al pronunciarse en los litigios entre particulares.

La primera norma contenida en el art. 15.1 del Reglamento se refiere a la solicitud, por parte de los órganos jurisdiccionales, de información y de elaboración de dictámenes a la Comisión. En las normas españolas, si se trata de petición de información, la cuestión podrá consistir en una prueba documental, mientras que si se trata de elaboración de dictámenes, consistirá en una prueba pericial. La cuestión radica en el hecho de que tratándose de procedimientos civiles, es a las partes a quienes corresponde la solicitud de la práctica de estos medios de prueba, si bien puede haber, excepcionalmente, que el juez solicite tales documentos o pruebas, como sugerencia en la audiencia previa, o bien como diligencias finales. Un problema puede plantearse en el apartado relativo a la emisión de dictámenes, ya que si bien es cierto que se podría enfocar ese extremo como una solicitud de prueba pericial, la prueba pericial no puede extenderse a extremos que sean jurídicos, y, en consecuencia, no podría solicitarse la opinión de la Comisión sobre si determinada conducta está incluida en el art. 81.1, o bien puede acogerse a una exención del art. 81.3, pues ello son cuestiones jurídicas⁶². Por ello, y en cualquier caso, en las leyes procesales españolas deberían introducirse mecanismos que mejoraran la colaboración entre la Comisión y los órganos jurisdiccionales, cuando éstos apliquen el Derecho comunitario de la competencia, facilitando bien la solicitud de información, bien la emisión de los correspondientes dictámenes, aun cuando éstos sean de contenido jurídico.

El art. 15.2 del Reglamento prevé la remisión a la Comisión de la copia de las sentencias en las que se apliquen los arts. 81 y 82. En el texto del Reglamento se especifica que dicha remisión deberá realizarse por los Estados, modificando lo previsto en la propuesta de Reglamento remitida por la Comisión, según la cual tal remisión debería ser realizada por los órganos jurisdiccionales, lo cual habría implicado modificaciones en la legislación española, modificaciones que no resultan necesarias con el texto aprobado. En cualquier caso deberá establecerse cuál es el órgano del Estado encargado de tal remisión, si el Gobierno, a través del Ministerio de Justicia o de Asuntos Exteriores, o bien el Consejo General del Poder Judicial.

Mayores problemas se plantean en la previsión contenida en el art. 15.3 del Reglamento. Este precepto prevé la participación como *amicus curiae*, tanto de las autoridades nacionales como de la propia Comisión Europea, en los procedimientos en los que se aplique el Derecho comunitario de la competencia. Esta figura, como se ha señalado anteriormente, tiene una honda tradición en el Derecho anglosajón, pero tiene escasos precedentes en Derecho procesal español, y, fundamentalmente, no está prevista su inclusión en procesos civiles como aquellos en los que se puede aplicar el Derecho comunitario de la competencia, por lo que será necesaria una reforma de la recientemente aprobada Ley de Enjuiciamiento Civil. La necesaria reforma deberá incluir un procedimiento por el que los órganos judiciales deban dar traslado a la Comisión

⁶² En el proceso español sigue vigente la norma *Da mihi factum, ego dabo tibi ius*.

(o a la autoridad nacional, debiendo establecer si al Servicio o al Tribunal de Defensa de la Competencia) de los procedimientos en los que se apliquen las normas comunitarias, para facilitar la información necesaria para que tal intervención pueda tener lugar. Y en cualquier caso, aun cuando la reforma solamente resulta necesaria para los supuestos en los que se aplique el Derecho comunitario, debería incluirse idéntica previsión cuando vaya a aplicarse el Derecho nacional de la competencia, aun cuando, en tal caso la comunicación a la Comisión Europea, como resulta obvio, no sería precisa y bastará con la comunicación a la autoridad nacional.

D. LAS MEDIDAS ESTRUCTURALES

Una de las mayores novedades incluidas en el Reglamento 1/2003, consiste en la potestad que se concede a la Comisión de adoptar medidas estructurales que sean necesarias para poner fin a las conductas que infrinjan los arts. 81 y 82 del Tratado. La cuestión a dilucidar consiste en determinar si ese precepto puede ser aplicado por las autoridades nacionales, y la respuesta ha de ser afirmativa, por cuanto que así se desprende de los preceptos contenidos en los arts. 5.7 y 11.2 del propio Reglamento. Podría pensarse del contenido del art. 5 que esa potestad no puede ser ejercitada por las autoridades nacionales, ya que, en ese precepto, solamente se mencionan las decisiones relativas a la cesación de la infracción, las medidas cautelares, la aceptación de compromisos y la imposición de multas, pero esa interpretación resultaría errónea, ya que la adopción de medidas estructurales, tal y como queda configurada en el art. 7 del Reglamento, no es una medida independiente, sino simplemente un medio para conseguir el cese de la infracción y forma parte de la correspondiente decisión.

Como consecuencia de esta atribución de competencias, deberá procederse igualmente a la reforma de la legislación española, y ello por dos razones. En primer lugar, al igual que en otros apartados, por establecer un paralelismo entre el Derecho español y el Derecho comunitario cuando lo aplican las autoridades españolas, y, en segundo término, para establecer los límites —y al tiempo revestir de garantías— de la aplicación de una medida de tanta importancia para la vida de las empresas como la adopción de medidas estructurales, que el propio texto del Reglamento reserva para circunstancias excepcionales.

E. COMPROMISOS

La regulación de los compromisos contenida en el nuevo Reglamento supone la incorporación a un texto normativo de cuanto, con anterioridad, se llevaba a cabo en la práctica de la Comisión. Por su parte, la legislación española ha incorporado en una de sus últimas reformas⁶³ el supuesto

⁶³ Ley 52/1999 de Reforma de la Ley de Defensa de la Competencia.

de terminación convencional, trasladando a esta Ley esa forma de terminación de los expedientes, ya previsto en la legislación general de procedimiento⁶⁴.

El procedimiento establecido en la Ley española para los supuestos de terminación convencional (art. 36 bis LDC) contiene indudables mejoras respecto del establecido en el Reglamento comunitario, por cuanto que prevé la participación en su tramitación, no sólo de los inculcados y la autoridad (SDC), sino de cualquier interesado, y concede, a quienes no hubieran participado en el mismo, la posibilidad de interponer recurso.

Si ello constituye una ventaja, es preciso señalar que en el procedimiento español, a diferencia del comunitario, intervienen dos órganos (SDC y TDC), y la terminación convencional se lleva a cabo en la fase de instrucción, ante el Servicio, sin más intervención del Tribunal que la posible Resolución, en el supuesto de que se interpusiera recurso, lo cual ha sido interpretado como un reforzamiento de las facultades de un órgano, como el SDC, que no es independiente, en detrimento del TDC⁶⁵. Si tal es así, no se debe ocultar que el sistema previsto en la Ley, supone la terminación del procedimiento en el momento de instrucción, y con ello, una intervención en un momento anterior, con mayor ahorro de recursos e incremento de la seguridad jurídica. Tal vez la solución debería consistir, de una vez por todas, en la supresión del SDC como órgano dependiente del Gobierno, y, o bien hacerlo depender del TDC, o bien asignar al Tribunal la función instructora, con la debida separación entre la instrucción y la resolución.

En cualquier caso, la reforma de la legislación española llevada a cabo en este apartado es una de las pocas en las que parece haber habido consonancia con cuanto se llevaba a cabo, o bien se estaba preparando, en Derecho comunitario de la competencia, y, por lo tanto, no se precisa una nueva adaptación.

F. MULTAS

En el apartado relativo a las multas, las innovaciones más importantes del nuevo Reglamento consisten en la supresión del doble límite (cifra monetaria y porcentaje de cifra de negocios) y la responsabilidad subsidiaria de las empresas miembros de una asociación, cuando haya imposibilidad de cobrar la multa a ésta.

Parece más oportuno que la Ley española mantenga el límite referido a la cifra monetaria, por cuanto que supone un criterio de imposición

⁶⁴ Ley 30/1992, de 26 de noviembre, sobre Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

⁶⁵ Luis BERENGUER, «¿Son independientes los órganos encargados de la defensa de la competencia en España?», en *La liberalización en Europa. El mito de España*, Madrid, Grupo del PSE. Delegación española, 2002, p. 199.

de multas, cuando el inculpado (por ejemplo, una asociación de empresas) no tenga cifra de negocios, y la multa no haya sido impuesta teniendo en cuenta la cifra de negocios de sus miembros. Téngase también en cuenta que, el TDC ha impuesto también multas a organismos de las Administraciones Públicas, que carecen de cifra de negocios, y, por lo tanto, la supresión de la cifra monetaria podría conducir a un callejón sin salida.

Sin embargo, resulta conveniente establecer el criterio de responsabilidad subsidiaria, en términos parecidos al Reglamento 1/2003, para evitar una realidad que se da con mucha frecuencia: la imposibilidad de cobrar multas a asociaciones de empresas que son insolventes.

5. CONCLUSIONES

Como con anterioridad se ha señalado, al Reglamento 17 le ha tocado el fin. Y, como siempre que se redacta un obituario, las críticas que se le podían haber dirigido en vida quedan muy matizadas a la hora de la muerte. Valgan todas las críticas que en su día se le efectuaron, pero, junto a ellas, hay que tener en cuenta su antigüedad y el hecho de que, con todos sus defectos, ha permitido la actuación de la Comisión en la persecución de los cárteles y las conductas abusivas, y también una cierta actualización de sus reglas mediante prácticas de la Comisión. Y bienvenido sea el nuevo Reglamento, que nadie podrá negar que supone un considerable avance sobre su predecesor. Y en cuanto a sus innovaciones, sean igualmente bienvenidas, porque permitirán un nuevo Derecho comunitario de la competencia, menos sometido a corsés formalistas y a trámites burocráticos inútiles y poco eficaces.

Queda ahora el turno de la legislación española. De nada sirve que se amplíe la posibilidad de aplicación de las normas comunitarias de la competencia, tanto por nuestras autoridades como por los jueces, si continuamos con una legislación que sigue anclada en un Derecho comunitario que ya ha pasado a mejor vida.

CONTRATOS DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS Y DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Francisco URÍA FERNÁNDEZ

Abogado del Estado
Subsecretario de Hacienda

1. NOTA PREVIA

La normativa sobre contratación administrativa ha conocido una profunda transformación en los últimos años. En parte por la necesidad de adecuación de nuestro ordenamiento jurídico a las exigencias del Derecho europeo y en parte como respuesta a las transformaciones de nuestra propia realidad jurídica, social y económica. Fueron aprobadas en cinco años la Ley 13/1995, de 28 de mayo, de contratos de las Administraciones, la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, por la que aquélla fue profundamente modificada y, finalmente (tras otras modificaciones legales de menor importancia), el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. También se ha aprobado, por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

Ello nos sitúa, por primera vez en décadas, ante una normativa completa y coherente, plenamente adecuada al Derecho europeo, y en la que normas legales y reglamentarias se complementan correctamente permitiendo a las Administraciones Públicas celebrar miles de contratos con los empresarios privados en esa peculiar forma de colaboración entre el sector público y el privado que, en esencia, representa la contratación pública.

¿Significa esto que los operadores jurídicos y económicos pueden esperar un período de «estabilidad» en la normativa sobre contratación administrativa? A pesar de la calidad técnica de las normas aprobadas una observación atenta de nuestra realidad jurídica, social y económica permite anticipar algunas líneas de evolución.

En primer lugar, las exigencias derivadas del principio de rigor presupuestario obligarán a las Administraciones Públicas a desarrollar nuevos instrumentos de colaboración entre sector público y empresas privadas,

así como a extender el ámbito de aplicación de figuras tradicionales —aunque remozadas—, como el contrato de concesión de obra pública. En este sentido, el proyecto de ley por el que se regula el contrato de concesión de obra pública (actualmente en tramitación) es ya más presente que futuro en la contratación administrativa.

En segundo término, se hace preciso disminuir los costes indirectos que la contratación con las Administraciones Públicas comporta para los empresarios, apostando claramente por la simplificación de procedimientos y trámites administrativos, aprovechando las ventajas derivadas de las nuevas tecnologías y sometiendo a revisión crítica instituciones aparentemente asentadas como el sistema de garantías actualmente vigente.

En tercer lugar, la evolución del Derecho de la contratación de las Administraciones Públicas debe continuar profundizando en lo que es un principio constante de los reseñados hitos legislativos: el incremento de la concurrencia o, dicho de otro modo, la introducción de mayor competencia en el ámbito de la contratación pública.

El presente trabajo, enmarcado en el Anuario de la Defensa de la Competencia 2003, pretende poner de manifiesto cómo la radical transformación experimentada por el Derecho de la competencia proporciona materiales normativos, doctrinales y jurisprudenciales de gran interés para la futura evolución del Derecho de la contratación pública.

2. LEGISLACIÓN DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA Y DEFENSA DE LA COMPETENCIA: CUESTIONES GENERALES

Señala Lluís CASES¹ que mediante la defensa de la competencia «la Administración controla, supervisa y dirige los comportamientos de las empresas en el mercado para mantener un régimen de competencia adecuado».

Esta definición implica una aproximación al Derecho de la competencia en el que las Administraciones Públicas «velan» por el respeto a las reglas de la competencia en el comportamiento de los operadores económicos en los distintos mercados.

Las Administraciones Públicas, como es sabido, desarrollan esa función «tuitiva» a través de dos instrumentos complementarios: la regulación y el funcionamiento de los órganos de defensa de la competencia.

Tanto en uno como en otro ámbito es posible distinguir los supuestos en que la Administración actúa directamente como regulador o como aplicador de las normas en el ámbito de la legislación sobre defensa de la competencia de aquellos casos en que esa aproximación administrativa,

¹ L. CASES PALLARÉS, *Derecho Administrativo de la Defensa de la Competencia*, Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, 1995.

aunque finalmente tenga como objeto la introducción o el incremento de la competencia en un determinado sector o mercado, se realiza mediante la modificación o la aplicación de la correspondiente normativa sectorial (telecomunicaciones, energía, transporte...).

En cualquier caso, la idea es siempre la misma: se trata de regular el comportamiento de los operadores económicos y de velar por el respeto a los estándares de competencia que para cada sector o mercado sean fijados por los órganos de defensa de la competencia.

Sin embargo, las Administraciones Públicas no son en absoluto ajenas al funcionamiento de los mercados y al grado y la calidad de la competencia que de ellas existe.

Pueden reconocerse, al menos, tres planos en que el comportamiento de las Administraciones Públicas puede tener una notable incidencia sobre el nivel de competencia en un mercado determinado.

En primer lugar se encuentra la regulación. En efecto, cuando los poderes públicos actúan desde el punto de vista normativo respecto de los distintos sectores o mercados provocan importantes efectos sobre la competencia que pueden ir desde su supresión formal (la reserva al sector público en régimen de monopolio de una determinada actividad económica), su condicionamiento (por ejemplo, estableciendo rígidas condiciones de entrada vía autorizaciones administrativas) o su incremento (a través de la liberación de los mercados o bienes y servicios).

En segundo lugar, aunque muy ligado a lo anterior, las Administraciones Públicas, por sí, o a través de todo tipo de personificaciones, públicas o privadas, son agentes activos en relevantes sectores económicos planteando no pocas dificultades en la aplicación de la normativa general sobre defensa de la competencia.

En esta línea, como muy acertadamente ha destacado el profesor ARIÑO², la cuestión nuclear se encuentra en resolver la contradicción básica que supone el hecho de que la empresa pública esté umbilicalmente unida al proceso político por su nacimiento, sus fines, su financiación, los procedimientos de designación de sus directivos e, incluso, sus resultados, lo que distorsionará, tanto en positivo como en negativo, su posición en los mercados y su capacidad para competir con los operadores privados.

Esta contradicción se evidencia con la mayor intensidad a propósito de la política de tarifas o precios. Por un lado, el cumplimiento o desarrollo de determinadas políticas sociales pueden aconsejar o exigir el establecimiento de tarifas o precios bajos. Por otro lado, una conducta de este tipo —claramente prohibida por la legislación de defensa de la competencia— terminaría por arruinar a los operadores privados al no contar con los recursos de las arcas públicas para sobrellevar sus pérdidas ejercicio a ejercicio.

² G. ARIÑO, *Economía y Estado. Crisis y Reforma del Sector Público*, Madrid, Marcial Pons, 1993.

De no mediar una cláusula legal que ampare este tipo de situaciones —normalmente con la reserva para el sector público de una determinada actividad, de suerte que la participación privada se produce por la vía concesional—, son éstos los casos en que las autoridades de defensa de la competencia deberán tener una actitud más vigilante respecto de las Administraciones Públicas o sus personificaciones. En estos casos, la defensa de la competencia incidiría en la actividad de los agentes públicos como «operadores económicos» del lado de la oferta. Es decir, habría de velarse porque las condiciones en que sitúan en los mercados los bienes o servicios por ellos ofertados no sitúen en posiciones insostenibles a otros operadores existentes.

Sin embargo, lo que aquí nos ocupa es un tercer modo en que las Administraciones Públicas influyen significativamente en sectores y mercados. Nos referimos a las Administraciones Públicas como contratantes de todo tipo de bienes y servicios.

Y es que, como han destacado unánimemente el Tribunal de Defensa de la Competencia y la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en sus respectivas resoluciones³, «las normas de la competencia, por lo tanto, se aplican también a las Administraciones Públicas, no sólo cuando actúan como oferentes de bienes y servicios, sino también cuando actúan como demandantes de tales bienes y servicios» y que «en el ámbito de la contratación administrativa, la libre concurrencia entre los operadores económicos tiene como finalidad tanto la protección de los intereses económicos de la administración promoviendo la máxima competencia posible, como garantizar la igualdad de los que reúnen los requisitos necesarios para acceder a aquélla».

En efecto, las Administraciones Públicas son demandantes de bienes y servicios de variada naturaleza, en porcentajes muy importantes tanto en términos absolutos (volumen global de la contratación de las Administraciones Públicas) como relativos (relevancia de la política de contratación de las Administraciones Públicas en determinados sectores, como las obras públicas o las telecomunicaciones).

Si bien las dos primeras cuestiones apuntadas han sido objeto de atención tanto desde el punto de vista doctrinal como normativo desde el ámbito de la defensa de la competencia⁴, la tercera cuestión apuntada, aunque presente, como veremos, en la normativa sobre contratación

³ Compendiadas en la página 15 del informe de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones el Ministerio de Ciencia y Tecnología sobre la contratación administrativa de servicios de Telecomunicaciones. Relación de buenas prácticas. Disponible en la página *web* de la Comisión (<http://www.cmt.es>).

⁴ Por poner un ejemplo relevante, el propio Presidente del Tribunal de Defensa de la Competencia publicó, en un número anterior de este mismo anuario, un lúcido artículo con el expresivo título de «Administraciones Públicas y Defensa de la Competencia» en el que se realizaban interesantes reflexiones a propósito del modo en que las Administraciones Públicas han de sujetarse a los imperativos de la legislación sobre defensa de la competencia como parte del más general principio de sometimiento al principio de legalidad.

pública europea y española, se ha incorporado sólo recientemente a los trabajos de los órganos de defensa de la competencia.

En el plano normativo, el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea fue consciente del obstáculo que, para la consecución efectiva del mercado interior, podía suponer la intervención de las Administraciones Públicas como operadores en los distintos sectores y mercados. Así, el art. 86 del Tratado sanciona en su apartado primero un deber general de los Estados miembros en cuanto a la no adopción o mantenimiento, respecto de las empresas públicas y aquellas empresas a las que concedan derechos especiales o exclusivos, ninguna medida contraria a las normas del Tratado.

De manera más concreta, el apartado segundo del mismo artículo señala que «las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que tengan el carácter de monopolio fiscal (con independencia de su titularidad pública o privada) quedarán sometidas a las normas del presente Tratado, en especial a las normas sobre competencia...».

El legislador nacional ha mantenido ese principio de vinculación de los operadores económicos públicos a la política de defensa de la competencia, dando un paso más allá, cuyas consecuencias comienzan a explorarse, cuando en el art. 2.º de la Ley de Defensa de la Competencia —en adelante, LDC—, apartado primero, párrafo segundo, se dice que «serán de aplicación a las situaciones de restricción de competencia que se deriven del ejercicio de otras potestades administrativas (es decir, las que no resulten de la aplicación de una ley, como señala el apartado primero de ese mismo artículo) o sean causadas por la actuación de los poderes públicos o las empresas públicas sin dicho amparo legal».

Es decir, tanto en el ámbito europeo, como en nuestro ordenamiento nacional, las Administraciones Públicas, en sus distintas personificaciones, están obligadas a respetar los imperativos de la libre competencia.

Retomando la distinción anteriormente apuntada entre la conducta de las Administraciones Públicas como reguladores, como operadores económicos a través de distintas personificaciones jurídicas y como contratistas, procede reflexionar acerca de si su sujeción a los imperativos de la defensa de la competencia se encuentra en algún grado matizada o cercenada.

Tanto por el principio de jerarquía normativa como en virtud de lo dispuesto en la redacción vigente del art. 2 de la LDC, la actividad de las Administraciones Públicas como reguladoras se encuentra plenamente sometida a los imperativos de la legislación sobre defensa de la competencia, salvo en los casos en que esa regulación asuma el rango formal de ley (si bien, en este caso, la adecuación de la ley a los imperativos de la defensa de la competencia podría examinarse en términos de respeto al Derecho europeo).

Lo mismo cabe señalar respecto del comportamiento de las Administraciones Públicas cuando actúan bajo el manto de personificaciones de Derecho público o —especialmente— de Derecho privado. En estos casos, la conducta de los operadores públicos debe ajustarse, sin matices, al marco establecido por la legislación de defensa de la competencia.

No constituye en absoluto una excepción a lo expuesto la contratación de las Administraciones Públicas. Tanto en la regulación de los procedimientos de contratación como en su aplicación, las Administraciones Públicas deben abstenerse de toda actuación que suponga, directa o indirectamente, una restricción injustificada de la competencia.

En este sentido, conceptos y categorías nucleares en el Derecho de defensa de la competencia alcanzan pleno sentido y aplicabilidad en el ámbito de la contratación de las Administraciones Públicas.

La conexión entre defensa de la competencia y contratación pública se ha evidenciado, una y otra vez, en las Directivas europeas que han armonizado los procedimientos de contratación de las Administraciones Públicas.

Así, en los considerandos de la Directiva 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos, se dice que «la realización simultánea de la libertad de establecimiento y de la libre prestación de servicios en materia de contratos públicos de obras celebrados en los Estados miembros por cuenta del Estado, de los entes territoriales y de otros organismos de Derecho público, lleva consigo, paralelamente a la eliminación de las restricciones, una coordinación de los procedimientos nacionales de adjudicación de los contratos públicos de obras». En el mismo sentido, se considera que el procedimiento negociado debe ser excepcional y que «el desarrollo de una competencia efectiva en el sector de los contratos públicos hace precisa una publicidad comunitaria de los anuncios de los contratos realizados por los poderes adjudicatarios de los Estados miembros... que, especialmente en los procedimientos restringidos, la publicidad tiene por objeto permitir a los contratistas de los Estados miembros que manifiesten su interés por los contratos, solicitando a los poderes adjudicadores una invitación para licitar en las condiciones requeridas...».

En términos similares se pronuncian los considerandos de la Directiva 93/36/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro cuando dice que «el desarrollo de una competencia efectiva en el sector de los contratos de suministro requiere que los anuncios de los contratos preparados por los poderes adjudicadores de los Estados miembros sean publicados en toda la Comunidad...».

Todavía con mayor rotundidad, la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios afirma en sus con-

siderandos que «para eliminar prácticas restrictivas de la competencia, en general, y de la participación de los nacionales de otros Estados miembros, en particular, es necesario mejorar el acceso de los prestadores de servicios a los procedimientos de adjudicación de contratos».

Por último, la Directiva 93/38/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones (sectores excluidos), hace referencia, también en sus considerandos, al hecho de que las entidades que operan en esos sectores no efectúan convocatorias de licitación a escala europea por el carácter cerrado de los mercados en que actúan, debido a la concesión por las autoridades nacionales de derechos especiales o exclusivos y a la influencia de las autoridades nacionales en el comportamiento de dichas entidades como causas de la ausencia de competencia comunitaria en esos sectores excluidos, teniendo la Directiva como objetivo fundamental, que las empresas de la Comunidad tengan acceso a la adjudicación de contratos de servicios en países terceros estableciendo mecanismos adecuados de reacción en caso contrario.

En nuestro Derecho interno, la preocupación por la modernización de la normativa sobre contratación como instrumento para la introducción de una mejora de la competencia en el ámbito de la contratación de las Administraciones Públicas se hizo patente tanto en la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de contratos de las Administraciones Públicas, como en la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, por la que aquélla fue modificada.

Así, en la Exposición de Motivos de la Ley 13/1995 se dice expresamente que la experiencia derivada de la aplicación de la antigua Ley de Contratos del Estado ponía de relieve «la necesidad de garantizar plenamente la transparencia de la contratación administrativa como medio para lograr la objetividad de la acción administrativa y el respeto a los principios de igualdad, no discriminación y libre concurrencia». En este sentido, la Exposición de Motivos también indicaba que la nueva regulación introducía importantes avances en materia de publicidad de licitaciones y adjudicaciones —en buena parte obligados por la transposición de las Directivas en la materia—, la regulación más detallada de las causas que constituyen prohibición de contratar y determinantes de la suspensión de clasificaciones y sus respectivos efectos.

En la misma dirección, la Ley 53/1999, de 23 de diciembre, también destaca, igualmente en la Exposición de Motivos, su decidido propósito de «introducir una serie de disposiciones que tienen por objeto incrementar la concurrencia y aumentar la transparencia y objetividad en los procedimientos de adjudicación en la contratación administrativa».

Es interesante destacar la enumeración de las medidas introducidas a tal fin y que se detallan a continuación en la propia Exposición de Motivos: el establecimiento de mayores y más eficaces controles para las modificaciones de los contratos, la supresión de la posibilidad de

prórrogas tácitas en los contratos administrativos y la reducción de la duración de los contratos de gestión de los servicios públicos, consultoría y asistencia y los de servicios (tratando de favorecer la concurrencia en estos contratos), la regulación más adecuada de los supuestos de temeraria, introduciendo su posible apreciación en los concursos y evitando la realización por sociedades pertenecientes a un mismo grupo de prácticas que puedan desvirtuar la competencia; la exigencia de un mayor rigor en los proyectos y el establecimiento de un régimen más estricto para la contratación conjunta de elaboración del proyecto y ejecución de las obras correspondientes, así como para la posible aplicación del procedimiento negociado en la adjudicación de obras complementarias.

Son, efectivamente, esas cuestiones enumeradas por ambas Exposiciones de Motivos las que constituyen cuestiones clave para el juicio relativo al respeto de los imperativos de la competencia en el ámbito de la contratación administrativa.

La preocupación por el respeto a las reglas de la competencia en el ámbito de la contratación de las Administraciones Públicas se está haciendo también patente en las resoluciones de los órganos administrativos que, con carácter horizontal —Tribunal de Defensa de la Competencia— o sectorial —Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones—, tienen legalmente encomendada la misión de protegerla.

En esta línea, y sin desmerecer la actividad desplegada por el Tribunal de Defensa de la Competencia, me parece particularmente reseñable el Acuerdo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 13 de febrero de 2003 por el que se aprobó el informe al Ministerio de Ciencia y Tecnología sobre la Contratación Administrativa de Servicios de Telecomunicaciones y Relación de Buenas Prácticas.

Aunque, obviamente, el informe limita su alcance a la contratación por las Administraciones Públicas de servicios de telecomunicaciones, sus recomendaciones resultan de la mayor trascendencia en el ámbito que nos ocupa, dando clara respuesta a las cuestiones más delicadas que puede plantear la contratación administrativa de bienes y servicios cuando se trata de sectores de liberalización reciente.

Al margen de ese informe, la Comisión ha dictado resoluciones del mayor interés. Entre ellas se encuentra el acuerdo de 17 de octubre de 2002 por el que se aprobó la resolución con respecto a la oferta de servicios de voz y datos que Telefónica de España, S. A. U., presentó en concurso convocado por la Generalitat de Catalunya para el arrendamiento de una red de telecomunicaciones del Departamento de Sanidad y Seguridad Social de la Generalitat de Catalunya y organismos dependientes. En esta resolución la Comisión se pronunció con notable rotundidad respecto al vínculo existente entre normas de contratación y de defensa de la competencia.

La resolución dice expresamente que la Comisión no puede compartir la idea «de que la legislación de contratos es un comportamiento estanco

dentro del ordenamiento jurídico general, en el que sólo son de aplicación las normas y principios en ella establecidos y sólo ejerce competencias el órgano de contratación. La legislación de contratos, como la legislación sectorial de telecomunicaciones (en este caso) o la de defensa de la competencia, se integran en el ordenamiento jurídico, considerado como un todo, que los ciudadanos y los poderes públicos tienen el deber de respetar en su integridad, conforme al art. 9.9 de la Constitución Española».

3. CUESTIONES PUNTUALES SOBRE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA Y DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Adentrándonos en el contenido de la legislación de contratos existen algunas cuestiones de notable repercusión sobre la efectiva concurrencia en el ámbito de la contratación de las Administraciones Públicas.

A. LOS REQUISITOS DE SOLVENCIA TÉCNICA Y LAS NORMAS SOBRE CLASIFICACIÓN Y REGISTRO DE LAS EMPRESAS

El art. 15.1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas dice que «podrán contratar con la Administración las personas naturales o jurídicas, españolas o extranjeras, que tengan plena capacidad de obrar y acrediten su solvencia económica, financiera y técnica o profesional, requisito este último que será sustituido por la correspondiente clasificación en los casos en que con arreglo a esta Ley sea exigible».

La Ley detalla a continuación, en sus arts. 17, 18 y 19, los medios a través de los cuales puede ser justificada la solvencia técnica del empresario en los contratos de obras, en los contratos de suministro y en los restantes contratos (en estos casos el concepto se amplía para aludir a la «solvencia técnica o profesional»).

El art. 25 de la Ley establece, por su parte, los supuestos de clasificación, resultando ser ésta exigible en los contratos de obras o de servicios a que se refiere el art. 196.3 de la Ley siempre que, en ambos casos, su presupuesto sea igual o superior a 120.202,42 euros (con las excepciones establecidas en el mismo precepto).

El Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, dedica a la clasificación y registro de empresas una detallada regulación, contenida en los arts. 25 al 54.

¿Es razonable la existencia de requisitos de solvencia, financiera, técnica o profesional a las empresas que pretenden contratar con las Administraciones Públicas? ¿Es esta «barrera de entrada» compatible con las reglas de la competencia?

Aun siendo consciente de que existen ordenamientos que no exigen nada semejante, no existe ninguno en el que las Administraciones Públicas

no exijan las mayores garantías a quienes pretenden la adjudicación de contratos públicos.

Esta garantía puede venir proporcionada por el sector financiero en la forma de aval o de seguro de caución, pero, como sucede en otras latitudes, ello no supone la desaparición de los requisitos de solvencia técnica o profesional, sino su «privatización». Serán las entidades financieras las que actúen como garantes del cumplimiento del contrato, las que analizarán si las empresas son o no capaces de cumplir con las obligaciones asumidas.

No es ésta la orientación de los ordenamientos europeos, en que, aun con distintos matices, se tiende a dejar la trascendental decisión de considerar a una empresa «apta o no apta» para la contratación con las Administraciones Públicas en manos de órganos administrativos.

No parece que la decisión relativa a si la garantía del cumplimiento de los contratos debe proceder de la intervención de una entidad financiera o de una decisión administrativa sea relevante desde el punto de vista del Derecho de la competencia.

Tampoco parece serlo el hecho de que ese análisis sea realizado de manera global para todos los contratos públicos en que la empresa desee tomar parte o, por el contrario, si se realiza, caso a caso, para cada uno de los contratos (análisis singular de los requisitos de solvencia o sistema de clasificación o análogos).

Por el contrario, sí reviste la máxima trascendencia el hecho de que los requisitos de solvencia económica, financiera, técnica o profesional guarden una razonable relación de proporcionalidad con los elementos del contrato.

La exigencia de requisitos excesivamente rigurosos para quienes pretenden concurrir a un contrato puede convertirse así en una «barrera de entrada», en una perturbación de la competencia o en una perturbación del principio de concurrencia en la contratación de las Administraciones Públicas.

Parece así surgir, en el ámbito de la contratación pública, una primera valoración desde el punto de vista de la competencia: ¿se convierten los requisitos de solvencia o, cuando ésta es exigible, la clasificación o el registro de empresas en auténticas «barreras de entrada» restrictivas de la competencia en el mercado de la contratación pública? La respuesta no se halla en los preceptos mencionados, sino en el análisis de los pliegos de contratación. Es en éstos donde se concreta el nivel de exigencia para los contratistas y es a partir de ellos que debe evaluarse su proporcionalidad con los requerimientos propios del contrato.

La fijación de requisitos excesivos de solvencia o clasificación es, qué duda cabe, de la máxima trascendencia desde el punto de vista de la competencia.

B. EL SISTEMA DE GARANTÍAS PROVISIONALES Y DEFINITIVAS

Otra posible barrera de entrada en el ámbito de la contratación pública viene constituida por el sistema de garantías provisionales y definitivas que, para la licitación y adjudicación de los contratos viene exigida por la normativa sobre contratación de las Administraciones Públicas.

Como es tradicional en este ámbito, la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas diferencia entre la garantía provisional (normalmente un 2 por 100 del presupuesto del contrato) y la garantía definitiva respecto de la que el art. 37 admite dispensa en los contratos de consultoría y asistencia, en los de servicios y en los contratos administrativos especiales. La garantía definitiva queda fijada en un 4 por 100 del importe de adjudicación.

Debe resaltarse la hasta ahora escasamente utilizada previsión del art. 36.2 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas que permite a los contratistas constituir una garantía global con referencia a todos los contratos que celebre con una Administración Pública o con uno o varios órganos de contratación sin especificación singular para cada contrato. Se trata, sin duda, de un notable intento de facilitar el cumplimiento de las obligaciones formales inherentes a la contratación con las Administraciones Públicas.

En mi opinión, tampoco la exigencia de garantías de cuantía razonable a licitadores y adjudicatario final como medio de asegurar la seriedad de las ofertas formuladas y la de las obligaciones contraídas merece mayor comentario desde el punto de vista de la defensa de la competencia, si atendemos a sus caracteres definitorios: la generalidad en su exigencia y, sobre todo, su carácter proporcional. Se hace con ello imposible la exigencia arbitraria de garantías desproporcionadas impidiéndose, de este modo, el establecimiento de una suerte de «barrera de entrada» ante un determinado contrato administrativo.

C. LOS PLIEGOS

Entre las recomendaciones generales que se contienen en el apartado V del precitado informe de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones del Ministerio de Ciencia y Tecnología, me parece interesante destacar algunas cuestiones (obviando las que, aun siendo trascendentes, afectan de manera exclusiva al sector de las telecomunicaciones) a las que los pliegos deben hacer referencia y de las que, en no pocos casos, puede depender la existencia o inexistencia de competencia efectiva entre los licitadores.

a) *La separación por lotes*

Configurada con carácter potestativo por la normativa sobre contratación administrativa, es claro que la adecuada separación por lotes de los contratos puede convertirse en un estímulo verdaderamente eficaz para la competencia, facilitando el acceso de pequeñas y medianas empresas especializadas que, por definición, son capaces de ofrecer bienes y servicios concretos en mejores condiciones que los grandes operadores, imbatibles, por el contrario, en macrocontratos.

b) *Información adecuada y suficiente*

Los pliegos deben contener información suficiente como para permitir a todos los licitadores concurrir en verdadera igualdad de oportunidades con quienes resultaron adjudicatarios del contrato en procedimientos anteriores, lógicamente conocedores de los pormenores técnicos de los bienes y servicios efectivamente requeridos por la Administración.

c) *Especificaciones técnicas del contrato*

Aunque afortunadamente el art. 52.2 de la vigente Ley de Contratos de las Administraciones Públicas ha sentado claramente la prohibición de que el pliego incluya especificaciones técnicas que mencionen productos de una fabricación o procedencia determinada, es importante que los pliegos sean igualmente cuidadosos a la hora de evitar que la adquisición de determinados bienes determine necesariamente la adquisición ulterior de otros bienes o servicios a un empresario determinado. En definitiva, debe asegurarse la vigencia del principio de neutralidad tecnológica.

d) *El criterio de la experiencia*

En el ámbito de la contratación pública ha sido frecuente la incorporación de los pliegos de cláusulas que, con una u otra redacción, aludían al mérito de disponer de una experiencia previa.

El deseo de incrementar la competencia, las exigencias de las directivas comunitarias y la propia evolución de nuestra normativa sobre contratación pública han impedido la pervivencia de cláusulas que directa o indirectamente tendían a favorecer a los empresarios que, en tanto que adjudicatarios en procedimientos anteriores, acreditaban una experiencia concreta respecto del órgano administrativo contratante o la actividad sometida a licitación.

Por el contrario, han sobrevivido otras cláusulas relativas a la «experiencia en el sector», la «experiencia del personal» u otras que, en no pocas ocasiones, suponen un freno efectivo a la entrada de nuevos operadores.

También en este ámbito, la Comisión del Mercados de las Telecomunicaciones⁵ se ha mostrado contundente al afirmar que la primera de las cláusulas mencionadas «favorecen el antiguo monopolio en este entorno (telecomunicaciones) recientemente liberalizado». Más permisiva se muestra, en cambio, respecto de las cláusulas o criterios de valoración relativos a la experiencia del personal propio o ajeno disponible, entendiendo que la movilidad del personal en éste y otros sectores permite a los operadores «solventes» acreditar el cumplimiento de este requisito sin mayor dificultad, proporcionando, y esto hay que destacarlo, una mayor seguridad respecto al futuro cumplimiento del contrato que lógicamente deber ser valorada por la Administración.

e) *La duración*

La importancia de la duración de los contratos y la admisibilidad de prórrogas en los mismos ya fue considerada, como se ha dicho, cuestión clave desde el punto de vista del principio de concurrencia por el legislador estatal en la Exposición de Motivos de la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, por la que se modificó la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de contratos de las Administraciones Públicas.

En efecto, la Ley 53/1999 suprimió la posibilidad anteriormente existente de prorrogar tácitamente los contratos administrativos, limitando los plazos de duración de los contratos de gestión de servicios públicos, consultoría y asistencia y los de servicios.

Sin embargo, al igual que sucediera con el precio, la cuestión de la duración de los contratos no debe ser objeto de una aproximación apresurada y generalista, pues, en el caso de servicios necesitados de la realización de inversiones de importancia (establecimiento de redes u obtención del derecho a su utilización) un plazo excesivamente corto puede situar en una posición ventajosa a los operadores ya establecidos especialmente si éstos hubieran sido adjudicatarios previos de esos mismos contratos en procedimientos anteriores.

En estos supuestos, si la voluntad de la Administración Pública es —y no puede ser otra— favorecer la mayor concurrencia de operadores, el mayor plazo puede convertirse en un instrumento favorecedor de la competencia, minorando la ventaja competitiva que para algunos operadores podría suponer el haber amortizado total o parcialmente inversiones ya realizadas.

⁵ Acuerdo de 6 de junio de 2002.

En consecuencia, una política activa de fomento de la competencia en el ámbito de la contratación pública abogaría por la reducción de los plazos de duración de los contratos y la limitación de las prórrogas. No obstante, cuando la prestación del servicio requiera importantes inversiones, el criterio competitivo puede aconsejar la estrategia contraria.

D. EL PROCEDIMIENTO DE ADJUDICACIÓN

Como es conocido (art. 73 de la LCAP), la adjudicación de los contratos puede llevarse a cabo por procedimiento abierto, restringido o negociado. En el procedimiento abierto todo empresario interesado puede presentar una proposición, por lo que, *a priori*, parece el procedimiento de adjudicación más adecuado para fomentar la competencia. El procedimiento restringido, en tanto que en él únicamente pueden presentar proposiciones aquellos empresarios seleccionados expresamente por la Administración, previa solicitud de los mismos, es juzgado, en cambio, con desconfianza tanto por los operadores económicos como por las propias Administraciones Públicas, que se muestran muy reacias a su elección.

El procedimiento negociado, en tanto que permite a la Administración adjudicar el contrato al empresario justificadamente elegido «previa consulta y negociación de los términos del contrato» de acuerdo con lo dispuesto en el art. 92 de la LCAP se encuentra sometido a grandes restricciones en la propia normativa de contratación por lo que el respeto a dichas normas, siempre exigible, supone una garantía suficiente de la competencia.

Volviendo a la opción entre procedimiento abierto y restringido, hay que decir que la Ley no se muestra, en cambio, tan rígida a la hora de admitir el recurso a este último, si bien establece importantes cautelas formales que tratan de evitar la vulneración del principio de concurrencia.

Tal vez por ello, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones se muestra abiertamente reticente al uso del procedimiento restringido, al haber observado que en algún caso, el recurso por parte de la Administración al procedimiento restringido se habría basado en una supuesta falta de madurez del mercado de las telecomunicaciones⁶.

Es evidente que la utilización del procedimiento restringido sin motivación explícita, adecuada y suficiente supondría una vulneración flagrante tanto de la normativa sobre contratación de las Administraciones Públicas como de la legislación sobre defensa de la Competencia, pero ello no obsta para afirmar que un procedimiento restringido, respetuoso con las estrictas normas procedimentales contenidas en la normativa de contratación pública y que responda a una motivación razonable puede ser una opción más aceptable que un procedimiento aparentemente abierto

⁶ Informe de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones al Ministerio de Ciencia y Tecnología de 13 de febrero de 2003, p. 32.

pero en el que los licitadores se someten a requisitos tales que, sin la garantía de motivación derivada de la elección del procedimiento restringido, terminen «restringiendo» la competencia efectiva en mayor medida.

En consecuencia, no creo que la elección del procedimiento restringido pueda en sí misma ser censurable desde el punto de vista de la competencia. Una vez más habrán de analizarse las menciones contenidas en el pliego, la objetividad de los requisitos establecidos y la motivación en que se sustente dicha opción. En cualquier caso, toda infracción del procedimiento en este ámbito tendría una mayor gravedad, desde el punto de vista de la competencia efectiva, que en el procedimiento abierto, por lo que la vigilancia de los sujetos implicados habrá de ser, si cabe, mayor.

E. LA ELECCIÓN ENTRE CONCURSO Y SUBASTA

Algo semejante puede señalarse respecto del concurso y la subasta. La Administración debe utilizar la subasta en aquellos casos en que la competencia entre los licitadores se sitúa exclusivamente en el precio y el concurso en los demás casos. Si la ponderación en el concurso está excesivamente sesgada a favor del criterio del precio nos encontramos con que, bajo la cobertura formal de un concurso, nos situamos ante una subasta.

Sin embargo, es lo cierto que, desde algunos sectores, se considera que, aun cuando tanto el concurso como la subasta son procedimientos igualmente legítimos y regulados en la normativa de contratos de las Administraciones Públicas, la subasta proporciona una garantía de objetividad y transparencia en el proceso de toma de decisiones cuya importancia no puede ser ocultada.

Esta reflexión nos conduciría a una cierta subsidiaridad del concurso: únicamente cuando la adjudicación basada en estrictos criterios cuantitativos (precio) presente el claro peligro de incumplimiento de los fines generales a que el contrato sirve o afecte a otros valores esenciales —como la seguridad—, de modo que se haga imprescindible ponderar criterios distintos (calidad de los materiales empleados, medios humanos destinados a la oferta en concreto, experiencia del personal en contratos análogos...), podría hacerse preciso optar por la vía del concurso.

Así considerado, el concurso se plantearía como una opción menos ventajosa que la subasta al objeto de promover la concurrencia y garantizar la igualdad y no discriminación de los licitadores en la adjudicación.

Sin embargo, es precisamente la variable precio la que plantea mayores problemas de falseamiento de la competencia en el caso de mercados con presencia de operadores dominantes. En estos supuestos, la adjudicación exclusivamente basada en el precio puede favorecer, una y otra

vez, a los operadores preestablecidos. Ello puede hacerse particularmente evidente en el supuesto de contratos que ya les habían sido adjudicados en anteriores ocasiones.

Por otra parte, si se presta atención exclusiva a la oferta económica, como es propio de la adjudicación mediante subasta, la Administración puede privarse de mejoras en la calidad de la prestación de los bienes y servicios contratados o de la adquisición de nuevas tecnologías.

Es por todo ello que la opción entre concurso y subasta debe ser sopesada con cautela, atendiendo a las circunstancias del caso concreto y sin que sea sencillo predecir, *a priori*, cuál de las dos formas de adjudicación puede resultar ventajosa desde el punto de vista competitivo. Tener presente (en el caso de los «servicios liberalizados») la abundante experiencia de los órganos de defensa de la competencia respecto al efecto de los precios sobre la efectiva concurrencia puede ser, en todo caso, una recomendación prudente.

F. EL PRECIO. EL PROBLEMA DE LAS BAJAS TEMERARIAS

Tanto en el supuesto de una adjudicación por concurso en que la variable precio tenga una fuerte ponderación como, sobre todo, en el caso de la subasta, no son pocos los problemas derivados de la oferta económica. Tal y como se ha señalado en el apartado precedente, la experiencia constante de los órganos de defensa de la competencia es que la única estrategia razonable para la introducción y el sostenimiento de la competencia a medio y largo plazo se encuentra en impedir que los operadores dominantes puedan excluir la competencia por la vía de reducir artificialmente los precios.

Puede surgir así una contradicción entre uno de los fines de las políticas de liberalización: la reducción de costes y precios y su instrumento necesario: la competencia.

Esta misma contradicción puede plantearse en el ámbito de la contratación pública: el deseo de aprovechar las oportunidades derivadas de la liberalización de sectores y mercados puede desatar en las Administraciones Públicas un intento —lógico en un entorno de rigor presupuestario— de abaratar el precio de los bienes y servicios contratados.

Sin embargo, esta tendencia no puede ser acogida sin cautelas. Recurriendo de nuevo a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, ésta ha manifestado que: «si bien es cierto que la pérdida de un concurso concreto no tiene por sí misma suficiente entidad para expulsar a los competidores en los mercados..., no lo es menos que una política de estrechamiento de márgenes... para captar a los grandes clientes y las Administraciones Públicas... tiene por consecuencia directa la eliminación de los competidores de aquellos segmentos del mercado donde hay más posibilidad de competencia...».

12 Pero los problemas derivados del precio ofertado en los procedimientos de contratación pública no se agotan en lo expuesto. Otro problema secular se refiere a la regulación de las bajas temerarias. La cuestión es sencilla: las bajas temerarias constituyen una amenaza para el adecuado cumplimiento del contrato y, además, pueden suponer un falseamiento de la competencia al disminuir artificialmente la oferta económica para, una vez adjudicado el contrato, recuperar la diferencia de precio a través de su modificación. Sin embargo, una regulación demasiado rígida en esta materia puede resultar igualmente perniciosa para la competencia al excluir a ofertas verdaderamente competitivas que pudieran aprovecharse, por ejemplo, de la utilización de nuevas tecnologías o de un aprovechamiento más eficiente de los factores de producción, todo ello sin merma de los requerimientos exigidos por la Administración.

Encontrar una solución «equilibrada» a esta cuestión ha sido una preocupación constante en la reciente evolución de nuestra normativa sobre contratación pública.

El apartado 3 del art. 86, del entonces proyecto de ley de modificación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas se había limitado a exigir que los criterios objetivos en función de los cuales se apreciaría la concurrencia o falta de concurrencia de esta circunstancia habrían de expresarse en el pliego de cláusulas administrativas particulares. Sin embargo, durante la tramitación parlamentaria de la que llegó a ser la Ley 53/1999 se modificó la redacción de este apartado a través de un segundo párrafo, de modo que parece limitarse la decisión sobre la existencia de bajas desproporcionadas o temerarias al criterio del precio, lo que, aun siendo razonable, y desde luego más sencillo en cuanto a su aplicación, parece restringir el alcance del primer párrafo del apartado.

En este punto, una de las mayores contribuciones del Reglamento General de Contratos se sitúa, precisamente, en la objetivización de los criterios para apreciar las ofertas desproporcionadas o temerarias en las subastas. El art. 85 del Reglamento distingue, a estos efectos, las distintas situaciones:

a) Cuando concorra un solo licitador se considera desproporcionada o temeraria una oferta inferior al presupuesto base de licitación en más de 25 unidades porcentuales.

b) Cuando concurren dos licitadores la baja se limita a 20 unidades porcentuales.

c) Cuando concurren tres licitadores la baja se sitúa en 10 unidades porcentuales, si bien tomando como término de comparación la media aritmética de las ofertas presentadas excluyendo a la oferta más alta cuando ésta supere la media en más de 10 unidades porcentuales. En todo caso, se considera desproporcionada la baja superior a 25 unidades porcentuales.

d) Cuando concurren cuatro o más licitadores se utiliza el mismo criterio que abre el apartado precedente (diez unidades porcentuales de baja sobre la media) con la misma prevención excluyente de las ofertas

que rebasan en el mismo grado la media aritmética de las ofertas. Si las ofertas que quedan a efectos de calcular la media son menos de tres, la nueva media se calculará sobre las tres ofertas de menor cuantía.

No debe considerarse que estos criterios se aplican rígidamente, pues el apartado 5 del art. 85 permite al órgano de contratación que, de forma motivada, y atendiendo al objeto del contrato y a las circunstancias del mercado pueda reducir en un tercio los porcentajes contenidos en los apartados anteriores, debiéndose ejercitar dicha facultad a través del pliego de cláusulas administrativas particulares.

El precepto proporciona a la Mesa un elemento de análisis añadido, que se utilizará con menor frecuencia por su falta de concreción, que es la comparación entre la solvencia de la empresa y la oferta presentada.

Desde el punto de vista de la defensa de la competencia la objetivización en las bajas temerarias es un aspecto fundamental, debiendo considerarse un avance esencial en este ámbito la desaparición de las bajas como causa automática de exclusión de los licitadores en ella incurso y su sustitución por una presunción destruyible mediante la acreditación de la viabilidad técnica de la oferta. De este modo se evita una injustificada rigidez de precios que, a la postre, constituía un claro enemigo de la libre competencia.

No obstante, no queda con lo expuesto agotada la materia. Antes al contrario, una regulación «rígida» de la baja en el pliego correspondiente puede alentar conductas colusorias consistentes en el acuerdo entre varios licitadores al objeto de alterar artificialmente las medias que sirven de base para calcular la frontera de la temeridad. En este sentido, ha sido constante la tarea de la Intervención General de la Administración del Estado y, en particular, de las Intervenciones Delegadas de algunos de los Ministerios, al objeto de lograr que los pliegos fuesen redactados de modo que se evitasen estas prácticas anticompetitivas.

G. LA PROBLEMÁTICA ADMISIBILIDAD DE VARIANTES. LAS MODIFICACIONES

En cuanto a la admisibilidad de variantes se trata ésta de una cuestión siempre controvertida por cuanto entraña el riesgo de una modificación del objeto del contrato e, incluso, en el caso de obras públicas, la posibilidad de que se produzca la adjudicación de una obra distinta a la que constituyó el objeto del contrato sin la existencia de concurrencia efectiva.

El art. 87 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas trata de reducir la discrecionalidad de la Administración y los licitadores en este ámbito obligando a que esa admisibilidad quede expresamente admitida en el pliego de cláusulas administrativas particulares, concretando respecto a qué elementos y en qué condiciones queda autorizada la presentación de variantes o alternativas. En garantía de la máxima transparencia, la admisibilidad de variantes debe igualmente expresarse en el anuncio de licitación del contrato.

En lo relativo a las modificaciones, revisión de precios y resolución de los contratos simplemente enumeraré, para no extenderme demasiado, las que, a mi juicio, constituyen las notas más novedosas de la normativa vigente.

La facultad de modificación unilateral de contratos celebrados por las Administraciones Públicas, el conocido *ius variandi* de las Administraciones Públicas, ha sido habitualmente considerado como una manifestación de la superioridad del Estado frente a los contratistas privados.

Sin embargo, la imagen de una Administración contratante «fuerte», que impone sus criterios a un contratista que se sitúa en una posición pasiva y que debe «consentir» las modificaciones que le son unilateralmente impuestas por la Administración mientras no excedan del 20 por 100 del precio total del contrato, no siempre responde a la realidad.

El Consejo de Estado, en su dictamen de 25 de mayo de 1992, emitido a propósito del Anteproyecto de Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 1995, ya señaló que «así ocurre que una potestad de la Administración, concebida en salvaguarda del interés general, ha devenido frecuentemente, por causa de un empleo indebido, en conveniencia para el contratista, tan evidente que, en ocasiones, no llega a constar en el expediente la aceptación de la modificación por su parte».

Aunque las modificaciones pueden tener su origen en causas imprevisibles, razonables o, en cualquier caso, atendibles, cabe que las modificaciones respondan a causas más preocupantes, como es que el empresario hiciese una oferta a precio bajo a fin de lograr una adjudicación que de otro modo no hubiese logrado, contando con obtener el resarcimiento mediante las modificaciones contractuales.

Este riesgo es el que trata de conjurar la LCAP desde la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, cuya Exposición de Motivos, a propósito de esta materia, señala que se propone «introducir una serie de disposiciones que tienen por objeto incrementar la concurrencia y aumentar la transparencia y objetividad en los procedimientos de adjudicación en la contratación administrativa. Cabe destacar, en este sentido, el establecimiento de mayores y más eficaces controles para las modificaciones de los contratos, con limitaciones expresas por primera vez en nuestro ordenamiento a las modificaciones de unidades del contrato con independencia de su repercusión presupuestaria...».

En suma, en materia de modificaciones, la nueva regulación evidencia su desconfianza ante una institución susceptible de producir efectos tan perjudiciales en la vertiente contractual como en la presupuestaria. No obstante, para evitar que el endurecimiento del régimen sobre modificaciones pueda afectar negativamente a los contratistas en supuestos distintos, la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas realiza una adecuada sistematización de las incidencias que puedan afectar a la ejecución de los contratos diferenciando entre el reajuste de anualidades —que deriva del retraso en el comienzo de la ejecución del contrato

sobre lo previsto al iniciarse el expediente de contratación, suspensiones autorizadas, prórrogas de los plazos parciales o del total, modificaciones en el proyecto o «cualesquiera otras variantes de interés público debidamente justificadas»— la prórroga del plazo de ejecución solicitada por el contratista, la alteración del precio por aplicación de las cláusulas de revisión (que «no tendrá el carácter de modificación del contrato») y las auténticas «modificaciones», que deberán ser aprobadas por el órgano de contratación previa audiencia del contratista y fiscalización del gasto correspondiente.

H. MEDIDAS INSTRUMENTALES: LOS REGISTROS DE CONTRATOS Y DE CONTRATISTAS

Por último, la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas estableció la previsión de un Registro Público de Contratos como instrumento al servicio de la transparencia en materia de contratación cuya implantación ha debido aguardar a la entrada en vigor del nuevo Reglamento.

Por su parte, la reciente Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, introdujo una nueva Disposición Adicional —decimoquinta— en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas al objeto de permitir en el ámbito de la Administración General del Estado el establecimiento de registros de contratistas ante los que éstos deban acreditar el cumplimiento de los requisitos de capacidad y representación por una sola vez, sin necesidad de reiterar estos trámites con ocasión de cada contrato.

Este registro, combinado con la introducción de nuevas tecnologías, puede servir para evitar costes y molestias a los potenciales adjudicatarios, lo que, en cierta medida, podría contribuir la concurrencia de pequeños empresarios a menudo desalentados por los importantes costes indirectos asociados a la contratación con las Administraciones Públicas.

I. EL CONTRATO DE PROYECTO Y OBRA

Aunque se trate de una cuestión específica del contrato de obras, suele ir unida a los contratos de mayor importancia económica, por lo que parece conveniente dedicar alguna atención a esta figura.

La contratación conjunta del proyecto y obra presenta atractivos para las Administraciones contratantes por cuanto evita los siempre complejos problemas de relación entre los autores o autor del proyecto y los responsables de la ejecución de la obra.

Sin embargo, la contratación conjunta de proyecto y obra supone una restricción injustificada de la competencia en un sector —el de la obra pública— en la que la competencia puede ser particularmente intensa.

Por otro lado, plantea el claro riesgo de un innecesario incremento del coste de la obra derivado del propio proyecto.

En la vigente regulación normativa está presente la idea de que la definición de la obra a realizar corresponde, en sus aspectos básicos, a la Administración contratante de suerte que ésta debe aprobar los anteproyectos y estudios informativos, redactar instrucciones para la redacción de los proyectos y disponer de oficinas o unidades de supervisión de proyectos cuyas funciones se detallan en el art. 136 del Reglamento y alcanzan, entre otras cuestiones, a la verificación de la adecuación legal del proyecto, su adecuación a la normativa técnica aplicable en cada caso, proponer orientaciones técnicas, examinar que los precios de los materiales y unidades de obra se adecuen a las exigencias legales y verificar que el proyecto contiene el estudio de seguridad y salud o, en su caso, el estudio básico de seguridad y salud.

De hecho, el art. 136.3 exige que las oficinas o unidades de supervisión harán declaración expresa en sus informes de que el estudio informativo, anteproyecto o proyecto reúne cuantos requisitos son exigidos por la Ley en el Reglamento, lo que sin duda implica un alto grado de implicación administrativa en cuanto a la calidad técnica de los proyectos.

Al margen de esto, el verdadero avance viene constituido por la calificación de «excepcional» que el art. 125.1 atribuye a la contratación conjunta de proyecto y ejecución de las obras correspondientes, tasándose a continuación los supuestos en que esa contratación conjunta se considera admisible.

Las cautelas que el mismo precepto establece respecto a los precios en el proyecto pueden, por otra parte, conjurar los riesgos de un injustificado encarecimiento de las obras.

No obstante lo anterior, parece claro que lo más deseable en términos de competencia —aplicando, por otra parte, la doctrina general sobre división (que no fraccionamiento) del contrato y la separación por lotes— es la contratación autónoma de proyecto y obra, lo que igualmente puede favorecer la concurrencia de profesionales y empresarios a uno y otro contrato.

4. CUESTIONES PROCEDIMENTALES

Tras analizar algunos aspectos en que la contratación de las Administraciones Públicas puede suscitar problemas desde la perspectiva de la defensa de la competencia, queda una cuestión no menor a dilucidar: qué vías ofrece nuestro ordenamiento jurídico al empresario que, habiendo participado en un procedimiento contractual convocado por una Administración Pública, considera vulnerado su derecho a concurrir en pie de igualdad.

En los supuestos más habituales, esa vulneración de los principios generales de concurrencia, igualdad, no discriminación, transparencia o publicidad se habrá reflejado en una contradicción de los preceptos legales y reglamentarios que integran la normativa de contratación de las Administraciones Públicas. Contra los actos dictados por las Administraciones Públicas en este ámbito podrán ejecutarse las acciones previstas en la Ley y, en particular, podrá interponerse recurso contencioso-administrativo ante dicho orden jurisdiccional con o sin la solicitud de adopción de medidas cautelares (suspensión del acto administrativo impugnado).

Sin embargo, tal y como ha pretendido exponerse, existirán supuestos en que la actuación administrativa resulte igualmente contraria a la legislación sobre defensa de la competencia. Como es evidente, esta circunstancia redundará en la posible alegación de nuevos fundamentos de derecho para la pretensión anulatoria del acto o resolución impugnado. Unas y otras alegaciones tienen, sin duda, cabida en la acción ejercitada ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

La cuestión relevante es, a mi juicio, otra. ¿Puede esa pretendida vulneración de la normativa sobre defensa de la competencia (ya se trate de la Ley de Defensa de la Competencia o de otras normas sectoriales como la Ley General de Telecomunicaciones o de las leyes reguladoras de otros sectores o mercados) dar lugar al ejercicio de otras acciones frente a las resoluciones dictadas por las Administraciones Públicas cuando actúan en el ámbito de la contratación administrativa?

El Tribunal de Defensa de la Competencia, respaldado por una constante línea de interpretación de los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa se ha ocupado de esta cuestión en algunas resoluciones como la de 15 de julio de 1998 (expte. R. 297/1998, Contenedores de Barcelona 2); la de 7 de marzo de 2002 (expte. R. 481/2001, Confederación Hidrográfica del Tajo), o la de 16 de abril de 2002 (expte. R. 478/2001, Confederación Hidrográfica del Júcar).

En todas ellas se acoge el criterio contenido en la Sentencia de la Audiencia Nacional de 5 de marzo de 1995, recaída a propósito del recurso interpuesto contra la resolución de 24 de abril de 1995 (expte. R. 102/1994, Monopolio de Tabacos I), que sostuvo que «el Tribunal de Defensa de la Competencia no tiene atribución legal para el control de actos administrativos dimanantes de un órgano administrativo y sujetos al Derecho público, aunque sean restrictivos de la Competencia, porque el art. 1 de la Ley de Defensa de la Competencia lo impide». Es decir, el Tribunal de Defensa de la Competencia debería abstenerse de conocer este tipo de denuncias, dado el monopolio jurisdiccional de las facultades de revisión de los actos de las Administraciones Públicas.

No obstante, existen pronunciamientos del Tribunal en que éste ha parecido menos tajante a la hora de negarse la posibilidad de examinar si la actuación de una Administración Pública en la esfera de la con-

tratación (pública) se ajustó o no a la legislación de Defensa de la Competencia.

Concretamente, podríamos citar una resolución de 4 de julio de 2000, recaída a propósito del expediente R. 395/1999 (Puerto de Santander), en esta resolución el Tribunal confirma el acuerdo del Director del Servicio de Defensa de la Competencia de 29 de septiembre de 1999 por el que se declaró el archivo de una denuncia formulada por una entidad privada contra el Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Santander.

El archivo decretado por el Servicio de Defensa de la Competencia se fundamenta básicamente en la aplicación de la doctrina ya expuesta, por lo que, aparentemente, la resolución confirmativa del Tribunal parecería cerrar la cuestión. Sin embargo, su FD 4.º introduce una clave novedosa al decir que «... si bien es cierto que no corresponde a este Tribunal el control de legalidad de esta clase de actos (administrativo), que está atribuido con carácter excluyente a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, nada se opone a que puedan examinarse en esta sede sus posibles efectos anticompetitivos, siempre y cuando dichos actos reúnan los requisitos previstos por la Ley de Defensa de la Competencia y no se encuentren amparados por la exención del art. 2 de la propia Ley, como sucede en el supuesto examinado».

Interpretando conjuntamente ambas líneas interpretativas puede llegarse a la conclusión de que aquellos actos administrativos dictados por las Administraciones Públicas contratantes de acuerdo con la legislación de contratos no serían atacables ante el Tribunal de Defensa de la Competencia. No obstante, si dichos actos produjesen efectos anticompetitivos y no estuviesen fundados en una ley (única exención en la vigente redacción del art. 2 de la Ley de Defensa de la Competencia) parece quedar abierta la posibilidad de una reacción por parte del Tribunal tendente a evitar dichos efectos.

Esta interpretación encuentra respaldo explícito en una resolución del Tribunal de fecha anterior, 30 de abril de 1996 (expte. R. 148/1996 TRAGSA), en que se señaló que «el Tribunal ha mantenido en numerosas ocasiones que no es el órgano de revisión de normas y actos administrativos, pero sí es el competente —el único órgano administrativo competente— para determinar si una práctica presente en el mercado es restrictiva de la competencia, si puede ser calificada como un acuerdo en los términos del art. 1 de la LDC y si, en caso afirmativo, goza de la exención de su art. 2. No se trata de que el Tribunal vaya a sustituir a los órganos jurisdiccionales de lo contencioso en la revisión de la actuación administrativa, sino de ejercer sus competencias que son irrenunciables, consistentes en la adopción de resoluciones relativas a las conductas anticompetitivas en el mercado en aplicación de las normas nacionales y comunitarias de Defensa de la Competencia que pueden ser, naturalmente, objeto de control jurisdiccional precisamente por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional...».

Significativamente, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha adoptado —incluso literalmente— una posición virtualmente idéntica, aunque con un matiz relevante, no se ha limitado a formular la cuestión en términos generales, sino que, a propósito de un expediente concreto, ha evidenciado en qué puede consistir ese «deslinde de tareas» entre la propia Comisión y el orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

Concretamente, en la precitada resolución de 17 de octubre de 2002 manifiesta que «en ningún caso pretende esta Comisión ejercer en el presente procedimiento las competencias atribuidas a la Administración que convocó el concurso.

Así, no se está examinando en modo alguno la actuación de la Generalitat en la contratación administrativa efectuada, entendido que la misma procedió a adjudicar el concurso a aquella oferta que con arreglo a las bases del mismo estimó más favorable, ni tampoco se analiza si una oferta es mejor que otra, o si resulta temeraria con arreglo a la normativa sobre contratación administrativa, o si es la que habría debido o no resultar adjudicataria del concurso convocado, aspectos todos éstos que esa Comisión entiende sujetos a la única valoración de la Administración convocante con el control posterior, en su caso, de los Tribunales».

La Comisión interpreta, de este modo, que el análisis de la actuación de las Administraciones Públicas en el ámbito contractual y, en particular, la cuestión relativa a su adecuación a las normas sobre defensa de la Competencia y, en su caso, normativa sectorial concretamente aplicable, constituye un supuesto de competencias concurrentes entre órganos de la misma o de distintas Administraciones Públicas que no puede, ni debe, resolverse con la renuncia por parte de alguna de ellas (de la Comisión, en este caso) al ejercicio de las competencias que le son propias.

«Lo que procede —continúa la Comisión en la resolución precitada— es que cada Administración limite su actuación al ámbito específico de sus competencias».

¿Qué significa esto en la práctica? En dicha resolución se evidencia con toda claridad: la Comisión se abstiene de todo pronunciamiento sobre la legalidad o validez de los actos administrativos citados, limitándose a constatar que el precio ofertado por la sociedad adjudicataria no se ajustaba al régimen tarifario a ella aplicable, por lo que, como único pronunciamiento, se ordena a ambas partes que la facturación pasada, presente y futura se adecue a ese marco tarifario.

Cuestión distinta será el efecto que esta cuestión pudiera tener sobre el acto administrativo adjudicado. Quedaría por determinar qué sucedería si, una vez alterada la oferta económica del modo indicado por la Comisión, se constata que la sociedad adjudicataria no hubiera debido ser la misma. Pero ésta es una cuestión en la que, con buen criterio, la Comisión se resiste a entrar, dejándola en manos de las potestades de revisión de

sus propios actos de la Administración contratante o, en su caso, del orden jurisdiccional contencioso-administrativo al que, por cierto, no resulta ocioso recordar, podrá ser igualmente sometida la interpretación de los órganos de defensa de la competencia.

5. CONCLUSIÓN

Las Administraciones Públicas, ya actúen como regulador, como operador económico o como parte contratante, se encuentran obligadas a respetar la legalidad y, más concretamente, la normativa sobre Derecho de la competencia, sin más excepciones generales que las derivadas del art. 2 de la LDC.

En el ámbito de la contratación administrativa, las Administraciones Públicas se encuentran evidentemente sometidas a la normativa sobre contratación pública y especialmente a los principios generales de concurrencia, igualdad y no discriminación.

De acuerdo con lo anterior, existe una situación normativa «redundante» en la que la libre concurrencia resulta doblemente amparada por la normativa de defensa de la competencia y la normativa sobre contratación pública, a la que podrían añadirse otras normas sectoriales en función del objeto del contrato administrativo de que se trate (energía, transporte, telecomunicaciones...).

Esta «redundancia normativa» provoca, paralelamente, una situación de «conurrencia competencial» entre las potestades de la Administración contratante, el Tribunal de Defensa de la Competencia, las Comisiones Reguladoras (en su caso) y el propio orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

Las resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia y, de manera más reciente y más rotunda, de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, indican que estos órganos no pueden adentrarse en la revisión de los actos administrativos dictados, pero sí pueden, en el marco de las competencias que les son propias, analizar si las conductas de las Administraciones Públicas que no deriven directamente de lo establecido en una ley producen o no efectos anticompetitivos, pudiendo adoptar medidas tendentes a la reparación o minoración de esos efectos sin afectar, como es obvio, a la validez de las resoluciones administrativas dictadas.

A reserva de los futuros pronunciamientos de los órganos judiciales en la materia no cabe duda de que esta interpretación abre posibilidades inéditas de reacción jurídica a los participantes en los procedimientos de contratación convocados por las Administraciones Públicas.

LA CREACIÓN DE ESTRUCTURAS ANTICOMPETITIVAS EN LOS MERCADOS PÚBLICOS

Cani FERNÁNDEZ

Bufete Cuatrecasas

Amadeo PETITBÒ

Universidad Complutense de Madrid *

1. INTRODUCCIÓN

El presente artículo se propone abordar una cuestión particular —aunque no por ello de importancia menor— dentro del ámbito de la aplicación de las normas de defensa de la competencia a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos, distinta de las infracciones del art. 81 del Tratado CE (acuerdos restrictivos de la competencia) por la coordinación de los distintos licitadores para la presentación de ofertas o del art. 82 del Tratado CE (abusos de posición de dominio) por la imposición de condiciones abusivas por parte de las entidades adjudicantes (cuando dichas entidades son titulares de derechos exclusivos o especiales, por ejemplo) ¹.

Serán objeto de análisis determinadas situaciones en las que, como consecuencia de la adjudicación de un determinado contrato público de obras, servicios o suministros a una u otra empresa, se cree una estructura de mercado que conduzca irremediablemente a la comisión de infracciones de las normas de competencia.

En efecto, se plantean en la práctica supuestos en los que, incluso respetándose escrupulosamente las normas sobre adjudicación de contratos públicos incluidas en las Directivas comunitarias aplicables en la materia ², se crean o consolidan estructuras de mercado que, una vez

* Los autores desean agradecer a David ORTEGA PEÑA su inestimable ayuda en la redacción del presente trabajo.

¹ Meter-Armin TREPTE, «Public procurement and Community competition rules», *Public Procurement Law Review*, núm. 2, 1993.

² Directiva 88/295/CEE, de 22 de marzo, sobre contratos públicos de suministro; Directiva 89/440/CEE, de 18 de julio, sobre contratos públicos de obra; Directiva 89/665/CEE, de 21 de diciembre, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes

adjudicado el contrato, llevarán indefectiblemente a la empresa adjudicataria, por razones de mera lógica económica, a infringir las normas de competencia, en particular el art. 82 del Tratado CE.

Como se expondrá más adelante, el núcleo del problema que plantea este tipo de disfunción competitiva en materia de mercados públicos tiene su origen en la ausencia de instrumentos efectivos de defensa de la competencia. Precisamente, para evitar los problemas de competencia a los que hacemos referencia, sería preciso realizar un análisis prospectivo, de naturaleza esencialmente económica, de las condiciones de competencia en el mercado tras la adjudicación. Sin embargo, hoy por hoy, no existe ningún instrumento normativo que permita, ni en el ámbito de la contratación pública ni en el de la defensa de la competencia, imponer la obligación de realizar este análisis prospectivo y adoptar las medidas adecuadas para evitar las eventuales situaciones restrictivas de la competencia.

Esta cuestión reviste especial importancia en el caso de los mercados en proceso de liberalización o de eliminación de la regulación ineficiente. La creación o cristalización de estructuras de mercado anticompetitivas como consecuencia de los procesos de adjudicación de contratos públicos —por no tenerse en cuenta las implicaciones que cada una de las ofertas presentadas puede tener en términos de competencia para el funcionamiento de los mercados tras la concesión— puede poner en peligro, precisamente, los objetivos perseguidos con la liberalización entre las que destaca la existencia de una competencia suficiente.

Con el fin de concretar los diversos aspectos tratados en el presente artículo y, precisamente, para demostrar que el problema que se plantea puede no ser tan hipotético como pudiera parecer en principio, se propone el siguiente supuesto de hecho:

Para la construcción, explotación y mantenimiento de un determinado tramo de autopista se abre un concurso público, en condiciones com-

a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministro y obras; Directiva 90/531/CEE, de 29 de octubre, relativa a 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; Directiva 92/13/CEE, de 25 de febrero, 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; Directiva 92/50/CEE, de 18 de junio, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios; Directiva 93/36/CEE, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro; Directiva 93/37/CEE, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obra; Directiva 93/38/CEE, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones.

Dichas Directivas establecen la regulación de las condiciones mínimas de publicidad, participación y adjudicación en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de obras, suministros y servicios.

petitivas, cuyo pliego de condiciones cumple estrictamente los requisitos exigidos por la Directiva de obras públicas en las concesiones de obra pública³ y los principios generales del Tratado CE aplicables a los concursos públicos. La evaluación de las ofertas presentadas por los distintos licitadores también se realiza respetando escrupulosamente dichas normas.

La prestación de los servicios de dicha infraestructura viaria a los usuarios constituye un mercado de producto y geográfico perfectamente delimitado.

El tramo sacado a concurso transcurre en paralelo a otra autopista, ya saturada, que es la única que une los mismos dos puntos geográficos. Con la apertura del concurso para la segunda autopista se abriría, en principio, este mercado a la competencia.

La empresa concesionaria de la autopista, que en la actualidad une los dos mismos puntos (que hasta ahora, por lo tanto, poseía el monopolio de dicho mercado por vía de una concesión anterior), resulta la adjudicataria del nuevo tramo paralelo. Por tanto, la empresa adjudicataria, al haber obtenido la concesión de la ruta alternativa entre los dos mismos puntos geográficos, perpetúa su posición de dominio en dicho mercado. Lógicamente, se supone que la empresa adjudicataria ha ofrecido las mejores condiciones en un proceso competitivo.

La empresa adjudicataria se encuentra en una incontestable posición de dominio que le permite actuar de forma totalmente independiente de los clientes de las dos autopistas que discurren entre ambos puntos geográficos.

Aun suponiendo que los precios de los peajes estén regulados, puede anticiparse, con un grado de probabilidad elevado, la hipótesis de conductas abusivas por parte de la adjudicataria: reducción de los niveles de calidad en la prestación del servicio, disminución en la innovación tecnológica y cualquier otra posible consecuencia de la falta de competencia efectiva en el mercado. En este caso, las cláusulas del concurso y la conducta del regulador son determinantes. El efecto final dependerá de las conductas del concesionario y del regulador, de acuerdo con las leyes y las bases del concurso.

2. LOS MERCADOS RELEVANTES AFECTADOS POR LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

Antes de abordar las soluciones actualmente vigentes al problema planteado, conviene realizar una serie de precisiones sobre los mercados en el ámbito de la contratación pública.

³ Directiva 93/37/CEE. Debe precisarse que a las Concesiones de obras públicas no se aplican todas las normas previstas en la misma, aunque sí los principios básicos del Tratado CE que la inspiran, tal y como se dispone en la Comunicación interpretativa de la Comisión sobre concesiones (2000, C 121/02).

En efecto, en un supuesto de hecho como el propuesto, pueden identificarse dos mercados claramente diferenciados, a saber:

- el mercado abierto mediante la convocatoria del concurso, en el que la oferta estaría compuesta por todos los licitadores que presentan, competitivamente, sus ofertas, y la demanda por la entidad adjudicante de la concesión de autopistas;
- el mercado que surge o es modificado una vez adjudicado el concurso, que se definiría como el mercado de la prestación de los servicios de infraestructura viaria de gran capacidad entre dos puntos determinados, en el que la oferta recaería en la empresa adjudicataria, que explotaría el tramo concedido, y la demanda procedería de los usuarios de la autopista en cuestión.

Las condiciones de competencia existentes en cada mercado son evidentemente distintas. En (i) los distintos licitadores están compitiendo *por* hacerse con el mercado tal y como se ha definido en (ii)⁴, mientras que en (ii), en principio, el adjudicatario estaría compitiendo con otras empresas concesionarias que estarían prestando el mismo tipo de servicio *en* el mismo mercado. Sin embargo, en el supuesto de hecho que proponemos, no sería éste el caso, puesto que el mercado se ha definido como el de la prestación de servicios de autopista entre dos puntos geográficos concretos, y se ha partido de la base que la adjudicataria del nuevo trazado alternativo es la empresa que previamente era titular de la concesión entre los dos mismos puntos.

Las hipotéticas conductas abusivas por parte de la empresa adjudicataria en el también hipotético supuesto de hecho se producirían en (ii); es decir, una vez adjudicado el concurso y tras el proceso competitivo que ha tenido lugar antes del fallo del mismo.

Los problemas de competencia derivados de la creación de estructuras de mercado que abocarían, con una elevada probabilidad, en la adopción de conductas anticompetitivas por parte de los operadores presentes en el mismo se ven, lógicamente, agravados por la duración de las concesiones. En efecto, mediante la adjudicación del contrato cristaliza una determinada estructura de mercado que no resultará alterada durante el período concesional, salvo que, por ejemplo, se creara otra infraestructura alternativa que compitiese efectivamente con los dos tramos de autopista en cuestión⁵. Por lo tanto, el control previo de los efectos competitivos de una concesión a una determinada empresa se impone con mayor motivo, puesto que la corrección *a posteriori* de una estructura de mercado no competitiva resulta muy difícil o imposible.

En consecuencia, el hecho de que en el ámbito de los mercados públicos las condiciones de competencia pudieran garantizarse en la fase (i) mediante la aplicación de las Directivas sobre mercados públicos u opor-

⁴ Sobre la diferencia entre competencia por y en el mercado, ver Informes del SDC sobre control de concentraciones de 15 de abril de 2002, N-231 ACESA/IBERPISTAS y N-232 AUREA/IBERPISTAS.

⁵ Por ejemplo, una tercera autopista que uniese los dos mismos puntos geográficos.

tunas normas nacionales no excluye la posibilidad de que puedan plantearse problemas de competencia una vez adjudicado el concurso.

3. LA CUESTIÓN: LAS NORMAS SOBRE MERCADOS PÚBLICOS Y EN MATERIA DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA NO REGULAN EXPRESAMENTE LA CUESTIÓN

A. LA REGULACIÓN COMUNITARIA DE LOS MERCADOS PÚBLICOS

En la actualidad, el cuerpo normativo comunitario en materia de contratación pública se compone de varias Directivas que regulan los procedimientos de adjudicación de los contratos de suministro, de obra y de servicios, estableciendo, igualmente, un sistema de recursos para garantizar el respeto de dichas normas⁶. Estas Directivas tienen por objetivo establecer unas reglas que garanticen la apertura de los mercados públicos, reforzando la transparencia y la competencia, en el contexto de la consecución del mercado único comunitario. Los principios sobre los que se basa esta regulación guardan relación inmediata con las libertades fundamentales de establecimiento y de prestación de servicios consagradas en el Tratado CE, ejercidas en el marco de una competencia no falseada.

Para garantizar la consecución de estos fines, las Directivas sobre contratación pública establecen un conjunto de criterios objetivos tanto para la participación en los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos⁷ como para la adjudicación de los contratos⁸ que tratan de asegurar un trato no discriminatorio para todos los licitadores.

El objetivo de dichos criterios es garantizar que la libre competencia no se vea falseada durante la primera fase; es decir, en el mercado que se abre con la convocatoria de presentación de ofertas y se cierra con la adjudicación del contrato, por cualquiera de los procedimientos establecidos⁹.

Sin embargo, ninguna de las Directivas prevé expresamente la obligación, para las autoridades adjudicantes, de realizar un análisis prospectivo, en términos de competencia dinámica, de las consecuencias de la adjudicación a una u otra empresa sobre la estructura del mercado como consecuencia de dicha adjudicación¹⁰.

Cabría plantearse entonces si, a pesar de la ausencia de disposiciones que expresamente se refieren a los aspectos estructurales del mercado (ii), la consideración de dichos aspectos encajaría en alguno de los requisitos de selección de candidatos, de adjudicación de los contratos que

⁶ Ver nota 2.

⁷ Condiciones mínimas de capacidad técnica, económica y financiera de los licitadores.

⁸ Según el criterio de la oferta de menor precio o de la oferta económicamente más ventajosa.

⁹ Procedimientos abiertos, restringidos o negociados, o combinaciones de varios de ellos.

¹⁰ El que se ha definido en (ii) en el apartado 2.

se recogen en las Directivas o incluso en la ejecución de dichos contratos ¹¹.

Por lo que se refiere al primer tipo de requisitos, los candidatos deben: en primer lugar, no estar incurso en ninguna de las causas de exclusión taxativamente enumeradas en las Directivas ¹²; en segundo lugar, demostrar su capacidad financiera y económica; y, por último, demostrar su capacidad técnica ¹³.

En cuanto a las condiciones de adjudicación de los contratos, la elección de las ofertas puede efectuarse según el criterio del precio más bajo, el de la propuesta más ventajosa en términos económicos o el que garantice un mayor beneficio a los consumidores. La elección impone a la autoridad adjudicante no sólo la obligación de no ejercer ningún tipo de discriminación entre los distintos licitadores, sino, además, la obligación de obtener una ventaja económica con la adjudicación mediante la aplicación de los criterios de selección ¹⁴.

¹¹ Aunque las condiciones de ejecución de los contratos no se encuentren reguladas en las Directivas, quizás éste sería el momento más oportuno dentro del proceso de contratación pública para que las autoridades adjudicantes impusieran condiciones dirigidas a salvaguardar la competencia efectiva en el mercado, a la vista de la estructura creada o reforzada como consecuencia de la adjudicación del contrato público. Nada impide que la autoridad adjudicante incluya en el contrato a concluir con la adjudicataria un conjunto de compromisos que ésta estaría obligada a respetar para evitar cualquier efecto anticompetitivo derivado de la nueva estructura de mercado. Sin embargo, sería difícil de justificar la imposición de determinadas condiciones cuando éstas no hubieran sido incluidas en la convocatoria de presentación de ofertas, por lo que las empresas adjudicatarias podrían oponerse a las mismas, lo cual conllevaría retrasos en la ejecución de los contratos que pondrían en peligro en muchos casos el interés público al que responde la convocatoria (por ejemplo, la puesta en servicio de determinadas infraestructuras).

¹² Entre ellas, «haber sido condenado en sentencia firme por cualquier delito que afecte a su moralidad profesional» y «haber cometido falta grave en materia profesional que pueda ser comprobada por algún medio que los poderes adjudicadores puedan justificar» (por ejemplo, art. 20 de la Directiva 93/36/CE). Estas causas de exclusión podrían constituir un primer filtro en aquellos Estados miembros en que determinadas conductas lesivas de la libre competencia pudieran ser constitutivas de un tipo penal, pudiendo excluirse directamente a este tipo de empresas de los procedimientos de adjudicación. Sin embargo, esta posibilidad tan sólo revestiría un cierto interés cuando las infracciones se hubiesen cometido en el mismo mercado o mercados conexos con el mercado público en cuestión. De todos modos, excluir del proceso a empresas condenadas por infracción de un tipo penal análogo al del art. 81 del Tratado CE no tiene por qué suponer una garantía frente a posibles abusos de posición dominante derivados de la creación de una determinada estructura de mercado, por ejemplo.

¹³ Éstos no parecen, en principio, que puedan servir como una «red» para «capturar» a empresas que, de resultar adjudicatarias, podrían situarse en una posición de dominio de la que, con casi total seguridad, caerían en la tentación de abusar. Al contrario, estos criterios pueden, precisamente, privilegiar a empresas con una fuerte posición de mercado que les permite disponer de una solvencia financiera y tecnológica que las sitúe en mejores condiciones para cumplir con dichos criterios.

¹⁴ Las Directivas, a modo de ejemplo, se refieren a los precios, plazo de ejecución, costes y beneficios del proyecto o características técnicas del mismo. Nada excluiría, en principio, que las consideraciones en materia de estructura competitiva del mercado tras la adjudicación pudieran encajar en este criterio (pues, como se decía, la lista de criterios de las Directivas se ofrece a modo de ejemplo). Desgraciadamente, sin embargo, este criterio de la oferta más ventajosa económicamente está relacionado directamente con las ventajas económicas ligadas directamente con el proyecto en cuestión sin tener en cuenta el impacto que la adjudicación del mismo a una u otra empresa pueda tener para la estructura competitiva del mercado.

De esta exposición de los distintos criterios de participación y adjudicación se deduce claramente no sólo la ausencia en las Directivas sobre contratación pública de un criterio específico relativo al análisis del impacto real —a corto, medio y largo plazo— de la adjudicación sobre la estructura competitiva del mercado de que se trate, sino que dicha apreciación competitiva tendría difícil encaje dentro de los criterios existentes.

Estas carencias normativas tienen repercusiones especialmente negativas en aquellos mercados en proceso de ser liberalizados. En efecto, por lo que se refiere a los criterios de participación en los procedimientos de selección, los ex monopolistas o monopolistas en mercados vecinos o cercanos suelen encontrarse en situación óptima para cumplir con los requisitos exigidos. Además, puesto que las Directivas respetan en gran medida la autonomía de las autoridades nacionales adjudicantes, en ocasiones es muy difícil que no se vean envueltas en problemas de «captura del regulador» por parte de los ex monopolistas, cayendo en la tentación de proteger a sus «campeones nacionales»¹⁵.

Además, si bien es cierto que dichos criterios se aplican por igual a todos los participantes en los procesos de adjudicación, no deja de ser contrario al principio de no discriminación consagrado en el Tratado CE que entre las condiciones de admisión a este tipo de procedimientos de adjudicación no se incluya un factor corrector que, de alguna manera, penalice a este tipo de empresas, pues, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (en lo sucesivo, TJCE), tan discriminatorio resulta tratar de modo diferente situaciones iguales como tratar de igual manera situaciones distintas¹⁶.

Éste, precisamente, sería el caso del supuesto de hecho que se plantea mediante la convocatoria del concurso para la concesión de la autopista alternativa entre los mismos puntos geográficos, la autoridad concedente está, en efecto, introduciendo la posibilidad de que exista competencia en la prestación de servicios de infraestructura viaria de gran capacidad entre los dos puntos geográficos en cuestión. Sin embargo, al concederse la segunda autopista al titular de la concesión de la primera, esta posibilidad de competencia queda frustrada durante la duración de ambas concesiones¹⁷ y, además, se crean las condiciones estructurales que, de forma más o menos inevitable, llevarán al monopolista de dicho mercado

¹⁵ Un ejemplo: los servicios de la competencia de la Comisión Europea han decidido actuar contra las ventajas públicas concedidas a Electricité de France por la Administración francesa, consistentes en una garantía estatal ilimitada que podría constituir una ayuda pública, posiblemente ilegal. En la misma línea de actuación, el Estado francés ha pretendido salvar a France Telecom con un crédito de 9.000 millones de euros.

¹⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia de la CE de 30 de junio de 1998, en el asunto C-394/96, *Mary Brown c. Rentokil Ltd.* y Sentencias del Tribunal de Primera Instancia de la CE de 16 de abril de 1997, en el asunto T-66/1995, *Kuchlenz-Winter c. Comisión* y de 15 de marzo de 1994, asunto T-100/92, *La Pietra c. Comisión*.

¹⁷ No debe olvidarse que el objetivo de todo empresario es maximizar la rentabilidad de sus inversiones.

a caer en la tentación de abusar de su posición de dominio, infringiendo el art. 82 del Tratado CE.

En definitiva, si bien las Directivas sobre contratación pública garantizan unas condiciones mínimas de transparencia y competencia durante la «ventana competitiva» abierta con la convocatoria de ofertas para la adjudicación de un determinado contrato de obras, suministro o servicios, estas normas no permiten valorar los efectos estructurales derivados de la adjudicación del contrato a una u otra empresa.

B. LAS NORMAS COMUNITARIAS DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

En la introducción al presente artículo se hacía referencia a la ausencia, en Derecho comunitario, de instrumentos normativos (tanto en el ámbito de la contratación pública como de defensa de la competencia) que permitan realizar el análisis prospectivo sobre la estructura que tendrá el mercado tras la adjudicación concesional y determinar los posibles efectos anticompetitivos que se derivarían de dicha estructura y de las posibles conductas resultantes.

Sin embargo, esta afirmación podría ser calificada de imprecisa si se tiene en cuenta que el Reglamento (CE) núm. 4064/89, sobre control de concentraciones (en adelante, el Reglamento de Concentraciones) se basa, precisamente, en la anticipación de los posibles efectos anticompetitivos que pueden derivarse de la estructura de mercado resultante de una operación de concentración.

En efecto, el Reglamento de Concentraciones establece que serán incompatibles con el mercado común aquellas operaciones que supongan un obstáculo significativo para una competencia efectiva, al crear o reforzar una posición de dominio en el mercado común o en una parte sustancial del mismo.

El elemento más característico del análisis efectuado por la Comisión en el ámbito del control de concentraciones es, quizás, la naturaleza prospectiva del mismo y su enfoque esencialmente estructural. Así, mientras que en el ámbito de la aplicación de los arts. 81 y 82 del Tratado CE, la Comisión enjuicia conductas que ya han tenido lugar, en el control de concentraciones se trata de discernir, a la vista de una serie de elementos de carácter objetivo¹⁸, de qué manera la operación va a afectar a la estructura competitiva de un mercado determinado, adoptando, si fuera necesario, las medidas preventivas que se consideren adecuadas para evitar que las posibilidades de competencia en dicho mercado se vean sustancialmente lesionadas.

¹⁸ Como las cuotas de mercado que alcanzarán las partes tras la concentración, el grado de concentración de la oferta y de la demanda, las barreras de entrada, las relaciones verticales y otras cuestiones relacionadas con los intereses públicos.

No obstante, no resulta posible la aplicación del Reglamento de Concentraciones al ámbito de la contratación pública por la sencilla razón de que su ámbito material de aplicación se circunscribe exclusivamente al control de las operaciones de concentración tal y como se definen en el propio Reglamento: la fusión de dos o más empresas previamente independientes, la adquisición del control sobre la totalidad, una parte o partes de una empresa por parte de otra o la constitución de empresas en participación o *Joint Ventures* ¹⁹.

Por lo que se refiere a la aplicación del art. 82 del Tratado CE, ésta debe descartarse como instrumento idóneo para evitar los efectos anti-competitivos a los que se hace referencia por la misma razón que se descartó en su momento para el control de las operaciones de concentración ²⁰: su aplicación sólo puede efectuarse *a posteriori*; es decir, una vez que la empresa adjudicataria haya incurrido en algún tipo de comportamiento abusivo de los descritos en el supuesto de hecho que se somete a consideración.

Además, en determinados tipos de contratos públicos, como las concesiones de obra pública, la adjudicación puede revestir un carácter irreversible sobre todo en situaciones como la descrita en el supuesto de hecho, en el que se trata de desarrollar una infraestructura que puede ser esencial. En estos casos, la aplicación del art. 82 del Tratado CE puede resultar ineficaz por tardía. En efecto, aunque la imposición de una multa a la empresa infractora pueda tener un impacto nada despreciable ante los consumidores o clientes, resulta irrelevante para aquellos otros licitadores que pudieran haberse hecho con el contrato si, a igualdad en las condiciones de participación o de adjudicación, se hubiesen tenido en cuenta los efectos estructurales nocivos derivados de la adjudicación. Además, debe tenerse presente que la amenaza de cualquier tipo de competencia potencial en estos casos es prácticamente inexistente debido a la presencia de la insalvable barrera de entrada de orden legal a corto y medio plazo cual es la necesaria convocatoria de un nuevo proceso de adjudicación que, en todo caso, exige tiempo.

Una tercera vía parece configurarse como el instrumento mejor adaptado a este tipo de situaciones sin que en la práctica, sin embargo, pueda ser considerado como un remedio eficaz, por los problemas que se expondrán más adelante: la aplicación combinada de los arts. 86 y 82 del Tratado CE.

El art. 86.1 del Tratado CE dispone que «*los Estados miembros no adoptarán ni mantendrán, respecto de las empresas públicas y aquellas empresas a las que concedan derechos especiales o exclusivos, ninguna medi-*

¹⁹ Ello siempre y cuando la operación en cuestión alcance los umbrales de notificación obligatoria a la Comisión Europea, establecidos en función de los volúmenes de negocio alcanzados por las partes.

²⁰ Lo que dio lugar a la adopción de un texto normativo específico.

da contraria a las normas del presente Tratado, especialmente las previstas en los arts. 7 y 81 a 89, ambos inclusive».

Tras la Sentencia del TJCE en el asunto de las *Ambulancias Glöckner*²¹, parece posible sostener que las concesiones administrativas, como la del supuesto de hecho que se plantea, son susceptibles de constituir derechos exclusivos o especiales en el sentido del art. 86.1 del Tratado CE. En efecto, en virtud de esta Sentencia se considera que constituyen derechos exclusivos o especiales las medidas de carácter legislativo (o reglamentario) que confieren una protección a un número limitado de empresas, siempre que tal medida afecte sustancialmente a la capacidad de las demás empresas para realizar la actividad económica de que se trate en el mismo territorio en condiciones esencialmente equivalentes²².

De acuerdo con esta definición jurisprudencial, la adjudicación de un contrato público reuniría todos elementos enunciados: (i) medida estatal²³, (ii) que establece la reserva o protección de una determinada actividad económica para un número limitado de empresas²⁴, y (iii) *que afecta sustancialmente a la capacidad de las demás empresas para realizar la actividad económica en cuestión en el mismo territorio en condiciones esencialmente equivalentes*²⁵.

Aunque, como recuerda esta misma Sentencia, el simple hecho de crear una posición dominante mediante la concesión de derechos especiales o exclusivos, en el sentido del art. 86.1 del Tratado CE, no es, como tal, incompatible con el art. 82 del Tratado CE, si la empresa de que se trate es inducida, por el simple ejercicio de los derechos exclusivos o especiales que le han sido conferidos, a explotar su posición de dominio de manera abusiva, o cuando dichos derechos puedan crear una situación en la que dicha empresa sea inducida a cometer tales abusos, el Estado miembro en cuestión habrá infringido las prohibiciones contenidas en los arts. 86 y 82 del Tratado CE²⁶.

En este sentido, podría entenderse que la empresa es inducida a obtener ventajas de su situación monopolista e incluso a abusar de la misma cuando se cree una situación en la que la propia lógica económica conduzca a la empresa a maximizar su beneficio o a aplicar condiciones que no contemplaría como posibles en el caso de existir una competencia suficiente en el mercado, como consecuencia de la ausencia de competencia, sin que ello revierta necesariamente en los consumidores.

²¹ Sentencia del TJCE de 25 de octubre de 2001, en el asunto C-475/99.

²² Considerando 24.

²³ En el supuesto de hecho que se plantea, la adjudicación de la autopista.

²⁴ En el caso supuesto, sólo una empresa va a poder prestar los servicios de infraestructura viaria de gran capacidad.

²⁵ En el caso objeto de análisis, la concesión implica que ninguna otra empresa podrá prestar los servicios en cuestión entre los dos mismos puntos geográficos.

²⁶ Considerando 39, retomando lo dictaminado por el Tribunal de Justicia en la Sentencia de 12 de septiembre de 2000, Pavlov y otros, asuntos acumulados C-180/98 a C-184/98, *Rec.* I-6451, considerando 127.

Este hecho no debe sorprender. En efecto, un análisis de la realidad pone de relieve que, dado que el objetivo de las empresas es maximizar su beneficio, éstas dirigen sus estrategias hacia el objetivo de aumentar su poder (cuota) de mercado apoyándose en la hipótesis de que una mayor cuota facilita la obtención de niveles más elevados de rentabilidad. En este sentido, puede sostenerse que los propios mecanismos del mercado fomentan comportamientos estratégicos no competitivos: en el caso que se analiza, vencer en el concurso público con el objetivo de obtener una segunda concesión potencialmente competidora con la primera que ya se posee. De esta forma se elimina del mercado a un competidor potencial. En este contexto, si aceptamos la premisa de M. PORTER²⁷ de que la situación de la competencia en un sector industrial depende de cinco piezas competitivas básicas²⁸ y que la acción conjunta de dichas piezas determina la rentabilidad potencial de la actividad, fácilmente se entiende el interés de la empresa incumbente por hacerse con la segunda concesión, dado que si vence en la primera fase de la competición elimina los obstáculos para alcanzar una posición de dominio en el mercado, preludio de la posibilidad de mejorar la rentabilidad relativa de sus inversiones en comparación con una situación alternativa caracterizada por la presencia en el mercado de un competidor agresivo dispuesto a alcanzar mayores cuotas de mercado al amparo de las ventajas competitivas permitidas por el sistema concesional.

En el caso que se analiza, la soberanía del mercado se alcanza como consecuencia de la adjudicación del contrato (la medida estatal en cuestión) que permite: en primer lugar, crear una estructura de mercado en la que se coloca a la empresa concesionaria en posición de dominio (o se refuerza dicha posición) y, en segundo lugar, se abre la posibilidad de que la empresa concesionaria abuse de tal posición de dominio sobre la base de comportamientos estratégicos apoyados en las condiciones no previstas en el pacto concesional.

Si bien ésta pudiera parecer, en principio, una solución perfectamente aceptable para hacer frente al problema que se analiza utilizando los instrumentos legales vigentes, plantea serias dificultades de índole práctica derivadas, una vez más, de la naturaleza necesariamente prospectiva del análisis de los abusos que, potencialmente, puede cometer la empresa adjudicataria. Resulta harto complicado proporcionar elementos de prueba suficientemente sólidos a este respecto, más allá de los modelos económicos que, con un grado de probabilidad más o menos elevado, tratarían de demostrar que, siguiendo una lógica económica normal, las empresas que se coloquen en dicha situación de independencia como consecuencia de la adjudicación del contrato abusarán indefectiblemente de su posición de dominio. Debe tenerse en cuenta que, incluso en el

²⁷ M. PORTER, *Estrategia Competitiva. Técnicas para el análisis de los sectores industriales y de la competencia*, Compañía Editorial Continental, 1987.

²⁸ Los competidores en el sector, los competidores potenciales, los proveedores, los clientes y los bienes o servicios sustitutivos.

ámbito del control de concentraciones, en el que la Comisión Europea dispone del instrumento legal que le permite realizar de forma clara un análisis de las condiciones de competencia *ad futurum*, esta institución hace gala de una cautela extrema a la hora de tomar en consideración dichos modelos económicos a la vista de los elevadísimos estándares de prueba requeridos por el Tribunal de Primera Instancia de la CE (en adelante, TPI) en las últimas sentencias sobre control de concentraciones ²⁹.

En este punto cabe recordar que la insuficiencia de competencia y el funcionamiento ineficaz de los mercados, como avanza la teoría económica y avala el análisis empírico, tiene efectos negativos sobre la eficiencia y el bienestar de los ciudadanos. En otros términos, la competencia y el funcionamiento eficaz de los mercados tiene efectos positivos no solamente sobre las empresas que aceptan el reto competitivo, sino, también, sobre los consumidores y el conjunto de la economía.

Piénsese, por ejemplo, en la denominación «Ineficiencia X» ³⁰ cuyo origen reside en el hecho de que bajo condiciones de poder de mercado, los bienes y servicios pueden producirse con costes superiores a los que resultarían bajo la presión competitiva. Esta posibilidad se explica porque el poder de mercado de las empresas permite el desplazamiento de eventuales incrementos de costes a los precios o el traslado a los mismos de la posible diferencia entre el coste resultante en condiciones de competencia y el alcanzado cuando la empresa dispone de poder de mercado. En consecuencia, de acuerdo con la evidencia empírica, puede sostenerse que cuanto menor sea la presión competitiva mayor será la probabilidad de que los oferentes de bienes y servicios incurran en «Ineficiencia X».

Por lo tanto, aunque en principio esta solución legal se configure como la única alternativa más o menos viable hoy por hoy para evitar los problemas estructurales de competencia derivados de la adjudicación de los contratos públicos a unas empresas frente a otras, los problemas de prueba que plantea en un contexto de información escasa pueden hacerla ineficaz en la mayoría de las ocasiones.

²⁹ Sentencias Tetra Laval/Sidel, Airtours y Schneider Legrand.

³⁰ La expresión se debe a H. LEIBENSTEIN, «Allocative Efficiency vs. "X" Efficiency», *American Economic Review*, vol. 56, Juny, 1966. Adam SMITH ya apuntó la existencia de ineficiencias asociadas a los mercados monopolísticos cuando afirmó que «El monopolio... es el gran enemigo de la buena gestión», *Investigación sobre la Naturaleza y Causas de la Riqueza de las Naciones*, Editorial Oiros Tau, 1766.

4. LA INTEGRACIÓN DE LAS CONSIDERACIONES DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA EN LOS PROCEDIMIENTOS DE ADJUDICACIÓN DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS: ¿HACIA UNA DIRECTIVA SOBRE EVALUACIÓN DE LAS REPERCUSIONES DE DETERMINADAS ADJUDICACIONES SOBRE LA ESTRUCTURA COMPETITIVA DE LOS MERCADOS?

Ninguno de los mecanismos actualmente existentes prevé expresamente los mecanismos para evitar que, mediante la adjudicación de un contrato público a una determinada empresa, se cree o refuerce una estructura de mercado anticompetitiva.

Se impone, por tanto, explorar nuevos remedios para evitar este tipo de problemas que permitan, o en su caso obliguen, a la autoridad adjudicante a sopesar las ventajas económicas de una determinada oferta relacionadas directamente con el proyecto de que se trate, sin olvidar las consecuencias económicas menos directas, pero no por ello menos relevantes, derivadas de la configuración de una estructura de mercado determinada. Se trataría, pues, de articular un mecanismo que permitiera, en situaciones de igualdad en cuanto al cumplimiento de los requisitos de participación y adjudicación de los contratos públicos, introducir un elemento que abriera la posibilidad de inclinar la balanza del lado de la oferta que implicase la estructura y la conducta más competitivas en el mercado para el cual se adjudica el contrato en cuestión, eliminando, de esta forma, aquellas conductas que alejan a los mercados de los comportamientos competitivos afectando, en consecuencia, los beneficios de los consumidores y el bienestar.

Estos nuevos remedios podrían tener, como precedente cercano, la Directiva sobre la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medioambiente³¹, que establece la obligación de que las autoridades adjudicantes dispongan de la información adecuada que les permita decidir sobre un determinado proyecto con el análisis necesario que desemboque en el pleno conocimiento de sus posibles impactos significativos en el medio ambiente. Esta misma obligación podría ser impuesta por lo que se refiere al conocimiento de las implicaciones para la estructura competitiva del mercado.

Igualmente, la evaluación del «impacto competitivo» de la oferta en cuestión debería producirse con carácter previo a la decisión de adjudicación, de modo que tal decisión no pudiese tener lugar sin haberse procedido a dicha evaluación previa.

En esta misma línea, los Estados miembros deberían establecer los umbrales por encima de los cuales debiera procederse a realizar la eva-

³¹ Directiva 85/337/CEE del Consejo, de 27 de junio de 1985, modificada por la Directiva 97/11/CE del Consejo, de 3 de marzo de 1997.

luación. Podría tratarse de un umbral basado en la cuota de mercado y en la eventual existencia de barreras de entrada que la adjudicataria alcanzaría, o aprovecharía, en virtud, precisamente, de la adjudicación.

Esta cuestión plantearía varios interrogantes de índole práctica. En primer lugar, cabe presumir que la autoridad competente para la adjudicación de los contratos no tenga la capacidad técnica suficiente —lo que no es infrecuente— como para analizar las implicaciones competitivas del proyecto. En segundo lugar, dejar en manos de la autoridad adjudicante la realización del análisis del impacto competitivo que podría plantear dudas respecto a la efectividad del mismo por los conflictos de intereses que podrían producirse. En tercer lugar, ¿qué tipo de información tendrían que proporcionar los licitadores para llevar a cabo la evaluación? ¿Tendría esta información que ser suministrada en la misma oferta y ante la misma autoridad adjudicante?

El asunto no es sencillo. El análisis de los mercados exige no sólo la recopilación de hechos, sino, también, la elaboración de conceptos y argumentos dotados de solidez analítica. Sin embargo, la realidad muestra que la progresiva complejidad de los hechos y de las conductas introduce elementos que dificultan el análisis. Cada vez es más difícil extraer los elementos determinantes de cada problema. Los interrogantes y las dudas presiden los análisis de las realidades de nuestro tiempo. Y este hecho, característico de los análisis de los mercados, está presente en la interpretación de las conductas empresariales.

Avanzar no es sencillo. Si difícil es la acotación de los conceptos y el establecimiento de las relaciones pertinentes entre ellos, más difícil es la previsión de lo que sucederá en un contexto rápidamente cambiante, con una fuerte capacidad de reacción y una complejidad creciente presidida por la intervención de múltiples factores.

Por todo ello, los análisis de las situaciones concretas deben alcanzar una dimensión pluridimensional que abarque las relaciones causales de los componentes de la realidad a analizar. Dicha complejidad debe ser aprehendida por los operadores económicos implicados en una operación que afecta a la competencia en el mercado. Pero también debe ser analizada por las autoridades de defensa de la competencia.

La teoría de juegos puede cooperar en el citado análisis. Para J. TIROLE³² la teoría de juegos ha permitido precisar las características multidimensionales de la competencia diferenciando los aspectos relacionados con los precios de los relacionados con cuestiones distintas de los precios. También ha hecho posible el análisis de cuestiones relacionadas con el funcionamiento de los mercados con los efectos de las conductas de un número reducido de participantes sobre la asignación de recursos, el comportamiento estratégico de las empresas, la dimensión temporal de la competencia y la contratación cuando las empresas disponen de distinto poder de negociación, entre otras cuestiones.

³² J. TIROLE, *La Teoría de la organización industrial*, Ariel Economía, 1990.

5. UNA REFLEXIÓN FINAL

Todo ello conduce al planteamiento de la posibilidad de que, idealmente, el sistema de evaluación del impacto competitivo de la adjudicación de los contratos públicos, en un contexto de competencia imperfecta, se asemeje lo más posible al régimen del control de concentraciones.

Es decir, cabría la posibilidad de arbitrar un sistema de notificación obligatoria de toda oferta referida a la adjudicación de un contrato público que pudiera desembocar en el hecho de que el licitador adquiera o incremente significativamente su cuota en el mercado relevante afectado por la operación. La notificación, como es obvio, debería realizarse ante una autoridad independiente y especializada en materia de defensa de la competencia³³ y por medio de un formulario que obligase a suministrar la información que permitiese a las autoridades poder enjuiciar de forma suficiente el impacto de la adjudicación del contrato sobre el mercado en cuestión.

En cuanto al análisis de fondo, no debería, en principio, diferir demasiado del que se encuentra en la actualidad en la base del régimen de control de concentraciones. Es decir, se trataría de determinar si, como consecuencia de la adjudicación de una determinada obra, servicio o suministro a determinada empresa, se estaría colocando a la empresa adjudicataria en posición de dominio o reforzándose la misma en un determinado mercado.

Un *test* como el mencionado permitiría impedir la creación de estructuras de mercado anticompetitivas a través del sistema concesional y corregir *a priori* dichos efectos nocivos para el mercado, bien recomendando que el contrato no le sea adjudicado a dicha empresa, bien permitiendo que, en caso de que resultara ser la oferta económica más ventajosa o la de menor precio, le fuese adjudicado el contrato sometiendo la ejecución del mismo a determinadas obligaciones que permitiesen evitar los posibles efectos anticompetitivos derivados de la nueva estructura de mercado.

En todo caso, debería ser la entidad adjudicante la que tuviera la última palabra, pero siempre teniendo en cuenta el informe de impacto competitivo emitido por las autoridades de competencia. Ahora bien, deberían establecerse los mecanismos pertinentes para evitar que, en caso de igualdad de las ofertas en términos económicos directamente relacionados con el proyecto, la decisión no tenga como resultado la creación o refuerzo de una estructura de mercado anticompetitiva que limite los efectos de la competencia sobre los consumidores y sobre el conjunto de la economía.

³³ En España, al Servicio de Defensa de la Competencia, por ejemplo, con la debida participación del Tribunal de Defensa de la Competencia.

REFUSAL TO SUPPLY OR LICENSE

Valentine KORAH¹

Professor Emeritus of Competition Law
at University College London
Visiting Professor College of Europe at Bruges
and at Fordham Law School

1. INTRODUCTION

At the beginning, the Commission and European Court of Justice (the ECJ) impliedly accepted the Ordo Liberal view that the right to enter a market is part of the rights of an individual, prized for its own sake and not only when it creates more competition for the benefit of consumers². The view of Chicago that the only interest worthy of protection is that of consumers who benefit from efficiencies of all kinds is beginning to gain ground in Europe, but not to the extent that it has in the USA. It is hardly surprising that firms considered dominant should have been treated as owing a duty to newcomers to give them access to assets needed to operate in the market³.

In this article it is intended to trace the case law of the ECJ and Court of First Instance (CFI) on refusals to supply or license and argue that

¹ Professor Emeritus of Competition Law at University College London, Visiting Professor College of Europe at Bruges and at Fordham Law School.

This is a substantially altered version of an article originally published in (2002) 69 *Antitrust Law Journal* 801.

I am greatly indebted to Anthony Whelan of the Commission's legal service for many helpful comments given in a personal capacity on a draft of this paper. I would also like to thank Craig Flanagan of Fordham Law School, one of the brightest students I have ever taught, for considerable help, not only in checking citations, helping me with computer problems, copy editing and other mundane matters, but also for making helpful suggestions of substance far beyond the capability of most students. Neither gentleman has seen the final version and neither can be blamed for my errors.

² See David GERBER, *Law and Competition in Twentieth Century Europe: Protecting Prometheus*, 232-265 (1998). Between the world wars, the Freiburg School of economists and lawyers were hostile to Nazi ideas and, in pursuit of liberty, advocated the dispersion of both political and economic power. They did not advocate the abolition of intellectual property rights, but considered that patentees should be required to act as if they had no market power, which amounts to almost the same thing as abolishing them.

³ See generally, Eleanor M. Fox, «What is harm to competition? Exclusionary practices and anticompetitive Effect. (2002)» *Antitrust Law Journal*, 2, 371, 392-406.

such a duty is desirable only in extreme situations, mainly when the market is important, the original investment in the essential facility was made with public funds, or when the incumbent was protected by special or exclusive rights, and when there is a regulator or some other effective mechanism established to settle the fee. From the 1970s until the 1990s, both the Commission and ECJ viewed intellectual property rights with hostility. Such rights were perceived as both barriers to entry and as a method of dividing the common market contrary to the basic principles of the European Communities. Since most intellectual property rights are national⁴, it was originally thought possible to divide the common market by exercising rights in another member state against parallel traders until the ECJ developed the doctrine of Community exhaustion in the 1970s. More recently, views have been changing to recognise the importance of incentives to investment, but many minds contribute to the enforcement of EC law and the results are not uniform.

Perhaps the best known recent example of such hostility came in the judgment of the ECJ in *Magill*⁵. The ECJ held that although the right to exclude is the specific subject matter of intellectual property rights, «in special circumstances», the three television stations transmitting in Ireland and Northern Ireland, a separate member state, were required to license the copyright in their listings to Magill, which wanted to publish a comprehensive guide to the programs in competition with the separate guides published by each station. Since then, however, the ECJ and CFI have been less willing to require dominant firms to grant access to third parties.

The Commission's recent decision on interim measures requiring IMS⁶ to licence competitors to use its business method raised concern that, despite the judgments given after *Magill*, the Commission had determined to read the precedent broadly. Those interim measures have been suspended by two interim orders of the CFI⁷.

2. DECREASING HOSTILITY TOWARDS INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS

In the 1960s and 1970s, the ECJ reduced the scope of intellectual property rights by objecting to absolute territorial protection in *Consten & Grundig*⁸ as contrary to article 81 and developing the doctrine of exhaustion, under the principle of the free movement of goods. The integration

⁴ There are design and trade marks applying throughout Benelux, and we now have a Community trademark regulation under which Community marks may be registered, although national marks also continue.

⁵ *Radio Telefis Eireann and Others v. Commission* (C-241 & 242/91P), 6 April 1995 [1995] ECR I-743, [1995] 4 CMLR 718 [1995] 1 CEC 400 (ECJ), III.C below.

⁶ Interim order of Commission, 3 July 2001, OJ 2002, L59/18 [2002] 4 CMLR 58 [2002] CEC 2234.

⁷ *IMS Health v. Commission* (T-184/01RI), 10 August 2001 [2002] CMLR, 46 *IMS Health v. Commission* (T-184/01R II), 26 October 2001 [2002] CMLR, 58.

⁸ (56 & 58/64) [1966] ECR 229 [1966] CMLR, 418, *CMR*, 8046.

of the market trumped the policies of competition and intellectual property.

In the 1980s, however, the ECJ began to look more carefully at the rationale for the various kinds of intellectual property right and recognized the tension between them and the principle of free movement. In *Coditel I*⁹, it recognized the legitimate interest of the holder of copyright in performing rights to a film to calculate fees payable by cinemas on the actual or probable number of performances and refused to apply the doctrine of exhaustion to performing rights.

The second *Coditel* judgment¹⁰, upheld the validity of exclusive licenses to different distributors of a film in different member states although as Advocate General Reischl had observed, it would lead to absolute territorial protection: one of the strongest no-noes of EC competition law. The Court looked to the practice of the industry, according to which distributors often helped to finance production, dubbing, and sub-titling of films. The industry obtained fees from the cinemas based on a percentage of the take. Absolute territorial protection was recognised as not contrary to Article 81, provided it did not lead to excessive charges, whatever that may mean.

In *Hag II*¹¹, the ECJ did not recite its earlier customary assessment of trademark rights as being worthy of little protection¹² and expressly reversed an earlier judgment, arguably for the first time, saying:

«13. Trade mark rights are, it should be noted, an essential element in the system of undistorted competition which the Treaty seeks to establish and maintain. Under such a system, an undertaking must be in a position to keep its customers by virtue of the quality of its products and services, something which is possible only if there are distinctive marks which enable customers to identify those products and services. For the trade mark to be able to fulfill this role, it must offer a guarantee that all goods bearing it have been produced under the control of a single undertaking which is accountable for their quality».

Consequently, when Belgian authorities seized a Belgian mark as part of the reparations to be paid by a German holder to a country that had been victorious in the second world war, the ECJ upheld the use of a parallel German trademark to restrain the import of goods from Belgium.

⁹ *SA Compagnie Générale pour la Diffusion de la Télévision v. Cine Vog Films* (Case 62/79) [1980] ECR, 881 [1981] 2 CMLR 362, CMR 8662.

¹⁰ *Coditel SA v. Ciné Vog Films SA* (No. 2)(Case 262/81) [1982] ECR 3381 [1983] 1 CMLR 49, CMR 8865.

¹¹ *CNL Sucal v. Hag II*. (Case10/89) [1990] ECR IB3711 [1990] 3 CMLR 571 [1991] 2 CEC 457.

¹² In *Sirena Srl v. Eda Srl*. (Case 14/76), [1971] ECR 69 [1971] CMLR 60, CMR 8101, the ECJ had said:

«The exercise of a trade-mark right is particularly apt to lead to a partitioning of markets, and thus to impair the free movement of goods between States which is essential to the Common Market. Moreover, a trade-mark right is distinguishable in this context from other rights of industrial and commercial property, in as much as the interest protected by the latter are usually more important, and merit a higher degree of protection, than the interests protected by an ordinary trade-mark.»

The need to avoid confusing consumers in Germany, trumped even the fundamental principle of the free movement of goods.

3. REFUSAL TO LICENSE

Refusal to license has been treated by the courts in Luxembourg as infringement of a general obligation imposed by article 82 (formerly article 86) on firms enjoying a dominant position to supply a competitor downstream. Like Article 81, 82 was perceived as protecting competitors as much as consumers, although this is now changing.

A. COMMERCIAL SOLVENTS

*Commercial Solvents*¹³ was the ECJ's first judgment on refusals to supply. The Commission had condemned the refusal by Commercial Solvents to supply Zoja with the raw materials to make ethambutol, an important drug used for the treatment of tuberculosis. Commercial Solvents was the only firm in the world with the know how commercially to make the raw material. Zoja was one of only two firms in the common market producing ethambutol in competition with a joint venture, Istituto, in which Commercial Solvents had a half interest, and American Cyanamid.

On appeal the ECJ upheld the Commission's decision. It said:

«25 ...an undertaking being in a dominant position as regards the production of raw material and therefore able to control the supply to manufacturers of derivatives cannot, just because it decides to start manufacture of these derivatives in competition with its former customers act in such a way as to eliminate their competition which, in the case in question, would have amounted to eliminating one of the principal manufacturers of ethambutol in the Common market.»

It implied that Commercial Solvents would strengthen its market power downstream by eliminating a competitor and reserving that market to itself¹⁴.

It is not clear from the judgment confirming the Commission's order to supply Zoja whether the ECJ was protecting a small firm¹⁵ that wanted to make ethambutol, or those paying for the treatment of tubercular patients. Judge Pescatore, then President of the ECJ, said extra judicially that the Court had protected a small firm—the protection of competitors—rather than free competition for the benefit of consumers. This

¹³ *Istituto Chemioterapico Italiano SpA and Commercial Solvents Corp. v. Commission* (6 & 7/73) [1974] ECR 223 [1974] 1 CMLR 309, CMR 8209.

¹⁴ Although it would compete with American Cyanamid and two smaller suppliers.

¹⁵ The interests of small and medium-sized firms are mentioned in the preamble to the Treaty.

desire to protect certain types of competitors may help to account for the formerly wide scope of the European duty to supply.

Although the facts might have been perceived in the United States as raising an issue of essential facilities, the Court's language was far broader. A refusal to supply by a firm dominant over the supply of the raw materials that excluded a competitor from a neighbouring concentrated market was treated as the abuse of its dominant position.

The judgment did not impose unlimited obligations to supply on dominant firms. The Court followed Advocate General Warner in focussing on the pharmaceutical market downstream. From this, some have inferred that the duty to supply arises only if there are two separate markets, but the question did not arise in that case. Usually the refusal protects the position of the dominant firm in a market downstream, but not necessarily.

Zoja had been a former customer, so it would be difficult to argue that it was not fit to handle a trade marked product.

B. VOLVO

The obligation to supply was not extended automatically to an obligation to grant licenses. The rationale of design protection was accepted in *Volvo AB v. Erik Veng (U.K.) Ltd.*¹⁶. The ECJ ruled that the right to exclude was the

«substance of the exclusive [design] right, and that a refusal to grant such a license cannot in itself constitute an abuse of a dominant position.»

It went on, however, to give three examples that had been suggested by counsel when a refusal to licence might be abusive: a refusal to license might be abusive if coupled with (1) an arbitrary refusal to supply spare parts to independent repairers, (2) overcharging for spare parts, or (3) ceasing to produce spare parts for a particular model when there were many vehicles of that model still on the road. These qualifications, which no one in the case had an incentive to challenge, came back to haunt us in *Magill*¹⁷.

C. MAGILL

In *Magill*, the Commission adopted decisions against the three undertakings that transmitted television programs that could be picked up in the Republic of Ireland and in Northern Ireland (part of the UK, a se-

¹⁶ (238/87) [1988] ECR 6211 [1989] 4 CMLR 122, CMR 14498. An almost identical judgment was given at the same time *Renault Maxicar* 53/87 [1988] ECR 6039 [1990] 4 CMLR 265 [1990] 1 CEC 267.

¹⁷ *Id.*, *supra* note 5.

parate member state). Each of them published its own very profitable weekly television guide for the following week. Each also granted a copyright license free of charge to daily papers, but only for one day ahead (2 or 3 at weekends and holidays). Newspapers were also permitted to publish weekly highlights. When Magill published a single issue, intended to become weekly, of a comprehensive guide to the programs of all three stations, the latter each obtained an injunction against copyright infringement and refused licenses.

One may ask how there was copyright in a list¹⁸. There was neither artistic endeavor nor 'sweat of the brow' involved in compiling the listings. The television companies required no inducement to prepare them. The BBC might have lost part of its license fee income had its ratings declined, and the others would have lost advertising revenue if consumers did not watch the programs¹⁹.

In response to a complaint by Magill, the Commission found that the three television stations had abused a dominant position and ordered them to stop. This was confirmed by the CFI²⁰.

On appeal, the ECJ confirmed²¹ that «mere ownership of an intellectual property right cannot confer [a dominant] position». It added at para. 47, however, that the television companies held a de facto monopoly over the information about programs needed by Magill. They were the only source.

The ECJ went on to confirm the finding that the dominant position had been abused. It referred to the special circumstances of the case, but did not specify precisely what circumstances were exceptional. It seemed to take as a finding of fact that it had no jurisdiction to challenge that there were no substitutes²². It stated that the television stations were the only sources of the basic information²³ and continued:

«54. *The appellants' refusal to provide basic information by relying on national copyright provisions thus prevented the appearance of a new product, a comprehensive weekly guide to television programmes, which the appellants did not offer and for which there was a potential consumer demand. Such refusal constitutes an abuse under heading (b) of the second paragraph of Article 82 of the Treaty.*»

¹⁸ Cf. *Feist Publ'n, Inc. v. Rural Tel. Serv. Co.*, 499 U.S. 340 (1991). See also Advocate General Jacobs' opinion in *Oscar Bronner*, para. 63, quoted at III.B.1 below.

¹⁹ The UK Copyright Designs and Patents Act 1988 now provides for a compulsory license in such a situation. I doubt whether any of the civil law member states would have granted copyright to the listings.

²⁰ The CFI is a court attached to the ECJ in Luxembourg, and hears appeals from the Commission. It does not rehear the case, but has jurisdiction of judicial review, subject to appeal to the ECJ on questions of law only. *Radio Telefis Eireann and Independent Television Publications v. Commission* (TB69, 70, 76B77 & 91/89) [1991] ECR II B485 *et seq.*, [1991] 4 CMLR 586 *et seq.* [1991] 2 CEC 114, 147, 174.

²¹ *Id.* at para. 46.

²² *Id.* at para. 52.

²³ *Id.* at para. 53.

there was no justification for the stations reserving to themselves the secondary market of weekly TV guides, by excluding all competition on that market. I read the special circumstances mentioned in para. 54 as being cumulative, but one later judgment of the CFI²⁴ has suggested that they are alternatives. This may not matter greatly, as the list appears not to be exclusive.

The ECJ did not refer to there being two markets. It accepted that each tv station was dominant over the information and that it was needed by a firm compiling a comprehensive guide. It might have been said that there was no market downstream because each tv station had prevented one from arising. The court is to be commended. Economists refer to markets as mechanisms whereby actual *or potential* transactions can take place. The issue arose in Australia in *Queensland Wire*²⁵. The incumbent sole maker of star pickets, much used for rural fencing, made the Y Bar needed for their production by a subsidiary²⁶ and refused to supply Y bar to a competitor in the supply of star pickets, save at a price that made their production unprofitable. The Full Federal Court²⁷ held that since there were no transactions in the intermediate product, there was no market and that section 46 had not been infringed. BHP had not taken advantage of its dominant position to eliminate a competitor from a market.' Academic experts were so concerned that establishing a total monopoly should be treated less harshly, than establishing a lesser degree of market power that one flew to Canberra to persuade the competition authority to appeal and, in a landmark judgment, the High Court²⁸ held that the conduct infringed section 46.

The judgment in *Magill* gave rise to heated debate. There was concern that the holder of an improvement patent might be able to require a licence under the basic patent. The 'special circumstances' spelled out by the ECJ seemed to be satisfied. The patentee of the improvement would want to sell a new product, for which there might well be potential consumer demand and which the holder of the basic patent could not supply without infringing its improvement patent. Nor would the holder of the improvement patent be able to supply without a license to exploit the basic patent.

Doubtless, the situation might be solved by the grant of cross licenses, with a royalty one way or the other depending on the valuation of the

²⁴ *Tiercé Ladbroke v. Commission*, T-504/93, June 12 1997 [1997] ECR II-923 [1997] 5 CMLR 309, [1997] CEC 812, para. 131.

²⁵ *Queensland Wire Industries Pty Ltd v. Broken Hill Proprietary Ltd and Another* (1988) 83 ALR 577; comment Korah, «Access to Essential Facilities under the Commerce Act in the light of experience in Australia, the European Union and the United States» (2000) 32 *Victoria University of Wellington Law Review* 231, 233 *et seq.*, Frances HANKS and Philip WILLIAMS, «Implications of the Decision of the High court in *Queensland Wire*» (1990) 17 *Melbourne ULR* 437.

²⁶ As the operator of the only rolling mill in Australia, BHP enjoyed vast economies of scope. The only competition came from overseas and the freight for a heavy product of low value was a high proportion of total cost...

²⁷ On appeal from J. PINCUS, who had absolved the conduct because it was not reprehensible.

²⁸ The Australian Supreme court.

two licences as negotiated by the parties. If, however, the holder of an improvement patent was entitled to a licence, it would be able to negotiate more favorable terms. Whether there is a duty to license must be determined.

Unduly strong property rights

The only difference between the above example and Magill is that the listing seemed unworthy of copyright protection. The tv stations needed to publish their programmes if the BBC were to retain its licensing fees or the others their advertising revenues: they needed no incentive to prepare the listings. The investment that led to a basic patent may have been huge and made only in the expectation of an exclusive right if successful technically and commercially. Paragraph 55 of the judgment in Magill is not clear, but the ECJ may have been indicating that copyright in a list is not justifiable.

Economists cannot tell us how strong protection of intellectual property rights should be. Whatever the law dictates, there may be insufficient inducements to investment in research and development. If patent protection is too strong, the incentives to derivative research and development are insufficient. A license under the basic patent will have to be negotiated and any reward will have to be shared with its holder. The holder of the basic patent may not be under competitive pressure to improve the technology. If protection is less strong and the holder of an improvement patent is entitled to a compulsory license, the incentive to invest in the basic technology may be insufficient.

Economists have discussed whether it would be better to grant wide patents for a short time, or narrow patents for ever²⁹.

The Federal Trade Commission held most interesting hearings in the Fall of 1995³⁰. The results were described in a staff paper *Anticipating the 21st Century: Competition Policy in the New High-Tech, Global Marketplace*. Eminent lawyers, economists, and professors from business schools in the United States thought that application of the essential facilities doctrine might sometimes be desirable.

John Barton³¹ questioned the desirability of the tendency of the United States to grant very wide patents, giving as actual examples those for «all transgenic rice» and for «all human genetic therapy in which

²⁹ Much of the literature is cited and summarized in Nancy GALLINI & Michael TREBILCOCK, *Intellectual Property Rights and Competition Policy: A Framework for Analysis of Economic and Legal Issues* (OECD Competition Policy Roundtable No. 18, 1997), available at <http://www.oecd.org/daf/clp/Roundtables/ipr00.htm>. A rather shorter version is to be found in *Competition Policy and Intellectual Property Rights in the Knowledge-Based Economy* (Robert D. ANDERSON and Nancy T. GALLINI, eds. 2, 2 (1998)).

³⁰ The transcript is available on the Internet at <http://www.ftc.gov/opp/global.htm>.

³¹ George Osborne Professor of Law at Stanford University, at the hearing on 11.29.95, sum-

the actual genetic transformation of the cells is done outside the human body». I doubt whether such patents would be granted by the European Patent Office.

Unduly wide patents are likely to be a serious problem when major new technology is first introduced, and patent officials do not realize the breadth of the patents they grant³². Moreover, the possibility of obtaining interim relief, from which appeals are infrequent, may enable the holders of dubious or invalid patents to restrain competition. This may be a greater problem in the United States than in Europe³³ because of the greater breadth of patents granted in the U.S.

Professor Barton's concerns emphasize the need for antitrust authorities to be consulted whenever there are legislative moves to extend the scope of intellectual property rights. When the extension is judicial, there seems to be no simple method of raising the monopoly issues, if the parties choose not to do so. Some might suggest the increased use of *amici curiae* briefs by the antitrust authorities at both Community and national levels.

If research and development are to be encouraged, it is important that the availability of rights be knowable before the decision is made to invest. An obligation to license important patents may reduce the incentive to conduct basic research, while its uncertain application makes it a poor way of encouraging important derivative research and development.

D. THE SCOPE OF MAGILL HAS BEEN NARROWLY CONSTRUED

The EC Commission has taken the doctrine of essential facilities far, especially in the areas of transport and telecommunications, where the original investment in Europe was often made with government money or by firms with exclusive rights granted by government, the profits of which were not tightly constrained by competition. Without focusing on this consideration, the Commission has treated a refusal to give third parties access to an essential facility as abuse of a dominant position, contrary to article 82³⁴.

marized in *FTC Enforcement Hearings Turn to Intellectual Property Enforcement Issues*, 69 *Antitrust & Trade Reg. Rep. (BNA)* 670, 671 (1995). Professor BARTON also addressed the OECD, *supra* note 29.

³² Although where the social value of investment on fundamental research exceeds that in developing applications (commercialising) then patents should be broadened. See eg. Robert COOTER and Thomas ULEN, *Law and Economic 3d ed.* at 131 (Addison Wesley Longman 2000).

³³ The issue is addressed in Valentine Korah, 5 *Int'l Intellectual Prop. Right L. & Pol'y* (forthcoming).

³⁴ Many examples are cited by Advocate General JACOBS in *Oscar Bronner* discussed below, at para. 44 of his opinion.

Another settlement was agreed in *La Poste/SWIFT + GUF*, 1998 *O.J. (L 335)* 3, 27th Ann. Rep. on Competition Policy 68 (1998). The Commission sent a statement of objections under Article 82 based on the refusal by the Society for Worldwide International Financial Telecommunications to accept La Poste as a member. The Commission has accepted an undertaking from SWIFT specifying

Recently, however, both Community courts accept the view that *Magill* was exceptional and that compulsory licenses will seldom be compelled under the competition rules. There have been four judgments narrowing the scope of the precedent in *Magill: Oscar Bronner*³⁵ by the ECJ and three by the CFI, *Tiercé Ladbroke v. Commission*³⁶, *ITT Promedia N.V. Commission*³⁷ and *European Night Services and another v. Commission*³⁸.

a) *Tiercé Ladbroke*

In *Tiercé Ladbroke*³⁹, the CFI construed *Magill* narrowly when holding that there was no duty on PMI, which licensed the copyright of 12 race-course operators in France⁴⁰ to license live film of French horse races to a firm that was already the leading provider of betting services in Belgium (paras. 130 & 132). It had defined the relevant market over which the race course operators were dominant as betting services on horse races (paras. 103, 104 & 107) although an argument might have been made out that it was broader and included television coverage of sport. Judgments on appeal from a refusal to pursue a complaint further tend to be less satisfactory than those on appeal from a decision on the merits.

The CFI also held at para. 124 that the copyright holders had not exploited the Belgian market in betting services themselves or through another licensee. Consequently, it was not discriminatory to refuse a licence to Ladbroke and impliedly confirmed that it was not an abuse. This analysis seems to me to be most unfortunate⁴¹. The refusal to license may not be discriminatory, but it is worse for those wanting to place bets to have no betting shop able to provide live film of the races than to have only some. There may be no discrimination against competitors of Ladbroke, but the main objective of article 82 is to protect consumers

the conditions for admission to domestic payment systems. SWIFT has not admitted that it enjoyed a dominant position, nor that it had abused such a position. Payment systems are networks, where the more firms or individuals are connected, the greater the incentive for new people to join. There is, therefore, a huge first mover advantage that may lead to a natural monopoly. Where that is true, a requirement to permit access on reasonable terms may be appropriate.

The Commission also intervened to ensure that airport operators provide facilities for firms other than the incumbent to deliver services on the ramp. However, in its decision in *Flughafen Frankfurt/Main* (98/190/EC), 14 January 1998, 1998 OJ (L 72) 30 [1998] 4 CMLR 779 [1998] CEC 2126, it did not require access to operate a luggage handling conveyor belt because of efficiencies in having only one. It is proceeding slowly so as not to create too much chaos in crowded spaces.

See also *Aéroports de Paris* (C- 82/01 P) 24 October 2002.

³⁵ *Oscar BRONNER GmbH & Co. KG v. Mediaprint Zeitungsund Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG and Other* (C-7/97), [1998] ECR I-7817 [1999] 4 CMLR 112, [1999] CEC 53.

³⁶ *Tiercé Ladbroke v. Commission*, T504/93, [1997] ECR II 923 [1997] 5 CMLR 309.

³⁷ T-111/96 [1998] ECR II-2937 [1998] 5 CMLR 491.

³⁸ T-374, 375,384 & 388/94 [1998] ECR II-3141, [1998] 5 CMLR 718.

³⁹ *Tiercé Ladbroke v. Commission*, T504/93, [1997] ECR II 923 [1997] 5 CMLR 309. The CFI paid no attention to the horizontal aspects of the case which do not seem to have been argued.

⁴⁰ The CFI paid no attention to the horizontal aspects of the arrangements which do not seem to have been argued.

⁴¹ See my discussion of the Australian case about Ybar, text to note 25 above.

rather than competitors. I welcome the narrow definition of what constitutes an essential facility, but the fact that no other betting shops in Belgium were licensed makes the refusal to license more abusive to consumers, than if some betting shops were licensed. The fact that Tiercé Ladbroke was able to sell its betting services without the benefit of the live film may well have shown that the live film was not essential. It does not seem to have been argued that betting with tv pictures of the races might be a new product as distinct from betting without the pictures.

The judgment of the CFI may, however, have broadened *Magill* in one respect. At paragraph 131, it suggested that there might be a duty to supply *either* where access was essential because there were no substitutes, *or* where the introduction of a new product for which there was constant and regular demand might be prevented. In my view the conditions set out in para. 54 of *Magill* for requiring a licence in special circumstances were cumulative and not alternative: the Court used the conjunction «and» to connect them. Nevertheless, the examples in *Magill* may not be exhaustive. Para, 131 was not necessary to the decision in *Tiercé Ladbroke*.

b) *ITT Promedia*

In *ITT Promedia NV v. Commission*⁴², the CFI treated narrowly the obligation of a dominant firm, Belgacom, to provide access to the names and addresses of telephone subscribers to a firm, P, which wanted to publish a commercial telephone directory for Belgium in competition with Belgacom. P. complained to the Commission and sued Belgacom for infringing article 82. Belgacom entered a defence and the CFI confirmed the Commission's view that Belgacom could legally assert what it might reasonably consider were its rights, even if they turned out to be less extensive.

Subsequently, Belgian law was amended to permit other firms to publish directories, and the Commission has closed proceedings when Belgacom reduced the charges it made for the subscriber information. ITT will be allowed to recover the costs it incurs in the collection, treatment, and provision of the subscriber data, plus a reasonable profit. The press release does not say what costs qualify or how the profit is to be determined.

Belgacom had obtained most of the information about customers when it enjoyed exclusive rights over voice telephony in Belgium. Incentives to the original investment are less important to nationalized industries, but after Belgacom has been deprived of its exclusive rights for some years, the question will arise whether it should remain obliged to give access to its subscriber base. The directives liberalizing telecommu-

⁴² Supported by Belgacom, T-111/96. [1998] ECR II-2937 [1998] 5 CMLR 491, para. 113.

nications, a service provided mainly by nationalized industries, requiring unbundled access for multiple firms to the local loop, have not been based on article 82⁴³.

c) *European Night Services (ENS)*

The judgment of the CFI about a joint venture was based on article 81 not 82⁴⁴. The investment to develop a network of very fast trains that would travel long distances overnight through the Channel tunnel had resulted not in intellectual property rights but physical assets. Nevertheless, the issues of essential facilities were treated as similar. Cases like *Magill* were based on a general duty to deal, not only to license. In *ENS* the CFI made it clear that a proper market analysis is required both to establish market power and that competition is restricted. It quashed the decision on many grounds. Amongst other points, it objected to the Commission granting an exemption only if ENS licensed others to use the paths under the English channel, high speed locomotives and specially trained crews to operate them.

The CFI said that the Commission's decision contained no analysis demonstrating that the locomotives were necessary or essential.⁴⁵ It was not established that competitors could not buy them from manufacturers or rent them, as alleged by ENS. The joint venture had no exclusive rights to acquire or sell trains. At para. 216, the Court refused to accept the Commission's allegation that such possibilities were purely theoretical, since only the parties had such locomotives. Others might acquire them. It made similar points about the specialised crew and observed that an independent manager was entitled to grant paths through the channel tunnel to third parties. Thus the CFI found that the Commission's decision should be quashed for insufficient reasoning.

The CFI did not take the easy step of confining the doctrine of essential facilities to cases where the incumbent has a high share of a well defined market. It emphasised the need for a realistic analysis of the economic context of a transaction under both article 81(1) and (3). It stressed the size and risk of the original investments and need for a sufficient return to induce it. It added that a facility is essential only if there are no substitutes. The advantage of taking a free ride on the investment of the incumbent is not enough, Anyone alleging that a facility is essential

⁴³ Directive 90/388/EC has since been frequently amended, and finally repealed as part of the Commission Directive 2002/77/EC of 16 September 2002 «on competition in the markets for electronic communications networks and services», part of a new package of Directives enacted pursuant to 86(3) that will establish a framework for the regulation of electronic communications networks, services and associated facilities throughout the EU, which are designed to be implemented in all Member States by 25th July 2003.

⁴⁴ Cited note 38 above.

⁴⁵ At para. 215.

must establish that fact. This protects the firm that makes the original investment.

d) *Oscar Bronner*

In *Oscar Bronner*⁴⁶, Mediaprint refused to distribute the papers of a smaller specialist firm, which alleged that the only national wide home delivery service in Austria was an essential facility. The Austrian court sought a preliminary ruling about the interpretation of article 82.

(i) Advocate General Jacobs' opinion

Advocate General Jacobs used very general language in narrowing the obligation of a dominant firm to grant access. He observed (para. 35) that the ECJ had not used the term 'essential facility' in its case law, but had held in many cases that for a dominant firm to cut off supplies to an existing customer⁴⁷ amounted to an abuse. In *Volvo AB v. Erik Veng (U.K.) Ltd.*⁴⁸, however, the ECJ had decided that the exclusive right was the very subject matter of copyright and there was no duty to license repairers to produce spare parts, although it might be an abuse to refuse a license and at the same time to reduce supply in any of three specified ways.

AG Jacobs observed (para 215) that in *Tiercé Ladbroke v. Commission*⁴⁹, the CFI had distinguished *Magill* on the ground that a license to show the live films of horse races was not essential to a provider of betting services. The refusal by the association of French race courses to supply the applicant could not fall within the prohibition laid down by Article 82 unless it concerned a product or service which was either essential for the exercise of the activity in question in that there was no real or potential substitute, or was a new product whose introduction might be prevented, despite specific, constant and regular potential demand on the part of consumers.

The Advocate General added that in many cases, the Commission has considered instances of refusals to supply as abusive and that the doctrine of essential facilities played a large part in its thinking (para. 44). He added that commentators have seen the judgments of the ECJ in *Télémarketing*⁵⁰ and *Magill* as an endorsement of the essential facilities doctrine.

⁴⁶ *Oscar Bronner GmbH & Co. KG v. Mediaprint Zeitungsund Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG and Other* (C-7/97), [1998] ECR I-7817 [1999] 4 CMLR 112, [1999] CEC 53.

⁴⁷ Occasionally also someone who was not an existing customer.

⁴⁸ (238/87), 5 October 1988 [1988] ECR 6211 [1989] 4 CMLR 122, CMR 14498, 3. B above.

⁴⁹ *Ladbroke*, *supra* note 25, appeal withdrawn. The case is reviewed in Valentine KORAH, 5 *Int'l Intellectual Prop. Right L. and Pol'y* (forthcoming) and in [1998] ECLR 169.

⁵⁰ *Centre Belge d'Études du Marché-Télémarketing SA (CBEM) v. Compagnie Luxembourgeoise de Télédiffusion* (311/84), [1985] ECR 3261 [1986] 2 CMLR 558, CMR 14246.

Mr. Jacobs went on to consider the narrowness of U.S. case law on the doctrine.

«47. *The US essential facilities doctrine has developed to require a company with monopoly power to contract with a competitor where five conditions are met.*

First, an essential facility is controlled by a monopolist. A facility will be regarded as essential when access to it is indispensable in order to compete on the market with the company that controls it. The following have for example been held to be essential facilities: railroad bridges serving the town of St. Louis; a local telecommunications network.

Secondly a competitor is unable practically or reasonably to duplicate the essential facility. It is not sufficient that duplication would be difficult or expensive, but absolute impossibility is not required.

Thirdly, the use of the facility is denied to a competitor. That condition would appear to include the refusal to contract on reasonable terms.

Fourthly, it is feasible for the facility to be provided.

Fifthly, there is no legitimate business reason for refusing access to the facility. A company in a dominant position which controls an essential facility can justify the refusal to enter a contract for legitimate technical or commercial reasons. It may also be possible to justify a refusal on grounds of efficiency» (I have divided a single paragraph into 6 and omitted the citations).

Against that background, the Advocate General made a number of general points:

(1) The laws of member states generally recognize the right to choose with whom one deals, and to freely dispose of one's property (para. 56);

(2) The justification of intervention under competition laws requires a careful balancing between conflicting considerations including: (i) the need for incentives to the creation of the original facility and (ii) the need for incentives to duplicate the facility with the immediate increase in supply if access be granted (para. 57); and

(3) The role of competition law is to protect consumers rather than particular competitors.

«58. *Thirdly,... it is important not to lose sight of the fact that the primary purpose of Article 82 is to prevent distortion of competition—and in particular to safeguard the interests of consumers—rather than to protect the position of particular competitors. It may therefore, for example, be unsatisfactory, in a case in which a competitor demands access to a raw material in order to be able to compete with the dominant undertaking on a downstream market in a final product, to focus solely on the latter's market power on the upstream market and conclude that its conduct in reserving to itself the downstream market is automatically an abuse. Such conduct will not have an adverse impact on consumers unless the dominant undertaking's final product is sufficiently insulated from competition to give it market power...»*

This is a most welcome statement, that is coming to be more widely accepted in Europe only in the last decade.

Mr. Jacobs continued:

«61. It is on the other hand clear that refusal of access may in some cases entail elimination or substantial reduction of competition to the detriment of consumers in both the short and long term. That will be so where access to a facility is a precondition for competition on a related market for goods or services for which there is a limited degree of interchangeability.

62. In assessing such conflicting interests particular care is required where the goods or services or facilities to which access is demanded represent the fruit of substantial investment. That may be true in particular in relation to refusal to license intellectual property rights. Where such exclusive rights are granted for a limited period, that in itself involves a balancing of the interest in free competition with that of providing an incentive for research and development and for creativity. It is therefore with good reason that the Court has held that the refusal to license does not of itself, in the absence of other factors, constitute an abuse⁵¹.

63. The ruling in *Magill* can in my view be explained by the special circumstances of that case which swung the balance in favour of an obligation to license.

First, the existing product, namely individual weekly guides for each station, were inadequate, particularly when compared with the guides available to viewers in other countries. The exercise of the copyright therefore prevented a much needed new product from coming on to the market.

Secondly, the provision of copyright protection for programmes listings was difficult to justify in terms of rewarding or providing an incentive for creative effort⁵².

Thirdly, since the useful life of programme guides is relatively short, the exercise of the copyright provided a permanent barrier to the entry of the new product on the market. It may incidentally be noted that the national rules on intellectual property themselves impose limits in certain circumstances through rules on compulsory licensing.» (I have divided a single paragraph into 4).

This opinion is in marked contrast to the frequent unwillingness in judgments of the ECJ to analyse theoretically, but rather to rule on results.

Mr. Jacobs went on to say at para. 64 that when Community law intervenes to require access, full compensation should be obtainable, not only for the capital invested but also for a normal return having regard to the risk of the investment.

The Advocate General concluded that Bronner had numerous ways of distributing its papers. Mediaprint's refusal to do so did not lead to a bottleneck downstream. There was therefore no duty to supply. Bronner's case for access was particularly weak, so this conclusion was always

⁵¹ He cited *Volvo v. Veng*. (238/87), 5 October 1988 [1988] ECR 6211 [1989] 4 CMLR 122, CMR 14498.

⁵² This may imply that the court should consider whether the intellectual property right in question is justifiable on a case by case basis. In my view this would be unfortunate. The time to question the grant of a right is when it is being created by legislation. Control case by case ex post through competition law would erode the incentive to investment provided by intellectual property rights (3. C above).

likely, but the language of the opinion is far wider, and may mark the way to future decisions.

Mr. Jacobs added at para. 64 that the cost of duplicating the facility might provide a sufficient reason for intervention, especially when the facility had been developed with public funds. That would often be the case for a public monopoly which has recently been deregulated. Two of the three objections to intervention might not apply strongly in such circumstances: nationalized undertakings are less dependent on financial incentives for investment. Often there will be a regulator who would be in a better position continuously to regulate the compensation to be paid to the monopolist upstream.

The Advocate General added that the requirement to supply leads the Community and national authorities into detailed regulation of Community markets. The doctrine should not be applied on a wide scale: intervention would be unworkable and anticompetitive.

(ii) The judgment in Oscar Bronner

The judgment of the ECJ was far shorter but followed the main lines of Mr. Jacobs's opinion without considering U.S. law. It observed that in *Commercial Solvents* and *Télémarketing* the ECJ had treated a refusal to supply as abusive only where it «was likely to eliminate all competition on the part of that undertaking.»

The Court also construed Magill narrowly. It said that Magill was an exceptional case and ruled that even if it applied to property rights other than intellectual property rights, to find an abuse Oscar Bronner would have to establish in the Austrian court:

- (1) that the refusal would be likely to eliminate all competition in the daily newspaper market by Oscar Bronner;
- (2) that the refusal could not be objectively justified; and
- (3) that the service be indispensable to carrying on Oscar Bronner's business, in that there was no actual or potential substitute.

The Court ruled (para. 42) that that was certainly not the case. There are other ways of delivering newspapers even if they are less satisfactory. Moreover, no obstacles—technical, legal or economic—appeared to make it unreasonably difficult for some publisher to set up a second national delivery service, either alone or in combination with others. It is not enough to establish that it is not economically viable for Bronner to do so because of the small circulation of the particular newspaper. This limits the essential facilities further: it suggests that once there are two firms with such a facility, the doctrine ceases to apply. The Court did not give a reason: perhaps in that event the defendant may no longer enjoy a dom-

inant position, or where there are two facilities, it may be more likely that one or other may open access, since it will not be giving up a monopoly⁵³.

Comment. The Advocate General spelled out the underlying economic considerations, the reasons for rarely requiring access to an asset which is the fruit of substantial investment: the need for incentives to the original investment (para. 64) and the reduction in the incentive to duplicate the essential facility where this is practicable (paras. 56-62). At the end of his opinion he also raised the issue of fixing adequate compensation for providing access against the incumbent's desires.

His view that the objective of competition law is to protect consumers rather than particular competitors is welcome. It leads to a far narrower scope for compulsory supply or licensing under the essential facilities doctrine. He also mentioned (para. 42) that the obligations imposed by article 82 on very dominant firms may be greater than on those that are not quite so dominant⁵⁴. He insisted that supply be essential to enter the market downstream.

The ECJ in *Oscar Bronner* did not articulate the underlying economic considerations: it did not expressly state that competition should help consumers rather than competitors, nor did it identify the objections to a wide doctrine of essential facilities. It did, however, read the case law very carefully, and showed how limited it is. The ECJ expressly stated that *Magill* was an exceptional case. Its conclusions followed those of the Advocate General, and must lend weight to his analysis of the underlying economic considerations.

The ECJ, however, did not define what is meant by an essential facility: the test seems to require only that the facility be essential, with no other conditions being required. While the court is restrictive in identifying a facility as essential, requiring access seems to follow automatically from the identification.

It is worth noting that although *Mediaprint* did commercialise its delivery system to those who agreed to buy in the printing from it, the ECJ first analysed the issues as if it was reserved for in-house use. In other words there was no actual market for its national house to house delivery system⁵⁵.

⁵³ The directives liberalising telecommunications services have required the incumbent to permit unbundled access to the local loop for anyone technically qualified to use it without harm to the system. This directive, however, was not adopted under article 82 but under article 86.

The ECJ has accepted under article 82 a concept of collective dominance, the abuse of which is illegal and may be punished by fines. See *Compagnie Maritime Belge v. Commission* (C-395/96P) [2000] ECR I-1365, [2000] 4 CMLR 1076. What amounts to the abuse of such a position has not yet been worked out, but where two undertakings share an essential facility, or each own a facility to which third parties need access, they might be held to be collectively dominant and required to grant access. It may be argued, however, that the special responsibility of a singly dominant firm is more extensive than that of two or three collectively dominant firms.

⁵⁴ As did Advocate General FENNELLY in para. 132 and the Court at para. 119 of *Compagnie Maritime Belge*.

⁵⁵ See 3. C. above.

E. IMS HEALTH

The Commission invoked the essential facilities doctrine in a controversial decision, *IMS Health*⁵⁶, imposing interim measures that required a licence of a business method that a German court had held enjoyed copyright protection.

IMS is the largest supplier in the world of information on sales and the prescription of pharmaceutical products. The data are used by pharmaceutical companies to allocate sales territories, develop incentive schemes for sales representatives and to inform their sales force about changes in the market, market shares, comparisons with earlier periods and so forth. According to the Commission IMS enjoys a dominant position in providing such information in Germany.

IMS divided the German territory into 1860 zones, called bricks', largely based on postal code areas. In each zone there were at least 4 pharmacies. This segmentation of the market enabled IMS to give its clients sales data broken down into useful, small geographic areas, while avoiding the identification of sales through individual pharmacies (para. 14). German data privacy protection law requires at least three pharmacies to be included in every zone and 4 or 5 are required to keep the structure stable.

The pharmaceutical companies which were familiar with patterns of trade commented on the maps prepared by IMS, but IMS contributed considerable work itself (paras. 76-84) not only when it first established the system, but also in modifying it subsequently, for instance by sub-dividing bricks and adding zones on the reunification of Germany.

Until 1999, IMS was the only firm providing regional data in Germany. Then two firms, NDC and AzyX, entered the market and tried to base the slightly different information they supplied (paras. 16 & 47-48) on different zones, but discussions with customers showed that this would not be marketable since it would not correspond to the territorial divisions already in use.

The new entrants started using IMS' brick system until sued successfully for infringement of copyright under legislation giving effect in Germany to the data protection directive⁵⁷ and IMS obtained an injunction (para. 20). Whether such use infringes copyright is contested and was under appeal⁵⁸.

⁵⁶ OJ 2002 L59/18 [2002] 4 CMLR 58 [2002] CEC 2234, para. 194. The superior regional Court at Frankfurt am Main has since held that there is copyright, but that it is not held solely by IMS. Consequently, IMS cannot grant a licence without the cooperation of the joint holders.

⁵⁷ Dir. 96/9. OJ 1996, L77/20.

⁵⁸ Commission's decision, paras. 28-31. The Superior Regional Court at Frankfurt am Main has since held that there is copyright, but that it is not solely held by IMS, who therefore may not unilaterally license it.

a) *The Commission's decision*

Nevertheless, pursuant to the Commission's interim decision, IMS is not required to license its sales data, only the geographical basis on which it is arranged. The Commission decided that the new comers cannot compete in the market without using that basis, which has become a *de facto* industry standard (paras. 37-42).

The Commission's decision states (paras. 39 & 43) that it need not definitively establish infringement of article 82-it may order interim relief if there is a *prima facie* case that there was an infringement. It considered there was a *prima facie* case (para. 43). It found that IMS enjoyed a quasi monopoly over the German market for regional sales data services (para. 58). Defining the market by reference to a hypothetical monopolist raising price by 5 or 10 per 100⁵⁹ leads to very narrow markets. The Commission is confining the market to distribution-indeed, to one of four kinds of data in Germany (paras. 57-62). IMS enjoyed, however, a huge first mover advantage.

The Commission added that the refusal of access to the brick structure is likely to eliminate all competition in the relevant market (para. 70) and is not objectively justified (paras. 167-174). The use of the structure is essential as it has become *de facto* an industry standard (paras. 86-91) and there is no substitute now that the pharmaceutical companies are locked into it paras. 92-123.

The Commission ordered interim measures requiring a licence (paras. 214-end). It accepted the criteria laid down by the ECJ in *Camera Care v. Commission*⁶⁰ and certified that the complainants had made out a *prima facie* case, relief was urgently required and the refusal to licence would cause serious and irreparable damage to the complainants (paras. 188-194) and intolerable damage to the public interest (Para. 191).

The Commission referred to the substantial investments made by NDC (para. 191) one of the new entrants, but not to investment by IMS. It was also concerned that in the absence of licences the other competitors would leave the market before the German injunction could be reversed and that no one else would want to enter. IMS would be left as the only supplier and this would «cause intolerable damage to the public interest». (para. 195).

The Commission considered that IMS' legitimate interests would not be prejudiced since it would be able to charge fees for its licences (para. 200). It did not, however, specify the criteria for settling the licence

⁵⁹ See Commission's notice on the relevant market *OJ* 1997, C372/3 [1998] 4 *CMLR* 177, paras. 15-19 and paras. 45-56 of the Commission's decision.

Since IMS was the only supplier of prescription data services, however, IMS would have had an even higher share of a broader market.

⁶⁰ (792/79R) [1980] *ECR* 119 [1980] 1 *CMLR* 334, *CMR* 8645.

fees. Should they reflect the monopoly profit on the expectation of which IMS' original investment was made and which data protection was designed to protect, or should they be based on IMS costs⁶¹? If the latter, I hope that a margin is allowed for risk, as the CFI implied in *European Night Services*⁶². If this is all IMS is allowed to charge it will, however, clearly be prejudiced.

Instead of determining the criteria, at para. 215, the Commission required the parties to settle the royalties and, if they failed to agree within two weeks, they should select experts to settle them on the basis of (unspecified) non-discriminatory, «transparent and objective criteria» within two weeks of appointment. As might have been expected, they failed to agree.

b) *Interim order of the President of the CFI*

The Commission's interim decision is giving rise to controversy on many points and the President of the CFI made an interim order that the duty to license be suspended⁶³, confirmed after an oral hearing until the appeal from the Commission's interim decision is determined by the CFI on its merits⁶⁴.

In his second order, the President of the CFI expressly assumed that the copyright was valid, and his order is to be appraised on that basis. He accepted the view of the ECJ in *Camera Care* that the Commission has power to adopt an interim decision when 1) there is a *prima facie* case, 2) the matter is urgent and 3) there is risk of serious and irreparable harm. He observed that the second and third conditions amount to the same thing (paras. 53 and 54). Both a *prima facie* case and urgency must be established.

The President accepted earlier case law holding that the Commission's power to adopt interim decisions was as extensive as its power to adopt final orders (paras. 60-68).

«93. *It follows that the mere fact that the interpretation of Article 82 EC adopted in the contested decision appears to be relatively novel does not*

⁶¹ The fees of the experts are to be shared by the parties. So, it seems that IMS is not to recover even the full costs of granting the licence.

⁶² (T-374, 375 and 384/94) [1998] ECR II-3141, [1998] 5 CMLR 718 [1998] CEC 995.

⁶³ *IMS Health Inc. v. Commission* (T-180/01R) 10 August 2001 [2002] 4 CMLR 46.

⁶⁴ *IMS Health Inc. v. Commission* (T-184/01 R II) 26 October 2002 [2002] 4 CMLR 58.

The President's final order on suspension was appealed to the President of the ECJ who has jurisdiction only on points of law. He said that the President of the CFI enjoyed wide discretion when granting interim relief (para 63) and rejected the appeal. At para. 80 - 86 he stated that prejudice to customers other than consumers downstream may be a legitimate concern under article 82 in order that efficiency is pursued at all stages of production and not only at those stages closer to final consumption. President Vesterdorf's point regarding the unlikelihood of the prejudice suffered by the pharmaceutical companies causing major prejudice to consumers of their products seemed to marginalise the issue. It did not, however, affect the outcome. *IMS Health Inc. v. Commission*, C-481/01 P (R) 11 April 2002, [2002] 5 CMLR 44.

in itself, affect the assessment to be made of the prima facie case requirement. The applicant must still demonstrate the existence of a serious dispute or at least reasonable doubts regarding the validity of the Commission's interim assessment of the competition rules».

The Commission has only to establish a *prima facie* case of an infringement (paras. 60-67), but the appellant before the CFI, similarly, has only to establish a *prima facie* case, not a particularly strong one against a remedy that is only provisional: it need not establish manifest error. It suffices for the applicant to establish serious doubts whether the decision was correct (paras. 68-75 and 88-94).

The President considered that IMS had raised serious doubts about the validity of the interim decision. After considering *Magill* (paras. 94-100) and the other case law (paras. 103-106) carefully, the President considered that there was at least a serious doubt whether there was a duty to license when the holder of an intellectual property right was itself offering much the same product as the complainant requesting a licence (para. 101)⁶⁵. In para. 54 of *Magill*, which was referred to by Advocate General and the Court in *Bronner*, the ECJ referred to three circumstances that made the circumstances of the case special: 1) the refusal prevented the appearance of a new product, 2) which the appellants did not offer and 3) for which there was continuing consumer demand. The President thought there was at least a serious dispute whether the circumstances were sufficiently special to require access. The issue should not be decided by an interim order of the President but left to the CFI's final decision on the merits of the Commission's interim decision (para. 105). The applicant had made out a *prima facie* case for relief. Consequently it was necessary to consider urgency.

The President stated that it is for the party pleading serious and irreparable damage to establish its existence (para. 116). The Commission's decision was only interim, so the CFI had to consider whether the damage caused to IMS by the Commission's interim relief would outweigh the benefits of immediately putting the decision into operation and whether the measures were conservatory (para. 116). If the Commission's decision were quashed by the CFI, the President questioned whether IMS would obtain adequate redress by suing for breach of copyright in a German court if it had been forced to grant a licence. He also doubted whether IMS would be able to sue the Commission, in the light of its broad discretion. Financial problems were, however, seldom incapable of redress later. The President was more concerned by the possible inability of IMS to win back its clients once they had become used to its rivals' information services (paras. 122-129). He concluded (para. 132) that there was a real and tangible risk that execution of the contested decision could cause serious and irreparable harm to IMS. He had, therefore, to consider the balance of interest between the parties and the public interest.

⁶⁵ He contrasted para 131 of *Ladbroke* cite *supra* note 46 with para. 41 of the judgment in *Bronner* cite *supra* note 45.

When doing so, however, the President of the CFI considered that the respect for intellectual property rights reflected in Article 30⁶⁶ of the Treaty (para. 143) and the clear public interest served by the ability of IMS to

«enforce and profit from the specific subject-matter of its copyright in the 1860 brick structure, the inherently exceptional nature of the power to adopt interim measures would normally require that conduct whose termination or amendment is targeted by such measures fall clearly within the scope of the Treaty competition rules (para. 144)».

He went on to refer to Jacobs AG's view that the primary purpose of Article 82 is to safeguard the interest of consumers rather than particular competitor (para. 145) and confirmed the suspension of the obligation to grant a licence. He seems to consider that competitors should not be automatically protected against a refusal to license, unless it harms consumers downstream. He considered that the risk of NDC and AzyX leaving the market was no greater than the risk the Commission had dismissed of IMS suffering irreparable harm (paras. 146-149).

The President had stated at para. 100 that there were important differences from the circumstances in *Magill*. The legality of the far reaching remedy depended on the meaning of «exceptional circumstances». Moreover, there was a concern that the Commission's measures may not have been merely conservatory (para. 117).

c) *Comments on the order*

The Commission's interim decision to compel licensing raises several questions, not all of them addressed by the President.

First, it seems that NDC and AzyX were able to remain in the market after the injunction was granted by the German court. Was access so essential?

Secondly, President Vesterdorf did not address the point⁶⁷ that there are two new entrants to the market requesting compulsory licences and the Commission is requiring both to be licensed. This is understandable, since it would be difficult to decide which of two new entrants should be ensured a licence: the Commission should not discriminate. The question arises whether, once one licence has been given, the IP holder still has an essential facility. This line of argument would yield the surprising result that the owner of an essential facility could exercise its right to choose whether and whom to license by giving access (possibly on restrictive

⁶⁶ Quantitative restraints on trade between member states may be justified on grounds of intellectual property rights.

⁶⁷ It was not argued and the CFI has jurisdiction to consider only those questions of substance that are argued..

terms) to one competitor, perhaps the weakest, and then not be obliged to give access to anyone else. If, however, the competition authority had to intervene, it might require access for several or all other firms. If the Commission were to do so, would the owner of the facility be entitled to grant a licence to one firm, and then ask for annulment of the Commission's order to license all the firms who wanted one?

A connected point is that treating an industry standard as an essential facility gives rise to anomalies. The appropriate remedy for monopolising a standard is compulsory licensing for everyone who wants a licence, while the essential facilities doctrine would provide access only for one firm unless the concept of abuse is extended.

Thirdly, if competition law is intended to protect consumers rather than competitors as is accepted by President Vesterdorf⁶⁸ one might argue that the pharmaceutical companies should have protected themselves from a monopoly in supplying the information by contract when negotiating with IMS to devise its brick structure and required it to license any competitor that might wish to enter the market. Their failure to do so may indicate that IMS would not have taken the trouble to devise the brick structure without the expectation of the exclusive right to use it⁶⁹.

Competition law should not lightly be used to mend bad bargains or incentives to investment will be undermined. In this case, however, the Community data protection directive was not in force when the original bricks were decided upon. So, unless German national law already protected the maps, it may be excessive to expect even well advised pharmaceutical producers to envisage the advent of an exclusive right.

Fourthly, the Commission established that the brick structure was essential to new entrants by asking their customers, the pharmaceutical companies. We are not told the terms of these questionnaires, but IMS is complaining that replies were received from only 85 out of 110 firms on a matter on which they might be expected to have an interest.

⁶⁸ Para. 145. The President of the ECJ did not accept the reasoning of the President Vesterdorf without reservation in so far as it might be understood as excluding protection of competing undertakings from the aims pursued by Article 82, even though such interests cannot be separated from the maintenance of an effective competition structure. It is thought that does not detract from Judge Vesterdorf's view that the protection of consumers is the primary objective of article 82. Consumers may well be interested in the continuation in the market of the two new competitors.

The Commission has often been more concerned than the United States agencies and courts about the exclusion of a competitor from a market. It states that its care is for consumers rather than for competitors, but attributes more importance to the number of existing competitors than is done in the United States, which attaches more importance to the need for appropriate incentives to investment.

⁶⁹ The decision does not state whether there was a change in the law protecting data bases. The data protection directive was adopted after the original bricks were selected. I do not know the position under German national law. If there was no protection when the bulk of the investment was made by IMS, it would be expecting a lot to rule that the pharmaceutical companies should have protected themselves from exclusive rights that did not yet exist. Compare the judgment of the US Supreme Court in *Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services, Inc.*, 504 U.S. 451, 119 L.Ed.2d 265, 112 S.Ct. 2072 (1992).

More serious, when a firm is asked whether it would switch suppliers if the structure with which it is familiar cannot be used by the new entrant, the obvious answer is «no». Not having to switch to different bricks would avoid at least temporary disruption. The President of the CFI (para. 128) accepted that there might be a change of mind⁷⁰. Moreover, the firms may be answering honestly, but are not taking responsible decisions about their reactions to refusal to grant a licence.

Fifthly, the Commission's interim decision on the merits may extend the law further than *Magill*⁷¹ in that the refusal to license the tv listings prevented the appearance of any comprehensive guides. IMS was providing a service similar, although not identical, to that the complainants proposed to offer. I have suggested (III C) that the circumstances in para. 54 of *Magill* were cumulative, although not necessarily exhaustive. Should the law be extended in an interim decision imposing such a far reaching remedy? Interim decisions are not often appealed and may remain in effect and strengthen the case law. The President took the novelty of the decision into account when considering the balance of interest rather than when considering whether the Commission had made out a prima facie case. The product supplied by the complainant in *Bronner* was, however, not said to be new. Should one infer that there is no requirement of novelty since *Bronner*.

A seventh and very important point, also not addressed by President Vesterdorf since he suspended the duty to supply, was the method of determining the appropriate compensation for the licence. Should it be based on the monopoly value on the basis of which the original investment was made or on some version of cost multiplied by risk? An obligation to supply an asset inevitably restricts its monopoly value and lessens the incentive to acquire the asset, yet access on terms that reflect the monopoly value would do little for consumers or competitors. How much more than cost multiplied by risk is necessary sufficiently to induce further risky innovations?

One of the reasons expressed by Advocate General Jacobs in *Oscar Bronner* for seldom applying any doctrine of essential facilities was the difficulty of deciding on the compensation to be paid for access. Should the Commission require access without specifying the criteria on the basis of which the licence fees should be set?

On the other hand, IMS clearly enjoyed a first mover advantage and received help from its pharmaceutical clients to devise its brick system. There is empirical evidence as well that the first firm to develop a standard may enjoy an advantage in its use beyond the first mover advantage, which could then help it to exclude competitors for many years⁷². An outsider

⁷⁰ *Id.* para. 128.

⁷¹ Text to note 31 *supra*, confirmed in *Bronner*, para 40.

⁷² FLANAGIN, MONGE, FULK, «The Value of Formative Investment in Organizational Federations,» (2000) 27 *Human Communication Research* 69-93.

to the litigation cannot tell whether access is really necessary. Markets are often more volatile than can be proved in advance. The Commission alleged that the zones amounted to a *de facto* industry standard and implied that that might be sufficient to make the circumstances special within the meaning of the judgment in *Magill*. Whether *IMS* was informed of this argument only after it had answered the statement of objections is contested.

Eighthly, it is doubtful as a matter of policy whether the kind of information in the zonal system should be protected by an intellectual property right. The value of the brick system lay not so much in the initial work by *IMS* as in the fact that it had become an industry standard. The value had been greatly enhanced by industry practice, and valuation may depend on distinguishing the demand for the invention from the demand for the standard.⁷³ Were exclusive rights needed to induce the original investment?

There is growing concern on both sides of the Atlantic that unduly wide intellectual property rights are being granted by legislation, by patent examiners (especially when new technology takes off and they do not realise how wide the rights being claimed are) and by specialist judges (III.C.1 above).

This raises the question whether competition law should be used *ad hoc* to qualify intellectual property rights that are framed too broadly. The function of copyright is to induce artistic and other investment. The inducement operates only if the investor expects the copyright to be enforceable. In my view, competition advocacy is more desirable when the extent of new intellectual property rights is being debated in the legislative process than *ad hoc*, after business has relied on the incentive. This is too wide a topic to be pursued in this paper.

A ninth point is that if niche markets are selected as relevant, many facilities will be found to be essential. In *Oscar Bronner*, Advocate General Jacobs warned against a wide concept of essential facilities. It would reduce the incentive to the original investment, to duplicating it and require regulation over the price to be paid for access. The ECJ largely followed his opinion, but did not clearly articulate what amounts to an essential facility. The Commission's final decision in *IMS* and any possible appeal from it are awaited avidly.

In favour of the Commission's decision, it should be said that *IMS* clearly enjoyed a first mover advantage and was helped by its pharmaceutical clients to devise a zonal system. An outsider cannot tell whether access is really necessary. The Commission alleged that the zones amounted to a *de facto* industry standard and implied that that might sufficient

⁷³ See the comments of Mark Patterson of Fordham Law School at the conference on International Intellectual Law and Policy. A more detailed version was published on the web site of the Department of Justice, antitrust Division. Mark R. PATTERSON, «Inventions, Industry Standards and Intellectual Property» <http://www.ftc.gov/opp/intellect/detailsandparticipants.htm>.

to make the circumstances special within the meaning of the judgment in *Magill*.

Moreover, it seems to be impossible to create an alternative structure that produces bricks small enough to be useful without infringing the German data privacy law, because by cross referencing one can end up with bricks containing fewer than three pharmacies.

d) *Developments subsequent to IMS*

Since the orders of the Presidents of both Courts, the injunction against copyright infringement from the German court has been quashed⁷⁴. The Regional Court in Frankfurt decided that the copyright was not held by IMS. Under German law copyright can be held only by natural persons, not by companies (Reasons For Decision, section 1C). Those employees of the pharmaceutical companies who had participated in the working group had helped to define the bricks and were co-authors along with the employees of IMS (1B). Since IMS was not a natural person it was not a copyright holder and could not sue for its infringement.

Since German law requires all co-owners to agree to the institution of copyright proceedings, even if IMS were entitled to the copyright held by its employees, it would not be entitled to the rights held by the employees of the pharmaceutical companies; so it could not sue for copyright infringement.

Moreover, all co-owners are required to consent to a licence. The Regional Court did not have to decide who were the co-authors. If they were the pharmaceutical companies, they would, presumably, consent to licences, but if the holders were their employees and those of IMS, it might be difficult to comply with the Commission's order to grant a licence. It is arguable, however, that the abuse consisted not only of refusing a licence, but also of suing for the infringement of copyright or the rules for fair competition. The Commission's decision uses both expressions.

Under the German law of unfair competition⁷⁵, however, as a party directly injured, IMS was entitled to a cease and desist order in relation to direct appropriation or a slavish imitation (p.18). Its rights were narrower than for copyright infringement.

This may be a good result. The Regional Court attributed the joint copyright to the work of the pharmaceutical companies' employees in defining the bricks, and not to their activities in turning them into an industry standard, but this did not affect the result.

⁷⁴ *Pharma Intranet Information AG v. IMS Health GmbH & Co.*, FFM Superior Regional Court, 11 U 67/2000. I am working from an unofficial translation, so I cite to heading numbers in the judgment.

⁷⁵ 1 UWG.

Meanwhile, a reference has been made to the ECJ on the validity of the data protection directive⁷⁶ in the light of which the German law should be interpreted⁷⁷. This is not part of the proceedings in the CFI to annul the Commission's interim decision. That is based only on article 82. Nevertheless, proceedings in the CFI have been suspended until the ECJ rules on the validity of the directive.

The hearing in the CFI on the substance of the appeal from the Commission's interim decision was on April 6, 2003.

4. CONCLUSION ON DUTY TO LICENSE OR SUPPLY

Both the CFI and the ECJ have been interpreting the doctrine of essential facilities narrowly by stressing the need for the firm controlling the facility to expect to earn sufficient remuneration to induce investment that may be risky. Until 1998, few cases under the competition rules mentioned the need to compensate for successful risks⁷⁸. Many lawyers have welcomed the focus of both courts on the needs of consumers rather than on any particular competitor.

In *Magill*, the intellectual property rights were wider than are usually accepted in Europe or, indeed, elsewhere. But I doubt whether competition law should trump dubious IPRs. In *Oscar Bronner*, Advocate General Jacobs suggested⁷⁹ that this may be the reason why a compulsory license was effectively granted, although this was not repeated in the judgment. The rights in IMS, however, were granted pursuant to a Community directive and overriding it might be sensitive.

The judgment in *Magill* has been narrowly construed in the four recent judgments (III.D. 1-4 above), and Jacobs A.G. has stressed that the interests of consumers should be protected rather than those of particular competitors. The CFI's interim order in IMS casts grave doubt on the Commission's former wide use of the doctrine.

In my view, the Commission's interim decision may have been wrong. The competition rules should not trump intellectual property rights, which can induce investment only if expected to be enforceable.

Nevertheless, I believe that the essential facilities doctrine does and should have a continued role, especially in the context of regulatory control, when a regulator with considerably more information and economic expertise than a court can determine the compensation to be charged

⁷⁶ C-418/01, Reference for a Preliminary Ruling by the Landgericht Frankfurt am Main by Order of That Court of 12 July 2001 in the Case of IMS Health GmbH & Co OHG v. NDC Health GmbH & Co. 2002 *oJ* (C3) 16.

⁷⁷ *Bristol-Myers Squib v. Paranova*, C-427, 429 and 436/93 [1996] *ECR* I-3475 [1997] 1 *CMLR* 1151 [1996] *CEC* 716, paras. 25.

⁷⁸ In *ENS* the CFI referred to the risk of the joint venture which seems not to have been very successful. After the decision, the parties abrogated all the routes, switching to one other.

⁷⁹ Para. 63.

for access. Many nationalised industries have been privatised and their exclusive rights terminated, but they often enjoy the benefit of investments made at public expense or when they were protected from competition by a licensing requirement. As Jacobs AG observed in *Bronner* (para. 66), it may be particularly difficult to compete with such a firm.

The incentive to the original investment is more important when it is made in the private sector, and access should be required only in extreme circumstances when the incumbent has a stranglehold on an important market. As public sector undertakings are privatised and lose their exclusive rights, they may continue to invest and incentives may again become more important. The Commission should not take unduly narrow markets and require access.

It is also important that before imposing such a drastic remedy, the Commission should establish the facts by clear and cogent evidence. Answers to questionnaires to customers may not be reliable, although more so than answers by competitors.

I am concerned that when, under Regulation 1/2003⁸⁰, national courts and competition authorities take a larger part in the enforcement of Community law, access to facilities called «essential» may be required too lightly. Markets are surprisingly dynamic and new entrants find ways round many apparent bottlenecks. The argument *ex post* that the market in question will be more competitive if access is required is so obvious that it may be hard to persuade institutions that have come to deal with competition problems only recently not to intervene in order to preserve incentives to investment. It is better to have supply by a monopolist than no facility.

The question has been raised whether there need be two separate markets: the primary market over which the incumbent enjoys a dominant position and a secondary one downstream where the newcomer wants to compete with it, but which it tries to reserve to itself. This is frequently the situation when a complainant seeks access. Robert Pitofsky, Donna Patterson and Jonathan Hooks⁸¹ argue, however, that under U.S. law there is no requirement that the plaintiff alleging denial of access to an essential facility demonstrate the existence of two separate product markets. It suffices that the plaintiff prove that a facility indispensable for competition in a relevant product market is incapable of duplication and held by a monopolist. It is the fact of being a competitor or potential competitor that gives the newcomer the right to access rather than its contractual relationship with the dominant firm. See III C above, where I suggested that a market includes a mechanism for potential as well as actual transactions. Denial of access to the market downstream should not preclude an obligation to supply when it would otherwise apply. The key concept is that of a monopolist reserving the secondary market to itself.

⁸⁰ OJ 2003, L1/1.

⁸¹ «The Essential Facilities Doctrine under U.S. Antitrust Law,» 2002, *Antitrust L.J.* 443, 458-461.

The parties may be competitors in the same market (or would be competitors if access were given) as in *Magill* or *Telemarketing*. In *Tierce Ladbroke* PMU and the operators of the French race courses did not compete downstream in providing betting services, but this was not the reason given for not requiring access.

The Commission had adopted many decisions under article 82 (formerly article 86) coupled with article 86 (formerly article 90), requiring those to whom a member state has granted special or exclusive rights to grant access. Such firms often have a strongly dominant position which is likely to have been gained at taxpayers' or customers' expense. The incentive to make the original investment may be less important⁸². Moreover, often there is a regulator which would be better informed than a court to set the compensation.

Journal de Droit Économique, Université de Louvain, 2002, 241-250
 de l'Université de Louvain, Paris, 2002, 1-10
 Annuaire de l'Université de Louvain, 2002, 1-10
 de l'Université de Louvain

Article 82

Cartel de vente et de location
 Droit de l'Union européenne, 2002, 1-10
 et l'Université de Louvain, 2002, 1-10
 de l'Université de Louvain

2: INTRODUCCIÓN

LA política europea de concentraciones está en entredicho. A pesar de que, en marzo de 2002, el Consejo de Competencia, según anunció en el año 2001 la reforma del Reglamento de Concentraciones, fue el primer órgano del Tribunal de Justicia Europea (TJUE) de Luxemburgo que ha presionado la necesidad de la reforma.

El pasado 6 de junio de 2002, el TJUE (1) de Primera Instancia (TPI) anuló la decisión de la Comisión Europea de imponer la multa a los dos operadores belgas, Aérospatiale y SAS, y TSB. Esto fue la primera vez desde la entrada en vigor del Reglamento que el TJUE revocaba una de las 18 decisiones de la Comisión Europea de imponer sanciones de concentración. Posteriormente, los puntos 22 y 23 en octubre de 2002, el Tribunal anuló dos de los cinco casos impugnados por la Comisión en el 2001, las fusiones de dos empresas francesas fabricantes de material eléctrico Schneider y Legrand, y de dos empresas del sector del embalaje, la franco-italiana Tetra Laval y la francesa Sidel.

⁸² The directives that are liberalizing telecommunications and require unbundled access by any qualified undertaking to the local loop, now combined in 2002/19/EC (Access and Interconnection Directive), are an important example, although adopted under article 86 rather than under article 82.

LA POLÍTICA EUROPEA DE CONTROL DE CONCENTRACIONES EN ENTREDICHO: EL CASO AIRTOURS/FIRST CHOICE

Joan-Ramon BORRELL

Profesor de Economía Aplicada, Investigador del Grupo de Investigación en Políticas Públicas y Regulación Económica del Departamento de Política Económica de la Universitat de Barcelona

Antón COSTAS

Catedrático de Política Económica, Director del Grupo de Investigación en Políticas Públicas y Regulación Económica del Departamento de Política Económica de la Universitat de Barcelona

1. INTRODUCCIÓN

La política europea de concentraciones está en entredicho. A pesar de que fue Mario MONTI, el Comisario de Competencia, quien impulsó en el año 2000 la reforma del Reglamento de Concentraciones, han sido las últimas decisiones del Tribunal de Primera Instancia (TPI) de Luxemburgo las que han precipitado la necesidad de la reforma¹.

El pasado 6 de junio de 2002, el Tribunal de Primera Instancia (TPI) anuló la decisión de la Comisión Europea de bloquear la fusión entre dos tour operadores británicos, Airtours (ahora MyTravel) y First Choice. Ésta fue la primera vez desde la entrada en vigor del Reglamento que el TPI revocaba una de las 18 decisiones de la Comisión Europea de bloquear proyectos de concentración. Posteriormente, los pasados 22 y 25 de octubre de 2002, el Tribunal anuló dos de los cinco casos bloqueados por la Comisión en el 2001, las fusiones de dos empresas francesas fabricantes de material eléctrico, Schneider y Legrand, y de dos empresas del sector del embalaje, la franco-suiza Tetra Laval y la francesa Sidel.

¹ Las principales aportaciones al debate sobre la reforma aparecen en el Libro Verde de la Comisión Europea publicado en diciembre de 2001 (ver Comisión Europea, 2001), y en el Resumen de las Respuestas al Libro Verde publicadas por la Dirección General de Competencia (ver Comisión Europea, 2002a).

Otras dos operaciones bloqueadas en 2001 están pendientes de las sentencias de los recursos al TPI (GE/Honeywell y Worldcom/Sprint).

Tras las sentencias del TPI, Mario MONTI (2002a y 2002b) se ha comprometido a someter a la Comisión un borrador con una amplia reforma del Reglamento de Concentraciones y del proceso de toma de decisiones en el seno de la Dirección General de Competencia.

El objetivo de este trabajo es identificar algunas debilidades de la política europea de concentraciones a la luz de los desarrollos recientes de la teoría económica y de los argumentos manejados por el TPI en el caso Airtours/First Choice. En particular, sostenemos que la política europea de control de concentraciones está encorsetada por un uso inadecuado del concepto de «posición de dominio», que da lugar a un «sesgo estructuralista» (*dominance bias*) y a un «sesgo pequeña empresa» (*small firm bias*), así como a un «riesgo proteccionista» en el manejo de esa política.

Nuestra exposición se divide en cuatro partes. En primer lugar, revisamos el concepto de «posición de dominio» desde el punto de vista del análisis económico. A continuación, mostramos la influencia que el criterio de dominación ha ejercido sobre la política europea del control de concentraciones. En tercer lugar, analizamos el razonamiento económico manejados por la Comisión y el Tribunal en el caso Airtours/First Choice. Concluimos señalando la conveniencia de que las reformas de la política europea de concentraciones corrija los sesgos estructuralista y pequeña empresa, y evite el riesgo proteccionista en el manejo de la política de concentraciones.

2. EL CONCEPTO DE POSICIÓN DE DOMINIO DESDE EL ANÁLISIS ECONÓMICO: DIFERENCIAS EN LOS ENFOQUES EUROPEO Y NORTEAMERICANO

La figura de la «posición de dominio» aparece originalmente en el Derecho alemán (Ley contra las restricciones de la competencia) y en el Derecho comunitario (Tratado de Roma) en 1957. El actual Tratado de la Unión Europea prohíbe, en su art. 81, los acuerdos entre empresas restrictivos de la competencia (aunque incluye un sistema para obtener exenciones en bloque y singulares), y, en su art. 82, el abuso de la posición de dominio. El Reglamento de Concentraciones de 1989 incorpora también, en su art. 2, la figura jurídica de la posición de dominio, al prohibir por incompatible con el mercado único la creación o refuerzo de una posición dominante que suponga un obstáculo significativo para una competencia efectiva.

El precedente europeo de la prohibición del abuso de la posición de dominio data de la época de la hiperinflación alemana de los años veinte del siglo xx, que obligó a controlar las prácticas de los cárteles, que habían sido legalizados *de facto* por la Corte Imperial en 1897. Tal

y como señala NEUMAN (2001), la hiperinflación de 1923 llevó a la aprobación de la ley contra el «abuso del poder económico», que prohibía las restricciones injustificadas del comercio y la fijación de «precios abusivos» por parte de los cárteles.

En el caso de los Estados Unidos no existe esa figura jurídica del «abuso de la posición de dominio», sino la «monopolización o intento de monopolización». La Ley Sherman de 1890 prohibió los acuerdos entre empresas restrictivos del comercio interestatal (art. 1) y la monopolización o los intentos de monopolizar dicho comercio (art. 2). Posteriormente, la Ley Clayton de 1914 prohibió las fusiones en las que pueda haber una reducción sustancial de la competencia, o tiendan a crear un monopolio (art. 7).

El concepto europeo de «abuso de posición de dominio» y el americano de «monopolización o intento de monopolización» son distintos a la luz de la teoría económica. También lo son la figura jurídica europea de «crear o reforzar una posición de dominio que suponga un obstáculo significativo para una competencia efectiva» y la americana de «reducir considerablemente la competencia». Para los economistas, el concepto de posición de dominio sólo describe el hecho de que una empresa (posición de dominio individual) o un conjunto de empresas (posición de dominio colectiva) tienen de una cuota de mercado elevada en un momento determinado. Se trata de un concepto estático muy ligado al análisis de la estructura del mercado.

El Derecho europeo prohíbe las conductas «abusivas» siempre que sean practicadas por empresas que gozan de una posición de dominio en el mercado. Por lo tanto, las autoridades de defensa de la competencia europeas tienen primero que demostrar que una empresa o un conjunto de empresas goza o gozará de una posición de dominio, y después demostrar que han practicado o practicarán además conductas que merecen el calificativo de abusivas o restrictivas.

En cambio, en el Derecho norteamericano, la «monopolización o intento de monopolización», o «la reducción considerable de la competencia», no requieren demostrar en primera instancia si la empresa que intenta monopolizar o reducir la competencia es una empresa dominante en el mercado. Cualquier empresa es susceptible de actuar con la intención de eliminar la competencia. El hecho a demostrar es que se ha producido o se producirá un daño sustancial y permanente a la competencia.

El formalismo y la rigidez en el manejo del concepto de posición de dominio en Europa tiene mucho que ver con el tipo de análisis económico que se utiliza. Las figuras jurídicas europeas se asientan en el análisis económico de la competencia desarrollado en la primera mitad del siglo xx, y no son lo suficientemente flexibles como para incorporar los avances de la economía teórica y aplicada de las últimas décadas.

A. EL VIEJO ENFOQUE DE LA COMPETENCIA BASADO EN EL PARADIGMA DE LA ESCUELA DE HARVARD: ¿ESTAMOS SEGUROS DE QUE LA ESTRUCTURA DE UN MERCADO DETERMINA LA CONDUCTA DE LAS EMPRESAS DE ESE MERCADO?

La teoría económica dominante hasta finales de los años sesenta del siglo pasado veía los europeos y los americanos como conceptos equivalentes en la práctica. Los trabajos de MASON (1939) y de BAIN (1951, 1956 y 1966), de la llamada Escuela de Harvard, consolidaron el paradigma estructura-conducta-resultados. Según estos economistas, la estructura de un mercado, es decir, el grado de concentración de las ventas en manos de unas pocas empresas dominantes era el factor determinante de la conducta de las empresas. Las empresas dominantes podían ejercer su poder de mercado e imponer a los consumidores precios mayores a los costes unitarios de producción. Los mercados con oligopolistas dominantes eran vistos como perversos, ya que se alejaban del modelo ideal de competencia perfecta en el que los precios se igualan a los costes unitarios de producción.

Desde esta perspectiva, se suponía que las empresas dominantes podían abusar de su posición y restringir la competencia normalmente gracias a las «barreras de entrada» que impedían a otros competidores entrar en el mercado y disciplinar los precios fijados por la empresa dominante. La concentración del mercado conllevaba inevitablemente una conducta abusiva, y un resultado dañino para los consumidores y el bienestar social. Los consumidores se veían perjudicados en su bienestar por la concentración, dado que ésta daba lugar a precios abusivos, menor innovación de productos y menor innovación de procesos de producción más eficientes.

Este análisis económico ofreció los fundamentos teóricos necesarios para las acciones preventivas de defensa de la competencia. Los gobiernos debían luchar contra la concentración y la dominación del mercado por unas pocas empresas. La presunción era que las empresas dominantes abusaban del mercado. Y eran las «empresas sospechosas» las que debían demostrar que su dominio del mercado no estaba conduciendo a abusos.

B. EL ATAQUE DE LA ESCUELA DE CHICAGO AL ENFOQUE DE LA ESCUELA DE HARVARD

El análisis económico de la competencia basado en el enfoque de la Escuela de Harvard recibió a partir de la década de 1950 un ataque fulminante por parte de la llamada Escuela de Chicago. Los estudios publicados por J. STIGLER recogidos en el volumen de 1968 bajo el nombre de «la Organización de la Industria», sobre el funcionamiento de las organizaciones industriales y de los mercados dieron vida a una nueva dis-

ciplina económica, la organización industrial, y a un nuevo enfoque de la economía de la competencia. El estudio analítico y empírico de la concentración y de los mercados llevado a cabo por STIGLER (1964) puso de manifiesto que concentración no equivale a abuso. Otros economistas de esta escuela contribuyeron también a sentar nuevas premisas. DEMSETZ (1968) puso en cuestión los fundamentos de la teoría del monopolio natural y de la regulación de los servicios públicos de red. MODIGLIANI (1958) refinó y precisó la teoría de la competencia potencial de BAIN (1956). Y STIGLER redefinió el concepto de «barreras de entrada» de BAIN (1956).

Los estudios de la Escuela de Chicago invierten el razonamiento del paradigma estructura-conducta-resultados. Sostienen que debemos estudiar los resultados en los mercados, para analizar las causas de las conductas de las empresas dominantes y, en último término, los fundamentos técnicos o estratégicos de la concentración en los mercados.

En primer lugar, la Escuela de Chicago sostiene que es poco riguroso utilizar el criterio de la cuota de mercado o la posición de dominio como punto de partida en el análisis de un mercado. Es necesario estudiar por qué sólo sobreviven las empresas que tienen una dimensión mínima. En segundo lugar, los estudios de esta escuela muestran que pocos operadores en un mercado pueden competir efectivamente. Incluso aunque sólo exista una o dos empresas en un mercado pueden no fijar precios abusivos si hay competidores potenciales ávidos de entrar en el negocio al menor signo de márgenes precio-coste elevados. Además, con sólo dos empresas dominantes en un mercado pueden desencadenarse largas guerras de precios.

Por otro lado, sostienen que la coordinación entre pocas empresas no suele ser estable, ya que las ganancias de desviarse de la conducta colusiva es muy elevada. Lo que hay que estudiar son las condiciones que hacen que una colusión pueda ser sostenida en el tiempo.

La necesidad de llevar a cabo inversiones antes de entrar en un mercado no es vista en sí misma como una barrera de entrada. Diferentes operadores potenciales pueden competir por desarrollar un producto, o un proceso productivo, o una imagen de marca y convertirse en operador efectivo del mercado. Ahora bien, una vez han entrado en el mercado, deben conseguir una cuota de mercado elevada y márgenes precio-coste suficientes como para recuperar la inversión realizada al entrar en el mercado.

De acuerdo con este enfoque, estos economistas señalan que la política de competencia ha de distinguir dos causas diferentes de la concentración: las causas técnicas, que no lesionan el comportamiento eficiente de los mercados, y las causas estratégicas, que sí pueden lesionar la competencia en los mercados y el bienestar de los consumidores:

Las causas técnicas de la concentración. En algunas actividades económicas puede ser importante disponer de una escala mínima de producción para ser eficiente. La concentración puede aprovechar las lla-

madras economías de escala (costes de producción menores conforme una misma empresa produce mayores cantidades de un producto homogéneo), las llamadas economías de gama (costes de producción menores si una misma empresa provee diferentes productos), o la concentración puede suponer menores costes de transacción o coordinación entre las diferentes plantas productivas de una misma empresa. En este caso, la clave está en conocer en qué medida existente competencia potencial o pequeñas empresas con capacidad para entrar o aumentar su producción a tiempo para evitar que los precios de las empresas establecidas sean cercanos a los precios de monopolio por largos períodos de tiempo.

Las causas estratégicas de la concentración. En algunos casos las empresas establecidas utilizan conductas estratégicas orientadas a impedir o reducir significativamente la competencia mediante la imposición o el acuerdo con terceros de políticas comerciales que cierran los mercados a competidores actuales o potenciales. Éste es el terreno en el que la política de control de los abusos de la posición de dominio debe ser activa. Entre las conductas que sí han de ser perseguidas destacan los acuerdos verticales de exclusividad comercial, el establecimiento de precios de reventa, los contratos de vinculación de productos, la predación de precios, y las subvenciones cruzadas de las empresas multiproducto.

Tal y como señala NEUMAN (2001), el control del abuso del poder de mercado individual o colectivo ha sido un fracaso. El problema radica en el hecho de que los directivos de una empresa son contratados por los accionistas para que una vez hayan alcanzado el dominio del mercado exploten su poder de mercado. En muchas ocasiones los directivos deben cobrar precios superiores a los costes unitarios de sus productos para recuperar inversiones en innovaciones productivas ahorradoras de costes, en inversiones en la creación y desarrollo de nuevos productos, o en inversiones en publicidad que les ha permitido alcanzar el dominio en el mercado. Por tanto, las empresas innovadoras ofrecerán productos de unas características y a unos precios que diferirán de los que seguramente podrían ofrecer unas supuestas empresas en un mercado en el que el número de competidores fuera elevado y los precios igualasen los costes unitarios de producción. Ahora bien, tal mercado no existe. Y no sabemos si tal mercado es viable.

Una vez que una empresa ha alcanzado el dominio del mercado, una política de control del abuso del poder de mercado equivale a una política de control de precios. Si la monopolización tiene causas tecnológicas, el gobierno debe ser el encargado de regular los mercados en los que existen monopolios naturales y de controlar los precios. Pero los monopolios naturales son la excepción, y por ello el control directo de los precios en una economía de mercado debe ser también la excepción y no la regla. Las autoridades de defensa de la competencia deben, por tanto, preocuparse de que la competencia pueda florecer sin cortapisas para disciplinar a las grandes empresas, y no tanto de preocuparse directamente de si los precios que fijan estas empresas son abusivos o no.

C. LA NUEVA ECONOMÍA DE LA COMPETENCIA, O ECONOMÍA POSCHICAGO

Durante los treinta años que siguieron a las aportaciones de la Escuela de Chicago, la economía industrial se ha consolidado como disciplina científica. Jean TIROLE publicó en 1988 el libro de referencia sobre la teoría de la organización industrial. A partir de los modelos teóricos, los economistas aplicados tomaron el relevo tal y como explica BRESNAHAN (1987 y 1990). La economía aplicada ha desarrollado las técnicas que nos permiten contrastar con los datos de un gran número de mercados los supuestos, proposiciones y corolarios de los modelos teóricos. Finalmente, fue SUTTON (1998) el encargado de sintetizar todas las aportaciones en las que queda configurada la relación bidireccional entre estructura del mercado y conducta de las empresas y las aportaciones de la Escuela de Chicago.

Ha surgido así una nueva economía de la competencia, o «economía posChicago», como la llaman KWOKA y WHITE (1999), muy crítica con las recetas demasiado simples de los modelos teóricos, y muy pragmática acerca del modo cómo utilizar las técnicas empíricas para evaluar en qué medida las empresas líderes actúan de forma unilateral o no colusiva, buscando su propio beneficio y el bienestar de los consumidores, o de forma coordinada con sus competidores para beneficio mutuo y en contra de los consumidores.

La Escuela de Harvard nos llevó a poner la venda antes de la herida. La Escuela de Chicago y los avances posteriores, tanto teóricos como empíricos, de la disciplina de la organización industrial demuestran que la libertad de empresa y el estudio de la dinámica de la competencia en los mercados se convierte en una información muy valiosa, tanto para los competidores que buscan sus oportunidades de negocio, como para los analistas que quieren saber si los fundamentos de la concentración que observan en los mercados son técnicos o estratégicos.

Desde esta nueva perspectiva, la carga de la prueba recae sobre las autoridades de defensa de la competencia, que deben demostrar qué tipo de conductas y concentraciones impiden la competencia efectiva, y por ello son contrarias al interés público.

3. LAS DEBILIDADES DE LA POLÍTICA EUROPEA DE CONCENTRACIONES

Durante los últimos diez años, la política europea de control de concentraciones ha diferido de las políticas de EEUU, Canadá y Australia. En Europa, la política de control de concentraciones utiliza como punto de partida el concepto de posición de dominio. Una fusión es evaluada como no compatible con el mercado común si supone la creación o refuerzo de una posición de dominio que restringe la competencia. Por el con-

trario, las autoridades de defensa de la competencia de EEUU, Canadá y Australia autorizan las fusiones de empresas mientras no supongan una disminución considerable de la competencia (ver párrafo 160 del Libro Verde, en el que se discuten los criterios sustantivos del Reglamento de Concentraciones).

En los Estados Unidos, las *Merger Guidelines* del Departamento de Justicia y la *Federal Trade Commission* reconocen explícitamente la correlación entre concentración y restricción sustancial de la competencia. Ahora bien, no es la concentración en sí el indicador utilizado para decidir si investigar una fusión o no, sino el aumento de la concentración. Las fusiones que no suponen un aumento sustancial del índice de concentración son automáticamente autorizadas, siempre y cuando no se den indicios de que la fusión daña la competencia. El aumento en el grado de concentración no es el elemento central del análisis de las fusiones, es sólo un filtro para descargar de trabajo a las autoridades y aligerar los trámites en la mayor parte de las fusiones empresariales. El elemento central del análisis de las fusiones consiste en determinar si, más allá de la duda razonable, de la fusión se puede esperar una restricción significativa de la competencia. Por ejemplo, en el análisis de los precios y el poder de mercado se entiende que una fusión restringe la competencia si supone un aumento sustancial y permanente de los precios, normalmente de más de un 5 por 100.

Por el contrario, la Comisión Europea tiene que probar, como condición previa y necesaria, que la empresa fusionada crea o refuerza una posición de dominio en el mercado, para posteriormente demostrar que esa posición de dominio conduce a una restricción sustancial de la competencia. Éste es un camino tortuoso y de resultados inciertos. MONTA (1999) advierte que fusiones que dañan el bienestar social pueden ser autorizadas porque no implican la creación o refuerzo de una posición de dominio.

El Comisario MONTI (2002a y 2002b) no cree necesario cambiar el criterio sustantivo en el análisis europeo de las fusiones, porque, en su opinión, «la prueba de dominación está demostrando ser un instrumento capaz de ser adaptado a una gran variedad de situaciones. En particular, es necesario destacar que la prueba ha sido utilizada con éxito para evaluar los efectos dinámicos de las fusiones, y no ha restringido a la Comisión a llevar a cabo análisis estáticos de los mercados».

A nuestro entender, éste es un juicio equivocado. El control de concentraciones es una política de autorización *ex ante*, preventiva. Para impedir una fusión por motivos de interés público, la autoridad de defensa de la competencia debe ser capaz de demostrar que existen indicios suficientes de que la fusión producirá una restricción considerable de la competencia, con independencia de si la fusión crea o refuerza una posición de dominio.

La responsabilidad por el uso del concepto de posición de dominio, en vez del concepto de disminución considerable de la competencia, es

en parte del Consejo Europeo y en parte de la Comisión Europea. Tal como hemos comentado, el art. 2 del Reglamento de Concentraciones utiliza el concepto de «posición de dominio», que hasta 1989 estaba reservado al análisis de la competencia en el marco del art. 82 del Tratado de la Unión Europea (anterior art. 86). El Reglamento señala que: 1) la creación o el refuerzo de una posición dominante, que 2) suponga un obstáculo significativo para la competencia efectiva es incompatible con el mercado único.

El que la fusión permita crear o reforzar una posición dominante en el mercado depende del análisis prospectivo de cómo será la estructura del mercado después de la operación de concentración, en relación a la estructura que existiría si la fusión no se llevara a cabo. Ahora bien, el análisis de las estructuras de mercado con y sin fusión no es capaz de evaluar el efecto de la fusión sobre la competencia. Sólo el análisis prospectivo de la conducta de las empresas tras la fusión, y de los efectos estáticos y dinámicos de las conductas de las empresas, permitirá concluir que la fusión restringe la competencia efectiva en el mercado.

De acuerdo con la posición de la propia Comisión en el Libro Verde, y con los comentarios públicos en torno al Libro, el uso del concepto de posición dominante en el ámbito de las concentraciones puede haber sesgado la política europea hacia la evaluación de las estructuras de mercado resultantes de una fusión. Puede haber conducido a la Comisión hacia el estudio de la concentración del mercado, es decir, si el mercado estará en manos de unas pocas empresas líderes. Por el contrario, no se presta atención, o al menos no constituye el centro del análisis, a la evaluación prospectiva de si el comportamiento de las empresas tras la fusión fomentará o restringirá la competencia.

A. EL SESGO ESTRUCTURALISTA, O *DOMINANCE BIAS*

Este sesgo de la política de concentraciones europea hacia el análisis de las posiciones de dominio en los mercados es compartido por la Comisión. Tal como hemos visto, el propio Comisario MONTI defiende la bondad de la utilización de este criterio. El problema de fondo es que se ha tendido a dar más peso a la evidencia y discusión sobre la creación o refuerzo de una posición de dominio que a la evaluación de los efectos de la fusión y, por tanto, de la posición de dominio sobre la mayor o menor competencia efectiva en el mercado. La Comisión Europea parece obsesionada por el grado de concentración en los mercados tras la fusión entre empresas. Éste es el que denominamos «sesgo estructuralista» o *dominance bias*.

Este sesgo estructuralista es problemático en momentos como los actuales en los que otras políticas europeas —la introducción del euro, las reformas en mercados de industrias de red y en los mercados finan-

cieros— favorecen el aumento de la dimensión del mercado interior y la competencia.

Tal y como pone de manifiesto SYMEONIDIS (2001), la competencia en mercados con costes fijos de entrada comporta normalmente un aumento de la concentración. La reducción de los márgenes precio-coste sólo es sostenible por empresas que gozan de suficientes economías de escala. No debemos, por tanto, temer a la concentración *per se* cuando responde a un ahorro de costes. La política de concentraciones debe orientarse más a asegurar que existe suficiente competencia actual y potencial en el mercado, y a controlar *ex post* la conducta de las empresas mediante la política de control de los posibles acuerdos horizontales (art. 81 del Tratado de la Unión Europea, antes art. 85), y mediante la política de control de los abusos de posición de dominio (art. 82 del Tratado de la Unión Europea, antes art. 86).

B. EL SESGO PEQUEÑA EMPRESA, O *SMALL BUSINESS BIAS*

Tras el caso Nestle/Perrier de 1992, el concepto de posición de dominio en el marco de la política europea de concentraciones se ha extendido desde el terreno en que se había movido hasta ese momento, el de las posiciones de dominio individuales (o lo que los norteamericanos llaman «efectos unilaterales» de las fusiones horizontales), hacia el terreno de las posiciones de dominio colectivas (o en la terminología norteamericana, «efectos coordinados» de las fusiones horizontales). El análisis de las posiciones de dominio colectivas es el terreno que los economistas denominamos colusión. Se trata de evaluar en qué medida la fusión de dos o más empresas facilitará la coordinación de las decisiones de los competidores que queden en el mercado y les permitirá fijar de forma permanente condiciones de venta (de precios, calidad, etc.) sustancialmente menos ventajosas para los consumidores.

En este nuevo terreno del control de concentraciones, la política europea se asienta también en el análisis de la estructura del mercado como punto de partida para la evaluación de los efectos de la fusión sobre la competencia. La Comisión tiene en primer lugar que demostrar que la fusión permite la creación o refuerzo de un «oligopolio dominante», para intentar después probar que la fusión facilita la colusión entre los miembros de ese oligopolio, de manera que la competencia quedará restringida y el bienestar social dañado. Por el contrario, en los Estados Unidos las autoridades tan sólo deben demostrar que la fusión ocasionará efectos sustanciales sobre la competencia debido a la interacción coordinada de las decisiones de los competidores que queden en el mercado tras la fusión.

En la evaluación de las posiciones de dominio colectivas tras una fusión es donde la Comisión ha mostrado mayor preocupación por la

viabilidad de los pequeños competidores. Éste es el que llamamos «sesgo pequeña empresa» o «*small business bias*» en las decisiones de la Comisión. Por ejemplo, en el caso Airtours/First Choice la Comisión temía que los pequeños operadores y los nuevos entrantes en el mercado se verían aún más marginalizados tras la fusión. La Comisión parece muy inclinada a minusvalorar la capacidad de reacción y crecimiento de los pequeños competidores. Pero, tal como pone de manifiesto el TPI, el caso de los tour operadores británicos indica que gran parte del dinamismo en el mercado es el resultado del crecimiento de algunos de los pequeños operadores.

Las autoridades de defensa de la competencia norteamericanas han señalado y criticado intensamente el sesgo hacia la pequeña empresa en algunas decisiones de la Comisión, sobre todo en el caso de la fusión entre GE y Honeywell. En palabras del Assistant Attorney General de los EEUU, en la decisión de la Comisión Europea de bloquear la fusión parece haber pesado más la preocupación por los competidores existentes que por la competencia efectiva en los mercados (CHARLES, 2001).

C. EL RIESGO PROTECCIONISTA

Finalmente, queremos apuntar una deriva que podría haber tenido o llegar a tener en el futuro la política europea de concentraciones. La preocupación por las estructuras de mercado resultantes de una fusión, o por la marginalización de las pequeñas empresas puede ser utilizado fácilmente como para proteger a las empresas europeas que puedan verse perjudicadas de una operación de fusión de sus competidores en el mercado mundial. Éste es un riesgo que no hay que minusvalorar, y que puede darse tanto en los casos de jurisdicción de las autoridades europeas como, en menor medida, en los casos que entran en la jurisdicción de las autoridades de nacionales de defensa de la competencia.

4. EL CASO AIRTOURS/FIRST CHOICE

El caso Airtours/First Choice es en muchos sentidos paradigmático del tipo de análisis y de los sesgos en que cae la Comisión al utilizar el concepto de posición dominante colectiva en la evaluación de los efectos de las concentraciones.

La operación de concentración Airtours/First Choice suponía la consolidación de un nuevo grupo turístico entre los tres grandes tour operadores británicos, con una cuota en el mercado de comercialización de paquetes turísticos de sol y playa del Mediterráneo y Atlántico europeo similar a la del líder, Thomson (aprox. 30 por 100), y con una cuota mayor que la de Thomas Cook (un operador que creció intensamente en los últimos años hasta alcanzar una cuota del 20 por 100 aprox.).

En síntesis, la Comisión sostuvo que la fusión hubiese creado un «oligopolio dominante» que hubiese marginalizado al resto de competidores del mercado. Acogiéndose a esta argumentación, la Comisión prohibió la operación de concentración.

La sentencia del TPI descalifica a la Comisión «*por prohibir la operación sin haber probado [...] que la concentración hubiese dado lugar a una posición de dominio colectiva de los tres mayores tour operadores, de manera que hubiese impedido la competencia efectiva en el mercado relevante*». La sentencia es ejemplar, y marca el camino por el que debe discurrir la revisión del Reglamento de Control de Concentraciones.

La sentencia señala que para prohibir la concentración, la Comisión debe demostrar que tras la fusión la competencia efectiva en el mercado se verá obstaculizada de forma significativa. Al señalar este criterio como determinante de la decisión, el Tribunal acerca la evaluación europea a la practicada por los EEUU, Australia y Nueva Zelanda, que se centra en evaluar cada caso de fusión por la disminución de la competencia que implica.

Además, la sentencia clarifica enormemente el escurridizo concepto legal de «posición dominante colectiva», aproximándolo al concepto económico de colusión. Para el TPI, la «posición de dominio colectiva que impide la competencia efectiva en el mercado común» surge de una fusión sólo cuando cada uno de los miembros del resultante «oligopolio dominante» considera posible, racional económicamente y, por tanto, preferible adoptar una «política común duradera» en el mercado con el objetivo de vender por encima de precios competitivos sin tener que llegar a ningún acuerdo horizontal o práctica concertada con el resto de miembros del «oligopolio dominante».

La sentencia reconoce las tres condiciones que la teoría económica considera que son necesarias para que exista colusión, y, por tanto, para que legalmente se califique la fusión como causante de una «posición de dominio colectiva que impide la competencia»:

1. *Transparencia en el mercado para identificar a los que incumplen el acuerdo colusivo.* Cada miembro debe poder conocer cómo se están comportando el resto de miembros del oligopolio para poder controlar en qué medida los demás están siguiendo la política común. Sólo así es posible detectar con certeza a los miembros del oligopolio que se están desviando de la política común.

2. *Castigo a los que incumplen el acuerdo colusivo.* Debe haber mecanismos de castigo aplicables a los que se desvían del acuerdo tácito. Sólo de esta forma los miembros del oligopolio tendrán incentivos a mantener la situación de coordinación tácita a lo largo del tiempo, y a no desviarse unilateralmente del acuerdo colusorio tácito.

3. *Inmunidad frente a terceros.* Los beneficios de derivados de la política común del oligopolio dominante no deben estar amenazados por la posible reacción de los competidores actuales o potenciales que no

forman parte del oligopolio dominante, ni por la posible reacción de los consumidores.

Según el argumento de la Comisión, el hecho de que tras la fusión los tres mayores operadores alcancen el 80 por 100 de la cuota de mercado llevará inevitablemente a que ya no tengan incentivos a competir entre ellos. Sus reticencias parten, como vemos, de un análisis estático de la estructura de mercado resultante de la fusión. Adicionalmente, la Comisión hace tres apreciaciones sobre los efectos dinámicos de la fusión en el mercado de tour operadores británicos:

1. Afirma que el oligopolio es muy transparente. Supone que los miembros del cártel pueden controlar las decisiones de capacidad para la temporada veraniega de los miembros del oligopolio, y que pueden distinguir fácilmente las decisiones derivadas de cambios en la demanda de las decisiones que son derivadas de un intento de apartarse de la política común de restricción de oferta y aumento de precios.

2. Sostiene que el oligopolio cuenta con mecanismos eficaces de castigo para detener conductas procompetitivas de alguno de los miembros del acuerdo colusivo.

3. Estima nula la capacidad de reacción por parte de los pequeños competidores que ya están en el mercado, o de los entrantes potenciales incentivados por la conducta anticompetitiva del oligopolio dominante.

El TPI encuentra graves errores de evaluación en todos y cada uno de los aspectos que según la Comisión caracterizan al mercado de tour operadores británico. El Tribunal inicia el análisis del oligopolio señalando que, contra lo que indica la Comisión, las cuotas de mercado entre los tour operadores han variado enormemente en los últimos años. Esta evidencia socava el punto de partida de la Comisión, es decir, su apreciación de la concentración del mercado en términos estáticos. El TPI parte de un análisis dinámico de la concentración en el mercado de tour operadores.

Además, la evidencia sobre la volatilidad de las cuotas de mercado pone en cuestión la supuesta tendencia a la colusión del mercado. Algunos de los miembros del oligopolio son de hecho nuevos en el liderazgo del mercado (como Thomas Cook). Además, el Tribunal no aprecia ninguna de las condiciones necesarias para que el acuerdo colusivo sea sostenible:

1. Afirma que el mercado no es transparente. Para el TPI la demanda es muy volátil de una temporada a otra. Los oligopolistas no pueden distinguir entre decisiones de capacidad para ajustarse a cambios en la demanda de las decisiones de capacidad relacionadas con la supuesta conducta colusiva.

2. Sostiene que los mecanismos de castigo a los miembros del oligopolio colusivo que se desvíen de la supuesta política común son ineficaces. El castigo se debería producir a través de una guerra de precios, es decir, a través de un aumento rápido de capacidad de oferta tras detectar que algún miembro del oligopolio se desvía de la conducta colusiva.

Pero los cambios en la capacidad de oferta no son tan fáciles como la Comisión da a entender, y normalmente no llegan a superar el 10 por 100, ya que si no se prevé con tiempo, la oferta adicional es de menor calidad.

3. Estima que los «pequeños operadores» tienen capacidad de crecimiento ante una posible restricción de oferta por parte de los grandes. Según la Comisión, First Choice es un oferente neto de plazas de avión para los tour operadores pequeños que no cuentan con flota de *charters* propia. La fusión, de acuerdo con su argumentación, hará que Airtours retire capacidad de transporte aéreo disponible para los pequeños competidores, y los marginalizará aún más. Según el Tribunal, esta apreciación es equivocada. Los pequeños tour operadores pueden contratar transporte aéreo de la compañía de *charter* líder que no pertenece a ningún tour operador (MONARCH), y de las compañías de vuelos regulares baratos, así como de las mismas compañías de vuelos regulares. Además, estima que la competencia potencial (tour operadores holandeses y alemanes) no desaprovecharía la oportunidad de entrar en el mercado británico.

El caso Airtours/First Choice muestra, a nuestro juicio, tanto el sesgo estructuralista que contiene la argumentación de la Comisión, temerosa de que tres operadores alcancen una cuota de mercado del 80 por 100 del mercado en el momento de la fusión, como el sesgo pequeña empresa, al poner de manifiesto su temor de que el oligopolio dominante arrincone al resto de empresas del sector.

5. CONCLUSIÓN

La política europea de concentraciones debe corregir el sesgo estructuralista y el sesgo pequeña empresa. Evitar la obsesión de la Comisión Europea por el grado de concentración en los mercados tras la fusión entre empresas pasa seguramente por renunciar al criterio de «posición dominante» como criterio sustantivo en la evaluación de las fusiones. Creemos que la reforma del Reglamento de Concentraciones es la oportunidad para consolidar el tránsito desde este criterio hacia el de «reducción significativa de la competencia».

Es descorazonador ver cómo en el Libro Verde se defiende el criterio de posición dominante, a pesar de que se constata «que el criterio de disminución considerable de la competencia se aproxime más al espíritu del análisis económico aplicable para controlar las operaciones y sea menos rígido (desde el punto de vista jurídico) que el criterio de dominación» (ver párrafo 165). Se defiende que «desde el punto de vista sustantivo debería considerarse que hay muchas semejanzas entre el criterio de dominación y el criterio de disminución considerable de la competencia» (párrafo 162). Y finalmente se descarta un cambio en el criterio sustantivo por problemas de procedimiento (párrafo 161): inseguridad jurídica justo después del tránsito de un criterio a otro, y divergencias

con las normativas de los Estados miembros (a pesar de que algunos como el Reino Unido e Irlanda están estudiando el paso hacia el criterio de disminución de la competencia). En esta línea, el nuevo reglamento de concentraciones propuesto por la Comisión al Consejo el pasado 11 de diciembre de 2002 sólo incorpora una clarificación de la figura de la posición de dominio en sintonía con la jurisprudencia del TPI. De nuevo, la Comisión justifica el mantenimiento del criterio de posición de dominio para conseguir una mayor seguridad jurídica.

El sesgo pequeña empresa seguramente puede reducirse si el compromiso de Mario MONTI (2002a y 2002b) de reforzar los argumentos económicos de los casos y de publicar unas *Guidelines* para las fusiones horizontales se plasman en la reforma en curso. Mientras revisábamos este trabajo, MONTI ha creado finalmente la figura del Economista Jefe de la Dirección General de Competencia. Sin duda, la revisión de los fundamentos económicos de los casos utilizando los avances en la teoría económica que hemos señalado en este trabajo permitirán una valoración más precisa sobre si la existencia de grandes empresas en los mercados es perjudicial o no para los consumidores. En particular, el análisis económico permitirá evaluar las ganancias de eficiencia que las concentraciones pueden suponer, y en qué medida los consumidores se beneficiarán de los ahorros de costes debidos a la concentración. Tal y como señala Mario MONTI (2002a y 2002b), el reconocimiento de las eficiencias de costes es posible con la actual redacción del Reglamento y no requiere, por tanto, reformas legislativas, sino tan sólo mejoras en los procedimientos de evaluación económica de los efectos de las concentraciones.

La decisión del TPI sobre el caso Airtours/Fisrt Choice ha elevado el listón que debe superar la Comisión para probar mediante hechos e indicios suficientes que las operaciones de concentración restringen la competencia. Para ello el TPI ha tenido que romper con la interpretación económica restringida y estática del concepto de posición de dominio, que llevaba a identificar este concepto con la mera existencia de una o varias empresas líderes en un momento del tiempo. Éste es un esfuerzo que debe ser bienvenido por la política europea de concentraciones, ya que la acerca hacia el uso de ese concepto al criterio sustantivo de disminución sustantiva de la competencia que rige en otras jurisdicciones.

Ahora bien, tal como se pone de manifiesto en las respuestas al Libro Verde, la flexibilización de la figura jurídica de la posición de dominio en el marco del control de concentraciones puede hacer más difícil la política de control del abuso de posición de dominio en el marco del art. 82 del Tratado de la Unión Europea (antes art. 86). La práctica nos dice que debemos estar vigilantes para que la competencia discipline a las grandes empresas. Entre las conductas de las empresas líderes que deben perseguirse destacan los acuerdos verticales de exclusividad comercial, el establecimiento de precios de reventa, los contratos de vinculación de productos, la predación de precios, y las subvenciones cruzadas de las empresas multiproducto. Tal y como hemos señalado anteriormente,

las autoridades de defensa de la competencia deben, por tanto, vigilar la conducta de las empresas líderes y deben asegurarse de que la competencia pueda florecer sin cortapisas.

La preocupación que debe dirigir la política de control de abuso de posición de dominio no es tanto si los precios que fijan estas empresas son abusivos, como si están impidiendo la competencia efectiva de otras empresas. Por ello, el art. 82 no es el adecuado para el control de los precios que fijan las empresas con posición de dominio individual, ni de las empresas que gozan de una posición de dominio colectiva. Como señalamos anteriormente, los precios de las empresas con posición de dominio individual no deben ser objeto de investigación. Las conductas de las empresas que gozan de una posición de dominio colectiva deben ser controladas a través del estudio de posibles acuerdos, ya sean tácitos o explícitos (art. 81 del Tratado de la Unión Europea, antes art. 85), para determinar si están actuando legítimamente de forma unilateral, o bien, de forma coordinada, y por ello restringiendo la competencia y dañando a los consumidores y al bienestar social. En contra de esta opinión, el Comisario MONTI (2002a y 2002b) apuesta por que se desarrollen de forma paralela dos figuras jurídicas de posición de dominio. Una para los casos de fusiones y adquisiciones, y otra en el marco de los casos de abuso de posición de dominio del art. 82 del Tratado.

Finalmente, el riesgo proteccionista continuará presente en las decisiones de la Comisión mientras no se corrijan los sesgos estructuralista y pequeña empresa. La reforma del Reglamento difícilmente reducirá la discrecionalidad de la Comisión a la hora de tomar en consideración el efecto de las decisiones para las empresas europeas, sobre todo cuando su posición competitiva en los mercados mundiales esté en juego. Pero es necesario señalar que las derivas proteccionistas en este terreno pueden ser peligrosas y contraproducentes, tanto por las reacciones de otras jurisdicciones, como por la debilidad que el proteccionismo puede acabar imprimiendo a las empresas europeas, si éstas anticipan el funcionamiento de ese paraguas protector de la Comisión.

BIBLIOGRAFÍA

- BAIN, J. S. (1951), «Relation of Profit Rate to Industry Concentration: American Manufacturing, 1936-1940», *Quarterly Journal of Economics*, núm. 65, pp. 293-324.
- (1956), *Barriers to Competition*, Cambridge, Harvard University Press (Mass. USA).
- (1966), *International Differences in Industry Structure*, New Haven, Yale University Press (Conn. USA).
- BRESNAHAN, T. (1987), *Empirical Renaissance in Industrial Economics*, Oxford, Basil Blackwell en cooperación con *The Journal of Industrial Economics*.
- (1990), «Empirical Studies of Industries with Market Power», capítulo 7, SCHMALENSEE, R., y WILLIG, R. D. (eds.), *Handbook of Industrial Organization*, Amsterdam, North-Holland.

- COMISIÓN EUROPEA (1999), «Decisión de la Comisión de 22 de septiembre de 1999 que declara una concentración como incompatible con el mercado común y el Tratado del Área Económica Europea, caso número IV/M. 1524 Airtours/First Choice», versión pública, Bruselas.
- (2001), *Libro Verde sobre la Revisión del Reglamento (CEE) núm. 4064/1989 del Consejo*, COM (2001), 745 final, Bruselas.
- (2002a), *Resumen de las Respuestas Recibidas al Libro Verde sobre la Revisión del Reglamento (CEE) núm. 4064/1989 del Consejo*, COM (2001), 745 final, Bruselas.
- (2002b), *Propuesta de Reglamento del Consejo sobre el control de concentraciones entre empresas (Reglamento Comunitario de Concentraciones)*, COM (2002), 711 final, Bruselas.
- CHARLES, J. A. (2001), «Address by the Assistant Attorney General of the Antitrust Division of the US Department of Justice at the Conference on the Internacional Antitrust 21st Century: Cooperation and Convergence», Paris, OECD Global Forum on Competition, 17 October 2001.
- DEMSETZ, H. (1968), «Why Regulate Utilities?», *Journal of Law and Economics*, núm. 11, pp. 55-65.
- KWOKA, J. E., y L. J. WHITE (ed.) (1999), *The Antitrust Revolution. Economics, Competition, and Policy*, Oxford University Press, New York.
- MASON, E. S. (1939), «Price and Production Policies of Large Scale Enterprise», *American Economic Review*, núm. 29, Part 2, pp. 61-74.
- MODIGLIANI, F. (1958), «New Developments on the Oligopoly Front», *Journal of Political Economy*, núm. 66, pp. 215-232.
- MONTI, M. (2002a), «Europe's Merger Monitor», *The Economist*, 7 November 2002.
- (2002b), *Merger Control in the European Union: A Radical Reform*, European Commission/IBA Conference on EU Merger Control, Bruxelles, 7 November 2002.
- MOTTA, M. (1999), «Economic Analysis and EC Merger Policy», 28 December 1999, mimeo.
- NEUVEN, M. (2001), *Competition Policy. History, Theory and Practice*, Cheltenham (U.K.), Edward Elwar.
- STIGLER, G. (1968), *The Organization of Industry*, Homewood (Illinois, USA), Richard D. Irwin, Inc.
- SYMEONIDIES, G. (2001), *The Effects of Competition. Cartel Policy and the Evolution of Strategy and Structure in British Industry*, Cambridge (Mass. USA) MIT Press.
- SUTTON, J. (1998), *Technology and Market Structure*, Cambridge (Mass. USA), MIT Press.
- TIROLE, J. (1988), *The Theory of Industrial Organization*, Cambridge (Mass. USA), MIT Press.
- (1990), *La Teoría de la Organización Industrial*, Barcelona, Ariel.
- TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA (2002), «Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 6 de junio de 2002 en el caso T-342/99, Airtours contra la Comisión Europea», Luxemburgo.

LA REVISIÓN DEL ANÁLISIS COMUNITARIO
EUROPEO DE CONCENTRACIONES HORIZONTALES.
UNA PRIMERA APROXIMACIÓN AL PROYECTO
DE COMUNICACIÓN (PC) DE LA COMISIÓN
EUROPEA RELATIVA A LA EVALUACIÓN
DE LAS CONCENTRACIONES HORIZONTALES
CON ARREGLO AL REGLAMENTO 4064/1989
DEL CONSEJO SOBRE EL CONTROL
DE LAS OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN
ENTRE EMPRESAS

Juan JIMÉNEZ LAIGLESIA

José M.^a JIMÉNEZ LAIGLESIA

Jones Day Madrid

La Comisión Europea ha publicado recientemente un Proyecto de Comunicación («PC») relativo a la evaluación de las concentraciones horizontales con arreglo al Reglamento 4064/1989 sobre control de concentraciones («RCC»)¹.

El PC forma parte del esfuerzo de revisión del sistema de control de concentraciones comunitario que se inició con la publicación del Libro Verde sobre la revisión del RCC² y que, por ahora, ha dado lugar no solamente al PC, sino también a una propuesta de la Comisión de reforma del RCC³, junto con otras propuestas, sin duda importantes, pero de ámbito más limitado⁴. La reforma del RCC se centra ante todo en aspectos de procedimiento y jurisdiccionales: en particular, la adopción de un sistema más racional de remisión de asuntos a las autoridades de los Estados

¹ http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/review/final_draft_es.pdf, de 11 de diciembre de 2002.

² COM (2001), 745 final, de 11 de diciembre de 2001.

³ DOCE C 20/4, 28 de enero de 2003.

⁴ Por ejemplo, una propuesta de *Best Practices* respecto de los aspectos del procedimiento de control (19 de diciembre de 2002). La adopción de la Comunicación de la Comisión sobre las soluciones aceptables bajo el RCC (DOCE C 68/3, 2 de marzo de 2001) constituye un paso previo todavía no finalizado (véase el Borrador de Modelos de Compromisos de Cesión en <http://www.euro->

miembros (arts. 9 y 22 RCC), la adopción de un criterio más flexible respecto a plazos y «hecho desencadenante» de la notificación, habida cuenta del efecto suspensivo de la misma (art. 4.1 RCC), y un nuevo sistema de plazos de examen en primera y segunda fase.

Pero también el PC representa una parte fundamental de un proceso de reforma que tiene mucha importancia en el contexto de las razones materiales que han justificado la anulación de diversas decisiones de la Comisión bajo el RCC por parte del Tribunal de Primera Instancia. Si bien algunas de estas sentencias adversas para la Comisión no tratan específicamente de los efectos en la competencia de concentraciones horizontales⁵, sí que es cierto que, en general, los tribunales comunitarios exigen ya un depurado análisis económico de los efectos de la concentración en los mercados que resulte consistente con la información obtenida, coherente con los elementos analíticos que se manejan y, sobre todo, predecible para los interesados⁶.

1. LA NECESIDAD DE LAS DIRECTRICES DEL PC Y LO QUE, DESDE LA ÓPTICA ECONÓMICA, DEBERÍA ESPERARSE DEL ANÁLISIS MATERIAL DE LAS CONCENTRACIONES HORIZONTALES

Un buen número de antecedentes vienen a confluír en el examen del PC. Algunos de ellos alimentan la tentación puramente crítica, mientras que otros operan como «atenuantes» de cualquier visión problemática en materia de control de operaciones de concentración. En cierto modo, el sistema comunitario europeo de control de concentraciones puede ser adjetivado, fundamentalmente, de reciente y convulso; si bien ambos elementos están compuestos de numerosos criterios influyentes en su desarrollo (contemporaneidad, y cierta desventaja desde el punto de vista de la doctrina, con el desarrollo de una evolución profunda del sistema norteamericano en la década de los noventa del pasado siglo, dudas sobre la correcta aplicación de herramientas económicas al alcance de las autoridades decisorias, conflictos entre puntos de vista de las propias autoridades, discrepancias sobre evaluación de efectos entre autoridades a ambos lados del Atlántico o la precariedad de instrumentos para el aná-

pa.eu.int/comm/competition/mergers/legislation/divestiture_commitments/). La reforma interna de la *Merger Task Force* y el nombramiento de un Economista Jefe responden al mismo objetivo de reforma.

⁵ STPI T-5/02 y T-80/02 *Tetra Laval bv c. Comisión* anulada por un análisis material defectuoso de la Comisión respecto a los efectos conglomerados («leveraging») de la concentración. Pero sí es muy relevante para el análisis de oligopolios colusorios establecido en la PC la STPI en el asunto T-342/99 *Airtours c. Comisión* respecto a los errores de fondo de la Comisión, al prohibir una operación por dar lugar a una posición de dominio colectiva en comparación con el análisis aprobado por ese mismo Tribunal en la Sentencia de 25 de marzo de 1999, *Gencor/Comisión* (T-102/96, Rec. p. II-753).

⁶ Véase la crítica del TPI a la Comisión en los asuntos T-310/01 y T-77/02 *Schneider Electric SA c. Comisión*.

lisis de efectos en mercados de Nueva Economía⁷ o en los que las herramientas al alcance resultarían insuficientes); en todo caso, lo cierto es que es imposible ignorar que se trata, el sistema en sí, del punto crítico de demostración de las propias posibilidades de ejecución de políticas comunitarias en el área de competencia, desde el punto de vista interno y, desde lo externo, del área de aplicación del derecho de defensa de la competencia más sometida a presiones cuyo origen entronca con la voluntad de implementación de una política industrial de carácter comunitario. El sistema recoge en sí la propia inevitabilidad y necesidad de procesos como son las operaciones de concentración y su influencia en el diseño, conformación o desarrollo de política industrial europea vía incremento de su competitividad global. Este factor, considerado por la doctrina norteamericana influyente en los obstáculos a la ejecución pacífica o definitiva de operaciones recientes de carácter transatlántico⁸, dificulta el análisis sereno de las razones que han venido a motivar la reforma propuesta y ésta su primera pieza con carácter de norma «blanda».

La antedicha tentación crítica se debe someter al hecho de que se trata de un proyecto o borrador de directrices, expuesto a comentarios (y, por tanto, a previsibles, y necesarias, como más adelante veremos, mejoras), falto de orden lógico en muchos aspectos y, sin duda, parcial, si bien indicativo de la tendencia y alcance del elemento material del futuro análisis de concentraciones horizontales. La Comisión Europea ha abordado una primera fase de completo reexamen de su futuro acercamiento al derecho de análisis de las concentraciones horizontales en un contexto jurídico sustantivo que puede caracterizarse de ciertamente «patológico», debido, como decíamos, a la reciente de la anulación por parte del TPI de sus decisiones en las operaciones, previamente citadas, *Airtours/First Choice*, *Schneider Electric/Legrand* y *Tetra Laval/Sidel*, y no sólo en este sentido⁹; no obstante, debemos indicar que la necesidad de mejoras en el enfoque era un aspecto largamente anticipado a su presente propuesta¹⁰.

⁷ Consúltese en este sentido AHLBORN, EVANS y PADILLA, «Competition Policy in the New Economy: Is European Competition Law Up to the Challenge?», *European Competition Law Review*, may 2001. En general, y al margen de la bibliografía que aparece al final, resultan de interés los siguientes artículos para entender el análisis de oligopolios en el contexto comunitario: MCGREGOR, «The future of the control of oligopolies following *Compagnie Maritime Belge*», *ECLR*, October 2001; HAUPT, «Collective dominance under article 82 EC and EC Meger Control in the light of the *Airtours* Judgement», *ECLR*, September 2002; AZEVEDO y WALKER, «Dominance; meaning and measurement», *ECLR*, July 2002, y, bajo nuestro punto de vista, resulta esencial MASSIMO MOTTA, «EC Merger Policy and the *Airtours* case», *ECLR*, April 2000.

⁸ EVANS y SALINGER, «Competition thinking and the European Commission: Lessons from the aborted GE-Honeywell merger», *George Mason Law Review*, mayo 2002. Basado, en parte, en un artículo precedente del mismo DAVID EVANS, «The new trustbusters: Brussels and Washington may part ways», *Foreign Affairs*, January-February 2002.

⁹ Las críticas al análisis de Boeing/MacDonnell Douglas o GE/Honeywell, al margen de la polémica declinación de jurisdicción de la Comisión Europea en E. On/Ruhrgras aparecen también en este contexto como directos motivadores.

¹⁰ Y que sobrevivirá, críticamente, a la propia reforma. En este sentido, JOHN VICKERS, jefe del regulador británico OFT, ha descrito el sistema propuesto como «convoluted and potentially con-

En la aproximación a la función y objetivos de un sistema de control preventivo pueden adoptarse dos enfoques a la hora de evaluar situaciones que aportarían efectos ambivalentes a la competencia en los mercados: un sentido positivo u otro negativo. Al margen de que parezcan dirigirse al mismo fin, la forma de hacerlo es absolutamente distinta y afecta críticamente a la visión de las autoridades reguladoras de los mercados. En sentido positivo, el único objetivo del propio sistema residiría en la no obstaculización de las transacciones eficientes, debido, entre otros elementos, a que la economía en su conjunto se beneficiaría de lo mejor de dichos procesos. En sentido negativo, lo primordial es anticipar todo el conjunto de restricciones futuras que el proceso provocaría, dejando el análisis de su eficiencia y sus efectos sobre el bienestar conjunto para el final. En cualquier caso, existe una verdad interna, inderogable, en materia de efectos derivados de las operaciones de concentración, que es a la que todo examen debe dirigirse¹¹, verdad plena basada al cabo en la eficiencia, de la que la competencia es, únicamente, una forma de manifestación o plasmación práctica.

En cualquiera de los sentidos propuestos el derecho de defensa de la competencia, versión control de concentraciones, es un marco legal para el análisis especulativo de efectos económicos. Efectos económicos que las partes que proponen una operación (independientemente de la motivación de ésta) anticipan y que gozan, por tanto, de carácter prejurídico. Por lo tanto, dentro de las dificultades de diseño del sistema, las demandas de los agentes, digamos, proponentes en materia de certeza legal (seguridad jurídica), corrección de análisis económico y virtudes procedimentales (plazos limitadores, transparencia y precisión en la manifestación de posturas acerca de los efectos previstos) predeterminan el propio diseño del sistema. Es en el control de concentraciones comunitario el área en el que se ha publicado un mayor número de directrices y comunicaciones de diverso signo con carácter de norma blanda, si bien «moralmente» vinculantes. Ha sido función de ese esfuerzo comunicador obviar la aplicación automática del precedente, cuando existía, y definir un marco de aproximación flexible a cada nuevo problema que los efectos de una operación de concentración planteara¹².

fusing», urgiendo a la Comisión a que adopte un test similar al examen de *substantially lessen competition* o SLC (DCC en español) utilizado en Estados Unidos, Irlanda o el Reino Unido. Su posición, en todo caso, no es sustentada por Ülf Boge, jefe del regulador alemán. Véase *Legal Media Group*, 30 de marzo de 2003.

¹¹ Para una correcta guía introductoria sobre economía de la competencia, consúltese Doris HILDEBRAND, *The Role of Economic Analysis in the EC Competition Rules*, Kluwer, European Monographs, 17, 2002. Es útil la consulta de BISHOP y WALKER, *The Economics of EC Competition Law*, de Thomson, second edition, 2002.

¹² La Comisión ha sido «víctima» de asunciones precedentes y de ciertas necesidades de consistencia temporal como fundamento de su legitimidad. Al obvio incremento en el número de operaciones notificadas se le puede contraponer la inexistencia de criterios claros, cierta falta de consistencia, notorio énfasis en aspectos estructurales con menor atención a la dinámica de la competencia y las conductas del sector, modelos de análisis estandarizado. En materia de aceptación de la utilización de las herramientas económicas *Airtours* ha supuesto un punto de inflexión definitivo

Según lo señalado, debemos plantearnos de antemano la necesidad y alcance de las propias directrices incluidas en el PC. En líneas generales la comunidad de expertos y las empresas han aceptado la larga sucesión de comunicaciones nacida del RCC y el propio contenido de dichas comunicaciones como un adecuado «*playing field*» al objeto de centrar las discusiones formales sobre lo que el reglamento pretende cubrir. Desde el punto de vista material, los instrumentos analíticos utilizados (fundamentalmente la definición de mercado relevante) se han integrado, con mayor o menor fortuna, en los exámenes de abogados y economistas hasta el punto de que puede decirse que existe un consenso entre ambas comunidades sobre su validez como elementos de análisis o concepto, si bien no sobre el peso relativo o ponderación que debe darse a diferentes factores¹³.

El conjunto de precedentes y demandas de agentes, al margen de patologías detectadas están presentes e influyen en el alumbramiento del PC, que debe dar respuesta a cuestiones de alcance futuro relevantísimas. En este sentido:

a) *¿Refleja el PC una política sustantiva viable? O, dicho de otro modo, ¿está de acuerdo con el contexto sustantivo, con lo que los agentes demandan?*

b) *¿Observan las directrices simplicidad en el contenido de cara a una gestión eficaz de la norma?*

c) *¿Están, sin embargo, los contenidos suficientemente especificados en virtud de la mejor estimación de problemas que aportará el futuro?*

d) *¿Es su contenido lo suficientemente flexible para atender lo que ocurra en la realidad?*

e) *¿Está el PC de acuerdo con otros textos legales, en la medida en que contiene novedades de alcance no evolutivo?*

En materia de análisis material económico el elemento básico es el contexto sustantivo en sentido dinámico, es decir, que el instrumental al alcance del decisor refleje, en profundidad y extensión, los potenciales efectos que las operaciones plantearán en el futuro. El objetivo del sistema y las demandas de los receptores de su aplicación exigen que los decisores se planteen, con todas sus consecuencias, qué es lo que puede pasar y por qué en condiciones de poder de mercado¹⁴, y cuál es su estimación de aspectos tales como el nivel de precios posoperación. El PC, por ejemplo, incide en las dos fases tradicionales de examen (definición de mercados y análisis de efectos), fases íntimamente relacionadas y que se determinan recíprocamente, pero no atiende a las necesidades de transfor-

porque su única salida es la reforma. Por otro lado, las capacidades derivadas de las mejoras en el procesamiento de datos han contribuido a la superación de los estándares previos en la presentación de evidencias empíricas.

¹³ Señalar, incidentalmente, que un abogado debe satisfacer condiciones de éxito de las proposiciones que lleva a cabo, mientras que un economista, en sentido puro, está sujeto a condiciones de verdad.

¹⁴ A fin de cuentas, éste y no otro es el sustrato material del art. 2(3) del RCC.

mación en materia de definición de mercados que la doctrina ha venido repetidamente señalando. En este sentido, las consecuencias de sus análisis quedarán determinadas por un esquema de aproximación insuficiente desde la óptica de calidad de análisis y desde la de la propia realidad de las cosas.

De igual modo las directrices contenidas en el PC no parecen haber integrado las críticas y demandas que antes se han recogido. No sólo han venido a proponerse en un momento convulso, cuyos efectos antes se han indicado pero cuyas razones no se han estudiado de forma suficiente, sino que vienen a transformar determinados paradigmas sin rellenar del todo huecos de comprensión¹⁵. Han impuesto un modelo de transformación no evolutivo, distinto al sentido norteamericano de transición de análisis en operaciones similares¹⁶ y, en cierto modo, revolucionario, lo que puede significar altos grados de incertidumbre y confusión en su aplicación práctica. Reflejan, desafortunadamente, parcial concordancia en su relación con la legislación preexistente, lo que afectará a su operatividad. Se integran, asimismo, dentro de los muchos elementos de aproximación a los problemas derivados de los efectos de concentraciones horizontales, pero al servir como marco de referencia, deberían aspirar a cierto nivel de generalidad mayor del que parecen proponer¹⁷. Por último, se inscriben dentro de una tendencia generalizada de reforma de instrumentos de política de la competencia con las cuales la coordinación pudiera resultar, eventualmente, problemática¹⁸.

Una concentración horizontal incrementa la concentración en el mercado, ya que reduce el número de participantes en el mismo: puede crear una empresa con un poder de mercado significativo que le permita el incremento de los precios o la posibilidad de iniciar acciones predatorias

¹⁵ Obsérvese que los defectos de análisis económico en, por ejemplo, Schneider/Legrand eran fácilmente evitables con el instrumental económico de examen precedente a esta reforma.

¹⁶ La referencia al test «Disminución Considerable de la Competencia» (*Significant Lessening of Competition*) aparece en la *Clayton Act* de 1914, en el sentido de creación o refuerzo del poder de mercado, poder de mercado definido como la capacidad de mantener precios por encima de su nivel competitivo durante cierto tiempo sostenible. Desde las *Merger Guidelines* de 1982 la evolución a grandes rasgos contempla la mención a los *non structural factors* en 1984, la evaluación de barreras de entrada y extensión de la doctrina de efectos unilaterales en 1992 o la plasmación de la doctrina sobre eficiencias en la revisión de 1997.

¹⁷ No sólo integrar todos los modelos o tests de análisis de efectos, como se señalaba en la previa nota al pie número 4, sino también efectos horizontales en otros tipos de operaciones de concentración cuya aproximación ha sido discutida (i. e., conglomerados). Las directrices deben tener cierto grado de fuerza moral, más allá de lo puramente subjetivo y forzar transformaciones en la normativa de los propios Estados miembros.

¹⁸ En este sentido, y al margen de la clarificación de los estándares de análisis sustantivo que se encuentra en el PC: racionalización de los «deadlines» en las notificaciones de operaciones de concentración, reducción de la incidencia de la multiplicidad de notificaciones en diferentes jurisdicciones, reforzamiento de los poderes de la Comisión en materia de «fact finding» de evidencias, el creciente papel de la revisión judicial de decisiones de concentración, la voluntad de establecimiento de «best practices» comunes a ambos lados del Atlántico con vistas a cierta convergencia en términos de formas de aproximación a los asuntos, la progresiva emergencia del *International Competition Network* (ICN) como centro de armonización multilateral, etc.

o exclusionarias contra sus competidores (que resulte en mayores precios). También puede dar lugar a una estructura de mercado en la que las empresas competidoras tengan un mayor incentivo al coordinar sus precios existiendo la capacidad de sancionar las desviaciones a dicha cooperación mediante mecanismos de disuasión efectivos. El PC no trata de los efectos de las concentraciones verticales¹⁹ o de conglomerado²⁰; no estamos seguros de que ello sea una buena decisión, dada la combinación de efectos en la realidad de las operaciones incluso si se prevén comunicaciones similares respecto a concentraciones no horizontales²¹.

Como decimos, desde el punto de vista puramente económico, los efectos básicos de las operaciones de concentración horizontal se centran alrededor del problema central de la dominancia y la posibilidad de ejercer poder de mercado derivada de aquélla: toda concentración de estas características implica un cambio estructural en la medida que significa una reducción del número de competidores y el incremento de la concentración en el mercado²². La reducción del número de partícipes en el mercado puede afectar a las condiciones de competencia facilitando la coordinación (explícita o tácita) entre los competidores residuales. De igual modo, puede crear una empresa dominante que pudiera comportarse independientemente en sus decisiones sobre *output* y precio, más aún si el adquirido es el rival más próximo desde el punto de vista de preferencias de la demanda. De igual modo, puede incrementar la capa-

¹⁹ Obviamente la tipología que diferencia entre concentraciones horizontales, verticales y de conglomerado es simplemente un instrumento de análisis: es común que se den aspectos de los diferentes tipos de concentración en el mismo asunto (véase Sección 5 del Form C/O «mercados afectados»). Por concentraciones verticales entendemos aquellas que se producen entre empresas que mantiene una relación vertical (suministrador-comprador): plantean problemas específicos tales como la exclusión (de un *input* o de acceso al canal de distribución, por ejemplo), pero también pueden tener efectos «horizontales» si facilitan la colusión y de evasión regulatoria en concentraciones entre empresas sujetas a precios regulados. Ejemplos de concentraciones con aspectos verticales son *Skasnska/Scancem* (DOCE, 1999, L 183/10) o *Guinness/Grand Met* (DOCE, 1998, L 288/24, y *Nestlé/Ivo*. Un ejemplo del problema de evasión regulatoria es *Entergy Corp.* (Decisión FTC 7 de febrero de 2001 gas/generación eléctrica).

²⁰ Una concentración «conglomerado» se produce entre empresas que no son competidores actuales o potenciales y tampoco mantienen (de forma actual o potencial) una relación vertical: normalmente se trata de productos complementarios u ofrecidos o adquiridos conjuntamente por los consumidores: el problema de competencia que plantean puede ser la utilización de *leveraging* entre productos con objeto de excluir la competencia (por ejemplo, mediante un *tie* o *product bundling*). Una decisión conglomerado con aspectos de integración vertical (sujeta a revisión del TPI) es la prohibición de la concentración *GE/Honeywell*, en la cual se objetaba la capacidad de extender (*leverage*) una posición dominante en otros mercados. La cuestión, compleja, se reduce a determinar si el efecto conglomerado incentiva conductas predatorias o exclusionarias incluso a la luz de una reducción de precio en la oferta conjunta de productos. No se trata estrictamente de una discusión sobre eficiencias, sino del foco de análisis de competencia: ¿es preferible prohibir o controlar *ex post* mediante el control de conductas?

²¹ Véanse las *Non-Horizontal Merger Guidelines* de las autoridades norteamericanas que originalmente formaban parte de las directrices generales (<http://www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/2614.htm>).

²² Las concentraciones verticales y de conglomerado no incrementan la concentración *per se*, pero su impacto en la competencia depende, en general, de la concentración en el mercado relevante.

cidad de sostener políticas predatorias en materia de precios, conduciendo a mayores precios en el futuro.

En este sentido, la formulación prevista en la aplicación de las directrices contenidas en el PC viene a confirmar que los argumentos estructurales, por sí solos, no pueden bastar para explicar los efectos derivados del poder de mercado y sus consecuencias. En cierto modo, las referencias puramente estructuralistas, como el índice Herfindahl-Hirschmann, por sí solas, no han determinado generalmente acciones explícitas o fundamentado decisiones sobre efectos tomadas individualmente. La propia Comisión Europea ha venido evolucionando hacia análisis más razonados, basados en estimaciones del impacto o los efectos más probables de la operación, más allá del dato estructural puro²³. No obstante, el análisis limitado a las cuotas y al nivel de concentración, ha aparecido generalmente como una referencia ineludible, como algo que medir (estaba ahí) y que influía desproporcionadamente sobre la estimación de efectos futuros.

De igual modo, las directrices contenidas en el PC apuntan hacia la necesidad de tener en cuenta factores no cuota («*non share/non structural factors*») que, al igual que ésta, refuerzan la posibilidad del ejercicio de poder de mercado: las diferencias en estructuras de coste, la heterogeneidad del producto, la necesaria consideración de distintas demandas que afrontan los competidores en un mismo mercado, el grado de concentración de compradores, la frecuencia de transacciones... vienen a constatar la inexistencia de niveles de concentración absolutamente válidos que permitan deducir efectos futuros de una forma incuestionable; que las asunciones de los modelos de comportamiento basados en factores estructurales eran poco menos que irreales y que no existe doctrina económica que las sustente siquiera superficialmente. En cierto modo, la Comisión se autoimpone a la obligación de coordinar un grado de visión global con la evaluación de las características únicas y específicas de cada mercado, y examinar éstas en sentido dinámico.

En puridad, pues, el PC debería articular el método de análisis de las tres cuestiones básicas que engloban toda preocupación sobre efectos²⁴ derivados de una concentración horizontal: ¿cuál es su previsible impacto en precios?, ¿cuál es la mejor estimación sobre posibilidades de entrada o de reposicionamiento de producto o servicios existentes?, ¿cuál será su impacto en los costes de la entidad resultante? y si dicho impacto tendrá traslado al consumidor o, por el contrario, servirá para reforzar comportamientos anticompetitivos de dicha entidad²⁵.

²³ La Comisión ha llevado a cabo (*Carrefour/Promodés, British Airways/Virgin*) aproximaciones *de facto* a los efectos en el mercado, analizando operaciones cuya cuota resultante se situaba por debajo de los límites «clásicos» de dominancia.

²⁴ Al cabo, medir la relación entre concentración y bienestar en general.

²⁵ Al margen de que, en sentido progresivo, el modelo de análisis que la Comisión apunta sea adecuado en cuanto a marco teórico, dentro del examen material puro siguen subsistiendo incertidumbres necesitadas de aclaración. Dentro de éstas, y a título meramente ejemplificativo, la in-

Un sistema de control de concentraciones debe asegurar que se prohíben las concentraciones que impedirán la competencia y que no se prohíben aquellas que, probablemente, serán beneficiosas para la competencia y, por lo tanto, para los consumidores: ello quiere decir también que no deben ser prohibidas aquellas que son neutrales para los consumidores, lo que, por cierto, no queda claro en el PC²⁶. Este objetivo tan simple de proponer no es en modo alguno sencillo de alcanzar cuando atendemos a la esencial naturaleza predictiva de todo procedimiento de control de concentraciones: el sistema pretende prevenir estructuras de mercado restrictivas de la competencia mediante una predicción de sus efectos en los mercados. Además, el análisis del efecto real de las concentraciones es siempre evolutivo con objeto de adaptarse a nuevas realidades de mercado, a la evolución de la teoría económica, a diferentes sistemas de tratamiento de información y a la complejidad creciente de los procedimientos de examen. Ningún sistema escapa a graves errores y, por supuesto, tampoco el comunitario²⁷. En definitiva, el sistema de control de concentraciones se ocupa de prevenir el poder de mercado que impida la competencia efectiva: en concentraciones horizontales ello puede ocurrir mediante una estructura posconcentración que facilita colusión entre las empresas que permanecen en el mercado o mediante la creación (o refuerzo) de una posición en el mercado que permita la adopción de un precio supracompetitivo (por encima de los costes marginales) de forma estable o facilite la adopción de estrategias o conductas exclusionarias que pueden ser muy variadas. En última instancia, téngase en cuenta, no es posible sistematizar los posibles efectos negativos de una concentración.

El análisis que vamos a realizar del PC tiene en cuenta que constituye un borrador propuesto por la Comisión y que, por lo tanto, está sujeto a cambios: intentaremos identificar las cuestiones más importantes que deben ser corregidas o aclaradas con objeto de mejorar el texto del PC. La oportunidad del PC no la discute nadie: con independencia de su naturaleza jurídica²⁸, el PC viene de hecho a suplir una carencia bastante obvia en el procedimiento de control de concentraciones luego de casi quince años de experiencia práctica en la aplicación del RCC²⁹. Se trata más bien de discutir su contenido y prever su aplicación. Comenzaremos, sin embargo, por un breve análisis del test material establecido en el RCC, ya que

xistencia de referencias a intervenciones *ex post* o a la evaluación y supervisión de conductas, o las complejas referencias al papel de la innovación que el PC recoge.

²⁶ Párrafo 9 del PC parece indicar que la Comisión solamente «autoriza» aquellas concentraciones que fomentan beneficios para los consumidores.

²⁷ Para una descripción de los errores de análisis cometidos por las autoridades norteamericanas en los años sesenta véase «The Crash of Merger Policy: The Brown Shoe Decision» en el clásico *The Antitrust Paradox* de Robert H. BORK.

²⁸ Se trata de una Comunicación que no constituye un acto jurídico comunitario y no vincula a los Tribunales comunitarios.

²⁹ El PC se comparará con las *Merger Guidelines* de 1992 (<http://www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/IMG.htm>), adoptadas por el Departamento de Justicia y la Comisión federal de Comercio de los EEUU actualmente en vigor con las modificaciones de 1997 respecto a la toma en consideración

el debate sobre su modificación ilustra de forma apropiada los motivos últimos de la reforma emprendida.

2. DOMINANCIA O DISMINUCIÓN CONSIDERABLE DE LA COMPETENCIA («DCC»)

El PC se enmarca también en un debate sobre la modificación del criterio material de análisis del sistema de control establecido en el art. 2 RCC que inició la Comisión en el Libro Verde: ahí se planteaba si resultaba necesario o no modificar el art. 2.3 del RCC por el cual se declaran 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 de éste.

La alternativa al test tradicional de dominancia era la utilización del test DCC: el test de forma simple se limita a determinar si la concentración tiene un efecto negativo en la competencia suficientemente importante para justificar la intervención pública. El DCC, por un lado, tenía la ventaja de la armonización del criterio material con aquel que utilizan autoridades de competencia extracomunitarias (consolidando, por cierto, una convergencia de «resultados» que se ha dado en términos generales a pesar de las divergencias excepcionales³⁰) dando seguridad a los interesados y, por el otro, se pensaba que constituía un criterio más adecuado para evaluar de forma menos rígida los efectos de las concentraciones en la competencia en particular cuando la operación no crea una posición dominante, pero sí puede impedir la competencia de forma significativa³¹.

Creemos realmente que el debate es innecesario sobre todo a la luz de la adopción de un concepto de dominancia propio del RCC que luego vemos: en realidad el PC al establecer los pasos de evaluación de una concentración señala un camino convergente con el criterio del DCC:

de las eficiencias. Las autoridades norteamericanas publicaron sus primeras *Guidelines* en 1968, dieciocho años después de la significativa y expansiva modificación de la Sección 7 de la *Clayton Act*.

³⁰ Tanto en lo que respecta a las autoridades comunitarias y norteamericanas sobre el mismo asunto (*General Electric/HoneyWell*) como en cuanto al trato dado a operaciones similares por nuestras autoridades nacionales en comparación con otras autoridades (compárese *Echostar/Direct TV con Sogecable/Via Digital*). El Servicio de Defensa de la Competencia considera que la Ley 16/1989 contiene un criterio similar al DCC, si bien concluye que ambos criterios convergen (véase sus Comentarios al Libro Verde en http://www.mineco.es/dgdc/sdc/Comentarios_SDC.LV.pdf).

³¹ La Comisión cita en el Libro Verde (apartado 166) el caso de una concentración entre el segundo y tercer operador con un tamaño menor que el líder del mercado y con un mercado que no tiene rasgos de dominio colectivo. Existen otras posibles «realidades» en las cuales el DCC constituye un instrumento más adecuado de análisis: concentraciones verticales en las cuales la entidad concentrada no alcanza niveles de dominancia en el mercado *downstream*, pero sí existen riesgos de exclusión.

- definición de mercados de referencia;
- evaluación de los efectos de la concentración en la competencia teniendo en cuenta el grado de concentración y otros factores³²;
- si existe capacidad de entrada de otras empresas en el mercado;
- si la concentración da lugar a eficiencias que no se darían en su ausencia, y
- si en ausencia de concentración los activos de la/s empresa/s saldrían del mercado.

Recordemos que el criterio legal del art. 2 RCC es el de dominancia que remite al concepto de posición de dominio utilizado bajo el art. 82 del Tratado³³: el test resultaba ya conocido: creación o refuerzo de una posición dominante y que la misma pudiera impedir significativamente la competencia, en el mercado común o en una parte sustancial del mismo³⁴. De esta forma una operación podía crear o reforzar una posición dominante que no impidiera la competencia³⁵. Lo que resultaba más dudoso era si el test material alcanzaba estructuras de mercado no relacionadas con la dominancia de una sola empresa: ello ha quedado aclarado mediante sucesivos desarrollos jurisprudenciales que establecieron claramente que el art. 2.3 alcanzaba también una posición dominante colectiva de dos o más empresas, no necesariamente partes en la concentración³⁶.

Pues bien, la Comisión ha considerado, de forma que creemos correcta, que la adopción del DCC no compensaría la incertidumbre derivada de su adopción («abandono» de la jurisprudencia existente sobre la dominancia) teniendo en cuenta el alcance del test material del RCC y, como veremos, se ha limitado a adoptar (y de esta forma extender) un concepto de dominio aplicable en el proyecto de reforma del RCC con objeto de cubrir determinadas estructuras oligopolísticas y apreciar las cuestiones derivadas de la competencia potencial. De esta forma se ha introducido, como propuesta, un nuevo art. 2.2 del RCC³⁷ que establece un concepto de dominio propio del RCC que alcanza a estructuras oligopolísticas (colusorios o no colusorios): ello a su vez, como decimos, ha tenido reflejo en el PC que pasamos a ver. En general, esta forma de ampliación del concepto tiene una gran ventaja: separar de una vez por todas el problema de dominancia del RCC con la evolución del tratamiento del abuso de posición dominante bajo el art. 82 del Tratado evitando que los problemas

³² Apartado 6 PC.

³³ Véase, por ejemplo, STJCE, asunto 27/76, *United Brands*, 1978, Rec. 207, y STJCE, asunto 85/76, *Hoffmann La Roche*, 1979, Rec. 461.

³⁴ Véase STPI, asunto T-102/96, 25 de marzo de 1999, *Gencor/Lonrho*.

³⁵ Por ejemplo, debido a la existencia de competencia potencial en *Mannesmann/Vallourec/Ilva* (DOCE, 1994, L 102/15).

³⁶ Decisión *Nestlé/Perrier*, DOCE, 1992, L 356/1, STJCE, asunto *SCPA/Kali*, 1998, Rec. I-1375, y especialmente apartados 148 a 151 de la STPI en el asunto *Gencor* (de tres a dos) y la STPI en el asunto *Airtours* (de cuatro a tres) ya citada.

³⁷ Véase el texto citado en la nota 3, en particular, el nuevo considerando núm. 21 y el nuevo art. 2.2.

de incoherencia de utilizar un concepto peligrosamente circular cuyo análisis es siempre sobre el pasado (el conocido problema de la causalidad entre el abuso y el dominio) contamine un análisis prospectivo del efecto de las concentraciones.

3. EFECTOS UNILATERALES Y COORDINADOS EN EL ANÁLISIS DEL COMPORTAMIENTO DE OLIGOPOLIOS

Las directrices del PC incluyen tres innovaciones fundamentales: el tratamiento de los oligopolios no colusorios (conforme a la nueva definición de dominancia contenida en el proyecto del RCC), el modelo de evaluación de eficiencias y el análisis de la competencia potencial. Incluyen asimismo novedades en cuanto al examen previo que las partes hacían de sus posibilidades de éxito a la hora de plantear una operación de este tipo: la situación existente hasta ahora en el análisis de concentraciones horizontales contemplaba la posibilidad de evadir el análisis de efectos o que éstos fueran considerados de forma benévola siempre que, como resultado de la operación, la entidad integrada no se convirtiera en líder de un mercado relevante y las condiciones de éste no condujeran al sostenimiento de las posibilidades de colusión. De igual modo, una concentración con un competidor potencial no ofrecía problemas si el adquirente no era dominante en un mercado o si existían otros competidores potenciales en éste.

Las directrices, asimismo, señalan tres posibles formas/resultados bajo las que una fusión puede tener efectos anticompetitivos:

- i) conduce a la anteriormente examinada empresa predominante o «*paramount firm*» en mercados no oligopolísticos (que luego veremos);
- ii) tiene lugar en un mercado caracterizado como oligopolista no colusorio, o
- iii) tiene lugar en un mercado en el que las condiciones de colusión pueden estar presentes de tal forma que la operación las «activa» o refuerza en su estabilidad (oligopolio colusorio).

Desde el punto de vista de los efectos sobre los competidores, las formas (i) y (ii) conducen a situaciones unilaterales en el sentido de que los competidores no pueden reaccionar disciplinando el comportamiento decisional de la entidad resultante, mientras que en la forma (iii) los competidores dispondrían de dicha posibilidad de disciplina, pero no la ejecutan debido a que las condiciones del mercado hacen factible y rentable una solución colusiva³⁸. De otro modo dicho, el resultante es unilateral debido a que el incentivo a comportarse en el futuro de una manera determinada proviene directamente de la eliminación de las constriccio-

³⁸ Sigue el PC, en este sentido, la distinción del test *substantially lessen competition* por vía unilateral o coordinada desarrollada en las *Horizontal Merger Guidelines* norteamericanas de 1992.

nes previas (llevadas a cabo por un competidor) o coordinado en el sentido de que los incentivos a dicho comportamiento dependerán de las estrategias e incentivos de sus competidores.

Si bien en materia de análisis de efectos unilaterales basados en el resultado de *paramount firm*, aquél es similar, conscientemente o no, al derivado del art. 82 TCE, tradicionalmente con demasiado énfasis en el análisis de cuotas después de la operación de concentración, el PC comunitario sigue, sin embargo, la evolución llevada a cabo en las *guidelines* norteamericanas de 1992, las cuales ampliaron los posibles efectos unilaterales con las variantes de productos diferenciados (competencia a la *Bertrand*) o capacidad (competencia a la *Cournot*)³⁹. La aparición de dos figuras para la evaluación de efectos unilaterales/*single dominance* permite, por tanto, «capturar» situaciones cuyos efectos no se evaluaban al quedar la entidad resultante de la concentración por debajo de los niveles estructurales de dominancia «normales», así como casos en los que las empresas concentradas eran consideradas como «*close competitors*»⁴⁰.

Sin embargo, el concepto de cercanía o *closeness* dista mucho de ser pacífico y exige la utilización de herramientas analíticas complejas (como, por ejemplo, el análisis estructural de las demandas —no existiría una única demanda— para el que se necesita gran cantidad de datos y/o el cálculo de las *ratios* de diversión —proporción de ventas perdidas de un producto que son absorbidas por otro al incrementar aquél sus precios— o *cross elasticity diversion ratios*). Dependiendo, de igual modo, de la existencia de productos diferenciados u homogéneos⁴¹, el examen de cercanía entre los competidores debe enfocarse distintamente. En principio, la capacidad unilateral de provocar efectos anticompetitivos depende del número y características de los productos cercanos. Se entenderá que el mero análisis de las cuotas resultantes no pueden discriminar entre características de cercanía de un modo indiscutible cuando la competencia se produce entre productos diferenciados. Es decir, la fortaleza de la restricción competitiva de un competidor no tiene por qué ser proporcional a su cuota de mercado. Por tanto, es preciso modelar y analizar

³⁹ Lo que, incidentalmente, ha procurado el desarrollo de los efectos unilaterales desde esa fecha. Ello puede verse en las diferencias de aproximación a casos unilaterales pre-1992 (*Bass Brothers*, *Warner/Polygram* o *PPG/Swedlow*) y la llevada a cabo pos-1992 (*Boeing/McDonnell Douglas* o *Heinz/Beechnut*). De igual modo, debe tomarse en cuenta como ejemplo básico de análisis unilateral con productos diferenciados el intento de fusión *Staples/Office Depot*. Desde la óptica comunitaria europea ya se habían producido análisis similares (véase el asunto M. 623 de 1996, *Kimberly Clark/Scott Paper*).

⁴⁰ Como gráficamente indica Juan BRIONES en el artículo citado en la bibliografía, «ser segundo de un mercado ya no te permite pensar que estás a salvo».

⁴¹ Está claro que la reforma de directrices apunta a la mayor utilización de la teoría de oligopolios no colusorios en mercados de productos diferenciados. Ello no impide que pueda darse en mercados de producto homogéneo en los que se compite fundamentalmente en términos de capacidad; en tal caso, el análisis esencial se centra en la evaluación de las constricciones de capacidad existentes de las que dispondrían los competidores actuales o potenciales y si la entidad concentrada dispone de reservas de capacidad disciplinadoras o que pudieran operar como efectos unilaterales puros.

el comportamiento de los consumidores⁴², puesto que los bienes heterogéneos existen en presencia de preferencias distintas (existen consumidores inframarginales que no abandonarían el producto del adquirente ante subidas de precios y consumidores marginales que elegirían el producto de la compañía adquirida como segunda mejor alternativa)⁴³.

En puridad el análisis de efectos unilaterales debe llevarse a cabo en un triple nivel⁴⁴:

i) identificación de preocupaciones iniciales basadas en el lado de la demanda (por ejemplo, hasta qué punto las cuotas reflejan grados de influencia en las condiciones de competencia, qué datos existen para evaluar el precio post fusión, de qué información cualitativa sobre las preferencias de los consumidores se dispone, qué constricciones para el desarrollo capacidad de los competidores potenciales existen, etc.),

ii) identificación de posibilidades de respuesta desde la óptica de la oferta (*supply side responses*), por ejemplo, qué posibilidades existen en materia de creación de nuevos productos o reposicionamiento de los existentes, cuál es el papel de los *retailers* en el posicionamiento de las marcas, qué escala viable mínima requiere una entrada disciplinadora, etc.,

iii) cuáles son las eficiencias que pueden identificarse: existe una justificación racional para la concentración teniendo en cuenta la evolución de los mercados, especificidad de los beneficios obtenidos por esta vía, impacto en costes marginales y, en función de ello, en precios, grados de innovación y cambio técnico presentes en el mercado, etc.

En materia de efectos coordinados el PC no incorpora novedad reseñable alguna. La dominancia colectiva sufre de la inexistencia de solución única o de relación inequívoca entre estructura y resultado en el tratamiento de oligopolios, al margen de su confusa relación con todo el aparato probatorio de acuerdos horizontales a los que se aplica el art. 81 TCE. Si bien la jurisprudencia ha señalado la necesidad de cierto grado de coordinación explícita e imposibilidad de explicación en términos competitivos de la solución tácita resultante, las directrices no abordan exhaustivamente características muy influyentes en su evaluación económica, como es, por ejemplo, la dependencia del plazo al que se compita en un sector y el diferente valor atribuido al tiempo por parte de los competidores. De igual modo las directrices no abordan la profunda ambivalencia de los factores facilitadores de la situación de colusión tácita o *shopping list* establecida por la práctica a lo largo de la década de los noventa del pasado siglo (homogeneidad en el producto y bajo grado de innovación, elasticidad precio de la demanda reducida, demanda estable, mercado transparente, estructuras similares de costes, simetría en

⁴² Técnicamente se reduce la elasticidad de la curva de demanda residual que afronta la empresa concentrada.

⁴³ «*First and second best choices*» (sección 2.21 de las HMG norteamericanas). Existen múltiples técnicas de análisis de *closeness* (por ejemplo, *aids*, *antitrust logic simulation model*, análisis de demanda residual, etc.).

⁴⁴ Véase NERA, *Merger Appraisal in Oligopolistic Markets*, 1999. Citada en bibliografía.

tasas de utilización de capacidad productiva, integración vertical simétrica, escaso poder negociador de los consumidores, barreras de entrada, etc.).

Es de desear que el verdadero avance en el análisis de la dominancia colectiva se produzca, en la práctica, a través de la utilización por parte de la jurisprudencia de esquemas de análisis basados en la evaluación de intereses comunes o simetrías entre las partes en la coordinación, en la capacidad de imposición del acuerdo a terceros y en la constatación de las dificultades a la violación del acuerdo subyacente debido a la operatividad de los mecanismos de represalia ⁴⁵.

¿Qué problemas subsisten a la publicación de las directrices del PC en materia de tratamiento de oligopolios? ⁴⁶. De antemano, el tradicional problema de análisis de este tipo de mercados. En efecto, en mercados oligopolísticos no existe relación unívoca entre estructura y resultado. Es decir, no existe un indicador válido que permita establecer la probabilidad de equilibrio competitivo o colusorio, por lo que es necesario el análisis cuantitativo y cualitativo caso por caso. Por otro lado, es preciso reconocer que, bajo este tipo de aproximaciones, siempre existirán errores que escapen del análisis *ex ante*. Aún más, resulta crítico, sobre todo, en materia de oligopolios no colusorios con productos diferenciados, el papel de la definición de mercados. Por último, es preciso observar cierta aproximación flexible a las características resultantes del mercado, aceptar la posibilidad de coordinación efectiva en un mercado de producto heterogéneo, por ejemplo, o evitar la tentación de atribuir a todo mercado de producto homogéneo soluciones colusorias como algo necesario o inevitable.

4. LA POSICIÓN DE «PREDOMINIO»

El PC identifica como uno de los efectos a evaluar si una «concentración puede crear una posición de predominio en el mercado» en beneficio de una empresa que estará capacitada para subir los precios sin que exista contrapeso (de los competidores actuales o potenciales o de los clientes) ⁴⁷.

Cabe señalar que el análisis que propone el PC respecto a esta posición no añade nada nuevo al existente y conocido hasta ahora criterio de dominancia en mercados no oligopólicos excepto en lo que respecta a la toma en consideración de las eficiencias en esta situación y, quizás, en la aparente toma en consideración de la eliminación de competencia potencial

⁴⁵ Véase la crítica del TPI en el asunto *Airtours* ya citado.

⁴⁶ Debemos destacar la breve y, quizá, insuficiente mención que se realiza sobre los mercados de licitaciones o *bidding markets*. La doctrina económica ha avanzado notoriamente sobre estos mercados, modelándolos como ejemplos de diferentes tipos de subasta y su implicación en términos de competencia, sobre todo examinando las posibilidades de exclusión. Véase, a estos efectos, el asunto M. 2537 de 2001, *Philips/Marconi Medical Systems*.

⁴⁷ Apartado 11.a PC.

crítica (por ejemplo, la toma en consideración del carácter de *maverick* de la adquirida⁴⁸). Conviene, pues, que la Comisión utilice el mismo lenguaje que hasta ahora para evitar confusiones sobre lo que pretende y que utilice el concepto de dominancia sin introducir nuevas expresiones que pueden inducir a confusión. Si el problema es la creación de poder de mercado (que, por cierto, tampoco se define de forma clara) en mercados no oligopolísticos no debe alterarse este análisis con referencias a posiciones de mercado «predominantes» o de «predominio» cuando, además, se parte de un análisis estructural mediante el HHI.

Por lo demás, solamente resulta criticable introducir en el PC una lista de factores que indican la existencia de (pre) dominio⁴⁹ a la hora de valorar el poder de mercado derivado de la concentración, si no se distingue realmente entre factores derivados de la eficiencia de las empresas preconcentración de aquellos que resultan directamente del poder de mercado que se alcanza. Debe intentar no penalizarse la obtención eficiente de «ventajas» eficientes de las empresas salvo que se demuestre que a resultas de la concentración dichas ventajas afectan a la competencia. En caso contrario se recae en el problema de considerar el (pre) dominio como algo meramente formal propio de la estructura de análisis del art. 82⁵⁰.

5. EL PAPEL DE LA COMPETENCIA POTENCIAL Y LA EVALUACIÓN DE ENTRADA

El tratamiento de las novedades en materia de contrapeso a los efectos anticompetitivos de una concentración horizontal es, en el PC y bajo cierto punto de vista, ligeramente estándar y no permite deducir con cierta precisión cuál va a ser el verdadero *trade off* entre dichos efectos y las posibilidades que ambos conceptos (potencialidad y eficiencias) tienen⁵¹. Desde un punto de vista puramente teórico la facilidad con la que nuevos entrantes puedan pasar a competir en el mercado relevante es una consideración básica a la hora de evaluar la capacidad de las compañías exis-

⁴⁸ Apartado 26 PC.

⁴⁹ Apartado 21 PC.

⁵⁰ Otra cuestión es que el PC es muy parco en lo que respecta al análisis en mercados de «nueva economía». Las características de estos mercados (bienes duraderos y con complementariedades, altos beneficios y retornos incrementales, papel de la innovación, alto ritmo de cambio, mercados concentrados y cuotas altas, vulnerabilidad, economías de escala en producción y en consumo, efectos red y costes de aprendizaje, competencia dinámica y barreras a largo plazo, competencia por el mercado y no en el mercado) hacen prever que el paso previo (definición de mercado) no será útil para evaluar sus efectos sobre la competencia (sustituibilidad de demanda difícil de considerar, sustituibilidad de oferta no inmediata ni universal, definiciones estrechas de mercado, necesidad de prestar atención a la relación entre I+D y ventas, valoración positiva de los beneficios de integración y vinculación, cambio en los conceptos de predación).

⁵¹ De las directrices subsisten incertidumbres y confusión acerca del nivel de facilidades de entrada que deben oponerse a la imputación de ilegalidad derivada de alta concentración de un mercado.

tentes para subir precios por encima de los niveles competitivos⁵². En sentido contrario, altas barreras de entrada suelen crear preocupaciones sobre las condiciones de competencia en sectores incluso relativamente poco concentrados. Estos dos aspectos no operan de forma simétrica: la ausencia de entradas en el mercado no es necesariamente indicativo de la existencia de altas barreras de entrada. Sin embargo, la presencia de entradas es un indicativo razonable del nivel reducido de las barreras de entrada.

Las barreras de entrada como contraparte de la competencia potencial son tratadas de forma muy genérica en el PC, ignorando las implicaciones estratégicas de la entrada. En principio, no puede derivarse directamente un refuerzo de la posición de dominio de la constatación de fortaleza de las barreras de entrada. Sin embargo, el PC sortea un examen profundo de las diferencias en cuanto a entradas *hit and run* (o *uncommitted*) y entradas *committed* o a largo plazo, cuyas diferencias residen en los plazos y los costes (hundidos) necesarios. Sería preciso, a la hora de evaluar la potencial efectividad de cualquier entrada, el examen detenido de la mejor estimación posible sobre los precios *post entry*. El PC desarrolla criterios similares a los de la normativa contenida en la experiencia norteamericana⁵³ en el sentido de que toda entrada debe ser *timely*, *likely* (rentable a precios preconcentración) y *sufficient* (disciplinadora de precios).

Sin embargo, carece la práctica comunitaria de un marco analítico estable de evaluación de competencia potencial, en parte debido a lo poco relevante que suele ser el análisis de sustituibilidad desde el lado de la oferta en el proceso de definición de mercado relevante⁵⁴. El PC destina varios apartados a describir la toma en consideración de criterios como el historial de entradas en el sector o los términos precisos de la reputación como fundamento de las barreras de entrada, cuando hubiera sido preferible mejorar los elementos que permitan diseñar una definición de mercado potencial desde la sustitución desde la oferta.

Los apartados 71-73 del PC describen el tratamiento de concentraciones entre potenciales competidores que ejerzan cierto grado de presión eficaz o la hubiera ejercido con alto grado de probabilidad y siempre que no haya suficientes competidores potenciales en condiciones de ejercer similar presión competitiva⁵⁵. Normalmente se evaluaban las características únicas del competidor potencial que hacían discutible la operación desde la óptica de efectos previstos. Según la formulación del PC,

⁵² «[i]n the absence of of significant [entry] barriers, a company probably cannot maintain supra-competitive pricing for any length of time, even in a highly concentrated market», United States v. Baker Hughes Inc. (1990).

⁵³ Si bien no los define completamente. Entre paréntesis se encuentra la definición más aproximada que resulta de la práctica norteamericana.

⁵⁴ Quién, qué incentivos posee y cuál es la potencial efectividad de sustitución. Para un examen desarrollado de estas cuestiones se precisa conocimiento de velocidades de ajuste productivo, alcance de gamas, desarrollo de procesos productivos, etc.

⁵⁵ Véanse los asuntos Telia/Telenor o Air Liquide/BOC.

ahora no hace falta que sea único en el sentido de las características intrínsecas, ni requiere la dominancia de una de las partes en la concentración para que surjan preocupaciones derivadas de ella ⁵⁶.

6. EFICIENCIAS

En materia de consideraciones sobre eficiencia, debe señalarse de antemano que su existencia es exactamente igual de especulativa que el marco de efectos contrarios a la competencia deducibles de una operación de concentración. Aún más, las eficiencias son generalmente alcanzadas en el futuro y en un contexto organizacional distinto. El test de eficiencias que aparece en el PC ha sido adjetivado como ambiguo por parte de los comentaristas ⁵⁷ en el sentido de que se desconoce si exigen *consumer*, *producer* o *aggregate surplus* en cuanto a su traslado, aunque lo contenido en el apartado 91 del PC parece orientar a la necesidad de que contribuyan directamente al bienestar o sean trasladables al consumidor.

La evaluación de cuándo las eficiencias representan un factor considerable depende de varias características que deben poseer: ser específicas, verificables (no exclusivamente cuantificables ⁵⁸) y que no surjan de reducciones anticompetitivas de los niveles de *output* o de servicio. Las evidencias deben ser evidentes empíricamente y sostenibles, así como demostrar el beneficio del consumidor resultante ⁵⁹. En la experiencia de la práctica norteamericana sobre la materia, los ahorros de coste no implican necesariamente eficiencias, estando el estándar situado en la verificación razonable. Es decir, debido a que cierta parte de las reducciones en el coste marginal se trasladarían a los consumidores, hay que computar cuál es el incremento de precio máximo asociado con una reducción de costes ⁶⁰. De este modo, la verificación de eficiencias exigirá la revisión de costes materiales y contratos relacionados, la revisión de costes laborales, la revisión de vida residual útil de instalaciones productivas, de los niveles de capacidad ante diferentes escenarios de mercado o de los grados de efectiva consolidación entre instalaciones redundantes. De igual modo, la operación en sí debe ser la forma menos restrictiva de alcanzar dichas eficiencias ⁶¹, siendo en cierto sentido, necesaria para alcanzar ese nivel propuesto de eficiencia.

⁵⁶ Sigue, en cierto modo, las teorías norteamericanas sobre *perceived potential competition* y *actual competition*.

⁵⁷ BRIONES, artículo citado.

⁵⁸ Una reducción de costes no es una eficiencia, por muy cuantificable que sea, si no existe la seguridad de su traspaso a los consumidores. Las autoridades españolas en su tradicional (y desafortunado) examen *ad hoc* han acuñado un concepto de eficiencia que carece de relevancia más allá del caso concreto: véase el apartado 9 del Informe de la mayoría del Tribunal de Defensa de la Competencia en el expediente *Sogecable/Vía Digital*.

⁵⁹ FTC v. H. J. Heinz Co. (2001).

⁶⁰ Lo que indica la relevancia del papel de los contables en el análisis futuro de eficiencias.

⁶¹ Lo que va más allá del propio concepto de *merger specific*.

El verdadero significado de las eficiencias reside en su impacto en los niveles de precio y su contribución al diseño de las condiciones de competencia posconcentración⁶². Para ello es preciso, por parte de las autoridades, adoptar una visión dinámica de la propia competencia en un período razonable de tiempo. La Comisión deberá responderse al hecho de si resultará la operación en eficiencias creíbles y, si es así, cómo cambiarán dichas eficiencias las capacidades e incentivos de la entidad concentrada⁶³.

7. DEFENSA DE EMPRESA EN QUIEBRA

El PC finaliza con la toma en consideración de la defensa de empresa en quiebra. Esencialmente una concentración puede ser declarada compatible (a pesar de crear o reforzar una posición dominante) si⁶⁴:

- la empresa adquirida saldrá inevitablemente del mercado si no se consuma la transacción por «problemas económicos»;
- o hay comprador alternativo menos perjudicial para la competencia;
- los activos de la empresa adquirida saldrán inevitablemente del mercado en ausencia de concentración.

El PC no especifica que estos criterios deben cumplirse de forma acumulativa. En todo caso, los criterios se solapan: lo verdaderamente fundamental es que el *output* que se concentra hubiera salido del mercado de forma inevitable en ausencia de concentración y, por lo tanto, que el «deterioro» de la estructura no es causado por la concentración: es obvio que si se cumple el tercer criterio es inevitable que los dos anteriores se cumplan.

Aparte del desarrollo de estos criterios mediante futuros precedentes (¿qué es un problema económico?, ¿cuál debe ser el valor de una «oferta alternativa»? , etc.) que quizás podrían ser avanzados en el PC, la única consideración relevante es que esta defensa, tal y como parece redactada, debería tener en cuenta la posible adquisición de los activos de la empresa en dificultades por terceras empresas que no se encuentran necesariamente en el mismo mercado, pero que pueden considerar su entrada

⁶² Como señalaba Oliver WILLIAMSON, hasta un monopolista reduciría precios si es capaz de alcanzar eficiencias sustanciales y sostenibles. «Economies as an antitrust defense», *American Economic Review*, núm. 58, 1968.

⁶³ Cabe tener en cuenta que en los EEUU no hay un solo precedente jurisprudencial por el que se cita las eficiencias como único motivo para aprobar una concentración anti-competitiva (si se tienen cuenta a la hora de aprobar los «consent decree» pactados entre las empresas y las autoridades). Por otro lado, véase la decisión canadiense *Superior Propane* (<http://www.decisions.fct-cf.gc.ca>) para una decisión de aprobación sobre la base de eficiencias.

⁶⁴ El PC no incluye la «defensa de la división en quiebra» de las Merger Guidelines de los EEUU. Véanse STJCE, asunto C-68/94, *Francia c. Comisión*, 1998, Rec. 1-1375, M. 2810, *Deloitte/Andersen*, M. 2134, *Basf/Eurodiol Basf/Eurodiol/Pantochiml*, y M. 2845, *Sogecable/Via Digital*. Véase, también, *International Shoe v. FTC* (1930) y *Citizen Publishing Co. v. United States* (1969).

en este contexto. Si no es un mercado duopolístico, la concentración puede deteriorar la estructura del mercado si potencialmente existen terceros capaces de acceder al mercado de forma alternativa a la concentración que se propone. No está claro que estas consideraciones de entrada al mercado se cubran con relación a la inexistencia razonable de ofertas alternativas.

BIBLIOGRAFÍA

- ADDANKI, Sumanth, *Market definition using econometrics*, NERA, *Antitrust Insights*, November 2001.
- BAKER, Jonathan B., *Econometric analysis in FTC v. Staples*, ABA Antitrust Section, July 1997.
- BISHOP, Matthew, y KAY, John (eds.), *European mergers and merger policy*, 1993.
- BISHOP y WALKER, *The economics of EC competition law: concepts, application and measurement*, Thomson, 2002.
- BLUMENTHAL, William, «Clear agency guidelines; lessons from 1982», *Antitrust Law Journal*, vol. 68, Issue I, 2000.
- BRIONES ALONSO, Juan, «Draft Guidelines on horizontal mergers», *E-Konomica Newsletter*, núm. 1.
- COATE, Malcolm B., y MCCHESENEY, Fred, «Enforcement of the us merger guidelines», *Economic Enquiry*, vol. 30, 1992, pp. 277-293.
- COOK y KERSE, *EC Merger Control*, 1999.
- EVANS, D., y PADILLA, A. J., *Competition policy in Europe: A transatlantic perspective*, NERA, *Competition Policy Insights*, April 2002.
- FARRELL, Joseph, y SHAPIRO, Carl, «Horizontal Mergers: An equilibrium analysis», *American Economic Review*, núm. 80, 1990.
- FTC, *Best Practices for data economics and financial analyses in antitrust investigations*, Bureau of Economics, FTC.
- HAWK y HUSER, *European Community Merger Control*, 1996.
- KOLASKY, William, *Comparative merger control analysis*, ABA, April 2002.
- KWOKA y WHITE (eds.), *The Antitrust Revolution, Economics, Competition and Policy*, Capítulo: «Prices, definition and the effects of merger», Staples-Office Depot, 1997.
- MONTI, Mario, «Europes' merger monitor», *The Economist*, November 2002.
- NERA, *Merger appraisal in oligopolistic markets*, Research paper 19, OFT, November 1999.
- SHETH y SISODIA, *The rule of three*, Free Press, 2002.
- SCHEFFMAN, David; COATE, Malcolm, y SILVIA, Louis, *20 years of merger guidelines enforcement at the FTC; An economic perspective*, Bureau of Economics, FTC.
- TIOLE, Jean, *Teoría de la Organización Industrial*, capítulo 5, Ariel, 1990.

LA NUEVA REGULACIÓN EUROPEA GENERAL DE LAS RESTRICCIONES VERTICALES DE LA COMPETENCIA

Julio PASCUAL Y VICENTE

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

1. INTRODUCCIÓN

En el ámbito de la Unión Europea se está estrenando un nuevo enfoque en el tratamiento de la Comisión Europea a las restricciones verticales de la competencia. Este nuevo enfoque ha quedado plasmado en dos importantes textos de ámbito general. El primero es el Reglamento de la Comisión, de exención por categorías¹ para las restricciones verticales, de 22 de diciembre de 1999, y el segundo, la Comunicación de la Comisión sobre «Directrices relativas a las restricciones verticales», publicada el 13 de octubre de 2000. Además, el 31 de julio de 2002, la Comisión ha publicado un reglamento sobre restricciones verticales particular para el sector del automóvil, que, por su especificidad, no va a ser estudiado en este trabajo².

Con dichas resoluciones, la Comisión daba término al proceso de reforma del tratamiento de las restricciones verticales de la competencia, que había iniciado ella misma en 1996.

A. FUNDAMENTOS, PRÁCTICA Y CONSECUENCIAS DEL ENFOQUE TRADICIONAL

El enfoque que tradicionalmente venía aplicando la Comisión Europea a las restricciones verticales de la competencia se basaba implícitamente en tres principios. El primero, que toda restricción vertical disminuye, impide o falsea la competencia en el mercado. El segundo, que la competencia intermarca³ sólo en cuestión de grado es de diferente

¹ Ver PASCUAL Y VICENTE (2002a), p. 218.

² Se trata del Reglamento (CE) núm. 1400/2002 de la Comisión, «relativo a la aplicación del apartado 3 del art. 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas en el sector de vehículo a motor» (DOCE de 1 de agosto de 2002).

³ Ver PASCUAL Y VICENTE (2002a), p. 147.

importancia que la competencia intramarca⁴. El tercero, que no cabe esperar efectos compensatorios entre la competencia intermarca y la competencia intramarca en un mismo mercado.

Sobre la base de estos fundamentos que, aunque no habían sido explícitamente reconocidos, estaban generalmente presentes en su ánimo, la Comisión estuvo aplicando el art. 81.1 (*ex* 85.1) del Tratado prácticamente sin discriminar sustantivamente entre las restricciones, ya fueran horizontales o verticales. En la práctica, la Comisión actuaba del siguiente modo: aplicaba automáticamente la prohibición del art. 85.1 cuando existía fijación de precios o protección territorial absoluta, aunque aplicaba, cuando procedía, la regla de *minimis*⁵. Si el caso estaba fuera de *minimis* y no se daban las circunstancias señaladas de aplicación automática de la prohibición, entonces la Comisión hacía un análisis individualizado de la conducta orientado a establecer si la misma se había ajustado a normas, prescindiendo de estudiar el impacto real o potencial que sobre la competencia tenía la conducta examinada.

Este modo de proceder condujo a que la Comisión tuviera que analizar individualmente un número tan elevado de notificaciones en solicitud de autorización singular⁶, que se impuso la necesidad de adoptar exenciones por categorías. Así nacieron los primeros reglamentos de esta naturaleza, buena parte de los cuales ciertamente dedicados a modalidades verticales de relación entre las empresas, tales como distribución exclusiva, compra exclusiva o distribución y servicio de venta y postventa de vehículos automóviles, pero cada uno atendiendo únicamente a los aspectos singulares de cada modalidad comercial acreedora de su propia exención.

B. CRISIS DEL ENFOQUE TRADICIONAL

La Comisión, a mediados de la década de los 90, cobra conciencia de ciertas circunstancias de diversa índole que se están produciendo y que, cada una por su parte, van a cuestionar la validez del enfoque tradicional. Es una época, la de mediados de los 90, en la que la crisis del enfoque tradicional es percibida de un modo general en los ambientes más sensibilizados, tanto del mundo académico y de la abogacía especializada, como del mundo empresarial.

a) *Factores de la crisis*

Las principales de esas circunstancias que pueden identificarse como factores de la crisis son las siguientes: a) Colapso administrativo. b) Inse-

⁴ *Ibidem*.

⁵ Ver PASCUAL Y VICENTE (2002a), p. 348.

⁶ *Ídem*, p. 109.

guridad jurídica. c) Presión académica. d) Actitud de los Tribunales europeos. e) Criterios de los principales Estados.

A mediados de los noventa, la Comisión constata que el análisis individualizado que se impone en el enfoque tradicional está colapsando sus equipos de trabajo, pues su carácter básicamente no discriminatorio entre conductas horizontales y verticales está arrojando a las playas de la Comisión un número creciente de casos susceptibles de sanción o de autorización.

Otra observación de la Comisión en esa época es que existe una irritación creciente de las empresas y del sector de la abogacía que se dedica a estos asuntos, por la inseguridad jurídica que crea un sistema como el existente, del tipo «caso a caso».

Además, el vivo debate iniciado década y media antes entre los economistas se había templado ya, y se había alcanzado un amplio consenso en el mundo académico sobre los efectos positivos para la competencia que pueden producir ciertas restricciones verticales en un ambiente de fuerte competencia intermarca. El consenso alcanzado condujo a una presión creciente procedente de la universidad y llevó a los economistas a arremeter cada vez con más fuerza contra los principios que estaban todavía sosteniendo el enfoque tradicional.

Por otra parte, los Tribunales europeos, tanto el Tribunal de Justicia como el de Primera Instancia, permeables a las nuevas ideas, estaban actuando con más flexibilidad que la Comisión y enfrentaban el análisis económico al mero registro de los incumplimientos formales, dando más importancia al primero que al segundo. En la curia, la regla de lo razonable ganaba posiciones a la regla de la norma.

Pero es que, por si fuera poco, los criterios imperantes sobre las restricciones verticales en diversos e importantes países eran distintos que los aplicados por la Comisión década y media antes, porque usaban el análisis económico para determinar infracciones. Tales eran los casos de, por ejemplo, Alemania, Francia, Italia y Reino Unido, en Europa; o Estados Unidos y Canadá, en América. Y también eran distintos porque, en varios de estos países, los acuerdos restrictivos no se notificaban porque eran, *a priori*, legales. Esto es lo que estaba ocurriendo en los Estados europeos de mayor peso específico, y también en Estados Unidos y Canadá.

b) *Auge del análisis económico*

Un decisivo factor de la crisis fue el que hemos denominado como «presión académica». En efecto, a lo largo de la década de los ochenta, se fue imponiendo en el mundo académico la opinión según la cual son desiguales, no sólo en grado, sino también en signo, los efectos que sobre la competencia tienen las restricciones horizontales y verticales. Es decir,

se abrió paso la idea de que un acuerdo entre empresas competidoras, situadas en la misma fase del proceso de producción o comercialización, es generalmente más dañino para la competencia que un acuerdo que puedan alcanzar entre sí varias empresas situadas en fases distintas del proceso que, por eso mismo, no son sustitutivas entre sí, como, en cambio, lo son las competidoras.

El razonamiento que avala esta interpretación es que un acuerdo entre dos empresas que operan en la misma marca de un cierto tipo de producto, fabricando una y distribuyendo otra, por ejemplo, no podrá tener efectos apreciables sobre la competencia en el mercado siempre que existan en el mismo varias marcas del mismo tipo de producto. La competencia entre las diferentes marcas (competencia intermarca) será lo determinante en este caso, y no la hipotética merma de competencia dentro de la marca en cuestión (competencia intramarca) a que supuestamente hubiera dado lugar el acuerdo entre la productora y la comercializadora del producto de esa marca, en el ejemplo.

Es más, se consideró que, si es intensa la competencia intermarca en el mercado para cualquier tipo de producto, ciertas restricciones verticales a la competencia dentro de cada marca podrían arrojar efectos positivos sobre la competencia relativa a ese producto, globalmente considerada. El saldo podría ser, en este caso, positivo. Incluso, el consenso alcanzaba a que se considerase que, cuanto más agresiva fuera la competencia entre las diferentes marcas, más posibilidades habría de que los efectos positivos de las restricciones verticales sobre la competencia (y la eficiencia económica, en general) superasen a los efectos anticompetitivos.

Entre los efectos pro competencia de que las restricciones verticales son capaces de generar en un contexto de competencia intermarca, los economistas distinguían: *a)* los ahorros obtenidos por la mayor integración de los mercados que estas restricciones propician; *b)* los ahorros que genera la reducción de costes de operación a que estas restricciones pueden conducir, y *c)* la reducción de costes de información en el mercado que origina la uniformidad propiciada por ciertos acuerdos dentro de cada marca.

C. SINOPSIS DEL PROCESO DE REFORMA

El proceso puesto en marcha por la propia Comisión Europea para la reforma de su enfoque tradicional en el tratamiento de las restricciones verticales ha durado un lustro y ha culminado con la publicación del Reglamento de Exención por Categorías de las restricciones verticales, de 22 de diciembre de 1999, y las Directrices relativas a las restricciones verticales, de 13 de octubre de 2000, si bien cabe distinguir dos hitos previos en ese proceso, los cuales son, por orden cronológico, los siguientes: la publicación del Libro Verde sobre las Restricciones Verticales,

el 22 de enero de 1997, y la reunión del Consejo de Ministros de 10 de junio de 1999, que aprueba dos importantes Reglamentos y una Declaración sobre los elementos esenciales de la nueva política europea de competencia con relación a las restricciones verticales.

a) *Libro Verde sobre las Restricciones Verticales*

La Comisión Europea es consciente en el año 1996 de la crisis del modelo vigente y comprende la necesidad de emprender una reforma del mismo. Con esta preocupación, elabora ese mismo año un «Libro Verde sobre las Restricciones Verticales⁷» que publica y somete a debate público. Ciertamente la Comisión ofrece, para la necesidad de reforma, otros motivos distintos de los que la acosan y hemos descrito. Su planteamiento público es que existe la necesidad de culminar la normativa para el libre movimiento de productos en el mercado común, que además están próximos al fin de su vigencia dos reglamentos de exención por categorías que afectan a restricciones verticales⁸, y también ofrece como razón para el cambio que están desarrollándose con pujanza nuevos métodos de distribución a los que no conviene que coarte una actuación indiscriminada.

La Comisión Europea, una vez publicado el Libro Verde, abre un proceso de consulta en el que implica al Parlamento Europeo, a los Estados miembros, al Comité Económico y Social, al Comité de Regiones, así como a los diversos interesados: productores, distribuidores, organizaciones de consumidores y representantes sindicales. Y plantea las siguientes opciones para que todos se manifiesten sobre las mismas: a) Mantener el sistema entonces actual. b) Establecer exenciones por categorías más amplias, con lo se ganaría en flexibilidad, se abarcaría un mayor número de situaciones y se reduciría el grado de «reglamentismo». c) Establecer exenciones por categorías más específicas (limitación de las actuales exenciones por categorías a empresas con cuotas de mercado menores del 40 por 100 sin discriminación de precios entre Estados miembros). d) Reducción del ámbito de aplicación del art. 85.1 (hoy 81.1) del Tratado, estableciendo la presunción rebatible de compatibilidad con el art. 81.1 a empresas con una cuota de mercado inferior al 20 por 100, con dos variantes para las que lo superan.

Dos años después de publicar el Libro Verde, en 1998, la Comisión Europea publica una Comunicación sobre el seguimiento del Libro Verde⁹, en la que da cuenta de la marcha del debate. Y, en ese mismo año, hace públicas sus propuestas para dos Reglamentos del Consejo¹⁰ que habrían de modificar los antiguos Reglamentos 19/65 y 17/62, el pri-

⁷ COM (96) 721 final, Bruselas, 22 de enero de 1997.

⁸ El 31 de diciembre de 1997 expiraban el de «distribución exclusiva» y el de «compra exclusiva».

⁹ COM (98) 544 final, Bruselas, 30 de septiembre de 1998.

¹⁰ COM (98) 546 final, Bruselas, 30 de septiembre de 1998.

mero de habilitación a la Comisión para la adopción de exenciones por categorías y el segundo de aplicación de los arts. 81 y 82 (*ex* 85 y 86) del Tratado.

b) *Reunión del Consejo de Ministros de 10 de junio de 1999*

Si el Libro Verde puede señalarse como el primer hito del proceso de reforma del tratamiento tradicional de las restricciones verticales por la Comisión, el segundo hito en este proceso reformador lo sería la reunión del Consejo de Ministros de Industria de la Unión Europea de 10 de junio de 1999, en la que se respaldaron los propósitos reformadores de la Comisión y se aprobaron tres importantes textos.

En primer lugar, el Consejo aprobó, a propuesta de la Comisión, dos Reglamentos, el CEE/1215/1999 y el CEE/1216/1999.

En segundo lugar, el Consejo de Ministros que, al aprobar estos Reglamentos facultaba a la Comisión para adoptar un nuevo reglamento de exención por categorías para los acuerdos verticales, hacía pública una Declaración sobre los elementos esenciales de la nueva política comunitaria de competencia en materia de restricciones verticales¹¹, que fue cortésmente respondida por la Comisión mediante una Declaración de buena disposición.

i) *Reglamentos CEE/1215/1999 y CEE/1216/1999*

El Consejo de Ministros reforzaba a la Comisión y aceptaba su propuesta, aprobando dos reglamentos modificativos de otros dos. El primero que se modificaba era el Reglamento núm. 19/65/CEE del Consejo, de 2 de marzo de 1965, relativo a la aplicación del apartado 3 del art. 85 (ahora 81) del Tratado a determinadas categorías de acuerdos y prácticas concertadas, de habilitación a la Comisión para la adopción de reglamentos de exención por categorías. El otro reglamento modificado era el Reglamento núm. 17/62/CEE del Consejo, de 6 de febrero de 1962, primer reglamento de aplicación de los arts. 85 y 86 (ahora 81 y 82) del Tratado.

ii) *Declaración del Consejo sobre los elementos esenciales de la nueva política*

En esta Declaración, el Consejo coincidía con la Comisión en varias cuestiones que iban a ser decisivas y, respecto de otras, el Consejo emitía su propia opinión.

¹¹ Doc. 8958/99 ADDI.

En primer lugar, el Consejo coincide con la Comisión en que el futuro reglamento de exención por categorías para las restricciones verticales debería tener como objetivos fundamentales la «protección de la competencia» y la «integración del mercado».

Más en concreto, en la Declaración se postulan las siguientes finalidades: *a)* Una exención por categorías que abarque todos los tipos de acuerdos verticales. *b)* Un enfoque más económico que evalúe los efectos positivos y negativos de las restricciones verticales. *c)* Una reducción de la carga administrativa que pesa sobre las autoridades encargadas de la competencia y sobre las empresas. *d)* Una mayor descentralización del control.

En este sentido, el Consejo pide a la Comisión que elabore el proyecto de un nuevo reglamento de exención por categorías, de conformidad con los principios mencionados, con la antelación suficiente para que la nueva exención por categorías para las restricciones verticales entre en funcionamiento, a ser posible, el 1 de enero de 2000. El Consejo toma nota del régimen especial relativo a la distribución de vehículos a motor vigente hasta 2002 y pide a la Comisión que adopte determinadas providencias para poder determinar el futuro régimen de este sector.

En segundo lugar, el Consejo coincide con la Comisión en que el futuro reglamento de exención por categorías para las restricciones verticales debe «basarse en criterios económicos a la hora de determinar el alcance del beneficio de la exención». Y, además, el Consejo se pronuncia a favor de una sola «cuota de mercado límite», por encima de la cual no se aplique la exención, y considera que el 30 por 100 constituye una buena base para las consultas.

Con objeto de ayudar a las empresas a evaluar sus acuerdos verticales y, de ese modo, lograr una mayor eficacia en el cumplimiento de las normas de competencia, pero también para desincentivar a las empresas para notificar los acuerdos verticales, el Consejo pide a la Comisión que elabore unas «directrices» en las que se expongan los criterios generales que aplicará la Comisión en los siguientes supuestos: *a)* Estudio de los casos particulares que queden fuera de la exención por categorías contemplada en el futuro reglamento. *b)* Revocación del beneficio de la exención en los casos específicos en los que un acuerdo tenga efectos incompatibles con las condiciones establecidas en el apartado 3 del art. 81 del Tratado. *c)* Adopción de reglamentos de desaplicación del beneficio de la exención a una pluralidad de acuerdos paralelos en un mercado concreto.

En tercer lugar, el Consejo pide a la Comisión que elabore una lista de restricciones verticales que se consideran contrarias a la competencia y que habrán de quedar excluidas de la futura exención por categorías, con independencia de la cuota de mercado de la empresa («lista negra»), en la cual deberán figurar, al menos, la «fijación de precios mínimos y fijos de reventa», así como «determinados tipos de protección territorial». Y, en este sentido, el Consejo pide a la Comisión que tenga en

cuenta que la inclusión en la lista negra de determinadas cláusulas de protección territorial, relativas a restricciones a las ventas activas, no debería inhibir la asignación de territorios a los distribuidores, incluidos los franquiciados, si dichos acuerdos restrictivos, debido a afectar a cuotas muy pequeñas de mercado, no tienen un impacto adverso para la competencia o la integración del mercado. Con este fin, el Consejo recomienda a la Comisión que revise su Comunicación «De *minimis*», en paralelo al proceso de reforma de su política de competencia relativa a las restricciones verticales.

En cuarto lugar, el Consejo coincide con la Comisión en que las «cláusulas de no competencia» deben quedar fuera del beneficio de la exención si no estipulan un determinado plazo máximo de duración. El Consejo estima que, como base para las consultas, el período exento deberá ser de cinco años, aunque pudiendo prever excepciones para casos particulares en las directrices o en el reglamento de exención.

Finalmente, el Consejo solicita a la Comisión que sopesa la relación entre la flexibilidad del nuevo régimen para la distribución selectiva y el objetivo de protección de la competencia.

En resumen, mediante la Declaración de 10 de junio de 1999, el Consejo apoya a la Comisión en el proceso de reforma abierto por ella misma con el Libro Verde, para que adopte un nuevo enfoque en el tratamiento de las restricciones verticales que tenga en cuenta el análisis económico, gane flexibilidad, aporte seguridad jurídica, reduzca carga burocrática y permita un control más descentralizado. El Consejo detalla los textos en que ha de concretarse la reforma; en cuanto a dos de ellos, emplaza a la Comisión para que redacte un *Reglamento de exención por categorías* para las restricciones verticales y unas *Directrices* donde la Comisión exponga los criterios que aplicará al estudiar los casos particulares que queden fuera de la exención genérica y las revocaciones del beneficio de la exención; en cuanto al tercer documento, el Consejo recomienda a la Comisión que elabore una nueva *Comunicación de minimis* que evite inhibir la asignación de territorios a los distribuidores cuando no supongan menoscabo de la competencia. Finalmente, el Consejo se declara partidario de una única cuota de mercado límite, que sugiere del 30 por 100, para que la exención genérica no se aplique si esa cuota es superada; y pide a la Comisión que elabore una «lista negra» con las restricciones concretas que, con independencia de la cuota de mercado, se dejarán fuera de la futura exención por categorías, y en la que, dice, han de estar la fijación de precios mínimos y fijos de reventa, y determinados tipos de protección territorial.

2. REGLAMENTO DE EXENCIÓN POR CATEGORÍAS PARA LAS RESTRICCIONES VERTICALES

Éste es el «Reglamento (CE) núm. 2790/1999 de la Comisión, de 22 de diciembre de 1999, relativo a la aplicación del apartado 3 del art. 81

del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas», publicado por el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* el 29 de diciembre de 1999. Este Reglamento será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro.

A. DECLARACIÓN DE INTENCIONES

La sustancia de los considerandos de este Reglamento, cuyo conjunto constituye una verdadera lección de análisis económico, comienza a desplegarse con una declaración de la Comisión según la cual «la experiencia adquirida hasta la fecha permite definir una categoría de acuerdos verticales que pueden considerarse que, en principio, cumplen las condiciones establecidas en el apartado 3 del art. 81», declaración de gran calado aunque redactada de modo bastante inexpresivo. Para su debida ponderación, convendrá recordar esas «condiciones establecidas en el apartado 3 del art. 81»:

«Que contribuyan a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico, y reserven al mismo tiempo a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante, y sin que: a) impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar tales objetivos; b) ofrezcan a dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate».

La declaración es de gran calado porque la Comisión Europea viene a reconocer que ya ha adquirido suficiente experiencia como para haberse dado cuenta de que existen categorías de acuerdos verticales entre las empresas que, *a priori*, no deben ser prohibidos, porque mejoran la producción o la distribución o fomentan el progreso técnico o económico y hacen participar equitativamente a los usuarios en esas mejoras. Tras esta declaración, la Comisión fija los términos de esa categoría de acuerdos verticales que su experiencia le permite identificar como susceptibles de estar exentos de prohibición. Lo hace así:

«Esta categoría incluye los acuerdos verticales de compra o venta de bienes y servicios, cuando estos acuerdos se celebren entre empresas no competidoras, entre determinados competidores o por determinadas asociaciones de minoristas de bienes. Incluye asimismo los acuerdos verticales que contengan disposiciones accesorias sobre cesión o utilización de derechos de propiedad intelectual. A los efectos del presente Reglamento, el término acuerdos verticales incluirá las correspondientes prácticas concertadas»¹².

Seguidamente la Comisión explica que estos acuerdos —es decir, los verticales de la categoría definida en el Reglamento que va a declarar exentos de prohibición—: «pueden mejorar la eficiencia económica de

¹² Ver PASCUAL Y VICENTE (2002a), p. 319.

una cadena de producción o de distribución al permitir una mejor coordinación entre las empresas participantes». Y que, «en concreto, pueden llevar a una reducción de los costes de transacción¹³ y de los costes de distribución de las partes y a optimizar sus niveles de ventas e inversión».

Aunque seguidamente advierte que: «La probabilidad de que dicha mejora de la eficiencia económica compense los efectos contrarios a la competencia derivados de las restricciones contenidas en los acuerdos verticales depende del grado de poder de mercado¹⁴ de las empresas implicadas y, por tanto, de la medida en que dichas empresas estén expuestas a la competencia de otros proveedores de bienes o servicios que el comprador considere intercambiables o sustituibles debido a sus características, precios y destino previsto».

El razonamiento es correcto, aunque no conviene pasar por alto que resulta completamente imposible determinar en la práctica cuál es el grado de poder de mercado por debajo del cual la eficiencia económica ganada por una categoría de restricciones verticales es mayor que los efectos económicos negativos de una supuesta competencia perdida. Pero, pragmáticamente, la Comisión salta por encima de esta dificultad y, tomando la referencia del «30 por 100 de cuota de mercado límite» que le había sugerido el Consejo en la Declaración de 10 de junio de 1999 (ver *supra*), conecta los conceptos «poder de mercado» y «cuota de mercado», y declara:

«Siempre y cuando la cuota de mercado del proveedor en el mercado de referencia no exceda del 30 por 100, cabe suponer que los acuerdos verticales que no contengan determinado tipo de restricciones especialmente graves y contrarias a la competencia conducen por lo general a una mejora de la producción o distribución y reservan a los usuarios una participación equitativa en los beneficios resultantes... Por encima del límite de la cuota de mercado del 30 por 100, no cabe admitir la presunción de que los acuerdos verticales que entren en el ámbito de aplicación del apartado 1 del art. 81 generarán con carácter general ventajas objetivas de tal naturaleza y dimensión que compensen las ventajas que causan a la competencia».

La Comisión, sin embargo, advierte que, cualesquiera que sean las cuotas de mercado de las empresas implicadas, no han de quedar exentos aquellos acuerdos verticales que contengan restricciones a la competencia no imprescindibles para alcanzar los mencionados efectos positivos, destacando que esto ha de afectar particularmente a los acuerdos verticales que contengan determinadas restricciones de la competencia especialmente graves, como los «precios de reventa mínimos y fijos» y «determinados tipos de protección territorial». Por otra parte, con el fin de impedir bloqueos a la entrada en el mercado y colusiones excluyentes del mismo, la Comisión anuncia en la Exposición de Motivos del Reglamento que se propone sujetar la exención por categorías objeto del mismo

¹³ Ídem, p. 180.

¹⁴ Ídem, p. 298.

a ciertas limitaciones. Se trata, en definitiva, de asegurar que los acuerdos a los que se aplique la exención por categorías del Reglamento no permitan a las empresas participantes eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos afectados.

Finalmente, en la Exposición de Motivos, la Comisión advierte su propósito de reservarse en el Reglamento la posibilidad de retirar el beneficio de la exención por categorías en casos específicos en los que un acuerdo, aunque cumpla las condiciones establecidas, surta efectos incompatibles con el art. 81.3 del Tratado.

B. ESTRUCTURA

Éste es un Reglamento breve, de sólo trece artículos, cuyo contenido puede estructurarse con arreglo al siguiente esquema: *a)* terminología; *b)* acuerdo vertical y ámbito de aplicación; *c)* condiciones de inaplicabilidad; *d)* retirada del beneficio de la exención; *e)* declaración reglamentaria de inaplicabilidad; *f)* Disposiciones Transitorias.

a) Terminología

Los arts. 1 y 11 del Reglamento precisan la terminología utilizada en el cuerpo del Reglamento.

El art. 1, así, define qué hay que entender por conceptos tales como «empresas competidoras», «cláusula de no competencia», «obligación de suministro exclusivo», «sistema de distribución selectiva» o «conocimientos técnicos». Y el art. 11 hace lo propio con respecto al término «empresa vinculada».

Seguidamente se ofrece el correspondiente detalle terminológico.

i) Empresas competidoras

El Reglamento entiende por *empresas competidoras* los proveedores reales o potenciales en el mismo mercado de producto, incluyendo éste los bienes o servicios que el comprador considere intercambiables o sustituibles con los bienes o servicios del contrato, dadas sus características, precios y destino previsto.

ii) Cláusula de no competencia

Se considera *cláusula de no competencia* cualquier obligación directa o indirecta que prohíba al comprador fabricar, adquirir, vender o revender bienes o servicios que compitan con los bienes o servicios contractuales,

o cualquier obligación, directa o indirecta, que exija al comprador adquirir al proveedor o a otra empresa designada por éste más del 80 por 100 del total de sus compras de los bienes o servicios contractuales y de sus sustitutos en el mercado de referencia, calculadas sobre la base del valor de sus compras en el año precedente.

iii) Obligación de suministro exclusivo

Se entiende por *obligación de suministro exclusivo* cualquier obligación, directa o indirecta, para el proveedor, de vender los bienes o servicios especificados en el acuerdo exclusivamente a un comprador dentro de la Comunidad para un uso específico o para su reventa.

iv) Sistema de distribución selectiva

Es un *sistema de distribución selectiva* cualquiera por el que el proveedor se compromete a vender los bienes o servicios contractuales, directa o indirectamente, sólo a distribuidores seleccionados sobre la base de criterios específicos, y los distribuidores se comprometen a no vender tales bienes o servicios a agentes no autorizados.

v) Derechos de propiedad intelectual

El Reglamento especifica que, en los *derechos de propiedad intelectual*, incluirá los derechos de propiedad industrial, derechos de autor y derechos conexos.

vi) Conocimientos técnicos

Se entenderá por *conocimientos técnicos* un conjunto de información práctica no patentada, derivada de la experiencia del proveedor y verificada por éste, que es secreta, sustancial y determinada.

vii) Comprador

Para el Reglamento, el concepto de *comprador* incluirá una empresa que, con arreglo a un acuerdo al que se aplique el apartado 1 del art. 81 del Tratado, venda bienes o servicios por cuenta de otra empresa.

viii) Empresa vinculada

El art. 11 del Reglamento dispone que, a sus propios efectos, los términos «empresa», «proveedor» y «comprador» incluirán sus empresas vinculadas, defi-

niendo a éstas en los siguientes términos: *a)* Las empresas en las que una de las partes del acuerdo, directa o indirectamente, tenga la facultad de ejercer más de la mitad de los derechos de voto; o tenga la facultad de designar más de la mitad de los miembros del consejo de vigilancia, del consejo de administración o de los órganos de representación legal de la empresa; o disponga del derecho a gestionar las actividades de la empresa. *b)* Las empresas que, directa o indirectamente, tengan sobre una de las partes del acuerdo los derechos o facultades enumeradas en la letra *a)*. *c)* Las empresas en las que una empresa contemplada en la letra *b)* posea, directa o indirectamente, los derechos o facultades enumerados en la letra *a)*. *d)* Las empresas en las que una parte del acuerdo junto con una o varias de las empresas contempladas en *a)*, *b)* o *c)* o en las que dos o varias de estas últimas empresas posean conjuntamente los derechos o facultades enumerados en *a)*. *e)* Las empresas en las que los derechos o facultades enumeradas en la letra *a)* sean de titularidad conjunta de partes del acuerdo o sus respectivas empresas vinculadas contempladas en las letras *a)* a *d)*; o una o varias de las partes del acuerdo o una o varias de sus empresas vinculadas contempladas en las letras *a)* a *d)* y una o varias terceras partes.

b) Acuerdo vertical y ámbito de aplicación

El art. 2 es uno de los más importantes del Reglamento porque define lo que en él se entiende por acuerdo vertical y fija el ámbito de la exención, estableciendo expresamente que el Reglamento no se aplicará a los acuerdos verticales cuyo objeto entre dentro del ámbito de aplicación de otros Reglamentos de exención por categorías (apartado 5) ¹⁵.

i) Acuerdo vertical

En cuanto a lo que el Reglamento entiende por acuerdo vertical, el apartado 1 del art. 2 establece que la prohibición del art. 81.1 del Tratado no se aplicará a «los acuerdos o prácticas concertadas, suscritos entre dos o más empresas que operen, a efectos del acuerdo, en planos distintos de la cadena de producción o distribución y que se refieran a las condiciones en las que las partes pueden adquirir, vender o revender determinados bienes o servicios».

ii) Ámbito de aplicación

El apartado 2 del mismo art. 1 precisa que la exención será aplicable también a los acuerdos verticales entre una asociación de empresas y sus miembros, o entre dicha asociación y sus proveedores, siempre que

¹⁵ Es el caso del sector del automóvil que, a la sazón, seguía amparado por una exención específica por categoría, concedida por el Reglamento (CE) núm. 1475/95 de la Comisión, que posteriormente habría de ser sustituido por el Reglamento (CE) núm. 1400/2002 de la Comisión de 31 de julio de 2002 (ver nota 2).

todos los miembros sean minoristas y ninguno de ellos tenga un volumen anual global de negocios superior a 50 millones de euros, incluyendo en esta cifra las de sus empresas vinculadas.

El apartado 3, por su parte, precisa que la exención será aplicable a los acuerdos verticales que contengan cláusulas sobre cesión al comprador de derechos de propiedad intelectual, siempre que las mismas no constituyan el objeto principal de los acuerdos, estén directamente relacionadas con el uso, venta o reventa de bienes o servicios por el comprador o sus clientes, y no contengan restricciones de la competencia, respecto de los bienes o servicios contractuales, que tengan el mismo objeto o efecto que las restricciones verticales no exentas por el Reglamento.

El apartado 4 regula la exención de las restricciones verticales entre competidores, estableciendo que, si bien, en principio, la exención no es aplicable a éstos, sí lo será cuando empresas competidoras suscriban un acuerdo vertical no recíproco y: a) el volumen de negocios global del comprador no exceda de 100 millones de euros al año, o b) el proveedor sea un fabricante y un distribuidor de bienes, y el comprador sea un distribuidor que no fabrique bienes que compitan con los bienes del contrato, o c) el proveedor suministre servicios a los distintos niveles del comercio y el comprador no suministre servicios competitivos en el nivel del comercio donde compre los servicios contractuales.

c) *Condiciones de inaplicabilidad*

Las condiciones de inaplicabilidad de la exención están contempladas en los arts. 3, 4 y 5 del Reglamento, que contienen preceptos de carácter negativo en los que se precisan las condiciones cuya presencia hacen inaplicable la exención por categoría. Estas condiciones son: i) Cuota de mercado superior al 30 por 100. ii) Lista negra de restricciones. iii) Cláusulas de no competencia excesivas, según detalle.

i) Cuota de mercado superior al 30 por 100

El art. 3 dispone, en su apartado 1, que la exención prevista se aplicará con la condición de que la cuota de mercado del proveedor no exceda del 30 por 100 del mercado de referencia en el que se vendan los bienes o servicios contractuales.

El apartado 2 del mismo art. 3 se refiere al caso de los acuerdos verticales que contengan obligaciones de suministro exclusivo y dispone que la exención prevista se aplicará a condición de que la cuota de mercado del comprador no exceda del 30 por 100 del mercado de referencia en el que adquiera los bienes o servicios contractuales.

Los arts. 9 y 10 del Reglamento regulan el cálculo de la cuota de mercado.

El art. 9 establece el siguiente conjunto de reglas para el cálculo de la cuota de mercado: *a)* La cuota de mercado se calculará sobre la base de datos relativos al año natural precedente. *b)* La cuota de mercado incluirá los bienes o servicios suministrados a los distribuidores integrados a los efectos de la venta. *c)* Cuando la cuota de mercado no supere inicialmente el 30 por 100 pero se incremente *a posteriori* sin exceder del 35 por 100, la exención seguirá aplicándose durante un período de dos años naturales consecutivos, a partir del año en que se sobrepase por primera vez el 30 por 100. *d)* Cuando la cuota de mercado no supere inicialmente el 30 por 100 pero se incremente *a posteriori* por encima del 35 por 100, la exención seguirá aplicándose durante un año natural, a contar desde el año en que se sobrepase por primera vez el 35 por 100. *e)* Los beneficios de las letras *c)* y *d)* no podrán combinarse de manera que excedan de un período de dos años naturales.

El art. 10, por su parte, dispone que, a los efectos del cálculo del volumen de negocios global anual, se sumarán todos los volúmenes de negocio realizados, durante el ejercicio financiero previo, por la correspondiente empresa parte del acuerdo vertical y por sus empresas vinculadas, con respecto a todos los bienes y servicios, excluidos impuestos y tasas. A tal fin, no se tendrán en cuenta las operaciones entre la empresa parte del acuerdo vertical y sus empresas vinculadas, o directamente entre sus empresas vinculadas.

La exención seguirá aplicándose cuando se rebase el umbral del volumen de negocios global anual en no más del 10 por 100 durante cualquier período de dos ejercicios financieros consecutivos, según dispone el apartado 2 del art. 10 del Reglamento.

ii) Lista negra de restricciones

El art. 4 prevé la no aplicación de la exención a los acuerdos verticales que, directa o indirectamente, por sí solos o en combinación con otros factores bajo control de las partes, tengan por objeto diversas restricciones que se concretan en las siguientes: *a)* Restricción de la facultad del comprador de fijar el precio de venta, sin perjuicio de que el proveedor pueda imponer precios de venta máximos o recomendar un precio de venta, siempre y cuando éstos no equivalgan a un precio de venta fijo o mínimo como resultado de presiones o incentivos procedentes de cualquiera de las partes. *b)* Restricción del territorio en el que el comprador pueda vender los bienes o servicios contractuales, o de los clientes a los que pueda vendérselos, excepto: *i)* restricción de ventas activas en el territorio o al grupo de clientes reservados en exclusiva al proveedor o asignados en exclusiva por el proveedor a otro comprador, cuando tal prohibición no limite las ventas de los clientes del comprador; *ii)* restricción de ventas

a usuarios finales por un comprador que opere a nivel de comercio al por mayor; iii) restricción de ventas a distribuidores no autorizados por los miembros de un sistema de distribución selectiva; iv) restricción de la capacidad del comprador de vender componentes, suministrados con el fin de su incorporación, a clientes que los usarían para fabricar el mismo tipo de bienes que los que produce el proveedor. c) Restricción de las ventas activas o pasivas a los usuarios finales por parte de los miembros de un sistema de distribución selectiva, que opere al nivel de comercio al por menor, sin perjuicio de la posibilidad de prohibir a un miembro del sistema que opere fuera de un lugar de establecimiento autorizado. d) Restricción de los suministros cruzados entre distribuidores dentro de un sistema de distribución selectiva, inclusive entre distribuidores que operen a distintos niveles del comercio. e) Restricción acordada entre un proveedor de componentes y un comprador que los incorpora en otros bienes, que limite la capacidad del proveedor de vender esos componentes como piezas sueltas a usuarios finales o a reparadores o proveedores de otros servicios, no encargados por el comprador de la reparación o servicio post-venta de sus bienes.

iii) Cláusulas de no competencia excesivas

El art. 5, finalmente, prescribe la no aplicación del Reglamento de Exención por Categorías a ninguna de las siguientes cláusulas de no competencia contenidas en los acuerdos verticales: a) Cualquier cláusula, directa o indirecta, de no competencia cuya duración sea indefinida o exceda de cinco años, considerándose como de duración indefinida la que sea tácitamente renovable a partir de un período de cinco años. Sin embargo, este límite temporal de cinco años no se aplicará cuando los bienes o servicios contractuales sean vendidos por el comprador desde locales y terrenos que sean propiedad del proveedor o estén arrendados por el proveedor a terceros no vinculados con el comprador, siempre y cuando la duración de la cláusula de no competencia no exceda del período de ocupación de los locales y terrenos por parte del comprador. b) Cualquier cláusula que, directa o indirectamente, prohíba al comprador, tras la expiración del acuerdo, fabricar, comprar, vender o revender bienes o servicios, excepto cuando tal obligación se refiera a bienes o servicios que compitan con los bienes o servicios contractuales, y se limite al local y terrenos desde los que el comprador haya operado durante el período contractual, y sea indispensable para proteger conocimientos técnicos transferidos por el proveedor al comprador, y siempre y cuando la duración de dicha cláusula de no competencia se limite a un período de un año tras la expiración del acuerdo. Esta obligación se entenderá sin perjuicio de la posibilidad de imponer una restricción ilimitada en el tiempo, relativa al uso y la cesión de conocimientos técnicos que no sean de dominio público. c) Cualquier cláusula que, directa o indirectamente, prohíba a los miembros de un sistema de distribución selectiva vender las marcas de determinados proveedores competidores.

d) *Exclusión del beneficio de la exención*

El Reglamento establece, en sus arts. 6 y 7, respectivamente, la posibilidad de que la Comisión y los Estados miembros puedan excluir del beneficio de la exención a los acuerdos verticales cuando surtan efectos incompatibles con las condiciones del art. 81.3 del Tratado.

En efecto, el art. 6 dispone que la Comisión podrá retirar el beneficio de la aplicación del Reglamento de Exención por Categorías cuando, en un caso específico, considere que un acuerdo vertical al que se aplique este Reglamento surte efectos incompatibles con las condiciones previstas en el art. 81.3 del Tratado, en particular cuando restrinja de forma significativa el acceso al mercado de referencia, o la competencia en el mismo, por el efecto acumulativo de redes paralelas de restricciones verticales similares, puestas en práctica por proveedores o compradores competidores.

Y el art. 7 otorga idéntica facultad a la autoridad competente de un Estado miembro, para poder retirar el beneficio de la aplicación del Reglamento de Exención por Categorías en su territorio, cuando un acuerdo vertical al que se aplique el Reglamento surta efectos incompatibles con las condiciones del art. 81.3 del Tratado en el territorio del propio Estado, o en una parte del mismo, que reúna las condiciones propias de un mercado geográfico separado.

e) *Declaración reglamentaria de inaplicabilidad*

El art. 8 faculta a la Comisión para declarar la inaplicabilidad del Reglamento de Exención por Categorías a los acuerdos verticales que contengan restricciones específicas relativas a un mercado en el que existan redes paralelas de restricciones verticales similares que abarquen a más del 50 por 100 del mismo. La Comisión habrá de hacer uso de esta facultad mediante reglamentos, que no serán aplicables antes de un plazo de seis meses a partir de su adopción.

f) *Disposiciones Transitorias*

El Reglamento de exención por categorías de las restricciones verticales entra en vigor el 1 de enero de 2000 y expira el 31 de mayo de 2010, según dispone su art. 13 que, asimismo, establece que será aplicable a partir del 1 de junio de 2000, excepto el apartado 1 del art. 12, que será aplicable a partir del 1 de enero de 2000.

Dicho apartado 1 del art. 12 dispone que las exenciones previstas en los Reglamentos de la Comisión (CEE) núms. 1983/83¹⁶, 1984/83¹⁷

¹⁶ DOCE, núm. L 173, de 30 de junio de 1983, p. 1.

¹⁷ DOCE, núm. L 173, de 30 de junio de 1983, p. 5.

y 4087/88¹⁸ seguirán aplicándose hasta el 31 de mayo de 2000. Y el apartado 2, que la prohibición establecida en el art. 81.1 del Tratado no se aplicará durante el período comprendido entre el 1 de junio de 2000 y el 31 de diciembre de 2001, respecto de los acuerdos que ya estén en vigor el 31 de mayo de 2000 y que no cumplan las condiciones de exención previstas en este Reglamento, pero cumplan las condiciones establecidas en los Reglamentos (CEE) núms. 1983/83, 1984/83 ó 4087/88.

3. DIRECTRICES SOBRE RESTRICCIONES VERTICALES

Las *Directrices relativas a las restricciones verticales* se publican como una Comunicación de la Comisión en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* el 13 de octubre del año 2000¹⁹.

A. DESCRIPCIÓN GENERAL DEL CONTENIDO

La Comunicación de *Directrices* consta de seis capítulos, de los que el primero sirve para definir los objetivos y para explicar por qué el art. 81 del Tratado ofrece el marco jurídico adecuado para una evaluación equilibrada de las decisiones verticales, al reconocer la distinción entre efectos contrarios a la competencia y efectos beneficiosos para la misma, en los apartados 1 y 3, respectivamente. En este primer capítulo, la Comisión expone el criterio que va a seguir en el análisis de los acuerdos verticales, que consistirá generalmente en un enfoque económico basado en las consecuencias en el mercado. Y advierte no será así respecto de los acuerdos verticales contemplados en el art. 4 del Reglamento, en los que no está obligada a evaluar sus efectos reales en el mercado. El capítulo segundo describe los acuerdos verticales que, por lo general, no entran en el ámbito de aplicación del art. 81.1 del Tratado. El capítulo tercero explica cómo va a ser aplicado el Reglamento de Exención por Categorías. El capítulo cuarto describe los principios que rigen la retirada individual de la exención por categorías y la inaplicabilidad genérica del Reglamento de Exención. En el capítulo quinto, se abordan las cuestiones de la definición del mercado y del cálculo de su cuota. Y, finalmente, el capítulo sexto ofrece unas orientaciones para la evaluación de los casos individuales.

B. ACUERDOS VERTICALES EXCLUIDOS DEL ART. 81.1

El capítulo II precisa qué tipos de acuerdos verticales están, por lo general, excluidos del ámbito de aplicación del art. 81.1 del Tratado. Son, por una parte, los acuerdos de menor importancia y los llamados «PYME», y, por otra parte, los acuerdos de agencia.

¹⁸ DOCE, núm. L 359, de 28 de diciembre de 1988, p. 46.

¹⁹ 2000/C 291/01.

a) *Acuerdos de menor importancia y PYME*

Por lo que respecta a los acuerdos de menor importancia y PYME, las *Directrices* dan algún tipo de respuesta al requerimiento del Consejo a la Comisión de una nueva Comunicación de *minimis*²⁰. Es en este sentido en el que el apartado 1 del capítulo II hace notar que los acuerdos que no tienen capacidad para afectar significativamente al comercio entre Estados miembros o que no tienen por objeto o efecto restringir de forma significativa la competencia, quedan fuera del ámbito de aplicación del art. 81.1 del Tratado, señalándose seguidamente que el Reglamento de Exención por Categorías se aplica únicamente a los acuerdos que sí entran en el ámbito de aplicación de dicha disposición. Finalmente, se aclara que el *Reglamento* y las *Directrices*, «se entienden sin perjuicio de la aplicación de la presente o cualquier futura Comunicación de *minimis*».

El tratamiento de la cuestión de *minimis* se hace a tres niveles, que se refieren, respectivamente, al efecto acumulativo que se produce con motivo de un acuerdo, a las restricciones especialmente graves y a los acuerdos entre pequeñas y medianas empresas.

En lo referente al efecto acumulativo, se considera que, sin perjuicio de las condiciones establecidas en los puntos 11, 18 y 20 de la Comunicación de *minimis*²¹, por lo general, los acuerdos verticales suscritos entre empresas cuya cuota de mercado no exceda del 10 por 100 se excluyen del ámbito de la prohibición del art. 81.1 del Tratado, sin que ello suponga que los acuerdos verticales celebrados por empresas que posean una cuota de mercado superior 10 por 100 infringen automáticamente lo dispuesto en el art. 81.1. Es más, la Comisión considera como posible que los acuerdos entre empresas cuya cuota de mercado sea superior al 10 por 100 sigan sin repercutir de forma significativa en el comercio entre Estados miembros o no representen una restricción considerable de la competencia²². Y se establece que estos acuerdos han de ser evaluados en su contexto jurídico y económico, según los criterios que se explican en el capítulo VI de las propias *Directrices*.

Por lo que se refiere a las restricciones especialmente graves definidas en la Comunicación de *minimis*²³, se considera posible la aplicación del art. 81.1 del Tratado por debajo del umbral del 10 por 100, siempre que se produzca un efecto considerable sobre el comercio entre Estados miembros y sobre la competencia²⁴.

²⁰ Ver Declaración del Consejo de 15 de junio de 1999, *supra*.

²¹ De fecha 9 de diciembre de 1997, *DOCE*, núm. C 372, de la misma fecha, p. 13.

²² Sentencia del Tribunal de Primera Instancia en el asunto T-7/93, *Langnese-Iglo GmbH/Comisión*, *Rec.*, 1995, II-1533, apartado 98.

²³ Comunicación relativa a los acuerdos de menor importancia de 9 de diciembre de 1997 (*DOCE*, núm. C 372, de la misma fecha, p. 13).

²⁴ Se hace aquí referencia a las Sentencias del Tribunal de Justicia en los asuntos 5/69, *Völk/Ver-*

Además, la Comisión considera que, sin perjuicio del efecto acumulativo y de las restricciones especialmente graves, los acuerdos entre pequeñas y medianas empresas, tal como las define el anexo de la Recomendación 96/280/CE de la Comisión ²⁵, rara vez tienen capacidad para afectar significativamente al comercio entre Estados miembros o restringir considerablemente la competencia y, por consiguiente, suelen quedar excluidos del ámbito de aplicación del art. 81.1 del Tratado. Para los casos en los que, a pesar de todo, tales acuerdos cumplan las condiciones de aplicación del art. 81.1, la Comisión anuncia que se abstendrá, por regla general, de incoar procedimientos, al no existir suficiente interés comunitario, siempre cuando las empresas no ocupen una posición dominante, individual o colectiva, en una parte sustancial del mercado común.

b) *Acuerdos de agencia*

La Comisión reitera en las *Directrices* que, en contratos genuinos de agencia, las obligaciones impuestas al agente en lo que respecta a los contratos negociados o suscritos por cuenta del principal, no se encuadran en el ámbito de aplicación del art. 81.1 del Tratado, aunque precisa que sí pueden encuadrarse en este ámbito los que llama «acuerdos no genuinos de agencia», en cuyo caso les serán de aplicación el Reglamento de Exención por Categorías y las *Directrices*.

Por otra parte, la Comisión aprovecha las *Directrices* para precisar anteriores pronunciamientos suyos en materia de contratos de agencia, pasando a sustituir los apartados 12 a 20 del capítulo II de las mismas a la Comunicación relativa a los contratos de representación exclusiva suscritos con los agentes comerciales de 24 de diciembre de 1962 ²⁶.

Las *Directrices* definen los acuerdos de agencia como «aquellos en virtud de los cuales una persona física o jurídica (el agente) dispone de la facultad de negociar o suscribir contratos por cuenta de otra persona (el principal), ya sea en nombre del propio agente o del principal, para la compra de bienes o servicios por parte del principal, o venta de bienes o servicios suministrados por el principal». Y centran en los tipos de riesgos, comercial o financiero, que asumen las partes, el análisis para evaluar el carácter genuino del acuerdo de agencia, distinguiendo dos tipos pertinentes de riesgo, a estos efectos. En primer lugar, los riesgos directamente relacionados con los contratos suscritos y, o negociados por el agente por cuenta del principal, tales como la «financiación de existencias». En segundo lugar, los riesgos derivados de «inversiones específicamente destinadas al mercado».

vaeke, Rec., 1969, p. 295; 1/71, *Cadillon/Höss, Rec.*, 1971, p. 351, y C-306/96, *Javico/Yves Saint Laurent, Rec.*, 1998, p. I-1983, apartados 16 y 17.

²⁵ DOCE, núm. L 107, de 30 de abril de 1996, p. 4.

²⁶ DOCE, núm. 139, de la misma fecha, pp. 2921-2962.

El acuerdo de agencia se considera genuino y, en consecuencia, excluido del ámbito de aplicación del art. 81.1, si el agente no asume riesgo alguno, ni comercial ni financiero, o éste es insignificante, en relación con los contratos celebrados por cuenta del principal y con las inversiones relativas al contrato o específicamente destinadas al mercado. No se consideran pertinentes, a efectos de esta evaluación, los riesgos propios de la prestación de servicios de agencia en general, tales como el riesgo de ingresos del agente que dependan de su éxito en el ejercicio de su función o de inversiones generales en locales o personal, por ejemplo.

Las *Directrices* establecen que la cuestión del riesgo ha de evaluarse caso por caso y teniendo en cuenta los parámetros económicos de la situación, más que la forma jurídica del acuerdo. Sin embargo, la Comisión estima que, por lo general, el art. 81.1 no será aplicable a las obligaciones impuestas al agente, por lo que se refiere a los contratos negociados y, o celebrados por cuenta del principal, cuando la propiedad de los bienes, comprados o vendidos, objeto del contrato, no le sea conferida al agente o éste no preste directamente los servicios objeto del contrato y cuando éste: *a)* no contribuya a los costes relacionados con el suministro o adquisición de los bienes o servicios objeto del contrato, incluidos los costes de transportes de los bienes; *b)* no esté obligado, directa o indirectamente, a invertir en promoción de ventas; *c)* no mantenga existencias de los bienes objeto del contrato, corriendo personalmente con los costes y riesgos, incluidos los costes de financiación de las existencias y los de pérdida de las mismas, y pueda devolver al principal, sin recargo, los bienes no vendidos, a menos que el agente sea responsable por negligencia; *d)* no cree o explote un servicio de posventa, de reparación o garantía, a menos que el principal le reembolse la totalidad de los gastos en que incurra; *e)* no realice inversiones específicamente destinadas al mercado en equipos, locales o formación del personal; *f)* no asuma responsabilidad frente a terceros por los daños causados por el producto vendido, a menos que como agente sea responsable por negligencia; *g)* no asuma responsabilidad por el incumplimiento del contrato por parte de clientes, a excepción de la pérdida de la comisión de agente, a menos que éste sea responsable por negligencia.

Esta lista no es exhaustiva. Sin embargo, si el agente incurre en uno o varios de los riesgos o costes descritos, se podrá aplicar el art. 81.1 del Tratado, como en el caso de cualquier otro tipo de acuerdo vertical.

Un acuerdo de agencia puede también entrar en el ámbito de aplicación del art. 81.1 del Tratado si facilita la colusión, aun cuando el principal asuma todos los riesgos financieros y comerciales. Tal podría ser el caso, por ejemplo, si varios principales utilizan los mismos agentes al tiempo que impiden colectivamente a otros emplear a estos agentes, o si los utilizan para coludir en la estrategia comercial o para intercambiar entre los principales información sensible sobre el mercado.

Si un acuerdo de agencia no se encuadra en el ámbito de aplicación del art. 81.1, quedan excluidos del ámbito de aplicación de dicha dis-

posición todas las obligaciones impuestas a los agentes en relación con los contratos celebrados y/o negociados por cuenta el principal.

C. APLICACIÓN DEL REGLAMENTO DE EXENCIÓN POR CATEGORÍAS

El capítulo de las *Directrices* dedicado a explicar cómo se va a aplicar el Reglamento de Exención por Categorías consta de nueve apartados, que se ocupan respectivamente de: a) Recinto protegido por el Reglamento. b) Ámbito de aplicación del Reglamento. c) Restricciones especialmente graves. d) Condiciones contempladas en el Reglamento. e) Ausencia de presunción de ilegalidad fuera del Reglamento. f) Notificación cautelar innecesaria. g) Divisibilidad. h) Gama de productos distribuidos a través del mismo sistema de distribución. i) Período transitorio.

a) *Recinto protegido*

Las *Directrices* se limitan aquí a recordar que el Reglamento de Exención por Categorías establece una presunción de legalidad de los acuerdos verticales en función de la cuota de mercado del proveedor o el comprador. En aplicación del artículo 3 del Reglamento, es la cuota del proveedor en el mercado en el que vende el bien o servicio objeto del contrato, en general, la que determina la aplicabilidad de la exención por categoría, para lo cual dicha cuota no podrá ser superior al umbral del 30 por 100. Sólo en el caso de que el acuerdo incluya una obligación de suministro exclusivo, es la cuota del comprador en el mercado en que adquiere los bienes o servicios objeto del contrato la que no puede superar el umbral del 30 por 100 para que sea de aplicación la exención por categoría.

b) *Ámbito de aplicación*

Esta cuestión se explica en las *Directrices* con arreglo al siguiente detalle: i) Definición de acuerdos verticales. ii) Acuerdos verticales entre competidores. iii) Asociaciones de minoristas. iv) Acuerdos verticales con disposiciones sobre derechos de propiedad intelectual. v) Relación con otros reglamentos de exención por categorías.

i) Definición de acuerdos verticales

En cuanto a la definición de acuerdo vertical, las *Directrices* se atienen literalmente a la contenida en el Reglamento, definición de la que la Comisión deduce ciertos criterios de aplicación, de los que conviene destacar: 1) Los que quedan amparados son los acuerdos verticales y prácticas

concertadas entre empresas, y decisiones de asociaciones de empresas, pero no los que se establezcan con consumidores finales. 2) Quedan amparados los acuerdos y prácticas concertadas entre empresas y las decisiones de las asociaciones de empresas cuando aquéllas operan, a efectos del acuerdo, decisión o práctica, en planos distintos de la cadena de producción o distribución. 3) Se consideran bienes o servicios objeto del contrato tanto los suministrados por el proveedor como los resultantes, ya sean finales o intermedios, pudiendo ser revendidos o empleados como insumos por el comprador los bienes o servicios suministrados por el proveedor. La única excepción es el sector del automóvil, siempre que siga amparado por una exención específica por categoría ²⁷. 4) El Reglamento también se aplica a los bienes vendidos y adquiridos para su arrendamiento a terceros, pero no están cubiertos los acuerdos de arrendamiento ni los de arrendamiento financiero. 5) En general, el Reglamento no cubre las restricciones u obligaciones que no se refieran a las condiciones de compra, venta y reventa, ni tampoco las expresamente excluidas por el art. 2 del propio Reglamento.

ii) Acuerdos verticales entre competidores

Por lo que se refiere a los acuerdos verticales entre competidores, reales o potenciales, están excluidos explícitamente del ámbito de aplicación del Reglamento, según su art. 2.4, si bien se reconocen tres excepciones a esta exclusión general, referidas siempre a los acuerdos no recíprocos.

La primera excepción es que el Reglamento cubre los acuerdos no recíprocos entre competidores si: 1) el comprador posee un volumen de negocios que no excede de 100 millones de euros, 2) el proveedor es fabricante y distribuidor de bienes, mientras que el comprador es sólo distribuidor y no fabricante de bienes competidores, o si 3) el proveedor es un prestador de servicios que opera a distintos niveles comerciales, mientras que el comprador no presta servicios competidores en el nivel comercial en el que adquiere los servicios objeto del contrato.

La segunda excepción es que el Reglamento de Exención por Categorías cubre situaciones de distribución dual, es decir, aquellas en las que el fabricante de un bien determinado también actúa como consumidor del mismo en competencia con distribuidores independientes de su bien.

La tercera excepción se refiere también a situaciones de doble distribución, aunque para los servicios, cuando el proveedor es también un prestador de servicios en el nivel del comprador.

²⁷ Lo estaba entonces por el Reglamento (CE) núm. 1475/95 de la Comisión, que después sería sustituido por el Reglamento (CE) núm. 1400/2002 de la Comisión de 31 de julio de 1992 (ver nota 2).

iii) Asociaciones de minoristas

En cuanto a las asociaciones de minoristas, el Reglamento de Exención por Categorías sólo abarca a los acuerdos verticales suscritos entre una asociación y sus miembros, o entre una asociación y sus proveedores, si todos sus miembros son minoristas de bienes (no de servicios) y si ninguno de los miembros de la asociación tiene un volumen de negocios superior a 50 millones de euros (art. 2.2). Las *Directrices* señalan que, si sólo un número reducido de los miembros de la asociación tiene un volumen de negocios que no exceda significativamente el umbral de 50 miles de euros, esta circunstancia no cambiará, por lo general, la evaluación con arreglo al art. 81 del Tratado. Asimismo, las *Directrices* contemplan el que una asociación de empresas pueda verse implicada en acuerdos horizontales y verticales y, anticipando unas futuras *Directrices* sobre la aplicabilidad del art. 81 del Tratado a la cooperación horizontal, señala que primero habrían de evaluarse los acuerdos horizontales con arreglo a los principios establecidos en esas futuras *Directrices* y si, de esa evaluación, se dedujera que es aceptable una cooperación entre empresas en el ámbito de la compra o la venta, entonces se tendrá que llevar a cabo una nueva evaluación para examinar los acuerdos verticales suscritos por la asociación con sus proveedores o sus miembros individuales. Esta segunda evaluación se regirá por las normas del Reglamento de Exención por Categorías y las *Directrices* sobre restricciones verticales.

iv) Acuerdos verticales con cláusulas sobre derechos de propiedad intelectual

El art. 2.3 del Reglamento de Exención por Categorías incluye en su ámbito de aplicación los acuerdos verticales que contengan determinadas cláusulas referidas a la cesión al comprador o utilización por el comprador de derechos de propiedad intelectual (DPI) y, en consecuencia, se excluyen del mismo todos los demás acuerdos verticales con cláusulas de DPI. Así, los acuerdos verticales con cláusulas de DPI sólo estarán comprendidos en el Reglamento de Exención por Categorías si cumplen las siguientes condiciones: *i)* las cláusulas de DPI han de forma parte de un acuerdo vertical para establecer las condiciones de adquisición, venta o reventa de determinados bienes y servicios, y no de un acuerdo relativo a la cesión o concesión de licencias de DPI para la fabricación de bienes ni de un mero acuerdo de licencia; *ii)* los DPI han de cederse al comprador o destinarse a ser utilizados por éste, por lo que no será de aplicación el Reglamento de Exención cuando sea el comprador quien ofrezca los DPI al proveedor, ni cuando se trate de acuerdos que transfieran DPI al proveedor y contengan restricciones sobre las ventas y, sin embargo, sí estarán cubiertos los acuerdos verticales mediante los que el comprador únicamente ofrece al proveedor especificaciones de los bienes o servicios

que se han de suministrar; *iii*) las cláusulas de DPI no deben constituir el objeto principal del acuerdo; *iv*) las cláusulas de DPI han de facilitar la utilización, la venta o la reventa de bienes o servicios por el comprador o sus clientes; *v*) las cláusulas de DPI, en relación con los bienes o servicios objeto del contrato, no deben contener restricciones de la competencia que tengan el mismo objeto o efecto que las restricciones verticales que no estén exentas con arreglo al Reglamento de Exención por Categorías.

Las *Directrices* examinan las tres áreas principales en que pueden concretarse los DPI en los acuerdos verticales (marcas, derechos de autor y conocimientos técnicos) y ofrecen sus criterios al respecto.

En cuanto a las *marcas*, se considera que la concesión a un distribuidor de una licencia sobre una marca puede estar relacionada con la distribución de los productos del otorgante en un territorio específico, y se establece que, si se trata de una licencia exclusiva, el acuerdo equivale a la distribución exclusiva.

Por lo que se refiere a los *derechos de autor*, se permite que los revendedores de bienes protegidos por derechos de autor pueden ser obligados por su titular a vender exclusivamente, con la condición de que el comprador no infrinja dichos derechos, quedando cubiertas tales obligaciones del revendedor por el Reglamento de Exención por Categorías, siempre que las mismas entren en el ámbito de aplicación del art. 81.1 del Tratado. Asimismo, se establece que los acuerdos por los que se suministran para su reventa copias de programas informáticos, sin que el revendedor adquiera una licencia sobre cualesquiera derechos sobre los programas informáticos, han de considerarse acuerdos de suministro de bienes para reventa, a los efectos del Reglamento de Exención por Categorías. Y los compradores de equipamientos informáticos que incorporen programas informáticos protegidos por derechos de autor pueden verse obligados por el titular de los derechos a no infligir éstos, cubriendo el Reglamento Exención por Categorías tales restricciones de uso, siempre que entren en el ámbito de aplicación del art. 81.1 del Tratado.

En cuanto a los *conocimientos técnicos*, las *Directrices* se refieren a los acuerdos de franquicia con carácter exclusivo, por ser éstos, si se exceptúan los de franquicia industrial, los que mejor ilustran la situación en la cual se comunican al comprador unos conocimientos técnicos para fines comerciales. Y, en este sentido, se considera que hay ciertas obligaciones que pueden, con carácter general, resultar necesarias para proteger los DPI y que, si tales obligaciones se encuadran en el ámbito de aplicación del art. 81.1 del Tratado, deben ampararse por el Reglamento de Exención por Categorías. Tales obligaciones son: *a*) la imposición al franquiciado de la obligación de no ejercer, directa o indirectamente, una actividad comercial similar; *b*) la imposición al franquiciado de la obligación de no adquirir intereses financieros en el capital de una empresa competidora, que le confieran la posibilidad de influir en el comportamiento económico de dicha empresa; *c*) la imposición al franquiciado de la obligación de no desvelar a terceros los conocimientos técnicos aportados

por el franquiciado, en tantos dichos conocimientos técnicos no hayan pasado a ser de dominio público; d) la imposición al franquiciado de la obligación de comunicar al franquiciador la experiencia adquirida en la explotación de la franquicia y de conceder a éste y otros franquiciados una licencia no exclusiva para los conocimientos técnicos derivados de dicha experiencia; e) la imposición al franquiciado de la obligación de informar al franquiciador de las infracciones de los derechos de propiedad intelectual cedidos mediante licencia, de iniciar acciones legales contra los infractores o de asistir al franquiciador en toda acción legal iniciada contra los infractores; f) la imposición al franquiciado de la obligación de no utilizar los conocimientos técnicos proporcionados por el franquiciador con fines distintos de la explotación de la franquicia; y g) la imposición al franquiciado de la obligación de no ceder los derechos y obligaciones contemplados en el acuerdo de franquicia sin el consentimiento de franquiciador.

v) Relación con otros Reglamentos de Exención por Categorías

El art. 2.5 del Reglamento de Exención por Categorías dispone que el mismo no se aplicará a los acuerdos verticales cuyo objeto entre dentro del ámbito de aplicación de otros Reglamentos de Exención por Categorías. De conformidad con esta disposición, en las *Directrices* se establece que el Reglamento de Exención por Categorías no se aplica a los acuerdos verticales cubiertos por el Reglamento (CE) núm. 240/96 de la Comisión²⁸, sobre transferencia de tecnología; el Reglamento (CE) núm. 1475/95 de la Comisión²⁹, relativo a la distribución de vehículos automóviles; o a los Reglamentos de la Comisión (CEE) núm. 417/85³⁰ y núm. 418/85³¹, por los que quedan exentos los acuerdos verticales celebrados en relación con los acuerdos horizontales, cuyas últimas modificaciones las constituye el Reglamento (CE) núm. 2245/97³², o cualquier reglamento de estas características.

c) Restricciones especialmente graves

En las *Directrices*, se recuerda que el Reglamento de Exención por Categorías incluye, en su art. 4, una lista de restricciones especialmente graves que, cuando están presentes en un acuerdo vertical, conducen a la exclusión de todo el acuerdo del ámbito de aplicación del Reglamento. Se recuerda que esta lista de restricciones especialmente graves se aplica a los acuerdos verticales relativos al comercio dentro de la Comunidad

²⁸ DOCE, núm. L 31, de 9 de febrero de 1996, p. 2.

²⁹ DOCE, núm. L 145, de 29 de junio de 1995, p. 25.

³⁰ DOCE, núm. L 53, de 22 de febrero de 1985, p. 1.

³¹ DOCE, núm. L 53, de 22 de febrero de 1985, p. 5.

³² DOCE, núm. L 306, de 11 de noviembre de 1997, p. 12.

y se advierte que es improbable la exención individual de acuerdos verticales que contengan tales restricciones especialmente graves.

Las restricciones especialmente graves son las siguientes: *i)* Mantenimiento del precio de reventa. *ii)* Restricción territorial de las ventas del comprador. *iii)* Restricción de las ventas activas y pasivas de los distribuidores selectivos a los usuarios finales. *iv)* Restricción de suministros recíprocos entre distribuidores selectivos. *v)* Restricción del acceso a las piezas de recambio directamente del fabricante.

i) Mantenimiento de precio de reventa

El art. 4.a) del Reglamento de Exención por Categorías considera una restricción especialmente grave el mantenimiento del precio de reventa (MPR), es decir, cualquier acuerdo o práctica concertada cuyo objeto, directo o indirecto, sea el establecimiento de un precio de reventa, fijo o mínimo, o un nivel de precio fijo o mínimo al que deba ajustarse el comprador.

Esta restricción no plantea dudas en el caso de cláusulas contractuales o prácticas concertadas que fijan directamente el precio de reventa. Sin embargo, como el MPR también puede lograrse por medios indirectos, las *Directrices* se ocupan de destacar, como ejemplos y sin carácter exhaustivo, diversas modalidades indirectas de hacerlo. Son las siguientes: acuerdos por los que se fija el margen de distribución; los que fijan el nivel máximo de descuento que el distribuidor puede conceder a partir de un determinado nivel establecido de precios; acuerdos que subordinan a la observancia de un determinado nivel de precios la concesión de descuentos o la devolución por el proveedor de los costes promocionales; los que vinculan el precio establecido de reventa a los precios de reventa de los competidores; amenazas, intimidaciones, advertencias, multas, retrasos o suspensión de entregas o resoluciones de contratos, en relación con la observancia de un determinado nivel de precios.

Las *Directrices* hacen notar cómo los medios directos o indirectos de fijación de precios son más eficaces si se combinan con medidas destinadas a identificar a los distribuidores que rebajan los precios, y resaltan las que pueden encontrarse entre ellas, tales como la implantación de un sistema de control de precios o la obligación impuesta a los minoristas de delatar a los otros miembros de la red de distribución que se desvíen del nivel de precios fijado. Asimismo, advierten que la fijación directa o indirecta de precios puede lograrse más eficazmente si se combina con medidas capaces de reducir los incentivos del comprador para reducir el precio de reventa, tales como que el proveedor imprima un precio de reventa recomendado en el producto u obligue al comprador a aplicar una cláusula de cliente más favorecido. No obstante, las *Directrices* expresamente reconocen que la distribución por el proveedor al comprador de una lista con precios recomendados o máximos, no se considera que,

en sí mismo, conduzca al MPR. En el caso de los acuerdos de agencia, se advierte que, si uno entra en el ámbito de aplicación del art. 81.1 del Tratado, toda cláusula que impida al agente repartir su comisión, fija o variable, con el cliente, o mediante la que se impongan restricciones al respecto, constituirá una restricción especialmente grave con arreglo al art. 4.a) del Reglamento de Exención por Categorías, por lo que la Comisión estima que debería darse plena libertad al agente para reducir el precio efectivo pagado por el cliente sin disminuir los ingresos del principal³³.

ii) Restricción territorial de las ventas del comprador

Las *Directrices* llaman la atención sobre la restricción especialmente grave contemplada en el art. 4.b) del Reglamento de Exención, que se refiere a los acuerdos o prácticas concertadas que tienen por objeto, directo o indirecto, restringir territorialmente al comprador sus ventas de los bienes o servicios objeto del contrato, y se señala la particular gravedad de esta conducta cuando compartimenta el mercado por territorios o clientes.

Se hace notar que este tipo de restricciones puede ser consecuencia de obligaciones directas, pero también puede serlo de medidas indirectas, como la denegación o reducción de primas o descuentos, la negativa a suministrar o la reducción de los volúmenes suministrados, la amenaza de rescisión de los contratos o las obligaciones de transferencias de beneficios. Asimismo, se advierte que, como estas restricciones pueden deberse a que el proveedor no preste un servicio de garantía a escala comunitaria, todos los distribuidores están obligados a prestarlo, incluso respecto de los productos vendidos en su territorio por otros distribuidores (reembolsados por el proveedor).

Se estima que es aún más probable que estas prácticas restrinjan las ventas del comprador cuando se usan conjuntamente con un sistema de control por el proveedor que le permita verificar el destino real de los bienes suministrados, por ejemplo, mediante el uso de etiquetas diferenciadas o números de serie. Sin embargo, prohibir a todos los distribuidores la venta a determinados usuarios finales no se considera una restricción especialmente grave si existe una justificación objetiva relacionada con el producto, como puede ser una prohibición general de venta de sustancias peligrosas a determinados clientes por motivos de seguridad o sanitarios, aunque, en ese caso, tampoco el proveedor venderá a esos clientes. Tampoco se considera de especial gravedad el imponer al revendedor la obligación de mostrar la marca del proveedor.

En las *Directrices* se recogen cuatro excepciones a la restricción especialmente grave del art. 4.b) del Reglamento de Exención por Categorías,

³³ Se sugiere consultar, a estos efectos, la Decisión 91/562/CEE de la Comisión en el asunto IV/32.737, *Eirpage* (DOCE, núm. L 306, de 7 de noviembre de 1991, p. 22, especialmente el punto 6).

siendo la primera la que permite a los proveedores restringir las ventas activas de sus compradores directos, a un territorio o a un grupo de clientes que se ha asignado exclusivamente a otro comprador o que el proveedor se ha reservado para sí, siempre que se permitan las ventas pasivas a tales territorios o grupos de clientes. A estos efectos, los distribuidores han de gozar de plena libertad para valerse de Internet para anunciar o vender sus productos, siempre que no conduzca a la venta activa en los territorios o clientes exclusivos de otro distribuidor. Y las mismas consideraciones se aplican a la venta por catálogo. Se establece, así, que la prohibición total y absoluta de la venta por Internet o catálogo sólo es posible si existe una «justificación objetiva», no pudiendo el proveedor, en cualquier caso, reservarse para sí las ventas y/o la publicidad en Internet.

Las tres restantes excepciones son las que permiten restringir: *i)* a un mayorista, la venta a usuarios finales; *ii)* a un distribuidor selectivo, la venta a distribuidores no autorizados en mercados donde opera la distribución selectiva; y *iii)* a un comprador de componentes al que se le suministran para que los incorpore, su reventa a los competidores del proveedor.

iii) Restricción de ventas activas y pasivas de los distribuidores selectivos a los usuarios finales

La restricción especialmente grave contemplada en el artículo 4.c) del Reglamento de Exención se refiere a la restricción de ventas activas o pasivas a los usuarios finales, ya sean usuarios finales profesionales o consumidores finales, por parte de los miembros de una red de distribución selectiva, lo cual implica que, en un sistema de esta naturaleza, no se pueden imponer restricciones a los distribuidores autorizados en relación con los usuarios o los agentes de compra de éstos, por lo que, también en un sistema de distribución selectiva, el distribuidor autorizado debe gozar de plena libertad para anunciarse y vender con ayuda de Internet.

En las *Directrices*, se hace notar que la distribución selectiva puede ir unida a la distribución exclusiva, con la condición de que no se restrinjan en sitio alguno las ventas activas y pasivas. Por consiguiente, el proveedor puede comprometerse a suministrar únicamente a un distribuidor autorizado o a un número limitado de distribuidores autorizados en un territorio definido. En el caso de la distribución selectiva, se puede restringir la capacidad del distribuidor autorizado para determinar el emplazamiento de sus locales comerciales.

iv) Restricción de suministros recíprocos entre distribuidores selectivos

La restricción especialmente grave contemplada en el artículo 4.d) del Reglamento se refiere a la que limita los suministros recíprocos entre

distribuidores designados dentro de un sistema de distribución selectiva. Esta restricción implica que no estará cubierto por el Reglamento de Exención ningún acuerdo o práctica concertada que tenga por objeto, directo o indirecto, impedir o restringir la venta activa o pasiva de los productos objeto del contrato entre los distribuidores seleccionados, que han de poder adquirir los productos contractuales a otros distribuidores designados dentro de la red, que operen en el mismo o en distinto plano de la relación comercial. Esto implica que la distribución selectiva no puede ir unida a restricciones verticales que obliguen a los distribuidores a adquirir los productos objeto del contrato exclusivamente de una única fuente, como, por ejemplo, la compra exclusiva. Y también que, dentro de una red de distribución selectiva, no se pueden imponer restricciones a los mayoristas designados, en lo que respecta a sus ventas del producto a los minoristas designados.

- v) Restricción del acceso a las piezas de recambio directamente del fabricante

La restricción especialmente grave contemplada en el art. 4.e) del Reglamento de Exención por Categorías es la referente a los acuerdos que impiden o restringen el acceso a las piezas de recambio, directamente del fabricante de las mismas, a los usuarios finales, reparadores independientes y proveedores de servicios.

Así, los acuerdos entre un fabricante de piezas de recambio y un comprador que incorpora estas piezas a sus propios productos (fabricante de equipo original) no pueden impedir o restringir al fabricante, directa o indirectamente, las ventas de estas piezas de recambio a los usuarios finales, los reparadores o los proveedores de servicios independientes. Las restricciones indirectas pueden surgir si se restringe al proveedor de las piezas de recambio el suministro de información técnica y equipo especializado necesarios para la utilización de las piezas de recambio por los usuarios, reparadores o proveedores de servicios independientes.

Sin embargo, el fabricante del equipo original sí puede imponer a los reparadores y proveedores de servicios a los que ha confiado la reparación o el mantenimiento de sus propios bienes la obligación de adquirirle a él las piezas de recambio.

- d) *Condiciones contempladas en el Reglamento.*

El art. 5 del Reglamento de Exención por Categorías excluye de la aplicación del mismo a determinadas obligaciones que pueda contener un acuerdo vertical, aunque no supere el umbral de cuota de mercado, no obstante la aplicación del Reglamento al resto del acuerdo si ambas partes fueran separables. Estas exclusiones se recogen en los subapartados

i), ii) y iii) y son, en todos los casos, cláusulas de no competencia de diversa índole.

i) Cláusulas que obligan a excesivas compras durante más de cinco años

El art. 5.a) del Reglamento excluye de su aplicación a cualquier cláusula, directa o indirecta, de no competencia cuya duración exceda de cinco años o sea indefinida, considerándose tal la tácitamente renovable a partir del quinto año, no siendo de aplicación este límite temporal cuando los bienes o servicios contractuales sean vendidos por el comprador desde locales y terrenos que sean propiedad del proveedor o estén arrendados por el proveedor a terceros no vinculados con el comprador, siempre y cuando la duración de la cláusula de no competencia no exceda del período de ocupación de los locales y terrenos por parte del comprador. En este sentido, se advierte que no pueden acogerse a la excepción las «construcciones artificiales de propiedad» destinadas a eludir la vigencia máxima de cinco años.

La Comisión interpreta que son cláusulas de no competencia excluyentes de éstas las obligaciones que exigen al comprador adquirir del proveedor, u otra empresa que él designe, más del 80 por 100 del total de sus compras de los bienes y servicios objeto del contrato y sus sustitutos, excluyendo la posibilidad de que el comprador adquiriera bienes o servicios de la competencia por más del 20 por 100 del total de sus compras. Estas cláusulas, sin embargo, estarán cubiertas por el Reglamento si su duración es igual o inferior a cinco años o si la renovación, tras un período de cinco años, exige que ambas partes den su autorización explícita y no hay obstáculos que impidan al comprador dar por concluida de modo efectivo la cláusula de no competencia al término del período de cinco años.

ii) Cláusulas de no competencia *a posteriori*

El art. 5.b) del Reglamento excluye de su aplicación cualquier cláusula que, directa o indirectamente, prohíba al comprador, tras la expiración del acuerdo, fabricar, comprar, vender o revender bienes o servicios, excepto cuando éstos compitan con los bienes o servicios contractuales, y se limite al local y terrenos en que el comprador haya operado durante el período contractual, y sea indispensable para proteger conocimientos técnicos transferidos por el proveedor al comprador, y siempre y cuando la duración de dicha cláusula de no competencia se limite a un período de un año tras la expiración del acuerdo. Esta obligación se entenderá sin perjuicio de la posibilidad de imponer una restricción ilimitada en el tiempo, relativa al uso y la cesión de conocimientos técnicos que no sean de dominio público.

Las *Directrices* subrayan que los conocimientos técnicos han de ser «sustanciales», es decir, que incluyan información que sea indispensable al comprador para el uso, la venta o la reventa de los bienes y servicios contractuales.

iii) Cláusulas de no competencia entre miembros de un sistema de distribución selectiva

El art. 5.c) del Reglamento de Exención excluye asimismo de su aplicación cualquier cláusula que, directa o indirectamente, prohíba a los miembros de un sistema de distribución selectiva vender las marcas de determinados proveedores competidores.

Las *Directrices* señalan que lo pretendido es evitar que una serie de proveedores que utilizan las mismas salidas de distribución selectiva impidan a uno o varios competidores específicos servirse de estas salidas para distribuir sus productos, marginación de un proveedor competidor que constituiría una forma de boicot colectivo³⁴.

e) Ausencia de presunción de ilegalidad fuera del Reglamento

La Comisión declara que no se presumirá la ilegalidad de los acuerdos verticales no incluidos en el ámbito de aplicación del Reglamento de Exención por Categorías, si bien admite la posibilidad de que hayan de ser analizados individualmente. Por eso, insta a las empresas a que no notifiquen, pero lleven a cabo su propia evaluación.

En caso de que la Comisión proceda a un análisis individual, recaerá sobre ella la carga de la prueba de que un acuerdo infringe lo dispuesto por el art. 81.1 del Tratado. Cuando se acredite la existencia de efectos apreciables contrarios a la competencia, las empresas podrán demostrar las supuestas eficiencias y explicar por qué un determinado sistema de distribución podría producir beneficios pertinentes para la exención conforme a lo dispuesto en el art. 81.3.

f) Notificación cautelar innecesaria

Se indica que, en virtud del art. 4.2 del Reglamento núm. 17/62 del Consejo, de 6 de febrero, primero de aplicación de los arts. 81 y 82 del Tratado, cuya última modificación la constituye el Reglamento (CE) núm. 1216/1999³⁵, los acuerdos verticales pueden acogerse a una exención

³⁴ Se ponen como ejemplo de medidas indirectas que provocan este efecto de exclusión las examinadas en la Decisión 92/428/CEE de la Comisión en el asunto núm. IV/33.542, *Givenchy* (DOCE, núm. L 236, de 19 de agosto de 1992, p. 11).

³⁵ DOCE, núm. L 148, de 15 de junio de 1999, p. 5.

en aplicación del art. 81.3 desde la entrada en vigor, aun en el caso de que se notifiquen con posterioridad, lo que implica que no sea necesaria notificación cautelar alguna.

Si surge la controversia, la empresa puede notificar, en cuyo caso la Comisión puede dejar exento el acuerdo vertical con efecto retroactivo a partir de la fecha de entrada en vigor del mismo, si se cumplen las cuatro condiciones del art. 81.3. Las partes notificantes no tienen que explicar por qué no se notificó anteriormente el acuerdo y no se les denegará la exención retroactiva por el simple hecho de no haber notificado anteriormente. Cualquier notificación se analizará aisladamente en función de sus características propias.

g) *Divisibilidad*

El Reglamento de Exención por Categorías contempla la exención de los acuerdos verticales siempre que en ellos no se incluyan o se practiquen restricciones de las que el art. 4 califica como «restricciones especialmente graves», previendo que todo el acuerdo pierda la posibilidad de acogerse al beneficio del Reglamento de Exención de existir una o más restricciones de estas últimas. No se aplica la divisibilidad, por tanto, de las restricciones especialmente graves.

Sin embargo, la divisibilidad sí se aplica a las condiciones establecidas en el art. 5 del Reglamento (ver *supra*), en cuyo caso la posibilidad de acogerse a la exención por categorías del Reglamento sólo se pierde respecto de aquella parte del acuerdo vertical que no reúna las condiciones establecidas en el art. 5.

Habida cuenta que la fecha de notificación ya no limita la posibilidad de exención por parte de la Comisión, ésta señala que los órganos jurisdiccionales nacionales han de evaluar la probabilidad de que se aplique el art. 81.3 a los acuerdos verticales que se encuadren en el ámbito de aplicación del art. 81.1. En caso de que exista esa probabilidad, deberían suspenderse los procedimientos a la espera de que la Comisión adopte una posición. No obstante, es posible que los órganos jurisdiccionales nacionales tengan que adoptar medidas cautelares a la espera de que la Comisión determine la aplicabilidad del art. 81.3, como ya hacen cuando plantean una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia en aplicación del art. 234 del Tratado CE. No es necesaria la suspensión de los procedimientos de medidas cautelares cuando los órganos jurisdiccionales nacionales tienen competencia para determinar la probabilidad de que se aplique el art. 81.3 del Tratado ³⁶.

En las *Directrices* se advierte que, a menos que surjan litigios ante los órganos jurisdiccionales nacionales o se interpongan denuncias, la polí-

³⁶ Se cita, en este sentido, la Decisión de la Comisión en asunto C-234/89, *Delimitis contra Henninger Bräu*, Rec., 1991, p. I-935, considerando 52.

tica de aplicación de la Comisión no dará prioridad a las notificaciones de los acuerdos verticales. Y que, en sí mismas, estas notificaciones no dan validez provisional a la ejecución de los acuerdos.

En caso de que las empresas no hayan notificado un acuerdo por haber considerado de buena fe que no se rebasaba el umbral de cuotas de mercado del Reglamento de Exención por Categorías, la Comisión no impondrá multas.

h) *Acuerdos para la distribución de varios bienes o servicios*

En el caso de que un proveedor emplee el mismo acuerdo de distribución para varios bienes y servicios, superando en algunos de ellos el umbral de cuota de mercado, pero no superándolo en otros, el Reglamento de Exención por Categorías cubrirá a aquellos bienes y servicios que cumplan las condiciones de aplicación, y no dejará sin cubrir a los bienes y servicios que no las cumplan.

Por lo que se refiere a los bienes y servicios no cubiertos por el Reglamento, se aplicarán las normas ordinarias de competencia, lo cual implica que: *i)* no hay exención por categorías, pero tampoco presunción de ilegalidad; *ii)* si ha habido infracción del art. 81.1 del Tratado que no pueda acogerse a exención, se puede analizar si existen soluciones apropiadas para resolver el problema de competencia dentro del sistema de distribución existente; *iii)* si no existen tales soluciones, el proveedor de que se trate tendrá que adoptar otras medidas de distribución. Esta situación también puede darse en el caso de que el artículo 82 se aplique con respecto a unos productos y no con respecto a otros.

i) Período transitorio

El Reglamento de Exención por Categorías se aplica a partir del 1 de junio de 2000, pero su art. 12 establece un período transitorio para los acuerdos verticales que ya estén en vigor antes del 1 de junio de 2000 y no reúnan las condiciones de exención establecidas en el Reglamento de Exención por Categorías, pero cumplan las condiciones de exención por categorías que expiraron el 31 de mayo de 2000³⁷. La vigencia de la Comunicación de la Comisión relativa a los Reglamentos (CEE) núm. 1983/83 y núm. 1984/83 expira también el 31 de mayo de 2000, y estos acuerdos pueden seguir acogiéndose a los Reglamentos mencionados hasta el 31 de diciembre de 2001.

Por otra parte, los acuerdos de proveedores con una cuota de mercado superior al 30 por 100, que hubiesen firmado con sus compradores cláusulas de no competencia de una duración superior a cinco años, están

³⁷ Reglamentos de la Comisión (CEE) núm. 1983/83, núm. 1984/83, y (CEE) núm. 4087/88.

cubiertos por el Reglamento de Exención por Categorías si, a 1 de enero de 2002, a las cláusulas de no competencia no les queda más de cinco años de vigencia.

D. RETIRADA E INAPLICABILIDAD DEL REGLAMENTO

a) *Procedimiento de retirada*

La presunción de legalidad que confiere el Reglamento de Exención por Categorías a un acuerdo vertical puede ser retirada si, considerado tal acuerdo aisladamente o junto con otros similares llevados a cabo por proveedores o compradores competidores, entra en el ámbito de aplicación del apartado 1 del art. 81 del Tratado sin que reúna todas las condiciones establecidas en el apartado 3 de dicho art. 81. En las *Directrices* se hace notar que tal circunstancia puede darse si un proveedor, o un comprador en el caso de acuerdos exclusivos de suministro, que posee una cuota de mercado no superior al 30 por 100, toma parte en un acuerdo vertical que no genere ventajas objetivas que puedan compensar los perjuicios que ocasiona a la competencia. Especialmente tal puede ocurrir en la distribución de bienes a los usuarios finales, que a menudo se encuentran en una posición mucho más débil que los compradores profesionales de bienes intermedios.

Si no se cumplen las condiciones del art. 81.3 del Tratado, la Comisión puede retirar el beneficio del Reglamento de Exención por Categorías, con arreglo a lo dispuesto en el art. 6 del mismo, para determinar una infracción al apartado 1 del art. 81 del Tratado. En caso de aplicar el procedimiento de retirada, recae en la Comisión la carga de la prueba de que el acuerdo se encuadra en el ámbito de aplicación del apartado 1 del art. 81 y de que no reúne las cuatro condiciones establecidas en el apartado 3 del mismo art. 81 del Tratado.

Cuando es el efecto acumulativo de diversas redes paralelas de acuerdos verticales similares suscritos entre proveedores o compradores competidores lo que restringe severamente el acceso al mercado o la competencia en el mismo, y se impide así el cumplimiento de las condiciones para la exención, la evaluación ha de tener en cuenta las consecuencias contrarias a la competencia atribuibles a cada red concreta de acuerdos y la responsabilidad del efecto acumulativo sólo puede atribuirse a aquellas empresas que contribuyen de forma notable al mismo. Las decisiones de retirada sólo pueden producir efecto *ex nunc*, lo que significa que los acuerdos en cuestión seguirán estando exentos hasta la fecha en que se haga efectiva la retirada. En virtud de lo dispuesto por el art. 7 del Reglamento de Exención por Categorías, la autoridad competente de un Estado miembro puede retirar el beneficio de la exención a los acuerdos verticales cuyos efectos contrarios a la competencia se dejen sentir en el territorio del Estado en cuestión o en una parte del mismo que tenga

las características de un mercado geográfico específico. Cuando un Estado miembro no tenga normas que faculten a la autoridad nacional de competencia para aplicar la normativa comunitaria de competencia o, al menos, para retirar el beneficio del Reglamento de Exención por categorías, tal Estado puede solicitar a la Comisión que incoe un procedimiento a tal efecto.

La Comisión tiene facultad exclusiva para retirar el beneficio del Reglamento de Exención por Categorías a los acuerdos que restrinjan la competencia en un mercado geográfico de referencia que sea mayor que el territorio de un único Estado miembro. Cuando el territorio de un único Estado miembro, o una parte del mismo, constituye el mercado geográfico de referencia, la Comisión y el Estado miembro tienen competencia concurrente para la retirada del beneficio del Reglamento de exención, reservándose la Comisión el derecho de abordar los asuntos que presenten un especial interés comunitario.

Las decisiones nacionales de retirada se han de adoptar conforme a los procedimientos del Derecho nacional y sólo surtirán efectos en el territorio del Estado miembro de que se trate. Estas decisiones nacionales no prejuzgarán la aplicación uniforme de las normas de competencia comunitarias y el pleno efecto de las medidas adoptadas para la aplicación de las mismas³⁸. Lo cual implica que las autoridades nacionales de competencia han de llevar a cabo su evaluación con arreglo al art. 81 del Tratado, a la luz de los criterios pertinentes del Tribunal de Justicia y el Tribunal de Primera Instancia y, en opinión de la Comisión, de sus propias comunicaciones y decisiones.

La Comisión considera que los mecanismos de consulta establecidos en la Comunicación relativa a la cooperación entre la Comisión y las autoridades nacionales de competencia³⁹ deberían utilizarse para evitar el riesgo de que se adopten decisiones contradictorias y se dupliquen los procedimientos.

b) *Inaplicabilidad del Reglamento*

El art. 8 del Reglamento de Exención por Categorías faculta, aunque no obliga, a la Comisión para declarar la inaplicabilidad del mismo, mediante reglamento, a los acuerdos verticales que contengan restricciones específicas relativas a un mercado en el que existan redes paralelas de restricciones verticales similares que abarquen a más del 50 por 100 del mismo.

La inaplicabilidad no se dirige a empresas individuales, sino que concierne a todas aquellas cuyos acuerdos se definan al efecto en el corres-

³⁸ Este es el sentido de la Sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto 14/68, *Walt Wilhelm y otros contra Bundeskartellamt*, Rec., 1969, p. 1, considerando 4, y de la Sentencia en el asunto *Delimitis*.

³⁹ Véase DOCE, núm. C 313, de 15 de octubre de 1997, p. 3, puntos 49 a 53.

pondiente reglamento. Y la Comisión anuncia que todo reglamento de inaplicabilidad establecerá claramente su ámbito de aplicación, especificando los mercados de producto y geográficos de referencia e identificando el tipo específico de restricción vertical a que afecta.

Como el art. 8 del Reglamento de Exención por Categorías no impone a la Comisión la obligación de actuar cuando la cuota de mercado supere el 50 por 100, las *Directrices* precisan que actuará en caso de que sea probable que se restrinja de modo notable el acceso al mercado de referencia o la competencia en el mismo, y apuntan que tal puede ser el caso, en particular, si redes de distribución selectiva que cubran más de un 50 por 100 de un mercado emplean criterios de selección innecesarios para la naturaleza de los bienes en cuestión o discriminen a determinadas formas de distribución capaces de comercializar esos bienes.

La Comisión también señala que, a la hora de evaluar la necesidad de aplicar el art. 8, considerará si la retirada individual aparenta ser la solución más adecuada, lo que puede depender, entre otras cosas, del número de empresas competidoras que contribuyan a un efecto acumulativo en un mercado o del número de mercados geográficos que resulten afectados.

Cuando se adopte un reglamento que declare inaplicable la exención por categorías a determinadas restricciones verticales en un mercado específico, servirán de guía para aplicar el artículo 81 del Tratado a los casos concretos la jurisprudencia de los Tribunales de Justicia y de Primera Instancia, y las comunicaciones y decisiones anteriores de la Comisión. Y, cuando proceda, la Comisión adoptará decisiones en casos específicos que puedan servir de guía a todas las empresas que operen en el mercado en cuestión.

E. DEFINICIÓN DEL MERCADO Y CÁLCULO DE LA CUOTA

Las *Directrices* precisan que, respecto de la definición del mercado, sólo abordarán cuestiones específicas que se plantean en el contexto de las restricciones verticales y que no se abordan en la Comunicación de la Comisión sobre la definición del mercado relevante a efectos de la normativa comunitaria de competencia, que seguirá siendo la guía general en la materia ⁴⁰.

El tratamiento de dichas cuestiones específicas sigue el siguiente esquema: primero se atiende al mercado relevante para el cálculo del umbral del 30 por 100; después, al mercado relevante para la evaluación individual; y, finalmente, se exponen los criterios de la Comisión para el cálculo de la cuota de mercado conforme al Reglamento de Exención por Categorías.

⁴⁰ DOCE, núm. L 372, de 9 de diciembre de 1997, p. 5.

a) *Mercado relevante para el cálculo del umbral del 30 por 100*

La Comisión expone unos criterios, a título de ejemplo, para atender a las cuestiones más comunes que puedan plantearse, no sin antes recordar que, con arreglo al art. 3 del Reglamento de Exención por Categorías, es la cuota de mercado del proveedor la que, por lo general, resulta decisiva para la aplicación de la exención por categorías y que, sólo en el caso de suministro exclusivo, es la cuota de mercado del comprador, y sólo esa cuota, la que resulta decisiva para la aplicación de dicho Reglamento. Las *Directrices* explican que, para calcular la cuota de mercado, se ha de determinar el mercado relevante, tanto de producto como geográfico, con arreglo a los principios generales de su citada Comunicación general. Y señalan que, a efectos de aplicación del Reglamento de Exención, la cuota de mercado del proveedor es su porcentaje del mercado geográfico en el que vende a sus compradores. En el caso de suministro exclusivo, sin embargo, la cuota de mercado del comprador es su porcentaje de la totalidad de adquisiciones realizadas en el mercado de compra relevante. Y, en el caso de un acuerdo vertical que implique a tres partes, operando cada una en un nivel distinto de los intercambios, sus respectivas cuotas de mercado habrán de ser menores del 30 por 100 en cada nivel para poder acogerse a la exención por categoría.

En caso de que un proveedor produzca el equipo original y sus piezas de recambio, el mercado relevante para la aplicación del Reglamento de Exención será, bien el conjunto determinado por el mercado del equipo original y el de las piezas de recambio, o bien habrá que considerar separadamente ambos, dependiendo la elección de las circunstancias del caso.

Cuando un acuerdo vertical de suministro conste de cláusulas de derechos de propiedad intelectual que ayuden al comprador a comercializar el bien objeto del contrato, será decisiva, para la aplicación del Reglamento de Exención, la cuota del proveedor en el mercado en que venda el bien. En el caso en que un franquiciador no suministre productos para su reventa, sino que preste diversos servicios combinados con cláusulas de derechos de propiedad intelectual que, conjuntamente, constituyan el método comercial objeto de la franquicia, la cuota de mercado decisiva será la del franquiciador en el mercado donde explote su método comercial para prestar bienes o servicios a los usuarios finales. Si el franquiciador, además del método comercial, suministra determinados bienes intermedios, también ha de calcular su cuota en el mercado de venta de los mismos.

b) *Mercado relevante para la evaluación individual*

Las *Directrices* hacen notar que un acuerdo vertical puede repercutir, además de en el mercado en que operen el proveedor y el comprador,

en los posteriores, lo cual exigirá, a efectos de la evaluación individual de los acuerdos, el análisis de los mercados relevantes en cada nivel comercial afectado por la restricción. En este sentido, se considera que, en relación con los bienes y servicios intermedios que el comprador incorpora a los propios, como las restricciones verticales sólo suelen repercutir en el mercado en el que opera el proveedor y el comprador, cabe que se pueda imponer a un comprador una cláusula de no competencia que limite la presencia de otros proveedores. En la misma línea, se considera que, en caso de suministro exclusivo, también es pertinente la posición del comprador en su mercado posterior porque el comportamiento restrictivo del comprador sólo puede producir consecuencias negativas apreciables si tiene poder en el mercado posterior. Y, en lo referente a productos finales, se señala la alta probabilidad de sea necesario el análisis de los mercados posteriores.

c) *Cálculo de la cuota de mercado conforme al Reglamento*

Las precisiones que se hacen en las *Directrices*, a estos efectos, son las siguientes. Por una parte, el cálculo de la cuota de mercado se ha de basar, en principio, en cifras de valor de mercado, pudiendo realizarse estimaciones basadas en otro tipo de informaciones fidedignas sobre el mercado, tales como la cifra de volumen de ventas, sólo cuando no se disponga de aquéllas. Por otra parte, a efectos de la definición del mercado y del cálculo de la cuota de mercado de los bienes y servicios intermedios, no se tendrá en cuenta la producción interna, es decir, la de productos intermedios para uso propio. No obstante y por último, en caso de distribución dual de bienes finales, es decir, cuando un fabricante de un producto final actúa también como distribuidor en el mercado, la definición del mercado y el cálculo de su cuota han de incluir los bienes vendidos por el productor y sus competidores mediante distribuidores y agentes, siendo considerados como empresas vinculadas los distribuidores integrados, conforme a lo dispuesto por el artículo 11 del Reglamento de Exención por Categorías.

F. ORIENTACIONES PARA LA EVALUACIÓN DE LOS CASOS INDIVIDUALES

La orientación general que abre el capítulo correspondiente de las *Directrices* es la advertencia de la Comisión de que, en la evaluación de los casos individuales, va a adoptar un enfoque económico para aplicar el art. 81 del Tratado a las restricciones verticales, lo que limitará esta aplicación —señala— «a aquellas empresas que posean un cierto grado de poder de mercado, en caso de que la competencia intermarca pueda ser insuficiente».

a) *Marco de análisis*

i) Consecuencias negativas de las restricciones verticales

Las consecuencias negativas de las restricciones verticales que la Comisión se propone evitar son las siguientes: barreras de entrada que excluyan a otros operadores del mercado, reducción de competencia intermarca entre operadores en un mercado, reducción de competencia intramarca entre distribuidores de la misma marca, obstáculos a la integración de mercados.

Para analizar los posibles efectos negativos de las diversas restricciones verticales, las *Directrices* reúnen éstas en cuatro grupos: marca única, distribución limitada, mantenimiento de precio de reventa y compartimentación de mercado. De cada uno de ellos, la Comisión incluye su definición propia y las consecuencias negativas para la competencia que producen. Cabe comentar, de este esfuerzo de sistematización de efectos que la Comisión hace en las *Directrices*, lo discutible de algunos de ellos. Tal es el caso, por ejemplo, cuando critica el aumento de transparencia (ver *infra*) porque supuestamente favorece la colusión, supuesto que la doctrina no acepta pacíficamente y que deriva de una interpretación estática del comportamiento probable de los oligopolios cerrados.

En cuanto al grupo de *marca única*, se incluyen en el mismo los acuerdos que inducen al comprador a concentrar sus pedidos de un tipo de producto concreto en un único proveedor, y las *Directrices* les atribuyen los siguientes cuatro efectos reductores de la competencia intermarca: exclusión de proveedores y productos del mercado; cristalización de cuotas de mercado que, según la Comisión, propicia la colusión entre proveedores; supresión de competencia intraestablecimiento; posibilidad de precios más altos para el comprador.

El grupo de *distribución limitada* incluye los acuerdos por los que el fabricante sólo vende a un comprador o a un número reducido de compradores, y a los que la Comisión atribuye los tres siguientes efectos: exclusiones del mercado de compra; limitación del número de minoristas, incentivación de la colusión; y reducción de la competencia intramarca en condiciones que pueden debilitar la competencia intermarca.

El grupo de *mantenimiento de precio de reventa* es el que incluye a los acuerdos que obligan o inducen al comprador a no revender por debajo de un determinado precio, a un determinado precio o por encima del mismo, de cuyos efectos negativos para la competencia, la Comisión destaca los siguientes dos: reducción de competencia intramarca y mayor transparencia de precios que, en su opinión, facilita la colusión.

Finalmente, el grupo de *compartimentación de mercado* lo constituyen los acuerdos que limitan las posibilidades de abastecimiento o reventa de un comprador con relación a un producto específico, cuyo principal

efecto sobre la competencia es, para la Comisión, reducir la competencia intramarca de modo que puede contribuir a compartimentar el mercado.

ii) Efectos positivos de las restricciones verticales

Las *Directrices* reconocen que, a menudo, las restricciones verticales tienen efectos positivos para la competencia y ofrecen una lista no exhaustiva de los que pueden justificarlas: 1) Resolver un problema de «parasitismo». 2) Abrir nuevos mercados o introducirse en ellos. 3) Evitar el parasitismo de «certificado». 4) Resolver el problema de la «cautividad». 5) Resolver el problema de la cautividad con «transferencia de conocimientos técnicos sustanciales». 6) Aprovechar economías de escala en la distribución. 7) Resolver imperfecciones del mercado de capitales. 8) Uniformidad y normalización de la calidad.

Estos positivos efectos posibles, sumariamente explicadas en las *Directrices*, evidencian que, en determinadas condiciones, es probable que los acuerdos verticales contribuyan a potenciar la eficiencia y el desarrollo de nuevos mercados, compensando los posibles efectos negativos. Así, la Comisión señala que, en términos generales, se han de apoyar las restricciones verticales de duración limitada que contribuyan a la introducción de nuevos productos complejos o a proteger las inversiones destinadas a determinadas relaciones, añadiendo que, en ocasiones, las restricciones verticales son necesarias siempre que el proveedor venda su producto al comprador. Finalmente, se indica que, para determinar la indispensabilidad de las diferentes restricciones verticales, hay que tener en cuenta que existe cierta intercambiabilidad entre ellas, es decir, que hay determinadas restricciones verticales, con efectos distintos en la competencia, que pueden resolver un mismo problema de ineficiencia.

iii) Normas generales para evaluar las restricciones verticales

Las *Directrices* formulan el siguiente decálogo de normas generales para la evaluación de las restricciones verticales desde el punto de vista de la política de competencia:

Primera. La mayoría de las restricciones verticales sólo plantean problemas si la competencia intermarca es insuficiente. Cuando hay muchas empresas compitiendo en un mercado no concentrado, la Comisión supone que las restricciones verticales no especialmente graves no tendrán unos efectos negativos notables y considera que un mercado no está concentrado si el índice Herfindahl-Hirschman⁴¹ es inferior a 1.000.

Segunda. Por lo general, son más perniciosas las restricciones verticales que reducen la competencia intermarca que las reductoras de la competencia intramarca.

⁴¹ Para su significado, ver «Índices de concentración» en PASCUAL Y VICENTE (2002a), p. 235.

Tercera. Las restricciones verticales del grupo de la distribución limitada (ver *supra*), en ausencia de suficiente competencia intermarca, son especialmente perniciosas si limitan el acceso a los distribuidores más eficaces o a quienes hacen un tipo de distribución diferente.

Cuarta. Los acuerdos exclusivos son, por lo general, más perniciosos para la competencia que los no exclusivos.

Quinta. Las restricciones verticales relativas a bienes y servicios sin marca son menos perniciosas, en general, que cuando la tienen. La merma de competencia intramarca es menos importante para los productos intermedios que para los finales.

Sexta. En general, la combinación de restricciones verticales potencia a menudo sus efectos negativos. Sin embargo, determinadas combinaciones de restricciones verticales son más beneficiosas para la competencia si se aplican aisladamente.

Séptima. Los posibles efectos negativos de las restricciones verticales se ven reforzados (efecto acumulativo) cuando varios proveedores y sus compradores organizan su actividad de modo similar.

Octava. Cuanta más transferencia de tecnología implique una restricción vertical, más motivos habrá para esperar eficiencias de ella y más necesaria será la misma para proteger los conocimientos técnicos transferidos o los costes de la inversión efectuados.

Novena. Una restricción vertical destinada a proteger la inversión vinculada a una relación contractual estará tanto más justificada cuanto mayor sea la conexión entre la restricción vertical y la inversión específica, y su duración dependerá de la depreciación de la inversión.

Décima. La Comisión considera que, por lo general, las restricciones verticales relacionadas con la apertura de nuevos mercados de productos o geográficos no restringen la competencia, criterio que es tenido por norma válida durante un período de dos años desde la primera introducción del producto en el mercado, independientemente de la cuota de mercado de la empresa, y se aplica a todas las restricciones verticales que no sean especialmente graves y, en caso de nuevo mercado geográfico, a las restricciones a los intermediarios del nuevo mercado para las ventas activas y pasivas a los compradores directos del proveedor situados en otros mercados. Cuando se someta a prueba un nuevo producto en un territorio limitado o en un reducido grupo de clientes, los distribuidores designados para la venta en el mercado de prueba pueden ser restringidos en su venta activa fuera del mercado de prueba durante un período máximo de un año, sin caer por ello en el ámbito de aplicación del art. 81.1 del Tratado.

iv) Metodología de análisis

Las *Directrices* establecen, con carácter general, cuatro sucesivas etapas para la evaluación de una restricción vertical: 1) Definición del mer-

cado relevante por las empresas interesadas y cálculo de la cuota de mercado que corresponda —del proveedor o del comprador— en función de la restricción vertical de que se trate. 2) Si la cuota de mercado pertinente no excede del umbral del 30 por 100, será aplicable al acuerdo vertical lo dispuesto en el Reglamento de Exención por Categorías, sin perjuicio de las restricciones especialmente graves y las condiciones establecidas en dicho Reglamento. 3) Si la cuota de mercado pertinente excede del umbral del 30 por 100, debe evaluarse si es aplicable al acuerdo vertical lo dispuesto en el apartado 1 del art. 81 del Tratado. 4) Si resultara aplicable lo dispuesto en el apartado 1 del art. 81 al acuerdo vertical, debe examinarse si el mismo cumple las condiciones para la exención con arreglo al apartado 3 del art. 81. Asimismo, en las *Directrices*, se describen los factores pertinentes para la evaluación con arreglo a los arts. 81.1 y 81.3, respectivamente.

— *Factores para la evaluación según apartado 1 del art. 81.* Si la cuota de mercado supera el umbral del 30 por 100, la Comisión hará un análisis de competencia que tenga en cuenta, al menos, los factores seguidamente indicados, y en el que la importancia de cada factor dependerá, según el caso, de los demás: a) *Posición de mercado del proveedor*, determinable a partir de su cuota de mercado y las ventajas competitivas de que disponga. b) *Posición de mercado de los competidores*, que se estimará a partir de los mismos elementos. c) *Posición de mercado del comprador*, siendo los principales indicadores su cuota en el mercado de compras y otros relativos a su posición en fases posteriores del mercado. d) *Obstáculos a la entrada*, para cuya estimación se tendrán particularmente en cuenta los costes hundidos de la actividad; anteponiendo la Comisión, sin embargo, en las evaluaciones individuales, su atención a la competencia real, con preferencia de estimaciones de la competencia potencial. e) *Madurez del mercado*, en el entendimiento de que los efectos negativos de una restricción vertical son más probables en los mercados maduros. f) *Nivel de comercio*, que distingue entre bienes y servicios intermedios y finales, considerando que los efectos negativos son, en general, menos probables en el nivel de los productos intermedios. g) *Naturaleza del producto*, particularmente digna de atención en el caso de los productos finales, para evaluar los efectos probables, tanto positivos como negativos. h) Y otros factores, como el *efecto acumulativo*, la *duración*, certeza de la *naturaleza concordataria* de la restricción, el *entorno reglamentario* o la existencia de *circunstancias procolusorias*.

— *Factores para la evaluación según art. 81.3.* Las *Directrices* distinguen, a estos efectos, dos supuestos: uno, que el proveedor o el comprador tengan una posición dominante en el mercado o vayan a alcanzarla como consecuencia del acuerdo vertical; dos, que esa posición dominante no exista ni vaya a alcanzarse por medio del acuerdo vertical. Por lo que respecta al primer supuesto, la Comisión considera que, en principio, no puede aplicarse una excepción a una restricción vertical que tenga efectos anticompetitivos apreciables, si bien el acuerdo podría quedar fuera del ámbito de aplicación del art. 81.1 cuando fuera necesario, por

ejemplo, para proteger inversiones específicas para determinadas relaciones o transferir conocimientos técnicos importantes sin los cuales no fuera posible el suministro o adquisición de determinados productos. En el segundo supuesto, la Comisión considera que debe atenderse a las primeras tres condiciones impuestas por el art. 81.3. Es decir, por una parte, contribuir a la mejora de la producción o la distribución, o a fomentar el progreso técnico o económico, eficiencias éstas que deben justificarse y producir un efecto positivo neto, advirtiendo que no se admitirán «afirmaciones especulativas» sobre prevención del parasitismo o «declaraciones genéricas» sobre ahorro de costes. Por otra parte, los beneficios económicos deben favorecer no sólo a las partes del acuerdo, sino también al consumidor. Finalmente, habrá que garantizar que, para obtener determinados efectos positivos, se opte por la restricción menos anticompetitiva.

b) *Análisis de restricciones verticales específicas*

En su capítulo final, las *Directrices* ofrecen orientaciones para la evaluación de casos individuales relativos a las restricciones verticales más frecuentes: *i)* Marca única. *ii)* Distribución exclusiva. *iii)* Asignación de cliente exclusivo. *iv)* Distribución selectiva. *v)* Franquicia. *vi)* Suministro exclusivo. *vii)* Vinculación. *viii)* Precios de reventa recomendados y máximos. *ix)* Otras restricciones verticales.

i) Marca única

Se definen como acuerdos de *marca única* los compromisos relativos a obligaciones e incentivos para que el comprador utilice prácticamente un solo proveedor. La Comisión considera que estos acuerdos comportan riesgos para la competencia intermarca, de los que destaca los siguientes: excluyen a otros proveedores reales o potenciales; propician la colusión entre proveedores en caso de uso acumulativo; y excluyen otras marcas si el comprador es un minorista que vende a los consumidores finales.

La marca única goza de exención con arreglo al Reglamento de Exención por Categorías cuando la cuota de mercado del proveedor no supera el 30 por 100, con un límite de cinco años mediando obligación de no competencia. Para evaluar casos individuales que superen el umbral de cuota de mercado o el plazo límite, se considerarán principalmente los siguientes elementos de análisis: posición de mercado del proveedor y sus competidores, alcance y duración de la obligación de no competencia, obstáculos a la entrada, poder de compensación y nivel de comercio.

Por lo que respecta a la posición de mercado del proveedor, su evaluación exige atender a la posición de mercado de sus competidores, considerándose que, en general, una cuota de mercado vinculada inferior

al 5 por 100 no contribuye significativamente a un efecto de exclusión acumulativo, y éste es improbable cuando la cuota de mercado del mayor proveedor es menor del 30 por 100 y las de los cinco principales es menor del 50 por 100.

En cuanto al alcance y duración de la obligación de no competencia, se estima que, en general, cuando son acordadas entre empresas no dominantes, las de menos de un año carecen de efectos anticompetitivos apreciables o efectos negativos netos; en las de entre uno y cinco años, se requiere generalmente sopesar los efectos favorables y perjudiciales; y se considera que las de duración superior a cinco años producen, en general, el indeseable efecto de exclusión. Las empresas dominantes se considera que no pueden imponer obligaciones de no competencia salvo si pueden «justificar objetivamente»⁴² tal práctica comercial en el contexto del art. 82 del Tratado.

En relación con los obstáculos a la entrada, son importantes para apreciar si existe exclusión real. Es pertinente también analizar el poder de compensación, pues no es fácil que compradores importantes se conformen viéndose excluidos del suministro. Y el nivel de comercio es asimismo pertinente para la exclusión, que será menos probable en el caso de los productos intermedios.

La Comisión considera improbable que se produzca un efecto acumulativo grave cuando esté vinculado menos del 50 por 100 del mercado y estima que, si el proveedor ocupa una posición dominante, cualquier obligación para comprar los productos, principal o exclusivamente, al proveedor dominante puede llevar fácilmente a graves efectos de exclusión en el mercado.

En el caso de que el acuerdo se refiera al suministro de un producto final en el nivel mayorista, la Comisión considera que la probabilidad de que aparezcan problemas de competencia fuera de la posición dominante depende en gran medida del tipo de actividad mayorista y de los obstáculos a la entrada en ese nivel. Tratándose de productos finales, se considera que generalmente es más probable la exclusión en el nivel minorista, lo que lleva a la Comisión a considerar que pueden producirse efectos anticompetitivos importantes en relación con los productos finales en el nivel minorista cuando un proveedor no dominante vincula el 30 por 100 o una cuota superior del mercado relevante y que, incluso una modesta cuota de mercado vinculada tendrá efectos anticompetitivos graves en el caso de una empresa dominante. La Comisión estima que también puede plantearse un efecto exclusión acumulativo en el nivel minorista, y considera que, cuando todas las empresas posean cuotas de mercado menores del 30 por 100, es poco probable que se produzca un efecto exclusión acumulativo si la cuota de mercado vinculada total es inferior al 40 por 100, pudiendo ser más alta aún esta cifra si se atiende a otros

⁴² Sobre la necesidad de justificación objetiva de las conductas de las empresas dominantes, ver PASCUAL Y VICENTE (2002c), p. 269, y, más ampliamente (2002d), pp. 1340-1342.

factores, como número de competidores, obstáculos a la entrada, etc. También considera que, aunque no todas las empresas tengan cuotas de mercado inferiores al umbral, es poco probable que aparezca un efecto acumulativo de exclusión si la cuota de mercado vinculada total es inferior al 30 por 100.

Para el caso de que el comprador realice sus actividades en locales y terrenos que sean propiedad del proveedor o alquilados por éste a un tercero, las *Directrices* anuncian que la intervención de la Comisión es improbable si no hay posición dominante, toda vez que la posibilidad de imponer soluciones efectivas a un posible efecto de exclusión en esas circunstancias son limitadas.

La Comisión considera, por otra parte, que, en determinados sectores, la venta de más de una marca en un mismo establecimiento puede resultar muy difícil, por lo que estima que el problema de exclusión puede solucionarse en estos casos mejor limitando la duración efectiva de los contratos.

Las *Directrices* hacen unas consideraciones sobre los posibles efectos anticompetitivos de la denominada «cláusula inglesa»⁴³, señalando que su evaluación dependerá de sus efectos en el mercado, recordando que el art. 82 impide expresamente a las empresas dominantes emplear cláusulas inglesas o sistemas de rebajas por fidelidad.

Constituye objeto de atención por parte de la Comisión en las *Directrices* la cuestión de una posible exención con arreglo al art. 81.3 cuando, apreciándose la presencia de efectos anticompetitivos considerables, el proveedor no ocupe una posición dominante, señalando en este respecto que, para las obligaciones de no competencia, pueden ser especialmente pertinentes las eficiencias denominadas «resolver un problema de parasitismo», «resolver un problema de cautividad» y «hacer frente a las imperfecciones del mercado de capitales», sobre las que las propias *Directrices* ya habían reflexionado (ver *supra*), aunque se hace notar que, en el caso de una de estas eficiencias, la imposición de cantidades al comprador podría quizás constituir una alternativa menos restrictiva que una obligación de no competencia.

En el caso de una inversión del proveedor ligada específicamente a resolver un problema de cautividad, la Comisión estima que un acuerdo de no competencia o de imposición de cantidades, mientras la inversión no esté amortizada, cumplirá, por lo general, las condiciones del art. 81.3, lo que justificaría un efecto de exclusión de período superior a cinco años para inversiones de importe elevado. Cuando el problema se refiera a la transferencia de «conocimientos técnicos sustanciales» (ver *supra*), la Comisión considera que una obligación de no competencia para toda la duración del contrato de suministro puede ser la única manera viable

⁴³ Para una explicación de este concepto, ver «Cláusula de alienación» en PASCUAL Y VICENTE (2002a), p. 136.

de resolverlo. Y, en caso de que, por imperfección del mercado de capitales, conceder un préstamo sea más eficiente para el proveedor de un producto que para su banco, sólo se justificará una obligación de no competencia si no se impide al comprador rescindirla mediante el reembolso del préstamo pendiente, en cualquier momento y sin penalización.

Finalmente, sin posición dominante, la Comisión considera que puede justificarse combinar una obligación de no competencia con la distribución exclusiva (ver *infra*), abarcando la primera toda la duración del acuerdo, por la previsible mejora de los esfuerzos del distribuidor exclusivo en su territorio.

ii) Distribución exclusiva

Un acuerdo de distribución exclusiva compromete al proveedor a vender sus productos, para su reventa en un territorio determinado, exclusivamente a un distribuidor. Simultáneamente, estos acuerdos suelen limitar la venta activa del distribuidor fuera del territorio asignado en exclusiva. Para la Comisión, los posibles riesgos para la competencia de estos acuerdos residen principalmente en la menor competencia intramarca y la partición del mercado, lo que puede facilitar la discriminación de precios. Además, la Comisión considera que, si todos o la mayoría de los proveedores aplican la distribución exclusiva, esto puede facilitar la colusión, tanto entre los proveedores como entre los distribuidores.

La distribución exclusiva queda exenta por el Reglamento de Exención por Categorías cuando la cuota de mercado del proveedor no supera el 30 por 100, aun cuando se combine con otras restricciones no especialmente graves. La combinación de la distribución exclusiva con la distribución selectiva (ver *infra*) sólo queda exenta por el Reglamento si no esta restringida la venta activa en otros territorios.

Para evaluar casos individuales que superen el umbral de cuota de mercado, se considerarán principalmente los siguientes elementos de análisis: posición de mercado del proveedor y sus competidores, obstáculos a la entrada, poder de compra de los compradores, madurez del mercado y el nivel de comercio.

La posición de mercado del proveedor y sus competidores es importante para la Comisión ya que la pérdida de competencia intramarca sólo puede ser importante si la competencia intermarca es limitada. Cuanto más fuerte sea la posición del proveedor, más importante será la pérdida de la competencia intramarca. Por encima del umbral de cuota de mercado del 30 por 100, considera la Comisión que puede plantearse un riesgo de reducción significativa de la competencia intramarca, de modo que, para poder aplicar una exención, la pérdida de la competencia intramarca debe compensarse mediante eficiencias reales. Respecto de los acuerdos múltiples de distribución exclusiva, la Comisión considera que pueden reducir la competencia intermarca y conllevan riesgos de colusión.

Estas situaciones de efectos acumulativos pueden llevar a retirar el beneficio del Reglamento de Exención por Categorías aun cuando las cuotas de mercado de los proveedores estén por debajo del umbral.

Los obstáculos a la entrada, que pueden impedir a los proveedores tener nuevos distribuidores, son menos importantes para la Comisión, para evaluar los posibles efectos anticompetitivos de la distribución exclusiva. La exclusión de otros proveedores no surge en tanto no se combinen la distribución exclusiva con la marca única, y la exclusión de otros distribuidores sólo se convertirá en un problema en caso de poder de compra y poder de mercado en los niveles inferiores, en especial en territorios muy grandes en los que el distribuidor exclusivo se convierte en comprador exclusivo para todo el mercado. Estos casos problemáticos, aunque acogidos al beneficio del Reglamento de Exención por Categorías, si la cuota de mercado de cada proveedor es inferior al 30 por 100, pueden justificar la retirada de la exención por categorías.

La madurez del mercado es importante, ya que la pérdida de competencia intramarca y la discriminación de precios pueden representar un grave problema en un mercado maduro, pero resultar menos grave en otro con demanda creciente, tecnologías en evolución y posiciones de mercado en transformación. Y también es importante el nivel de comercio, pues los posibles efectos negativos pueden diferir entre el nivel mayorista y el minorista.

Por otra parte, la Comisión considera que la distribución exclusiva puede permitir eficiencias cuando se requieren inversiones de los distribuidores para proteger o crear la imagen de marca, generalmente mayores en productos nuevos y complejos, cuyas cualidades sean difícilmente determinables. Y también estima que la distribución exclusiva puede permitir ahorros de costes logísticos por economías de escala en el transporte y la distribución.

En cuanto a posibles combinaciones de la distribución exclusiva con otras modalidades de restricciones verticales, la Comisión expone unos comentarios con respecto a la marca única y la compra exclusiva. Por lo que respecta a la combinación con marca única, considera que puede expulsar a otros proveedores del mercado, aunque, si la exclusión no es significativa, esa combinación sea capaz de favorecer la competencia al aumentar los incentivos para que el distribuidor exclusivo centre sus esfuerzos en una marca particular, por lo que esta última combinación podría gozar de los beneficios de la exención durante la duración del acuerdo. Y, en cuanto a la combinación con la compra exclusiva, considera que incrementa los riesgos de menor competencia intramarca y de partición del mercado, lo que puede facilitar la discriminación de precios; consecuentemente, considera la Comisión poco probable que esta combinación pueda beneficiarse de una exención en el caso de proveedores con una cuota de mercado superior al 30 por 100, a menos que existan eficiencias muy claras y sustanciales que lleven a precios más bajos para los consumidores finales. La ausencia de tales eficiencias puede ocasionar

la retirada de la exención por categorías cuando la cuota de mercado del proveedor sea inferior al 30 por 100.

iii) Asignación de cliente exclusivo

Se define un acuerdo de asignación de cliente exclusivo como aquel en el que se establece el compromiso de que los productos que el proveedor suministra al distribuidor sean revendidos exclusivamente a una categoría particular de clientes. Para la Comisión, estos acuerdos dificultan la competencia intramarca y favorecen la partición del mercado, facilitando la discriminación de precios y, en opinión de la Comisión, incentivan la colusión entre proveedores y entre distribuidores, cuando se generaliza la asignación de cliente exclusivo.

La asignación de cliente exclusivo goza de exención en el Reglamento de Exención por Categorías cuando la cuota de mercado del proveedor no supera el 30 por 100, aun cuando se combine con otras restricciones verticales no especialmente graves. Es, sin embargo, especialmente grave para la Comisión la combinación de esta modalidad de restricción con la distribución selectiva, ya que la venta activa por los distribuidores designados a los usuarios finales no es habitualmente libre. Por encima del umbral de cuota de mercado del 30 por 100, la orientación facilitada por la Comisión en el caso de la distribución exclusiva (ver *supra*) se aplica *mutatis mutandis* para evaluar la asignación de cliente exclusivo, sin perjuicio de las matizaciones específicas siguientes: *i*) por encima del umbral de cuota de mercado del 30 por 100, es poco probable la exención de la asignación de cliente exclusivo, salvo si son claras y sustanciales las eficiencias; *ii*) este tipo de restricción puede generar eficiencias sobre todo si se requieren inversiones de los distribuidores, por lo que el plazo de depreciación de estas inversiones será el que justifique el de la duración de un sistema de asignación de cliente exclusivo; *iii*) en general, se dan más eficiencias en productos nuevos, complejos y que deban adaptarse a las necesidades de clientes concretos; *iv*) es más verosímil que puedan determinarse necesidades diferenciadas en el caso de productos intermedios, por lo que es improbable que la asignación de consumidores finales permita lograr eficiencias y disfrute, por ello, de una exención.

iv) Distribución selectiva

Un acuerdo de distribución selectiva es el que suscribe un proveedor y un distribuidor para que éste, bajo el control y con el apoyo de aquél, venda los productos del primero en un área geográfica en la que hay otros distribuidores⁴⁴.

⁴⁴ PASCUAL Y VICENTE (2002a), p. 63.

Para la Comisión, los posibles riesgos de esta modalidad de restricción vertical residen en una menor competencia intramarca y, sobre todo, en caso de efecto acumulativo, en la exclusión de determinados tipos de distribuidores y mayor facilidad de colusión entre proveedores o compradores. A efectos de su evaluación, la Comisión distingue entre la distribución selectiva puramente cualitativa y la distribución selectiva cuantitativa.

En la primera, se seleccionan distribuidores autorizados únicamente en función de criterios objetivos impuestos por la naturaleza del producto, lo cual no limita directamente el número de distribuidores y, por eso, se considera que, en general, esta modalidad de distribución carece de efectos anticompetitivos y queda consecuentemente fuera de la aplicación del art. 81.1 del Tratado, siempre y cuando se cumplan las tres siguientes condiciones: *i)* que la naturaleza del producto obligue a esta modalidad de distribución, para preservar su calidad y garantizar un uso correcto; *ii)* que los revendedores sean seleccionados sobre la base de criterios objetivos de carácter cualitativo, establecidos con uniformidad para todos y que no puedan aplicarse discriminatoriamente; *iii)* que estos criterios no excedan de lo necesario. En la distribución selectiva cuantitativa, a los anteriores, se añaden otros criterios de selección que limitan directamente el número de distribuidores autorizados (p. ej., ventas mínimas, número fijo de distribuidores, etc.).

La distribución selectiva puramente cualitativa y la distribución selectiva cuantitativa pueden beneficiarse del Reglamento de Exención por categorías, mientras la cuota de mercado no supere el 30 por 100, aun cuando se combine con otras restricciones verticales no especialmente graves, siempre y cuando no se restrinjan las ventas activas de los distribuidores, entre sí o de éstos a los usuarios finales. El Reglamento exige la distribución selectiva con independencia de la naturaleza del producto de que se trate. No obstante, si esta naturaleza no exige la distribución selectiva y no aporta, por tanto, suficientes eficiencias como para contrarrestar una reducción significativa de la competencia intramarca, es probable que la Comisión retire el beneficio de la exención por categorías. Para los casos individuales no cubiertos por el Reglamento de Exención por Categorías y cuando se produzca el efecto acumulativo de la existencia de redes paralelas de distribución selectiva, el análisis tendrá en cuenta preferentemente los siguientes elementos: posición de mercado del proveedor y sus competidores, efecto acumulativo, obstáculos a la entrada, poder de compra, libertad para vender otras marcas y madurez del mercado.

La posición de mercado del proveedor y sus competidores es de primordial importancia para la evaluación de efectos, pues la pérdida de la competencia intramarca únicamente puede ser problemática si la competencia intermarca es limitada. La posición de los competidores refuerza su importancia en caso de efecto acumulativo.

Cuando el Reglamento de Exención por Categorías se aplica a redes individuales de distribución selectiva, puede plantearse la retirada de la exención por categorías o la no aplicación del Reglamento en caso de efectos acumulativos, si bien la Comisión ve poco probable la aparición de un problema de efecto acumulativo cuando la cuota de mercado cubierta por la distribución selectiva no supere el 50 por 100 o cuando, superando el 50 por 100, la cuota combinada de los cinco mayores proveedores sea inferior al 50 por 100; si ambas son superiores al 50 por 100, la Comisión considera que la evaluación variará en función de si los cinco mayores proveedores aplican o no la distribución selectiva porque, si la aplican, es posible que surjan problemas de competencia, en particular respecto de los que aplican criterios de selección cuantitativa. La Comisión piensa que, en general, es improbable que se cumplan las condiciones del art. 81.3 del Tratado si los sistemas de distribución selectiva en cuestión impiden el acceso al mercado de nuevos distribuidores con capacidad para vender adecuadamente los productos de que se trate, mientras que considera que tienen menos probabilidad de producir efectos negativos otras formas más indirectas de distribución selectiva cuantitativa. En cuanto a las contribuciones individuales, en general no se considera que un proveedor con una cuota de mercado inferior al 5 por 100 contribuye significativamente a un efecto acumulativo.

Respecto de los obstáculos a la entrada, son de interés principalmente en caso de exclusión del mercado de los distribuidores no autorizados. Considera la Comisión que el poder de compra puede favorecer la colusión entre distribuidores autorizados y de este modo alterar sensiblemente el análisis de los posibles efectos anticompetitivos de la distribución selectiva.

La letra c) del art. 5 del Reglamento de Exención establece que el proveedor no podrá imponer una obligación que impida, directa o indirectamente, a los distribuidores autorizados vender las marcas de proveedores competidores concretos, con el fin de evitar la colusión horizontal para excluir a determinadas marcas. La Comisión considera improbable que esta clase de obligación pueda gozar de exención cuando la cuota de mercado combinada de los cinco mayores proveedores sea igual o mayor del 50 por 100, a menos que ninguno de los proveedores que impongan dicha obligación figure entre los cinco mayores proveedores del mercado.

La Comisión advierte que, en caso de que exista una densa red de distribuidores autorizados o de efecto acumulativo, la combinación de distribución selectiva con una cláusula de no competencia puede plantear un riesgo de exclusión de otros proveedores, en cuyo caso se aplicarán los principios expuestos para la marca única (ver *supra*). Cuando la distribución selectiva no se combina con la no competencia, la Comisión estima que dicho riesgo también puede darse, si los principales proveedores imponen a los distribuidores determinadas obligaciones adicionales, como reserva de espacio mínimo en estanterías o garantía de que las

ventas de sus productos alcanzan un determinado porcentaje de la cifra de negocios total del distribuidor. No obstante, considera que es poco probable que aparezca este problema cuando la parte del mercado cubierta por la distribución selectiva sea inferior al 50 por 100 o cuando, rebasándola, la cuota de mercado de los cinco principales proveedores no alcance el 50 por 100.

La Comisión considera importante la madurez del mercado porque la pérdida de competencia intramarca y la posible exclusión de proveedores o distribuidores pueden representar un grave problema en un mercado maduro, resultando menos graves en un mercado de demanda creciente, tecnologías en evolución y posiciones de mercado cambiantes.

Se estima que la distribución selectiva puede ser eficiente si permite ahorros de costes logísticos por economías de escala en el transporte, lo que puede ser independiente de la naturaleza del producto, aunque estima que esto no será generalmente importante en la distribución selectiva, siéndolo mucho más su capacidad de ayudar a evitar el parasitismo entre los distribuidores o a crear una imagen de marca, cuestiones ambas vinculadas a la naturaleza del producto. Por eso, la exención es más probable en productos nuevos, complejos o cuya calidad sea difícil de determinar. La combinación de la distribución selectiva con la exclusiva estima la Comisión que puede infringir el artículo 81.1, si la aplica un proveedor con una cuota de mercado superior al 30 por 100 o si hay efectos acumulativos aunque las ventas activas dentro de los territorios sean libres. La Comisión considera que, excepcionalmente, tal combinación puede cumplir las condiciones del art. 81.3, si resulta imprescindible para proteger inversiones realizadas por los distribuidores, sustanciales y ligadas específicamente a la relación contractual.

v) Franquicia

El acuerdo de franquicia es un contrato entre dos empresarios, en virtud del cual uno, franquiciador, sitúa al otro, franquiciado, en una explotación económica de nombre comercial determinado, a la que presta asistencia y supervisión, a cambio de una contraprestación económica o canon⁴⁵. Los acuerdos de franquicia contienen derechos de propiedad intelectual relativos, en particular, a marcas o signos registrados y conocimientos técnicos para el uso y distribución de bienes y servicios. La franquicia permite establecer, con inversiones limitadas, una red uniforme para la distribución de los productos. Además de facilitar un método comercial, los acuerdos de franquicia suelen contener alguna combinación de restricciones verticales, como distribución selectiva, no competencia o distribución exclusiva.

La cobertura por el Reglamento de Exención por Categorías de las licencias de los derechos de propiedad industrial ya ha sido comentada

⁴⁵ Ídem, p. 67.

(ver *supra*). En cuanto a las restricciones verticales recogidas en un acuerdo de franquicia, tales como la distribución selectiva, la no competencia o la distribución exclusiva, dicho Reglamento se aplica hasta el umbral del 30 por 100 de la cuota de mercado del franquiciador o del proveedor designado por éste. Las orientaciones facilitadas para dichas restricciones (ver *supra*) son válidas igualmente para la franquicia, sin perjuicio de las observaciones específicas siguientes: *i*) cuanto más importante es la transferencia de conocimientos técnicos, más fácilmente cumplen las restricciones verticales las condiciones para la exención; y *ii*) las obligaciones de no competencia en los bienes y servicios adquiridos por el franquiciado quedan fuera del art. 81.1 del Tratado cuando son necesarias para mantener la identidad y reputación comunes de la red franquiciada, sin que sea pertinente la duración de la obligación de no competencia con arreglo a dicho art. 81.1, siempre y cuando no exceda de la duración del propio acuerdo de franquicia.

vi) Suministro exclusivo

El suministro exclusivo, tal como lo define el art. 1.c) del Reglamento de Exención por Categorías, es la forma extrema de la distribución limitada en cuanto a la restricción del número de compradores, pues en el acuerdo se especifica que el proveedor sólo podrá vender determinados productos a un comprador dentro de la Comunidad. Así definido, el suministro exclusivo goza de la exención con arreglo al apartado 1 del art. 2, en relación con el apartado 2 del art. 3, hasta una cuota de mercado del comprador del 30 por 100, aun cuando se combine con otras restricciones verticales no especialmente graves. Por encima del umbral de cuota de mercado, la Comisión ofrece las siguientes orientaciones para evaluar casos concretos.

El principal riesgo de competencia del suministro exclusivo es la exclusión de otros compradores, por lo que la cuota de mercado del comprador en el nivel superior del mercado es decisiva. La poca importancia del comprador en el nivel inferior determina, por su parte, la posibilidad de que la competencia se vea perjudicada. En este contexto, la Comisión considera que serán previsibles efectos negativos cuando la cuota de mercado del comprador en el nivel inferior del mercado de suministro, así como en el nivel superior del mercado de compra, supere el 30 por 100 y que podrán seguir produciéndose importantes efectos de exclusión, aunque la cuota de mercado del comprador en el nivel superior no exceda del 30 por 100, si la cuota de mercado del comprador en el nivel inferior supera el 30 por 100. En tales casos, estima que puede resultar necesario retirar la exención por categoría.

Es importante también saber en qué medida y por cuánto tiempo existe una obligación de suministro exclusivo porque, cuanto mayor sea el porcentaje de suministro vinculado y su duración, más importante será,

en principio, la exclusión. La Comisión considera que el análisis de acuerdos de suministro exclusivo de duración inferior a cinco años suscritos por empresas no dominantes requerirá generalmente sopesar los efectos favorables y los anticompetitivos, mientras que no considera que, en general, los acuerdos de duración superior a cinco años sean necesarios para obtener eficiencias, o las eficiencias vayan a ser suficientes para compensar el efecto de exclusión que producen.

En opinión de la Comisión, la exclusión de compradores competidores ya establecidos es improbable si éstos tienen un poder de compra similar, pero considera que existirá el peligro de excluir a los compradores potenciales cuando se produzca un efecto acumulativo como consecuencia de la existencia de una serie de compradores principales con contratos de suministro exclusivo. La Comisión advierte que este efecto acumulativo puede llevar a retirar el beneficio del Reglamento de Exención por Categorías.

También se considera importante analizar los obstáculos a la entrada al nivel proveedor, porque éste no siempre encontrará eficiente suministrar por sí mismo. Y hay que evaluar el poder de compensación de los proveedores, porque la exclusión es previsible con proveedores débiles y compradores fuertes. En caso de proveedores fuertes, el suministro exclusivo puede combinarse con la no competencia, que haría aplicables las normas en materia de marca única (ver *supra*). La Comisión justifica, en general, la combinación de suministro exclusivo y no competencia cuando hay problema de cautividad y no existe posición dominante.

Por último, el nivel de comercio y la naturaleza del producto se consideran pertinentes para determinar la exclusión, que será menos probable en un producto intermedio que en uno final o cuando el producto es homogéneo. En el caso de productos intermedios homogéneos, se considera probable que los efectos anticompetitivos puedan quedar exentos si no hay posición dominante. En el caso de productos finales de marca, o intermedios diferenciados para los que hay obstáculos al acceso, el suministro exclusivo puede ocasionar efectos anticompetitivos graves, si los compradores competidores son relativamente pequeños en relación con el comprador, aunque éste no sea dominante en el nivel inferior del mercado.

En las *Directrices* se establece que, en caso de observarse efectos anticompetitivos apreciables en un contrato de suministro exclusivo, podría concederse una exención, de conformidad con el art. 81.3 del Tratado, siempre y cuando la empresa no fuera dominante. La Comisión, sin embargo, hace notar que, en caso de problema de cautividad, y aún más en caso de economías de escala en la distribución, la imposición de cantidades al proveedor (requisitos mínimos de suministro) podría constituir una alternativa menos restrictiva.

vii) Vinculación

Para la Comisión, existe vinculación cuando el proveedor supedita la venta de un producto (vinculante) a la compra de otro producto distinto (vinculado), a sí mismo o a otro designado por él ⁴⁶.

Si la vinculación no está objetivamente justificada por la naturaleza de los productos o su uso comercial, tal práctica puede constituir un abuso de posición dominante de los prohibidos por el artículo 82 del Tratado ⁴⁷. Pero un acuerdo horizontal entre proveedores competidores que supediten la venta de un producto a la adquisición de otro distinto cae en el ámbito de aplicación del art. 81 y constituirá una restricción vertical si, por ejemplo, redundan en una obligación de marca única en lo que respecta al producto vinculado. Es precisamente este caso el que se aborda en las *Directrices*, según los siguientes criterios.

Para la Comisión, el factor decisivo para determinar si son dos productos distintos es la demanda de los compradores. Y el principal efecto negativo sobre la competencia que produce la vinculación es la posible exclusión del mercado del producto vinculado. Se estima que existe vinculación cuando se dé, al menos, una imposición de cantidades al comprador, acentuándose el efecto de expulsión cuando adicionalmente se acuerde una cláusula de no competencia respecto del producto vinculado.

La Comisión considera que la vinculación también puede llevar a precios supracompetitivos, especialmente en tres tipos de situaciones: *i)* cuando los productos vinculante y vinculado son parcialmente sustituibles para el comprador; *ii)* cuando la vinculación permite discriminaciones de precios en función del uso que haga el cliente del producto vinculante; y *iii)* cuando resulta difícil para los clientes calcular las consecuencias de la vinculación, en contratos a largo plazo o respecto de un equipo original con un largo período de sustitución.

La vinculación está exenta por el apartado 1 del art. 2, en relación con el art. 3, del Reglamento de Exención por Categorías cuando la cuota de mercado del proveedor, tanto en el mercado del bien vinculado como en el mercado del bien vinculante, no excede del 30 por 100. La Comisión considera que puede combinarse con otras restricciones verticales no especialmente graves y ofrece las siguientes orientaciones para la evaluación de la vinculación en casos concretos, cuando se supere el umbral de cuota de mercado.

La posición del proveedor en el mercado vinculante, en relación con las de los proveedores competidores, es un factor decisivo para evaluar una restricción de este tipo, advirtiéndose que, cuando la vinculación se

⁴⁶ Ver «Vinculación de prestaciones» en PASCUAL Y VICENTE (2002a), p. 387.

⁴⁷ Como se ha indicado, para la «justificación objetiva» como factor de licitud del comportamiento de la empresa dominante, puede verse PASCUAL Y VICENTE (2002c), p. 269, y, más ampliamente (2002d), pp. 1340-1342.

combina con una cláusula de no competencia con respecto al bien vinculante, el proveedor fortalece notablemente su posición; pero también es un factor importante el poder de compra de los clientes. Por lo cual, la Comisión advierte que la vinculación que no esté basada en la eficiencia supone un riesgo en el caso de compradores sin un poder de compra significativo.

Para cuando se determina la presencia de efectos anticompetitivos considerables, la Comisión se plantea la cuestión de la posible exención con arreglo al art. 81.3 del Tratado, siempre y cuando la empresa no ocupe una posición dominante. En este sentido, la Comisión considera, en primer lugar, que las obligaciones de vinculación pueden generar eficiencias derivadas de la producción o distribución conjuntas y también se pueden generar eficiencias si el proveedor del producto vinculado, que no lo produzca, adquiere grandes cantidades del mismo. Si bien, para que la vinculación pueda obtener una exención, ha de demostrarse que se transmiten al consumidor, al menos, una parte de esas reducciones de costes. En segundo lugar, la Comisión considera que puede existir otro tipo de eficiencia si la vinculación contribuye a garantizar una determinada uniformidad y normalización, aunque será necesario demostrar que los efectos positivos no pueden igualmente alcanzarse exigiendo al comprador utilizar o revender productos que satisfagan niveles mínimos de calidad, sin exigirle su adquisición vinculada. Es de particular interés el criterio de la Comisión, para cuando el proveedor del producto vinculante imponga proveedores del producto vinculado, según el cual tal conducta quedaría fuera de la prohibición del art. 81.1, especialmente cuando el proveedor del producto vinculante no obtiene un beneficio financiero directo de la designación.

La Comisión considera que el efecto de los precios supracompetitivos es, en sí mismo, anticompetitivo por provocar la exclusión, señalando que, a efectos de calificarse de exclusión considerable según el art. 81.1 del Tratado, puede aplicarse el análisis de la marca única (ver *supra*). Por encima del umbral del 30 por 100 del mercado, será poco probable la exención, salvo en el supuesto de que haya eficiencias claras que se transmitan, al menos parcialmente, a los consumidores. Y será menos probable aun cuando la vinculación se combine con la no competencia.

La retirada de la exención por categorías es probable en caso de que la vinculación no genere eficiencias o no se transmitan, parcialmente al menos, a los consumidores. Y también en caso de efecto acumulativo, si la mayoría de los proveedores aplican acuerdos de vinculación similares, sin que las eficiencias se transmitan, al menos en parte, a los consumidores.

viii) Precios de reventa recomendados y máximos

Las *Directrices* reconocen que la práctica de recomendar un precio de reventa a un revendedor o exigirle que respete un precio de reventa

máximo está cubierta por el Reglamento de Exención por Categorías cuando la cuota de mercado del proveedor no excede del umbral del 30 por 100, sin perjuicio de las observaciones formuladas, a propósito del «mantenimiento del precio de reventa», en el epígrafe correspondiente a las «restricciones especialmente graves contempladas por el Reglamento» (ver *supra*, y apartados 46 a 56 de las *Directrices*). Para evaluar los casos que se sitúan por encima de este umbral de cuota de mercado del 30 por 100 y los relativos a retirada de la exención por categorías, se ofrece la siguiente orientación.

El factor más importante para evaluar los efectos anticompetitivos de los precios de reventa máximos o recomendados es, para la Comisión, la posición de mercado del proveedor, porque, cuanto más fuerte sea ésta, mayor será el riesgo de uniformidad de los precios de los revendedores. Por eso, la Comisión considera que la práctica de imponer un precio de venta máximo o recomendado puede infringir el art. 81.1 del Tratado, si redunda en un nivel uniforme de precios.

El segundo factor más importante para evaluar los efectos anticompetitivos de los precios de reventa máximos o recomendados es la posición de mercado de los competidores, porque, en opinión de la Comisión, especialmente cuando se trata de un oligopolio cerrado⁴⁸, la práctica de aplicar o publicar precios máximos o recomendados puede facilitar la colusión entre los proveedores, por lo que la Comisión estima que el imponer un precio de reventa máximo o recomendado que produzca tales efectos podría también infringir el art. 81.1 del Tratado.

ix) Otras restricciones verticales

La Comisión reconoce que, además de las que examina en las *Directrices*, existen otras restricciones y sus combinaciones para las que no se ofrece ninguna orientación directa. Para ellas, se señala que su análisis deberá abordarse con arreglo a los principios enunciados, con ayuda de las mismas normas generales y prestando idéntica atención a sus efectos en el mercado.

BIBLIOGRAFÍA SELECCIONADA

- ARRUÑADA, Benito (2001), «Economía y derecho en la nueva política comunitaria de competencia», *Gaceta Jurídica de la CE y de la Competencia*, núm. 211, enero-febrero, pp. 31-41.
- DARBY, John (2000), «New EU regime for vertical agreements», *The Law Society's Gazette*, November, pp. 57-61.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, Juan Manuel (1999), «Conductas prohibidas, autorizadas y autorizaciones singulares», *Anuario de la Competencia 1998*, Fundación ICO-Marcial Pons, pp. 97-123.

⁴⁸ Ver «Oligopolio» en PASCUAL Y VICENTE (2002a), p. 284.

- FERNÁNDEZ VICIÉN, Cani (2001), «La política comunitaria de restricciones verticales», *Anuario de la Competencia 2000*, Fundación ICO-Marcial Pons, pp. 79-101.
- FERRIER, DIDIER (1999), «Les effets cumulatifs des réseaux au regard des restrictions verticales de concurrence», *Contrato e Impresa. Europa*, núm. 2, pp. 584-591.
- (2001), «L'effect cumulatif de réseau(x)», *Anuario de la Competencia 2000*, Fundación ICO-Marcial Pons, pp. 195-213.
- FUENTES NÚÑEZ, Luis (1998), «El futuro de la distribución comercial en Europa: el Libro Verde sobre las Restricciones Verticales y el nuevo enfoque de la Comisión», *Derecho de los Negocios*, núm. 79, pp. 1-10.
- GENTILE, ENRICO (1999), «Il problema degli "acordi verticali" per la distribuzione o per la fornitura congiunta di famiglie complete di prodotti», *Contrato e Impresa. Europa*, núm. 2, pp. 607-662.
- GRISAY, Dominique (2000a), «Droit européen de la distribution: Copernic or not copernic: suite et fin», *L'Observateur de Bruxelles*, núm. 40, pp. 26-32.
- (2000b), «Nouvelles règles communautaires applicables aux contrats de distribution», *Le Droit des Affaires*, núm. 56, pp. 345-353.
- KATZ, Michael L. (1989), «Vertical Contractual Relations», *Handbook of Industrial Organization*, Vol. I, Eslevier Science Publishers, bv, pp. 656-721.
- PASCUAL PONS, Carlos (1999), «El nuevo tratamiento de las Restricciones Verticales en el Derecho Comunitario de la Competencia», *Boletín Económico del ICE*, núm. 2.626, 6-12 de septiembre, pp. 13-20.
- PASCUAL Y VICENTE, Julio (1997), «Cooperación entre la Comisión y las Autoridades nacionales en materia de prácticas colusorias y abusivas», *Gaceta Jurídica de la CE y de la Competencia*, núm. 126, septiembre, pp. 5-10.
- (2000a), «Las conductas prohibidas en la reformada Ley de Defensa de la Competencia», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 205, enero-febrero, pp. 10-21.
- (2000b), «La defensa de la competencia: un objetivo político de hoy», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 207, mayo-junio, pp. 9-18.
- (2002a), *Diccionario de Derecho y Economía de la Competencia en España y Europa*, Madrid, Civitas, 402 pp.
- (2002b), «Modificaciones que la Ley 52/1999 introduce en el régimen de conductas prohibidas de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia», en NENEYTO, J. M. (dir.) y MAILLO, J. M. (coord.), *El nuevo Derecho comunitario y español de la competencia*, Barcelona, Bosch, pp. 305-320.
- (2002c), «Abuso de posición dominante en mercados conexos: doctrina reciente del Tribunal de Defensa de la Competencia», *Anuario de la Competencia 2001*, Fundación ICO-Marcial Pons, pp. 259-279.
- (2002d), «El abuso de posición dominante», *Revista de Derecho mercantil*, núm. 245, julio-septiembre 2002, pp. 1291-1364.
- (2003a), «Fundamentos y limitaciones de la defensa pública de la competencia», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 224, marzo-abril.
- PEEPERKORN, Lucas (1999), «Commission's policy: review on vertical restraints», *European Economics and Law*, pp. 1-18.
- PETITBÒ JUAN, Amadeo (1998), «Las restricciones verticales a la competencia», *Anuario de la Competencia 1997*, Fundación ICO-Marcial Pons, pp. 27-66.
- RINALDI, Raimondo (1999), «Brevi note sulla nuova proposta di regolamento della Commissione CE in tema di accordi verticali», *Diritto del Commercio Internazionale*, núm. 3, pp. 781-785.

- (2000), «Il nuovo regolamento della Commissione europea sugli accordi verticali», *Diritto del Commercio Internazionale*, núm. 2, pp. 479-506.
- RINALDI, Raimondo, y RAPUANO, Rita (1999), «La politica comunitaria della concorrenza e le interesse verticali: un nuovo approccio», *Diritto del Commercio Internazionale*, núm. 2, pp. 423-440.
- SORIANO GARCÍA, José Eugenio (1999), «Hacia un cambio de ideas sobre restricciones verticales», *Anuario de la Competencia 1998*, Fundación ICO-Marcial Pons, pp. 125-136.

LA TELEVISION Y... LAS NORMAS DE LA COMPETENCIA

Antonio Quintana Fernández *

Admisor del Profesorado del Tribunal de Defensa de la Competencia

1. INTRODUCCION

Hace mucho tiempo que el fútbol puede ser un negocio por sí mismo o de esta actividad deportiva derivarse a convertirse en un negocio lucrativo que, como el resto de sectores de la economía, debe someterse a las normas que rigen por el funcionamiento de la libre competencia.

Esto no es óbice para reconocer el componente cultural y social que este deporte tiene vinculado en la mayor parte de países del mundo.

De hecho, hasta hace poco más de una década los aspectos deportivos, culturales y sociales prevalecían sobre los económicos permitiendo que se llevara a cabo prácticas que en otros sectores estaban prohibidas. Esta realidad se vio afectada a los inicios de los noventa de la competencia, ante que se cultivaba también a un ritmo extraordinario con la legislación laboral u otras áreas del Derecho mercantil.

No obstante, las formas de negocio y el propio volumen de este sector económico muy rápidamente en las décadas de los ochenta y, sobre todo, los noventa, obligando a las autoridades a replantear su enfoque.

Como muy bien señala Luis Rodríguez (Rodríguez, 2002) la Sociedad Española de Fútbol¹ puede considerarse como el paria de millones a partir del caso el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, ante, dejó de analizar los aspectos económicos relacionados con el deporte como meros hechos económicos, referidos a la realidad cultural y social del mismo.

Sobre el propio deporte...

...con la de las organizaciones que se pretenda de los modelos económicos de la actividad deportiva en todo el mundo y en todos los deportes.

* Investigador principal en el proyecto de investigación sobre el fútbol.

¹ Dirección del caso de 11 de noviembre de 1995. Véase también...

EL FÚTBOL, LA TELEVISIÓN Y... LAS NORMAS DE LA COMPETENCIA

Antonio GUERRA FERNÁNDEZ *

Asesor del Presidente del Tribunal de Defensa de la Competencia

1. INTRODUCCIÓN

Hace mucho tiempo que el fútbol pasó de ser un mero entretenimiento o una actividad deportiva *amateur* a convertirse en un negocio lucrativo que, como el resto de sectores de la economía, debe sujetarse a las normas que velan por el mantenimiento de la libre competencia.

Ello no es óbice para reconocer el componente cultural y social que esta actividad aún mantiene en la mayor parte de países del mundo.

De hecho, hasta hace poco más de una década los aspectos deportivos, culturales y sociales prevalecían sobre las cuestiones económicas permitiendo que se llevaran a cabo prácticas que en otros sectores estaban prohibidas. Esta realidad no sólo afectaba a las normas de defensa de la competencia, sino que se extendía también a asuntos relacionados con la legislación laboral u otras áreas del Derecho mercantil.

Sin embargo, las formas de negocio y el propio volumen de éste evolucionaron muy rápidamente en las décadas de los ochenta y, sobre todo, los noventa, obligando a las autoridades a replantear su enfoque.

Como muy bien señala Luis BERENGUER (BERENGUER, 2002), la Sentencia Bosman¹ puede considerarse como el punto de inflexión a partir del cual el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) deja de analizar los aspectos económicos relacionados con el deporte como cuestiones secundarias supeditadas a la realidad cultural y social del mismo.

Según el propio BERENGUER:

«otra de las consecuencias que se derivan de las medidas planteadas en la sentencia Bosman ha sido ya la de considerar a los clubes deportivos

* Las opiniones expresadas en este artículo son responsabilidad exclusiva del autor.

¹ Sentencia del TJCE de 15 de diciembre de 1995. Asunto C-415/93.

como operadores económicos, y a las asociaciones de éstos como asociaciones de empresas, lo cual, en definitiva, convierte a unos y otros en sujetos a los que se les aplican las normas de la competencia».

La misma idea se recoge en el informe Helsinki ²:

«Aunque el Tratado no contiene disposiciones específicas en relación al deporte, la Comunidad debe velar por que las iniciativas de las autoridades públicas nacionales o de las organizaciones deportivas sean conformes al Derecho comunitario, incluido el Derecho de la competencia».

En este proceso de reorientación del enfoque de las autoridades de defensa de la competencia, la llegada de la televisión de pago dota de una nueva dimensión al negocio del fútbol y añade mayor complejidad a las relaciones que se establecen entre fútbol y televisión.

Los nuevos operadores de televisión de pago identifican el fútbol como uno de los principales ganchos para atraer nuevos abonados ³, no escatimando esfuerzos a la hora de competir agresivamente por los derechos correspondientes. A modo de ejemplo cabe citar sólo una cifra: BSkyB ha pagado 2.600 millones de euros por los derechos de retransmisión televisiva en directo de los partidos de la *Premier League* inglesa para las temporadas 2002-2004.

Estas relaciones no sólo son de mayor dimensión económica, sino también de mayor complejidad desde el punto de vista de la defensa de la competencia.

En un primer acercamiento se observa que son varios los mercados afectados:

- el de adquisición y explotación de derechos televisivos,
- el de producción de canales temáticos, y
- los de televisión.

A ellos deben añadirse otra serie de mercados indirectamente afectados, como la publicidad o el *merchandising* y, en algunas circunstancias, podrían considerarse aún más.

Una vez identificados los mercados, el análisis de las prácticas que marcan la relación entre televisión y fútbol indica que la estructura com-

² Informe de la Comisión al Consejo Europeo con la perspectiva de la salvaguardia de las estructuras actuales y del mantenimiento de la función social del deporte en el marco comunitario. Informe de Helsinki sobre el deporte, de 10 de diciembre de 1999. COM (1999) 644.

³ El apartado 21 del informe de la Comisión Europea de remisión del expediente COMP/M. 2845 —Sogecable/Canalsatélite Digital/Vía Digital— a las autoridades españolas reconoce esta realidad:

«Según la investigación de mercado llevada a cabo por la Comisión, los contenidos que de manera principal incitan a los espectadores a optar por solicitar los servicios de una televisión de pago en España son las películas de estreno con mayor éxito de taquilla (que suelen coincidir con las películas producidas por los estudios de Hollywood o "grandes estudios" americanos) y los acontecimientos de fútbol en los que participan los equipos españoles, en particular, la Liga».

petitiva de los mismos puede verse restringida tanto de forma horizontal como vertical.

A partir de este punto se abren numerosos interrogantes:

— ¿Está justificada la venta colectiva de los derechos televisivos a través de las asociaciones o, por el contrario, supone una restricción de la competencia que no obedece a interés público alguno?

— ¿Están justificados los acuerdos entre televisiones para adquirir y explotar conjuntamente estos derechos?

— ¿Es inevitable la exclusividad en la explotación de los derechos televisivos o, por el contrario, supone una restricción grave y no justificada de la competencia en los mercados de televisión?

— En caso de ser inevitable la exclusividad, ¿qué período de tiempo es el razonable para que su disfrute no distorsione las condiciones de competencia en los mercados de televisión ni impida la entrada de nuevos operadores?

— ¿Es compatible esa exclusividad con el derecho de información inherente a la trascendencia social y cultural de los eventos futbolísticos?

— ¿Qué efectos sobre la competencia conlleva la integración vertical entre clubes de fútbol y televisiones?

La primera respuesta de las autoridades a estos interrogantes es, fundamentalmente, pragmática y abierta: nada está prohibido *per se*, habrá que analizar caso por caso e, incluso, si se considera que esas prácticas son contrarias a la libre competencia, será necesario estudiar la posibilidad de su autorización si las restricciones son indispensables para el logro de beneficios mayores trasladables a los consumidores.

Como todas las cuestiones que se plantean de manera novedosa en el campo del Derecho de la competencia, las autoridades se ven obligadas a responder caso por caso.

Por ello, es especialmente interesante conocer con mayor profundidad dos de las respuestas más autorizadas que hasta el momento se han pronunciado.

La primera de ellas es la experiencia inglesa, que nos ofrece dos expedientes que abordan casi todos los aspectos relevantes para la defensa de la competencia en el marco de la relación entre fútbol y televisión.

Me refiero a la Sentencia del *Restrictive Practices Court* (RPC) en la investigación abierta por la *Office Fair Trading* (OFT) contra los acuerdos entre la *Premier League*⁴ y la plataforma de televisión de pago vía satélite, BSkyB, y al análisis hecho por la *Merger and Monopolies Commission* (MMC) en el marco de la propuesta de adquisición del Manchester United por BSkyB.

En ambos casos las decisiones tomadas por las autoridades británicas han sentado un precedente muy importante para las posiciones adoptadas posteriormente por otras autoridades europeas en cuestiones similares.

⁴ La principal competición inglesa de fútbol profesional.

Tanto la magnitud del fútbol como negocio como el desarrollo de la televisión de pago y, por supuesto, el mundialmente reconocido prestigio de sus autoridades de defensa de la competencia, hacen del Reino Unido un excelente laboratorio en esta materia.

La segunda de las cuestiones a abordar en este artículo es el tratamiento reciente de la Comisión Europea, materializado en el aviso publicado con arreglo al apartado 3 del art. 19 del Reglamento núm.º 17 en el asunto Venta conjunta de los derechos mediáticos de la Liga de Campeones de la UEFA sobre una base exclusiva⁵.

En este aviso la Comisión Europea concede su beneplácito a una nueva política comercial de la Unión Europea Fútbol Asociación (UEFA) que supone un esquema doctrinal casi completo en el que se incluyen soluciones adecuadas a las cuestiones problemáticas suscitadas en esta materia.

2. LA EXPERIENCIA INGLESA

A. FÚTBOL Y TELEVISIÓN: EVOLUCIÓN HISTÓRICA

La relación entre televisión y fútbol se inicia en el Reino Unido el 9 de abril de 1938 con la retransmisión en directo del partido entre las selecciones de Inglaterra y Escocia por parte de la cadena pública *British Broadcasting Corporation* (BBC).

No obstante, la cobertura regular de los acontecimientos futbolísticos no llegará hasta 1964 con la creación por parte de la BBC del programa *Match of the Day* basado en los resúmenes de los partidos del fin de semana. Este programa se complementaba a nivel regional con otros similares retransmitidos por las televisiones agrupadas en la red *Independent Television* (ITV).

En el marco de estas retransmisiones se producen las primeras negociaciones de derechos televisivos de fútbol basadas en modalidades contractuales de larga duración.

Durante toda esta etapa, desde mediados de los sesenta hasta finales de los setenta, el esquema de negociación era sencillo. Por un lado, los propietarios de los derechos, los clubes de fútbol, negociaban colectivamente bajo un sistema de distribución igualitaria de los ingresos. Por otro, los compradores, BBC e ITV, actuaban de manera coordinada buscando reducir al máximo el precio de los derechos.

La fortaleza en las negociaciones del duopsonio formado por BBC e ITV se materializó en un precio inferior al medio millón de libras por temporada.

⁵ COMP/C.2/37.398.

A finales de la década de los setenta se produce un primer intento de romper este esquema de negociación con la entrada en escena de una de las afiliadas a ITV, *London Weekend Television* (LWT), que trata de negociar la compra de derechos exclusivos para, posteriormente, vender licencias de explotación al resto de cadenas que integraban la red ITV.

Es en este momento en el que tiene lugar la primera intervención del organismo británico de defensa de la competencia, OFT, en esta materia, prohibiendo la exclusividad ante el riesgo de que los aficionados aficionados fuera del área londinense no pudieran disfrutar de la retransmisión televisiva de los partidos de fútbol.

Tras la intervención de la OFT, el esquema anterior se mantiene unos años más, introduciéndose a partir de 1984 la novedad de la retransmisión en directo de un número determinado de partidos por temporada. Otra modificación importante acontece en 1986 cuando se quiebra el principio de repartición igualitaria de los ingresos derivados de la venta de derechos televisivos entre todos los clubes⁶.

No obstante, el cambio más trascendente llega con la aparición a finales de los ochenta de las dos plataformas de televisión de pago por satélite, *British Satellite Broadcasting* (BSB) y *Sky*.

La llegada de las nuevas plataformas modifica radicalmente los términos de la negociación. Estos nuevos operadores identifican rápidamente la retransmisión en directo de partidos de fútbol como uno de los contenidos claves para la atracción de abonados y, desde el primer momento, ponen de manifiesto su interés por la adquisición de los derechos correspondientes.

De esta forma, se rompe el esquema anterior caracterizado por el duopsonio cartelizado de BBC e ITV y los clubes obtienen un mayor poder de negociación.

El primer efecto de esta situación es un incremento del precio de los derechos que pasa de tres millones de libras por temporada por la retransmisión en directo de catorce partidos anuales en 1988 a once millones de libras por temporada por la retransmisión de dieciocho partidos anuales para el período 1989-1992.

Los derechos correspondientes a estas temporadas son adquiridos por ITV en condiciones de exclusividad. Por su parte, BSB y BBC llegan a un acuerdo para comprar conjuntamente los derechos de retransmisión correspondientes a los partidos de la *FA Cup* y los encuentros de la selección nacional.

⁶ El esquema a partir de ese momento sería el siguiente: los clubes de la División 1 recibirían el 50 por 100 de los ingresos; los de la División 2, el 25 por 100, y los de las Divisiones 3 y 4, el 12,5 por 100, respectivamente.

Por el lado de la oferta, esta etapa también supone una modificación de las pautas tradicionales, dado que los clubes más populares tensan las negociaciones con la *Football League*⁷ para lograr un mayor porcentaje de los ingresos obtenidos por la venta de derechos. Bajo la amenaza hecha por estos clubes de negociar los derechos de forma individual, la *Football League* se ve obligada a aceptar que el 75 por 100 de los ingresos se destine a los clubes de la División 1 y que, de este 75 por 100, el 40 por 100 se distribuya exclusivamente entre los clubes más populares o laureados, los denominados *big-five*⁸.

En esos momentos las preocupaciones de las autoridades británicas de defensa de la competencia se centran en garantizar el disfrute abierto y generalizado de los eventos futbolísticos retransmitidos por televisión. Las inquietudes relativas a la cartelización de la negociación de los derechos tanto desde el lado de la oferta como de la demanda o los efectos de la exclusividad son, todavía, secundarias.

Una vez expira el contrato de ITV para las temporadas 1989-1992, se inicia una nueva etapa en la relación entre televisión y fútbol en el Reino Unido. Las dos plataformas de televisión por satélite se habían fusionado formando una única entidad, BSkyB, con un poder financiero adecuado para pujar con firmeza por la adquisición en exclusiva de los derechos para las temporadas siguientes.

Ante la expectativa de una puja muy agresiva entre las televisiones, también se producen cambios importantes en el lado de la oferta. A comienzos de 1991, los 22 clubes que formaban la División 1 anuncian la creación de una nueva organización, la *Premier League*, separada de la *Football League*⁹, que negociará directamente con las televisiones y establecerá sus propios mecanismos de repartición de ingresos entre los clubes¹⁰.

En este nuevo escenario se negocian los derechos de la *Premier League* para las temporadas 1993 a 1997. Tras una lucha encarnizada entre ITV y BSkyB, esta última se hace con los derechos que, posteriormente, extendería a un período adicional de otros cuatro años, es decir, hasta la temporada 2001.

Los grandes beneficiarios de esta situación son los clubes, dado que el precio de los derechos pasa de los once millones de libras por temporada de 1992 a más de ochenta millones como promedio anual por temporada para el período 1993-2001¹¹.

⁷ La Asociación que gestionaba los derechos para todos los clubes profesionales.

⁸ Arsenal, Everton, Liverpool, Manchester United y Tottenham Hotspur.

⁹ El resto de divisiones (2, 3 y 4) se mantienen en el marco de la *Football League*.

¹⁰ Fundamentalmente, basados en criterios de calidad, determinada por la clasificación obtenida en las temporadas anteriores, y popularidad, determinada por los niveles de audiencia de los partidos retransmitidos por televisión en las temporadas anteriores.

¹¹ En el período 1993-1996, el coste fue de 40 millones de libras por temporada; en 1997, pasó a 83 millones por temporada y en la última etapa, de 1998 a 2001, se elevó hasta los 125 millones por temporada.

La relación entre televisión y fútbol había cambiado radicalmente. Mientras en 1979 las televisiones pagaron poco más de medio millón de libras por los derechos de una temporada de fútbol, esta cifra se había elevado hasta los 125 millones de libras 22 años más tarde, en 2001.

Como premio de consolación, ITV adquiere los derechos correspondientes a los clubes que permanecían en la *Football League*¹² con la intención de explotarlos sobre una base geográfica regional. Esta situación se mantuvo hasta 1997 cuando estos derechos también fueron comprados por BSkyB.

El esquema de adquisición de derechos se completa con un acuerdo entre BSkyB y BBC para la compra y explotación conjunta de los derechos relativos a la FA Cup y los encuentros de la selección nacional que alcanza hasta la temporada 1998, a partir de la cual ITV, una vez perdidos los derechos de la *Football League*, consigue los relativos a estas competiciones, FA Cup y selección.

Ante este rediseño de la situación, en un primer momento, la intervención de la OFT se limita a la introducción de una condición para la aprobación de la fusión entre BSB y sky según la cual la nueva empresa se compromete a llegar a un acuerdo de licencia con la BBC mediante el cual ésta pueda retransmitir los momentos estelares de los partidos de cada jornada en abierto para todo el país.

Una vez sustituido el esquema de duopsonio cartelizado característico de los años setenta y ochenta por una puja verdaderamente competitiva, el único mecanismo de coordinación se concentraba en la oferta, puesto que los clubes, si bien con un esquema organizativo distinto, seguían vendiendo colectivamente sus respectivos derechos.

Junto a esta práctica potencialmente restrictiva de la competencia, la exclusividad en la adquisición y explotación de los derechos de BSkyB también comienza a suscitar recelos.

Esta situación lleva a las autoridades británicas a modificar su acercamiento a esta materia e investigar con mayor detalle las posibles restricciones a la libre competencia que se pudieran derivar de estas prácticas:

— de forma horizontal mediante la venta colectiva de derechos, lo que da pie a la apertura de una investigación contra los acuerdos alcanzados por la *Premier League* y BSkyB y BBC, y

— de forma vertical mediante la integración de clubes de fútbol y plataformas de televisión, lo que da pie a la prohibición de la adquisición del 100 por 100 de las acciones del Manchester United por parte de BSkyB y a una regulación específica en cuanto a la presencia de las televisiones en el capital accionario de diferentes clubes.

Analicemos con mayor detalle ambos casos.

¹² Esta competición correspondería a la Segunda y Tercera División española.

B. LA DECISIÓN DEL *RESTRICTIVE PRACTICES COURT*
EN LA INVESTIGACIÓN ABIERTA POR LA *OFFICE FAIR TRADING*
CONTRA LOS ACUERDOS ENTRE LA *PREMIER LEAGUE* Y *BSkyB* Y *BBC*¹³

Tras varios años de investigación sobre los acuerdos de venta de derechos entre la *Premier League* y las principales televisiones (*BSkyB* y *BBC*), el 12 de enero de 1999 la OFT decidió llevar el caso ante el *Restrictive Practices Court* (RPC)¹⁴ al considerar que las restricciones inherentes a estos acuerdos podían ser contrarias a la libre competencia y, de esta forma, afectar negativamente no sólo al mercado de los contenidos deportivos, sino, en general, al de la televisión.

La cuestión más problemática para la OFT era la relativa a la Regla D7.3 del Manual de procedimiento de la *Premier League*, que establecía que:

«*No League Matches shall be televised or recorded or transmitted by satellite or cable or any similar method without the written consent of the Board*¹⁵, *save in the case of closed circuit television within the ground of the Club where the League Match is being played*»¹⁶.

Esta regla incluida en el Manual de procedimiento firmado por todos los clubes que formaban la *Premier League* suponía que ninguno de ellos, individualmente, podría vender los derechos televisivos de sus propios partidos. En la práctica, como ya se ha señalado anteriormente, la *Premier League* era la que negociaba la venta de todos los derechos en nombre de los clubes.

El debate, como recordaba el propio Director General de la OFT¹⁷, no se centraba en si la venta colectiva de derechos estaba prohibida *per se*, sino si en este caso respondía a un interés público suficiente para paliar los efectos contrarios a la libre competencia derivados de ese comportamiento.

La preocupación de la OFT se agudizaba al considerar los efectos restrictivos derivados de la conjunción de esta venta colectiva y la adquisición en exclusiva de los derechos por una sola televisión (*BSkyB*). De hecho, la propia OFT sugería en su informe que si los derechos se agrupasen en diversos paquetes y cada uno de ellos se vendiera a una televisión distinta, las restricciones a la competencia desaparecerían.

En palabras de Martin Cave (HAMIL, S., MICHIE, J., OUGHTON, C., y WARBY, S., 2000):

¹³ Caso *Director General of Fair Trading v. Premier League, BSKyB and BBC*, 28 de julio de 1999.

¹⁴ Según dispone la *Restrictive Trade Practices Act* de 1976.

¹⁵ *Premier League's Board*.

¹⁶ *Premier League 1995/1996 Handbook. Rule D7.3*.

¹⁷ «*Indeed I have not argued that all collective selling of broadcasting rights should be prohibited*», John Bridgeman, 5 de mayo de 1999.

«In other words, the OFT objected not to a degree of central organisation of sales, but to the cartel-like output restriction implicit in broad exclusivity».

Los principales argumentos de la OFT para considerar estos acuerdos contrarios al interés público se resumían en tres:

- la oferta de partidos de la *Premier League* televisados en directo se limitaba a 60 de un total de 320 partidos disputados a lo largo de la temporada, lo que generaba un perjuicio tanto a los aficionados como a otras televisiones que podrían estar interesadas en adquirir y explotar los derechos correspondientes a los partidos no retransmitidos en directo;
- la venta colectiva de derechos incrementaba artificialmente el precio de los mismos, y
- la exclusividad disfrutada por BSkyB suponía una grave distorsión a la competencia en los mercados de televisión en los que el fútbol de la *Premier League* constituía uno de los ganchos más importantes.

La decisión del RPC fue hecha pública en el mes de julio de ese mismo año. El RPC consideró que las restricciones derivadas de la venta colectiva de derechos de la *Premier League* no eran contrarias al interés público, puesto que la alternativa contraria basada en la venta descentralizada podría llevar a un escenario caótico perjudicial para los consumidores¹⁸.

Asimismo, el RPC cuestionó que estos derechos pudieran ser vendidos de manera individual, puesto que su principal valor patrimonial se derivaba de la asociación de los clubes en la *Premier League*. En el marco de esta asociación se celebraba un campeonato que constituía el producto que determinaba el valor de los derechos.

El valor del producto es el campeonato como un «todo» y no cada uno de los partidos que disputan los clubes. Indudablemente, cada club contribuye a la creación de ese producto que, no obstante, individualmente, no serían capaces de reproducir.

El propio texto de la decisión del RPC es claro:

«if a club were to withdraw from the Football Association Premier League for whatever reason it could not produce the derived product it helped to produce as a member of the Premier League cartel».

Por tanto, la primera preocupación de la OFT, la venta colectiva de derechos, no fue considerada por el RPC contraria al interés público, sino inherente al propio producto ofertado y, asimismo, menos dañina para los consumidores que la alternativa basada en la venta individual.

Respecto a los efectos de la exclusividad, el RPC consideró que si bien es cierto que los partidos en directo de la *Premier League* son un contenido *premium* muy importante para cualquier televisión de pago que pretenda

¹⁸ La propia Sentencia del RPC señala en su página 101 que harían falta: «a series of trilateral deals between home and visiting clubs and particular broadcasters».

incrementar su número de suscriptores, también lo es que la competencia en los mercados de la televisión se basa en la diferenciación de producto.

En esta misma línea el RPC estimó que la adquisición de derechos de fútbol no es un requisito indispensable para competir en ese mercado. El resto de competidores podrían optar por otro tipo de contenidos para diferenciar su oferta.

De esta forma, el RPC cerraba la investigación contra los acuerdos entre la *Premier League* y BSKyB y BBC al considerar que las posibles restricciones para la competencia derivadas de los mismos obedecían a un interés público y que una alternativa basada en la negociación individual de derechos y la venta en un régimen de no exclusividad derivaría en un perjuicio mayor para los consumidores y las propias televisiones.

C. EL INTENTO DE ADQUISICIÓN DEL MANCHESTER UNITED POR BSKyB

El 7 de septiembre de 1998 BSKyB anunció su intención de adquirir el 100 por 100 del club inglés más laureado, el Manchester United. Tras un primer análisis por parte de la OFT, el 29 de octubre el Secretario de Estado de Comercio e Industria decidió solicitar informe a la *Monopolies and Mergers Commission* (MMC)¹⁹ en línea con lo establecido por la *Fair Trading Act* de 1973.

La MMC procedió a elaborar su informe partiendo de la identificación del mercado de los canales deportivos *premium* como el mercado relevante de la operación.

Una vez definido el mercado, la MMC atestiguó que BSKyB era el único proveedor de este tipo de canales en el Reino Unido y que la entrada de nuevos competidores venía determinada por las posibilidades de adquirir los derechos correspondientes a la retransmisión en directo de los eventos deportivos más populares, fundamentalmente, los partidos de la *Premier League*.

Dado que en esos momentos BSKyB había adquirido la explotación exclusiva de esos derechos hasta la temporada 2001 y que era el único proveedor de canales deportivos *premium*, la MMC consideró que esta compañía ostentaba posición de dominio en el mercado relevante.

Ante esta situación, la MMC dibujó cuatro hipotéticos escenarios post-adquisición. El primero de ellos suponía la continuación de los acuerdos de venta colectiva de derechos en el marco de la *Premier League* y la no existencia de otras adquisiciones de clubes de fútbol por parte de plataformas de televisión.

Bajo este escenario, la MMC consideró que BSKyB disfrutaría de una ventaja competitiva fundamental a través de su capacidad de influencia

¹⁹ Actualmente, *Competition Commission*.

y acceso a la información sobre la política de negociación de la *Premier League* que no sería replicable por parte de otros competidores.

Esta circunstancia, unida a sus propios intereses en el otro lado de la mesa de negociación a través del Manchester United, colocaría a BSKyB en una posición de ventaja inigualable para asegurarse la adquisición y explotación exclusiva de los derechos en el futuro.

La MMC valoró la posibilidad de tomar algún tipo de medidas que evitasen la transmisión de información de un lado al otro de la mesa de negociación, pero, finalmente, consideró que, en cualquier caso, no era realista pensar que algún tipo de «muralla china» lograra evitar que esta situación se produjese.

El segundo escenario hipotético que dibujó la MMC se basaba en el supuesto de que en próximas negociaciones los derechos fueran vendidos bajo una base individual y que no hubiera más fusiones entre clubes de fútbol y plataformas de televisión.

En este escenario la MMC consideró que BSKyB también disfrutaría de ventajas sustanciales respecto a otras televisiones para la adquisición futura de derechos, dada su posición actual y que el Manchester United es el club más popular.

El tercer escenario planteado conjugaba el mantenimiento de los acuerdos de venta conjunta de derechos con el desarrollo de más fusiones entre clubes y televisiones.

En este caso la MMC consideró que también se producirían efectos contrarios a la libre competencia, puesto que una vez que las televisiones estuvieran presentes en los dos lados de la mesa de negociación, sus incentivos para competir por la adquisición de derechos serían mínimos, lo cual fomentaría un comportamiento colusorio tendente a maximizar sus intereses como vendedores y compradores.

El último escenario se basaba en el supuesto de venta individual de derechos y el desarrollo de varias fusiones entre televisiones y clubes de fútbol. La MMC consideró que esta situación sería, en cualquier caso, menos competitiva que la conjunción de un esquema de venta individual de derechos sin integración vertical entre clubes y televisiones.

Por todo ello, la conclusión global a la que llegó la MMC fue que en la mayoría de los escenarios dibujados la posición de BSKyB para asegurarse la adquisición futura de los derechos correspondientes a la *Premier League* se vería enormemente fortalecida. Esta situación provocaría *de facto* una eliminación de la competencia en el mercado de los canales deportivos *premium*.

La recomendación de prohibición de la operación por parte de la MMC fue seguida por el Secretario de Estado, Stephen Byers, en su decisión final de 9 de abril de 1999.

Sin embargo, esta filosofía general establecida por la MMC para evitar la integración vertical entre clubes y televisiones no ha impedido que, en diversas ocasiones, las televisiones hayan adquirido participaciones accionariales de clubes de fútbol que al no ser consideradas de control²⁰ no han sido revisadas bajo el mecanismo de control de concentraciones.

Es el caso de las participaciones accionariales que BSKyB posee de los siguientes clubes: Manchester United, Leeds United, Chelsea, Sunderland y Manchester City. O de las inversiones del operador de cable, NTL, en: Newcastle United, Middlesbrough, Aston Villa y Leicester City. O, incluso, la presencia de Granada Media en el capital del Liverpool²¹.

Más curioso es comprobar cómo ya se están produciendo asociaciones entre televisiones y clubes de fútbol para explotar las nuevas vías de transmisión que ofrecen los avances tecnológicos.

Así, BSKyB ha creado una *joint-venture* con el Chelsea para desarrollar la transmisión de imágenes deportivas por Internet, Granada Media compró el 50 por 100 de las acciones de otra compañía denominada Liverpool FC Broadband, NTL ha creado *joint-venture* similares con los clubes Glasgow Rangers y Leicester City, y BSKyB está diseñando una estrategia para este mercado conjuntamente con la empresa de telefonía móvil, Vodafone y el Manchester United.

Las autoridades británicas aún no han tenido oportunidad de manifestar su opinión ante esta nueva forma de integración vertical. En todo caso, parece claro que, una vez la tecnología permita explotar comercialmente estos acuerdos, con toda seguridad surgirán denuncias que obligarán a la OFT a posicionarse al respecto.

La evolución tecnológica, de nuevo, reabre un debate sobre los efectos de la integración vertical entre propietarios de derechos y distribuidores de contenidos que se consideraba cerrado con la decisión relativa a la adquisición del Manchester United por BSKyB.

3. LA DOCTRINA DE LA COMISIÓN EUROPEA

A. RESTRICCIONES HORIZONTALES: VENTA COLECTIVA DE DERECHOS

Con carácter previo al análisis de las implicaciones de la venta colectiva de los derechos televisivos por parte de los clubes de fútbol debe determinarse con claridad quién es el propietario de esos derechos. Éste no es un tema pacífico y, de hecho, cada Estado miembro ha ofrecido sus propias soluciones.

²⁰ O lo que según el tenor literal de la *Fair Trading Act* de 1973 sería la capacidad «*materially to influence*».

²¹ En casi todos los casos las participaciones son inferiores al 10 por 100 en línea con el límite establecido en el Reglamento de la *Football Association* que impide a cualquier empresa poseer una participación accionarial superior al 10 por 100 en más de un club.

Por su parte, la Comisión Europea en reiteradas ocasiones ha evitado entrar en detalle en esta cuestión al considerar que la solución depende directamente del tratamiento específico de cada legislación nacional. No obstante, en sus decisiones ha partido del supuesto de que los clubes de fútbol son los titulares originarios de tales derechos.

Dado que el tratamiento de esta cuestión no forma parte del objetivo de este artículo, utilizaré como premisa la misma solución ofrecida *de facto* por la Comisión Europea.

Una vez identificados los titulares de los derechos, desde el punto de vista de la organización de la oferta caben dos opciones:

- cada club vende directamente sus derechos a las televisiones, o
- estos derechos se venden a través de la asociación de clubes correspondiente o del organizador de la competición de que se trate²².

En la Unión Europea podemos encontrar ejemplos de todo tipo: desde la venta colectiva clásica del modelo inglés a través de la *Premier League* hasta la negociación individual del caso italiano.

La primera parte del tratamiento de esta cuestión es aceptada de manera generalizada: en principio, los acuerdos alcanzados por los clubes de fútbol para vender colectivamente los derechos televisivos correspondientes a determinada competición están inmersos en el ámbito de prohibición del art. 81 del Tratado.

Sin embargo, menos pacífico es el siguiente paso. Una vez reconocido que esos acuerdos son restrictivos de la competencia, cabe la posibilidad de que sean autorizados si los aspectos positivos de los mismos prevalecen sobre los efectos anticompetitivos.

En Estados Unidos esta cuestión se solucionó de manera tajante y clara en 1961 con la aprobación de la *Sports Broadcasting Act*, que declara exentos de la aplicación de la normativa de defensa de la competencia los acuerdos alcanzados por los equipos de *football*, béisbol, baloncesto y hockey para la venta colectiva de sus derechos televisivos.

La Comisión Europea tardó más en abordar este tema. Lo hizo por primera vez con motivo del asunto BBC/BSkyB²³ en el que se analizaban los acuerdos de venta colectiva de derechos de la *Premier League* a BBC y BSkyB para el período 1993-1997.

El mismo asunto que, posteriormente, sería solventado por el RPC de la manera que hemos visto en el apartado 2.2 de este artículo, fue resuelto por la Comisión Europea con menor determinación. Al igual que la investigación de la OFT, la Comisión no analizó sólo los efectos

²² En este caso lo habitual es establecer un sistema de repartición de los ingresos entre los clubes dependiendo de diversas variables: clasificación en los campeonatos anteriores, audiencia de los partidos televisados, etc.

²³ Comunicación de la Comisión en virtud del apartado 3 del art. 19 del Reglamento 17 (*doce*, núm. C 94, de 3 de abril de 1993).

de la venta colectiva de derechos, sino también, como veremos en el apartado siguiente, las restricciones derivadas de la duración de la exclusividad en la explotación de los mismos.

Respecto al primer aspecto, la Comisión se limitó a señalar que para determinar si la venta colectiva de derechos es una práctica prohibida por las normas de la competencia deben ponderarse adecuadamente los efectos positivos derivados de la misma, tales como la matización de las diferencias de ingresos entre los clubes más poderosos y los más débiles o el incentivo a las inversiones en el desarrollo de jugadores jóvenes (PONS, 1998).

La Comisión evitó hacer un pronunciamiento general recomendando la búsqueda de soluciones caso por caso.

Indudablemente, se trata de un tema muy complejo, como ponen de manifiesto las diferentes soluciones que se han dado en cada Estado miembro.

En el *Reino Unido*, el RPC, según señalábamos en el apartado 2.2, justificó la venta colectiva de derechos porque el valor patrimonial del producto que vende la *Premier League* está directamente ligado a la asociación de los equipos a esa competición y la alternativa que ofrece una venta individual de los mismos podría derivar en una situación caótica con perjuicios para consumidores y, en general, para los mercados de televisión.

En *España*, el Tribunal de Defensa de la Competencia tuvo la oportunidad de analizar indirectamente esta cuestión en la Resolución de 10 de junio de 1993 (Liga Nacional de Fútbol Profesional), en cuyo Fundamento Jurídico 1.a) se señala que:

«la gestión centralizada de dichos derechos por la Liga Nacional de Fútbol Profesional está amparada por la Ley del Deporte hasta tanto esté vigente el Plan de Saneamiento del Fútbol. En la fecha de redacción del pliego, el acuerdo interclubes, si existía, contaba con amparo legal».

No obstante, una vez el amparo de la Ley del Deporte ha desaparecido, la cuestión se mantiene abierta ante la posibilidad de que en próximas negociaciones la venta de derechos se haga de forma colectiva.

En *Italia*, la *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato* ha ofrecido una alternativa adicional en su Resolución de 1 de julio de 1999 en el Caso I362, *Vendita diritti televisivi*, en la que considera que, por un lado, los derechos relacionados con la retransmisión de resúmenes de los momentos estelares de cada jornada deben negociarse de forma colectiva ante la imposibilidad *de facto* de hacerlo de manera individual, y, por otro lado, los derechos relativos a la retransmisión de partidos en directo de la Primera y Segunda División deben negociarse de manera individual porque, en caso contrario, la Liga de Fútbol explotaría el poder de mercado derivado de la venta centralizada, incrementando los precios de estos derechos.

La decisión también ofrece una solución distinta para los derechos de retransmisión de los partidos correspondientes a la Copa. Según la *Autorità*, esta competición, basada en un procedimiento de eliminación directa de los equipos en las diferentes rondas clasificatorias, se caracteriza por la incertidumbre respecto al número de partidos que un equipo efectivamente disputará.

Por ello, la *Autorità* considera más racional que la venta de estos derechos se haga también de forma colectiva y, para ello, concedió una autorización singular por tres años (CASSINIS y FATTORI, 1999).

En *Holanda*, la *Nederlandse Mededingingsautoriteit* (NMa) ha declarado prohibida la venta colectiva de derechos televisivos de fútbol en una Resolución de 19 de noviembre de 2002. El argumento utilizado por la autoridad holandesa de defensa de la competencia es que la situación actual en la que la asociación de fútbol profesional, *Eredivisie N.V.*, vende colectivamente los derechos de los clubes genera una desventaja para los consumidores, dado que la televisión que adquirió los derechos emite un número reducido de partidos en directo²⁴ y correspondientes casi exclusivamente a los tres clubes más populares.

La NMa considera que si la venta de derechos se hiciera de forma individual, otras televisiones accederían a la puja y, de esta forma, los aficionados podrían disfrutar en televisión de un número mayor de partidos, especialmente, los de los clubes más modestos.

En *Alemania*, se ha adoptado una decisión similar a la de Estados Unidos a través de una enmienda de 1 de enero de 1999 introducida en la sección 31 de la *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* (GWB). Esta enmienda supone una exención de la aplicación de la normativa de defensa de la competencia para la venta colectiva de derechos de retransmisión televisiva de competiciones deportivas siempre que las asociaciones correspondientes destinen parte de los beneficios al fomento del deporte *amateur* entre los jóvenes.

En *Francia*, la solución es similar a la de Alemania pero anterior en el tiempo. Los arts. 17 y 18 de la Ley 84-610, de 16 de julio de 1984, designan a la Federación Nacional de Fútbol como la autoridad responsable de la explotación de los derechos televisivos de los partidos oficiales con la obligación de repartir los ingresos correspondientes entre los clubes.

En fin, como podemos comprobar, las autoridades de cada uno de los Estados miembros han ofrecido sus propias soluciones a una cuestión aún no resuelta de forma pacífica por la doctrina.

Por lo que se refiere a la opinión actual de la Comisión Europea, no abundan los casos en los que ésta haya tratado específicamente este

²⁴ Según los datos de la resolución, 44 de los 306 partidos que se disputan anualmente en el marco de la Primera División.

asunto dado que la mayor parte de expedientes abiertos tienen una naturaleza nacional sin afectación al comercio entre los Estados miembros.

Sin embargo, recientemente la Comisión ha publicado un aviso con arreglo al apartado 3 del art. 19 del Reglamento núm.º 17 en el asunto Venta conjunta de los derechos mediáticos de la Liga de Campeones de la UEFA sobre una base exclusiva²⁵ que puede considerarse como el texto recopilatorio de la doctrina comunitaria en esta materia. El apartado 3.3 de este artículo está dedicado específicamente a analizar este aviso.

Por último, cabe señalar que también existe otra posibilidad de restricción horizontal de la competencia en esta materia. Se trata del supuesto en que diversas televisiones alcanzan un acuerdo para adquirir conjuntamente estos derechos.

En este caso la opinión de la Comisión es más desconocida por una mayor ausencia de expedientes relevantes. No obstante, en principio, esta práctica también podría ser autorizada si las partes demuestran que individualmente no hubieran podido competir con televisiones con mayor poder financiero y acceder, de esta forma, a la adquisición de esos derechos (PONS, 1998). Estos acuerdos podrían, incluso, llegar a ser considerados como pro-competitivos (SCHAUB, 2002).

B. RESTRICCIONES VERTICALES: EXCLUSIVIDAD

El segundo aspecto característico de las relaciones entre fútbol y televisión que mayor preocupación ha generado en la Comisión Europea, desde el punto de vista de su relación con las normas de defensa de la competencia, es el efecto que se deriva de la adquisición de los derechos televisivos en régimen de exclusividad por un largo período de tiempo.

Al igual que en el caso anterior, el primer acercamiento de la Comisión Europea a esta cuestión se produjo con motivo del asunto BBC/BSkyB, mencionado anteriormente y que ha servido de base para el desarrollo doctrinal posterior.

Las palabras de Jean François PONS (PONS, 1998) resumen perfectamente la filosofía que la Comisión Europea aplicó a ese asunto:

«competition problems arise if the duration of the exclusivity is long or the scope of the rights is wide, but there may be circumstances in which a long period of exclusivity can be justified, for example, to allow a new broadcaster to become established on the market or to help launch risky new technology. In certain circumstances, sublicensing may be the only fair and competitive solution if an agreement for important exclusive rights, such as for example for the Olympic Games, would otherwise removes the availability of those rights to other broadcasters. In most cases, however, sublicensing is not a

²⁵ COMP/C.2/37.398.

satisfactory or convenient way to solve competition problems, because disputes may remain about the terms of sublicenses».

Por un lado, la Comisión Europea es sensible al argumento de las televisiones de pago que consideran necesaria la adquisición de este tipo de derechos en régimen de exclusividad para la correcta explotación de su valor comercial ²⁶.

Pero, al mismo tiempo, expresa su preocupación sobre la posibilidad de que esta exclusividad extendida a un período largo de tiempo distorsione las condiciones de competencia en el mercado de la televisión de pago o suponga una barrera a la entrada de nuevos competidores.

La solución que la Comisión Europea ha dado a esta preocupación es doble: limitación del período de tiempo por el que se adquieren los derechos en exclusividad y distribución de los derechos en varios grupos para que todas las televisiones interesadas puedan incluir contenidos futbolísticos de interés en su programación.

En un primer momento, en el marco del expediente ya citado BBC/BSkyB, la Comisión Europea no objetó que el acuerdo de exclusividad alcanzado entre la *Premier League* y BBC y BSkyB alcanzara un período de tiempo de cinco años, pero, posteriormente, ha establecido el límite razonable en los tres años.

No obstante, la propia Comisión admite que en determinadas circunstancias el período de tres años podría ampliarse (TOFT, 2003):

«Such is the case when a new operator needs TV sports rights to ensure the successful entry into the television market. It is also the case when an operator wishes to develop a new technology, which requires heavy investments».

El caso ya comentado anteriormente y que se detallará en el siguiente apartado: *Venta conjunta de los derechos mediáticos de la Liga de Campeones de la UEFA sobre una base exclusiva*, es el que mejor pone de manifiesto la doctrina de la Comisión Europea en esta materia ²⁷.

También este asunto es determinante para entender cómo la Comisión ha tratado de eliminar los efectos restrictivos de la competencia derivados de la exclusividad mediante la agrupación de los derechos en distintos paquetes en aras a garantizar el acceso a contenidos futbolísticos a todas las televisiones interesadas.

Ésta es una solución que el Tribunal de Defensa de la Competencia ya identificó en la Resolución de 10 de junio de 1993 (Liga Nacional

²⁶ Como señala Luis BERENGUER (BERENGUER, 2002), el Parlamento Europeo también se ha manifestado en esta línea: *Resolución sobre la retransmisión de acontecimientos deportivos*, de 22 de mayo de 1996 (B40326/96).

²⁷ La doctrina de los tres años ya se vislumbra en el asunto Telefónica/Sogecable/Audiovisual Sport - IV-C2/36.438, en el que la Comisión Europea limita a ese período la explotación exclusiva de los derechos bajo la modalidad de pago por visión.

de Fútbol Profesional) cuando en su Fundamento Jurídico 9.3 se señalaba que:

«los contratos de cesión de derechos de emisión de fútbol en exclusiva pueden ser muy favorables para el consumidor y para la industria de la televisión y para el propio desarrollo de la competencia. Pero para que esto suceda deben cumplirse los siguientes requisitos: [...] — distribución en diversos bloques [...]».

Por su parte, las autoridades italianas han dado una solución distinta a esta preocupación.

En Italia, la Ley 78/1999 prohíbe en su art. 2.1 que una televisión posea más del 60 por 100 de los derechos de retransmisión televisiva de partidos de fútbol de la Primera División en régimen de explotación exclusiva²⁸. El objetivo de esta prohibición es evitar que ninguna televisión de pago utilice la exclusividad de este tipo de contenidos para fortalecer su posición de dominio o distorsionar las condiciones de competencia en el mercado de la televisión de pago²⁹.

El problema derivado de esta prohibición, como se ha puesto de manifiesto en estos últimos años, es que los aficionados italianos deberían abonarse a las dos televisiones de pago propietarias de derechos de retransmisión de partidos de la Primera División (Telepiú y Stream) para poder disfrutar de todos los partidos de su equipo preferido.

Esta solución, que permite repartir los derechos entre las dos plataformas de televisión de pago vía satélite, supone, sin embargo, un coste añadido para los consumidores.

C. NUEVA ESTRUCTURA DE COMERCIALIZACIÓN DE LOS DERECHOS DE LA UEFA CHAMPIONS LEAGUE

La solución dada por la Comisión Europea al asunto Venta conjunta de los derechos mediáticos de la Liga de Campeones de la UEFA sobre una base exclusiva supone la consolidación de su doctrina en esta materia.

El enfoque es el siguiente: la suma de las restricciones horizontales y verticales derivadas de la venta colectiva de derechos y el régimen de exclusividad por el que se adquieren los mismos no sólo puede generar distorsiones en el desarrollo de la competencia en los mercados de televisión, sino que, además, provoca una situación en la que una buena

²⁸ Además, la propia Ley 78/1999 otorga poderes a la *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato* para modificar este límite cuando las condiciones de competencia en el mercado de la televisión de pago lo requieran. No tendría sentido mantener ese límite si sólo existiera una televisión interesada en adquirir estos derechos.

²⁹ A los pocos meses de la entrada en vigor de la Ley, Telepiú se vio obligada a renunciar a parte de los derechos que había adquirido para cumplir con el límite del 60 por 100. Caso SR1 Telepiú, *AGCM bulletin*, núm. 29-30/1999.

parte de los derechos adquiridos no son utilizados con el consiguiente perjuicio para los aficionados ³⁰.

Partiendo de estas premisas, la Comisión analiza la venta colectiva de los derechos de la Liga de Campeones por parte de la UEFA.

La UEFA es una sociedad mercantil con sede en Suiza que se constituye como asociación de 52 asociaciones nacionales de fútbol, de las que 21 se sitúan en el Espacio Económico Europeo (EEE). La UEFA ostenta los derechos comerciales de la Liga de Campeones, que le han sido cedidos por cada uno de los clubes de fútbol participantes en esta competición, y negocia y celebra contratos referentes a la explotación de dichos derechos. La política comercial de la UEFA era vender los derechos televisivos en un paquete único a un solo organismo de radiodifusión por Estado miembro.

Ante esta situación, el 19 de julio de 2001 la Comisión Europea presentó un pliego de cargos en el que consideraba que esta venta colectiva de derechos infringía el art. 81.1 del Tratado CE y que no podía acogerse a la exención prevista en el art. 81.3 ³¹.

La UEFA formuló su respuesta formal al pliego de cargos con el envío de una nueva política comercial en la que mantenía la venta colectiva de derechos, pero afrontaba de una manera novedosa las preocupaciones de la Comisión en lo relativo a las distorsiones que generaba esa modalidad de venta en la competencia en los mercados de televisión, así como las ineficiencias que se derivaban de la no explotación de una buena parte de los derechos que se adquirirían.

La Comisión consideró que este nuevo acuerdo eliminaba sus preocupaciones y concedió su beneplácito a través de un aviso publicado el 17 de agosto de 2002 con arreglo al apartado 3 del art. 19 del Reglamento núm.º 17 en el asunto Venta conjunta de los derechos mediáticos de la Liga de Campeones de la UEFA sobre una base exclusiva ³².

Las novedades introducidas por la UEFA en su nueva política comercial eran, en suma, las siguientes:

- la oferta de derechos se repartirá en varios paquetes ³³;
- en el supuesto de que la UEFA no haya logrado vender los derechos correspondientes a los partidos no incluidos en los paquetes anteriores,

³⁰ A modo de ejemplo, en el Reino Unido se retransmiten en directo menos del 25 por 100 de los partidos disputados en la *Premier League*, y, en Holanda, esta cifra es inferior al 15 por 100. Esto es así a pesar de que las televisiones que han adquirido los derechos correspondientes lo han hecho respecto al 100 por 100 de los partidos.

³¹ El pliego de cargos era la respuesta de la Comisión a la solicitud de declaración negativa con arreglo al apartado 1 del art. 81 del Tratado CE que había solicitado la UEFA el 1 de febrero de 1999.

³² COMP/C.2/37.398.

³³ El paquete más atractivo incluirá generalmente el derecho a escoger dos partidos por jornada en primera y tercera opción. Además, existen otros paquetes con la segunda y cuarta opción por jornada, con momentos estelares o con la posibilidad de emitir partidos en diferido.

los clubes que participen en los mismos podrán vender individualmente esos derechos;

— los contratos se extenderán a un período no superior a los tres años, y

— se separan los derechos de retransmisión televisiva de los correspondientes a otros medios audiovisuales.

Mediante la agrupación de los derechos en paquetes se facilita que diferentes televisiones de cada país tengan acceso a alguno de los paquetes ofertados.

De esta forma, se eliminan dos de las preocupaciones manifestadas por la Comisión: el número de derechos adquiridos y, posteriormente, no explotados es menor e, incluso, inexistente y desaparecen las distorsiones en el mercado de la televisión de pago, dado que todos los operadores interesados podrán incluir en su programación una parte del producto «UEFA *Champions League*».

Estos efectos positivos se refuerzan con la posibilidad de que cada club negocie individualmente los derechos de los partidos que la UEFA no haya logrado vender.

Por otra parte, el riesgo de cierre de mercado derivado de la adquisición de los derechos por un período largo de tiempo se mitiga con el límite de tres años.

Asimismo, se abre una nueva vía de competencia con la separación de los derechos correspondientes a la retransmisión televisiva de los relativos a las nuevas tecnologías como Internet o UMTS. Actualmente, la explotación comercial de estos derechos aparece muy limitada pero la Comisión considera que esta nueva política abre alternativas de desarrollo.

Aunque no es un asunto cerrado definitivamente (TOFT, 2003), la Comisión Europea parece haber encontrado una solución adecuada a la realidad económica y deportiva de las competiciones futbolísticas que, al mismo tiempo, no genera distorsiones en la competencia en los mercados de televisión ni daña los intereses de los consumidores³⁴.

4. CONSIDERACIONES FINALES

En las páginas precedentes hemos podido comparar las diversas soluciones que tanto desde la Comisión Europea como desde las autoridades nacionales se han ofrecido a las cuestiones que en materia de defensa de la competencia suscitan las prácticas características de las relaciones contractuales entre fútbol y televisión.

³⁴ Esta misma solución es la que ha ofrecido el Tribunal de Defensa de la Competencia español en su informe sobre la operación de absorción de Vía Digital por parte de Sogecable. C74/02 Sogecable/Vía Digital.

Como hemos podido observar, ésta es una cuestión que en Europa ha comenzado a analizarse con detalle muy recientemente y, por ello, aún permanecen algunos aspectos sin dilucidar, aunque los principios fundamentales parecen cada vez mejor asentados.

Siendo consciente que es muy amplio el abanico de temas afectados por la relación entre fútbol y televisión, he optado por centrar el análisis en sólo dos de ellos: las restricciones horizontales derivadas de la venta colectiva de derechos televisivos por parte de los clubes y las restricciones verticales derivadas, por un lado, de la venta de estos derechos en régimen de exclusividad por largos períodos de tiempo y, por otro, de la integración de clubes de fútbol y televisiones.

Respecto a las restricciones horizontales parece claro que se trata de un asunto complejo, como pone de manifiesto la diversidad de soluciones que las autoridades de defensa de la competencia de los Estados miembros han ofrecido.

En primer lugar, es indudable que cualquier solución debe partir por determinar con claridad la titularidad de los derechos correspondientes.

Esto debe ser así porque si consideráramos que el titular de los derechos es la asociación de clubes correspondiente o el organizador de la competición en el marco de la cual se van a desarrollar los partidos, tendríamos el problema resuelto.

En este caso no se trataría de una conducta prohibida, puesto que no estaríamos ante un acuerdo entre competidores, sino ante una relación contractual bilateral normal en la que el titular de unos derechos vende la explotación de los mismos a un comprador. No habría acuerdo entre los clubes, puesto que ellos no serían los titulares de los derechos.

El problema aparece si, por el contrario, consideramos, como de hecho ocurre en casi todos los países, que los titulares de los derechos son los clubes. En este supuesto caben pocas dudas de que estamos ante un acuerdo colusorio prohibido por el art. 81 del Tratado CE y, por consiguiente, los correspondientes artículos de cada una de las legislaciones de defensa de la competencia de los Estados miembros.

Hasta aquí, todos de acuerdo. Pero una vez llegados a este punto, las soluciones, como hemos podido comprobar, son diversas:

— se puede considerar que los beneficios derivados de esta venta colectiva no son suficientes para paliar los efectos restrictivos de la competencia, o

— se puede considerar que debe analizarse caso por caso para ponderar correctamente los beneficios y, en su caso, conceder la autorización singular correspondiente, o

— se puede considerar de forma general que los beneficios son mayores que los efectos restrictivos de la competencia y, por tanto, la venta colectiva de este tipo de derechos merece quedar exenta de la aplicación

de las leyes de defensa de la competencia mediante la promulgación de la norma de exención correspondiente.

Desde mi punto de vista, existen argumentos suficientes para justificar la singularidad de esta materia, pero que, al mismo tiempo, sirven para argumentar cualquiera de las tres posiciones anteriores.

A favor de la prohibición de la venta colectiva de derechos podemos utilizar los siguientes argumentos:

— en principio, una sola televisión adquirirá los derechos de los acontecimientos deportivos más populares y esta situación puede generar una distorsión en las condiciones de competencia en el mercado de la televisión de pago, y

— se refuerza el poder de negociación del oferente, con lo cual se incrementa el coste de adquisición de los derechos para las televisiones.

Respecto al primer argumento, la decisión de la Comisión Europea en el asunto sobre la venta conjunta de los derechos de la Liga de Campeones de la UEFA ofrece una respuesta razonable. La venta de derechos divididos en diferentes paquetes da acceso a todas las televisiones interesadas a incluir en su programación este tipo de retransmisiones.

Respecto al segundo argumento, no está empíricamente demostrado que la venta colectiva de derechos encarezca los precios. Por el contrario, la realidad demuestra que este incremento de precios se ha producido tanto en países en los que la venta se ha llevado a cabo de forma colectiva (Reino Unido) como en los que se hace de manera individual (Italia).

En realidad, el aumento está más relacionado con la llegada de las televisiones de pago, que no valoran el coste de adquisición de estos derechos en función de los ingresos publicitarios previstos, como hacen tradicionalmente las televisiones en abierto, sino, más bien, como un contenido *premium* imprescindible para ofrecer una programación atractiva que incremente el número de abonados.

Una vez analizados los argumentos en contra de la venta colectiva, también encontramos otros argumentos a su favor.

En primer lugar, no están claros los mecanismos a través de los cuales se materializaría la competencia entre clubes si la venta fuera individual. El mecanismo más lógico es que cada club trate de ser más popular que el resto y alcanzar las mejores clasificaciones en el terreno deportivo. Esta competencia existirá igualmente en el caso de que la venta de derechos sea colectiva, puesto que es inherente a la práctica deportiva e independiente de la comercialización de los derechos televisivos.

Al mismo tiempo, no debemos olvidar, como señala acertadamente Santiago MARTÍNEZ-LAGE (MARTÍNEZ-LAGE, 1998), que, a diferencia de otros sectores de la actividad económica, ningún club de fútbol aspira a la desaparición de sus competidores, porque, en ese momento, dejaría de tener sentido la competición.

Alexander SCHAUB (SCHAUB, 2002) también ha expresado la misma idea:

«The Commission is of course aware that there is a difference between the way competition works in sport and in other economic sectors. In sport, the aim of the game is not to eliminate the weaker competitors. There is interdependence between competing adversaries and a need to maintain a balance between them to preserve uncertainty as to results and a degree of equality in order to maintain the spectators' interest».

De otra manera, Paolo CASSINIS y Piero FATTORI también desarrollan una idea similar (CASSINIS y FATTORI, 1999):

«It is widely recognized that the evaluation of the potential restrictiveness of agreements between professional sports clubs needs to be conducted in a careful and balanced manner, since cooperation in this sector is, to some extent, needed».

Estos argumentos son contundentes para demostrar que el desarrollo de la competencia en esta actividad deportiva conlleva la preservación de un cierto grado de igualdad entre los clubes que derive en incertidumbre en los resultados.

Desde mi punto de vista, esta realidad es mejor afrontada desde la venta colectiva de derechos que desde una venta individual que pueda derivar en un incremento de las desigualdades e, incluso, en la desaparición de aquellos clubes menos populares. A esta misma conclusión llega también la Comisión Europea en el Informe Helsinki ³⁵.

De hecho, hemos sido testigos recientemente de algunos extremos que ponen en duda los beneficios para los consumidores de una competencia abierta entre los clubes para cerrar contratos televisivos. Los equipos de fútbol más modestos de las Ligas italiana y griega decidieron emprender una huelga y, por consiguiente, paralizaron el inicio de las competiciones porque se consideraron perjudicados en sus contratos televisivos respecto a lo obtenido por los clubes más populares.

Esta situación derivada de una negociación individual, indudablemente, generó un perjuicio para los aficionados a este deporte en estos países así como para las propias televisiones.

Por otro lado, en los casos en los que sean diversas las televisiones que adquieran los derechos de los clubes se generarían problemas adicionales. Un ejemplo típico es la necesidad de instrumentar mecanismos de resolución de los conflictos que podrían derivarse de los partidos disputados por clubes que hayan vendido sus derechos a televisiones distintas. La fórmula de la reciprocidad que rige la situación en Italia no parece la más justa ni se puede imponer.

³⁵ Informe de la Comisión al Consejo Europeo con la perspectiva de la salvaguardia de las estructuras actuales y del mantenimiento de la función social del deporte en el marco comunitario. Informe de Helsinki sobre el deporte de 10 de diciembre de 1999. COM (1999) 644.

En caso de no alcanzar estos mecanismos de coordinación, de nuevo, serían los consumidores-aficionados los mayores perjudicados. Y si se alcanzaran cabría plantearse, como hace Luis BERENGUER (BERENGUER, 2002), que igualmente supondrían un acuerdo colusorio prohibido por las normas de la competencia.

En fin, existen argumentos para justificar diversas posiciones, pero, desde mi punto de vista, son de mayor solidez los que favorecen la exención. Incluso, existen otros argumentos que van más allá de los estrictamente comerciales, como señala Alexander SCHAUB (SCHAUB, 2002):

«In this context, specific factors such as the possible link between the joint selling of rights and financial solidarity between clubs or between professional and amateur sport could be taken into consideration».

Por lo que se refiere a las restricciones verticales derivadas del régimen de exclusividad bajo el que se comercializan estos derechos, cualquier análisis sobre su impacto en la situación de competencia en los mercados de televisión debe partir del reconocimiento de las singularidades del valor televisivo de los eventos futbolísticos:

— a diferencia de otro tipo de contenidos televisivos, el valor de los partidos de fútbol prácticamente se agota con la retransmisión en directo, y

— la sustituibilidad de este producto es muy reducida, puesto que el valor que los aficionados otorgan a cada partido de fútbol es único y está directamente relacionado con los equipos que participan, la competición en la que se desarrolla e, incluso, el momento preciso en que tiene lugar dentro de esa competición.

A estas dos singularidades debe añadirse que, al igual que ocurre con el resto de contenidos considerados *premium*, el valor de la retransmisión televisiva de eventos futbolísticos presupone la exclusividad.

Si un mismo partido de fútbol pudiera ser ofrecido en abierto por varias televisiones al mismo tiempo, el valor de esta retransmisión para las televisiones sería muy inferior e, incluso, desaparecería en el caso de las televisiones de pago.

No debemos olvidar que una de las claves que determina la competencia entre las televisiones y, en especial, entre las de pago es la diferenciación de la oferta de programación. Sin diferenciación de producto, la competencia entre televisiones no encuentra huecos para desarrollarse.

Una vez reconocidas estas cuestiones, es indudable que la explotación en exclusiva de estos derechos por un período largo de tiempo puede distorsionar las condiciones de competencia en el mercado de la televisión de pago, dado que uno de los contenidos claves para cualquier operador que aspire a alcanzar una masa de abonados suficiente para rentabilizar su negocio dejaría de estar accesible.

La situación en Argentina es un ejemplo extremo pero ilustrativo de esta realidad. La Asociación de Fútbol de Argentina (AFA) ha vendido a una televisión de pago los derechos televisivos correspondientes a los partidos desarrollados en el marco de la Liga nacional así como los de la selección por un período de... ¡99 años!

Indudablemente, en un país como Argentina en el que el fútbol es el deporte más popular, cualquier operador de televisión interesado en entrar en este mercado encontrará una barrera muy importante al verse totalmente privado de estos contenidos deportivos.

La alternativa ofrecida por la Comisión Europea es más adecuada a la realidad económica y comercial característica de la negociación de estos derechos y afronta con garantías los posibles riesgos sobre la competencia.

Por un lado, la limitación del período de exclusividad a un máximo de tres años garantiza la existencia de competencia de forma periódica en la negociación previa a la adquisición de los derechos.

Por otro lado, la agrupación de estos derechos en paquetes permite que todas las televisiones interesadas en programar estos contenidos tengan acceso a una parte de los mismos.

En fin, se trata de una materia muy compleja que por su tratamiento reciente aún se encuentra en un proceso de consolidación doctrinal. Además, el nuevo papel que habrán de desempeñar las tecnologías de la información en la relación entre fútbol y televisión contribuirá a introducir complejidades añadidas.

BIBLIOGRAFÍA

- BAIMBRIDGE, M.; CAMERON, S., y DAWSON, P. M. (1996), «Satellite television and the demand for football: a whole new ball game?», *Scottish Journal of Political Economy*, núm. 43, pp. 317-33.
- BERENGUER, LUIS (2002), *Algunas consideraciones sobre el derecho de la competencia y la retransmisión de acontecimientos deportivos*, Conferencia en el Día de la Competencia, Madrid, 26 de febrero.
- BUCCIROSSI, P., y PEZZOLI, A. (1996), «Calcio, Diritti televisivi e concorrenza», *Concorrenza e Mercato*, núm. 4/1996.
- CAMERON, S. (1997), «Regulation of the broadcasting of sporting events», *Economic Affairs*, núm. 17, pp. 37-41.
- CASSINIS, Paolo, y FATTONI, Piero (1999), «Competition law and collective negotiation of the Broadcasting rights to sports events, The recent case of the Italian football league», *Anuario de la Competencia*, Madrid, 1999.
- DEEG, P., y RINGEL, F. (1999), Central marketing of television broadcasting rights by the German Football Association, *Communications Law*, vol. 4, núm. 2/1999.
- DOBSON, Stephen, y GODDARD, John (2001), *The Economics of Football*, Cambridge University Press.

- HAMIL, S.; MICHIE, J., y OUGHTON, C. (eds.) (1999), *The Business of Football, A Game of Two Halves*, Edinburgh, Mainstream.
- HAMIL, S.; MICHIE, J.; OUGHTON, C., y WARBY, S. (eds.) (2000), *Football in the Digital Age, Whose Game is it Anyway?*, Edinburgh, Mainstream.
- MARTÍNEZ-LAGE, Santiago (1998), «La negociación colectiva de los derechos de las transmisiones deportivas», *Gaceta Jurídica de la CE*, Madrid, noviembre.
- MOBLEY, S. (1999), *Broadcasting of sports events and competition law*, Conferencia IBC, Bruselas, octubre.
- MONOPOLIES AND MERGERS COMMISSION (1999), *British Sky Broadcasting Group PLC and Manchester United PLC: A Report on the Proposed Merger*, London, TSO, Cm 4305.
- PALOMAR, Alberto, y DESCALZO, Antonio (2001), *Los derechos de imagen en el ámbito del deporte profesional. Especial referencia al fútbol*, Dykinson.
- PONS, Jean François (1998), *The Future of Broadcasting*, Conferencia en el *Institute of Economic Affairs*, Londres, 29 de junio.
- ROBERTS, G. R. (1999), *Antitrust and Sports Broadcasting in the United States*, Conferencia IBC Sport Broadcasting and EC competition Law, Londres, octubre.
- SCHAUB, Alexander (2002), *Sports and competition, broadcasting rights of sports events*, Conferencia en el Día de la Competencia, Madrid, 26 de febrero.
- TOFT, Torben (2003), *TV Rights of Sports Events*, Conferencia en el Seminario Broadcasting Competition Law, Bruselas, 15 de enero.
- VAN MIERT, Karel (1997), «Sport et Concurrence. Développements récents et action de la Commission», *Revue du Marché Unique Européen*, 4/1997.
- VICKERS, John (2002), *Future of Broadcasting*, Conferencia en el *Institute of Economic Affairs*, Londres, 24 de junio.

CUESTIONES QUE PLANTEA LA APLICACIÓN EN ESPAÑA DE PROGRAMAS DE ARREPENTIMIENTO, EN DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Mercedes PEDRAZ

Magistrada

Sala de lo Contencioso-Administrativo
de la Audiencia Nacional

1. INTRODUCCIÓN

En el Anuario de la Competencia 2001 apareció publicado un artículo de Inmaculada SANZ titulado «Inmunidad total para la empresa que dismanteló los cárteles de vitaminas por aplicación del principio de clemencia (*Leniency*)» que llamaba la atención sobre la dificultad de descubrir y perseguir los cárteles, y las ventajas del principio de clemencia como instrumento de política económica que permite y facilita esas tareas. Meses más tarde, las XIII Jornadas del Tribunal de Defensa de la Competencia, organizadas por el Tribunal en Madrid el 7 de octubre de 2002, dedicaron una parte de las sesiones a la «aplicación de programas de arrepentimiento en defensa de la competencia». La Ponencia presentada en esas Jornadas se encuentra en el origen de este trabajo.

En los Estados Unidos de América y en la Unión Europea funcionan en estos momentos programas de “clemencia” que se aplican en la lucha contra los **cárteles**, es decir, en la persecución de acuerdos entre competidores para fijar precios, restringir el rendimiento, dividir o compartir los mercados, etc.

Estos acuerdos suponen una multiplicidad de partes, que se unen para cometer un delito o una grave infracción administrativa, quedando implicados todos en la exigencia de que la conspiración permanezca ignorada a fin de evitar las consecuencias que su descubrimiento por las autoridades encargadas de la represión del ilícito traerá. La prueba de tales acuerdos sin la “confesión” de alguno de los conspiradores no es imposible, y así nuestro sistema jurídico-constitucional permite la prueba de indicios: el derecho constitucional a la presunción de inocencia no se opone a que

la convicción judicial en un proceso se pueda formar sobre la base de una prueba indiciaria.

La cuestión es que para desvirtuar la presunción constitucional de inocencia es necesario practicar prueba de cargo. La prueba puede ser directa, es decir, que la acusación logre demostrar el hecho enjuiciado de forma directa e inmediata: documentos, testigos, etc. Un documento constata el hecho o sus circunstancias, el testigo relata el acontecimiento, la valoración de estos medios probatorios no presenta las dificultades propias de la prueba indiciaria porque la consecuencia o apreciación viene determinada sin necesidad de hacer uso de operaciones mentales complejas, es decir, por ser tarea más caracterizada por la objetividad y, por tanto, la imparcialidad.

La prueba indirecta, de indicios o de presunciones requiere que el Juez o la autoridad administrativa encargada de imponer sanciones, realice mentalmente el engarce entre el hecho base y el hecho consecuencia, y que lo lleve a cabo de modo coherente, lógico y racional. Nuestro sistema requiere que el indicio, elemento objetivo sobre el que se construye el razonamiento, esté suficientemente acreditado, y que la posterior deducción no se aparte de las reglas de valoración lógica de las consecuencias que la colectividad utiliza.

En este contexto, aparecen como evidentes las ventajas de la auto-denuncia, de la confesión de uno de los autores, con la simplificación del período de investigación, de la estructuración de la acusación y en su caso de la condena que se derivan de la misma. No cabe duda de que la colaboración con los órganos encargados de la represión de los cárteles de uno o varios de sus miembros contribuye decisivamente a la investigación de estas conductas, a su desmantelamiento y a la sanción de sus responsables. Por lo tanto, en principio, el establecimiento de unos incentivos a estos denunciantes en forma de impunidad o de reducción considerable de la sanción es ventajosa para el sistema.

Procede entrar a valorar a continuación si nuestro sistema jurídico permite la implantación de un sistema como el regulado en la Comunicación de la Comisión relativa a la dispensa del pago de las multas y la reducción de su importe en casos de cártel de 19 de febrero de 2002.

2. LA INCIDENCIA DE UN POSIBLE PROCESO PENAL

La primera cuestión que debe plantearse un operador económico comprometido en un cártel deseoso de acudir a la autoridad española de la competencia para autodenunciarse es la posibilidad de que sus directivos o responsables se vean sometidos a un procedimiento penal.

El Código Penal español tiene una Sección titulada «De los delitos relativos al mercado y a los consumidores», en la que se tipifica la actividad consistente en detraer del mercado materias primas o productos

de primera necesidad con la intención de desabastecer un sector del mismo, de forzar una alteración de precios o de perjudicar gravemente a los consumidores... o el intento de alterar los precios que resulten de la libre concurrencia de productos, mercancías, títulos valores, servicios o cualesquiera otras cosas muebles o inmuebles que sean objeto de contratación, por medio de la difusión de noticias falsas, empleo de violencia, amenaza o engaño y utilizando información privilegiada.

La empresa que denuncia una actividad que indiciariamente pudiese ser constitutiva de delito, se está autoinculcando, y será objeto de la investigación correspondiente, junto con los restantes miembros del cártel, en las personas de sus responsables, sin que en el período de instrucción su colaboración con la Fiscalía y el Juez instructor le reporte beneficios procesales o sustantivos.

La Circular 1/1989 de la Fiscalía General del Estado dictada con motivo de la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, abordando la introducción del denominado “el principio del consenso” señalaba que la reforma se hace eco de las corrientes procesales en el entorno europeo «según las que en el proceso penal, frente a las zonas de conflicto, propias de toda contienda entre partes, deben preverse zonas de consenso que eliminen conflictos innecesarios a los fines del proceso y de la función resocializadora de la pena»; por ello, el proceso penal «debe reservarse para la criminalidad grave, que es reflejo del conflicto social y debe pasar por soluciones impuestas que fijen y esclarezcan tal conflicto» mientras que para lo que denomina “criminalidad menor” deben buscarse soluciones consensuadas.

La Circular insiste en la conveniencia de la búsqueda del consenso, con base en su encaje en el ordenamiento jurídico-constitucional, porque: 1.º «la obtención del consentimiento del acusado de someterse a una sanción constituye una manifestación de la autonomía de la voluntad o ejercicio de la libertad y desarrollo de la propia personalidad, proclamada en la Constitución (art. 10.1)»; 2.º «el reconocimiento de la propia responsabilidad y la aceptación de la sanción implican una actitud socializadora que facilita la reinserción social, reclamada como fin de la pena en el art. 25.2 de la Constitución Española y que en lo posible no debe ser perturbada ni por la continuación del proceso ni por la sumisión a la “estigmatización” del juicio oral».

La utilización del consenso no se limita a los delitos menos graves, pero se insiste en el concepto de “menor trascendencia social”, de dudosa aplicación a actividades delictivas como las que son tipificadas como delitos relativos al mercado y a los consumidores.

A los efectos de este trabajo no es relevante cómo y cuándo puede producirse este consenso, pero sí adquieren gran importancia, máxime a la vista de la próxima entrada en vigor del Reglamento 1/2003, los efectos de la conformidad sobre las responsabilidades civiles, cuestión tratada como problema específico por la Circular. Es lógico prever que

una persona física busque la conformidad con la acusación para evitar la prisión o reducir la duración de ésta, pero evite conformarse con la responsabilidad civil, máxime si existen terceros (en el supuesto que nos ocupa, la empresa de la que los acusados son directivos) cuyo derecho de defensa queda afectado. Si bien, como señala la Fiscalía, en principio el deudor principal de la reparación es el responsable penal del delito causante del daño, y podría entenderse su conformidad como «una forma de allanamiento que obligaría al Juez o Tribunal a dictar sentencia en los términos de la petición de responsabilidad civil aceptada por el deudor principal», es dudoso que su aceptación vinculase a los demás responsables civiles, concluyéndose que éstos deben ser llamados a los autos.

Si el acusado no se conforma con la responsabilidad civil, el proceso debe continuar, aunque sí lo haya hecho con la responsabilidad penal, y si el acusado se conforma pero no lo hacen el responsable civil subsidiario o el asegurador voluntario, debe continuar el juicio a los efectos de debatir la responsabilidad civil subsidiaria y su alcance.

Las sucesivas reformas en materia de enjuiciamiento criminal, y especialmente la Ley 38/2002, de 24 de octubre, de reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal («sobre el procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas y de modificación del procedimiento abreviado»), y la Ley Orgánica 8/2002, de 24 de octubre, complementaria de la anterior, han supuesto una modificación del régimen de conformidad.

La reforma ha regulado de forma más detallada los efectos y límites de la conformidad, atribuyendo a la que se produce en determinadas circunstancias un efecto automático de reducción de la pena consensuada en un tercio de su extensión. El anterior “consenso” ha dado paso a la “conformidad”, y aparece la “conformidad beneficiada” para delitos que se tramiten mediante procedimiento abreviado, entre los que se encuentra vista la pena prevista en el art. 284 del Código Penal, el “intento de alterar los precios”.

La Circular 1/2003 de la Fiscalía General del Estado, al estudiar los efectos sobre la pena conformada de la ausencia de conformidad en la responsabilidad civil señala que «la no conformidad con la responsabilidad civil de algún acusado o de algún responsable civil, en los términos establecidos en los arts. 695 y 700 LECrim., obliga a frustrar este tipo de conformidad premiada y a entrar en el trámite ordinario. Es decir, el Juez de Instrucción no dictará sentencia y remitirá las actuaciones al Juez de lo Penal para la celebración de un juicio en el que —como reza el art. 695— la *«discusión y la producción de pruebas se concretarán al extremo relativo a la responsabilidad civil [...] terminado el acto el tribunal dictará sentencia»*.

Un ejemplo útil para valorar las consecuencias de estas posibles diligencias penales, así como de la conformidad, lo aporta la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal, núm. 27, de Madrid, el pasado día 31 de

enero de 2003, en aplicación del art. 793.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Se condena a una persona *«como responsable en concepto de autor de un delito de uso de información relevante del art. 285 del Código Penal, concurriendo la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal atenuante analógica del art. 21, núm. 6, en relación con el núm. 5 del mismo artículo y con el art. 66, regla cuarta, todos ellos del Código Penal, impongo al condenado la pena de multa...»*. La atenuante aplicada, análoga a *«haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima o disminuido sus efectos...»* se fundamenta en que *«antes del inicio de la investigación judicial el acusado contestó voluntariamente un cuestionario que le fue remitido por la Comisión Nacional del Mercado de Valores y aportó los documentos que ésta le solicitó. Durante la instrucción de la causa el acusado ha prestado declaración como imputado ante el Juzgado de Instrucción, en la que ha reconocido la comisión de la infracción»*.

Si bien las cuestiones penales suelen estar lejos del ánimo de los especialistas en derecho de la competencia, un asesoramiento completo a una empresa que se plantee su aproximación a las autoridades de defensa de la competencia para acogerse a un programa de “clemencia” y pactar una solución semejante a las ya en vigor en la Unión Europea y Estados Unidos, debería contemplar este ángulo, dadas las implicaciones que para sus directivos puede conllevar la calificación como delictiva de la conducta anticompetitiva.

Por otra parte, nuestro sistema jurídico permite la denuncia pública, estando prevista la personación en las diligencias penales de los perjudicados para el ejercicio de la acusación particular. En supuestos como el relativo a la manipulación de precios, la presencia en las filas de la acusación de las organizaciones de consumidores permite que en el marco de un proceso en que la Acusación Pública ha llegado a un acuerdo con el acusado-procesado solicitando la imposición de una pena mínima, la Acusación Privada mantenga una petición de condena en grado máximo condicionando los efectos de la conformidad, y llevando a que por el Juez o Tribunal sentenciador se revisen los hechos, la calificación jurídica, las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, y en definitiva la pena a imponer. Al tiempo, la responsabilidad civil, para la acusación particular, es a menudo el punto relevante, que distorsiona la negociación de una posible conformidad.

La decisión de una empresa miembro de un cártel de denunciar los acuerdos prohibidos debe, en consecuencia, adoptarse previa valoración de las posibles consecuencias penales para sus directivos y responsables, sobre la base de que el vigente sistema permite la aplicación en las circunstancias expuestas de importantes reducciones de la pena, reducciones que pueden verse afectadas por la falta de reparación económica de las consecuencias de la conducta denunciada. No hay que olvidar la fundamental ventaja que para las víctimas de una conducta anticompetitiva tiene el proceso penal frente al sancionador administrativo: en aquél, el Juez o Tribunal sentenciador puede establecer la condena al abono

de sumas por responsabilidad civil, regulada en los arts. 109 y siguientes del Código Penal: «la ejecución de un hecho descrito en la Ley como delito o falta obliga a reparar, en los términos previstos en las Leyes, los daños y perjuicios por él causados», responsabilidad cuyo pago queda asegurado, por otra parte, mediante fianza señalada por el Juez en la cuantía solicitada por las acusaciones, en el período de instrucción. El propio Código Penal establece en su art. 120 la responsabilidad civil, en defecto de los que lo sean criminalmente, de las personas jurídicas dedicadas a cualquier género de industria o comercio, por los delitos o faltas que hayan cometido sus empleados o dependientes, representantes o gestores en el desempeño de sus obligaciones o servicios.

En estas circunstancias, en vía penal la conformidad ofrece ventajas para las personas físicas, para los responsables de la empresa, quienes individualmente se beneficiarán de una posible reducción de la condena por aplicación de las previsiones legales descritas más arriba, mientras queda pendiente, para la empresa, la responsabilidad civil subsidiaria.

En este mismo marco de las consecuencias jurídico-penales de la auto-denuncia, si los hechos pudieran ser constitutivos de delito, deben valorarse igualmente las consecuencias que las conductas tengan en relación con la Hacienda Pública. La exención de responsabilidad por delito fiscal está ligada en el Código Penal, art. 305, párrafo 4.º, a la regularización de la situación tributaria, en las circunstancias previstas en dicho precepto.

3. LA INFRACCIÓN ADMINISTRATIVA

La aprobación de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, entre otras cuestiones novedosas en el procedimiento administrativo español, introdujo, en su art. 88, la terminación convencional del mismo: «1. *Las Administraciones Públicas podrán celebrar acuerdos, pactos, convenios o contratos con personas tanto de derecho público como privado, siempre que no sean contrarios al Ordenamiento Jurídico ni versen sobre materias no susceptibles de transacción y tengan por objeto satisfacer el interés público que tienen encomendado, con el alcance, efectos y régimen jurídico específico que en cada caso prevea la disposición que lo regule, pudiendo tales actos tener la consideración de finalizadores de los procedimientos administrativos o insertarse en los mismos con carácter previo, vinculante o no, a la resolución que les ponga fin.* 2. *Los citados instrumentos deberán establecer como contenido mínimo la identificación de las partes intervinientes, el ámbito personal, funcional y territorial, y el plazo de vigencia, debiendo publicarse o no según su naturaleza y las personas a las que estuvieran destinados.* 3. *Requerirán en todo caso la aprobación expresa del Consejo de Ministros, los acuerdos que versen sobre materias de la competencia directa de dicho órgano.* 4. *Los acuerdos que se suscriban no supondrán alteración de las competencias atribuidas a los órganos administrativos ni de las responsa-*

bilidades que correspondan a las autoridades y funcionarios relativas al funcionamiento de los servicios públicos».

Según la doctrina más autorizada, con este precepto se trataba de incentivar la regulación de la terminación convencional de procedimientos administrativos con un doble propósito: propiciar la participación de los ciudadanos en dichos procedimientos utilizando la técnica negocial frente al sistema tradicional de la decisión impuesta, y facilitar vías alternativas a la jurisdiccional para la resolución de los conflictos entre la Administración y los administrados.

En el Reglamento de procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, aprobado por Real Decreto 1398/1993, el art. 8 establece que *«1. Iniciado un procedimiento sancionador, si el infractor reconoce su responsabilidad, se podrá resolver el procedimiento con la imposición de la sanción que proceda. 2. Cuando la sanción tenga carácter pecuniario, el pago voluntario por el imputado, en cualquier momento anterior a la resolución, podrá implicar también la terminación del procedimiento sin perjuicio de la posibilidad de interponer recurso. 3. En los términos o períodos expresamente establecidos por las correspondientes disposiciones legales se podrán aplicar reducciones sobre el importe de la sanción propuesta, que deberán estar determinados en la notificación de la iniciación del procedimiento».*

En general, se ha entendido que la terminación convencional de los procedimientos administrativos debe situarse en el ámbito de la eficacia administrativa, de conformidad con lo previsto en el art. 103, párrafo 1, de la Constitución, destinada a la mejor y más rápida satisfacción del interés público sin quiebra del principio de legalidad. La norma que regule esta posibilidad debe atribuir la potestad a la Administración afectada para alcanzar estas soluciones, y la discrecionalidad administrativa permitir que un acuerdo con el administrado ocupe el lugar del acto administrativo. En todo caso, el pacto no puede perjudicar a terceros interesados, porque los derechos de éstos no pueden ser afectados sin su consentimiento.

La admisión por la Administración de la denuncia condicionada a la impunidad del denunciante equivaldría a una forma de transacción con este particular (administrado), que ofrece dificultades en el Derecho administrativo español. Una parte de la doctrina considera que el carácter indisponible de las potestades administrativas y la estricta sujeción de la Administración a las consecuencias del principio de legalidad, la impedirían transigir tanto respecto de las solicitudes ajustadas a Derecho como en relación con las que no lo fueren, porque en ambos casos quebrarían los principios de objetividad e igualdad que deben presidir la actuación administrativa.

Enlazando con lo anteriormente expuesto, debe recordarse que la prejudicialidad del proceso penal respecto de la acción sancionadora de la Administración está regulada en el art. 55 de la Ley de Defensa de la

Competencia: «*La instrucción de proceso penal ante los Tribunales de Justicia suspenderá la resolución del expediente administrativo que hubiera sido incoado por los mismos hechos*». Es decir: el procedimiento administrativo debe suspenderse cuando se tramite por idénticos hechos un proceso penal por exigencia del principio *non bis in idem* que determina no sólo la prohibición de sancionar doblemente (en vía penal y en vía administrativa) un mismo hecho, sino la prohibición del doble enjuiciamiento.

En consecuencia, el inicio de las actuaciones en vía administrativa, ante el Servicio de Defensa de la Competencia, seguidas posteriormente ante el Tribunal de Defensa de la Competencia en su caso, no se constituye en una barrera frente a la posible investigación y enjuiciamiento ante la jurisdicción penal de las conductas, cosa que sí ocurre cuando ésta se adelanta. El miembro del cártel que pretendiendo beneficiarse de un tratamiento clemente se dirige a las autoridades administrativas, no consigue la inmunidad penal. Como se puso de manifiesto en la mencionada Sentencia del Juzgado de lo Penal, núm. 27, su colaboración con la Administración será constitutiva de una circunstancia atenuante de la responsabilidad criminal.

Otro elemento a considerar para la aplicación de un sistema de “clemencia” en el vigente marco jurídico de defensa de la competencia es **el carácter público de la denuncia**, y que la Administración no queda limitada por el contenido de la misma ni en su aspecto objetivo ni subjetivo. El Servicio de Defensa de la Competencia, mediante la información reservada, puede completar el contenido de la denuncia, existiendo una clara diferenciación en la Ley de Defensa de la Competencia entre la denuncia y la incoación del procedimiento.

Comprobada la existencia de unos hechos constitutivos de una infracción, el Tribunal de Defensa de la Competencia dictará resolución declarando acreditada la existencia de prácticas o acuerdos prohibidos, ordenando su cese y en su caso imponiendo una sanción según los criterios establecidos en el art. 10, con un amplio margen de decisión que incluye la no-imposición de sanciones económicas. La Ley de Defensa de la Competencia permite sancionar tanto a la persona jurídica como a las personas físicas si el Tribunal considera que los representantes legales o administradores han intervenido en la adopción de los acuerdos infractores.

La existencia de dos órganos, encargados respectivamente de las funciones instructoras y las resolutorias, complica en nuestro sistema la aplicación de la “clemencia”, dado que el denunciante debe dirigirse al Servicio para iniciar el procedimiento del que su información no constituye sino un primer paso, y es al Tribunal al que corresponde imponer las sanciones.

Por último, la resolución que se dicte será susceptible de impugnación ante la jurisdicción contencioso-administrativa, que en el ejercicio de su función revisora podrá valorar la aplicación que el Tribunal de Defensa de la Competencia ha hecho de las circunstancias previstas en el art. 10 para la imposición de la sanción.

En este marco jurídico, el denunciante carece de garantías respecto a las posibles consecuencias favorables para su actuación como tal en el posterior enjuiciamiento y sanción administrativos de su participación en el cártel.

En el pasado, el Tribunal de Defensa de la Competencia ha tenido en cuenta, en alguna de sus resoluciones, como atenuante a la hora de fijar la cuantía de la multa, la colaboración de una empresa participante en la actuación que se declara contraria a la libre competencia.

El Acuerdo de 8 de julio de 1992 dictado en el expediente 294/91 iniciado por denuncia de la Asociación Nacional de Industriales Envasadores y Refinadores de Aceites comestibles contra varias empresas dedicadas a la comercialización de aceite de oliva virgen, es uno de ellos. Estas empresas, expedientadas y posteriormente sancionadas, concurrieron a varias licitaciones del SENPA y se adjudicaron distintos lotes, posteriormente cedidos a una tercera: adquirieron entre todas cantidades de aceite de oliva en cantidad superior al límite permitido, formando parte de un grupo empresarial y por ello sometidas a una voluntad única en sus relaciones mercantiles, lo que posteriormente produjo un acaparamiento del aceite de oliva en un momento en el que éste escaseaba en el mercado, y como consecuencia de este acaparamiento, una subida del precio del producto. El Acuerdo fue declarado conforme a Derecho por la Audiencia Nacional, entre otras, en la Sentencia de fecha 24 de marzo de 1997, y ésta a su vez confirmada por la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de marzo de 2002.

En esta Sentencia, el Tribunal Supremo recoge las siguientes consideraciones: *«La resolución impugnada impone la multa de 55 millones de pesetas (en la franja inferior de las posibles) en atención a cuatro de los criterios del art. 10 de la Ley 16/1989 antes reseñados, cuales son la modalidad y alcance de las restricciones de competencia, la dimensión del mercado afectado, el efecto de la conducta sobre los consumidores y la duración, “en este caso breve” de la restricción de la competencia. Utiliza, además, como factor adicional para moderar la cuantía de la sanción pecuniaria el hecho de que “... con respecto a las siete empresas del grupo de la española “FESA”, intervención que redundó en el descubrimiento de los acuerdos colusorios de las otras nueve empresas en este expediente».*

En relación con este mismo expediente y acuerdo del Tribunal de Defensa de la Competencia, se dictó la Sentencia de la Audiencia Nacional de 27 de marzo de 1996, confirmada por la del Tribunal Supremo de 15 de julio de 2002. En esta Sentencia, el fundamento jurídico octavo establece, razonando sobre la alegación de la parte recurrente (una de las empresas sancionadas) sobre la vulneración del art. 14 y del art. 24, ambos de la Constitución, por el acto administrativo y la sentencia desestimatoria de instancia, lo siguiente: *«La supuesta infracción del principio de igualdad se aduce sobre la base de que el Tribunal de Defensa de la Competencia no trató igual a las sociedades denunciadas que a las siete del Grupo F. E., quienes finalmente, también por medios ilícitos, se adju-*

dicaron el aceite subastado, pues utilizó como factor adicional para atenuar la cuantía de la sanción pecuniaria impuesta a éstas el hecho de que “su intervención (de dichas siete empresas) redundó en el descubrimiento de los acuerdos colusorios de las otras nueve empresas incurso en este expediente”.

Para que la censura pudiera tomarse en consideración la Sala de instancia debería, en primer lugar, haber apreciado que, a la recíproca, también la actuación de la recurrente redundó en el descubrimiento de las prácticas colusorias de sus competidoras. Pero como ello no es así, y el tribunal sentenciador excluyó que dicha actuación redundara en beneficio del descubrimiento y determinación de la actuación de otros expedientados (así lo hemos transcrito al final del fundamento jurídico segundo) no hay términos de comparación válidos.

Este juicio del Tribunal sentenciador sobre la incidencia de una determinada conducta en el resultado final de un expediente administrativo podrá ser más o menos criticado por la parte afectada, pero no por ello puede calificársele de contrario al art. 14 o, mucho menos, al 24, ambos de la Constitución. No hay igualdad de circunstancias cuando se trata de comparar la denuncia (inicial) con la intervención sucesiva en el curso del expediente administrativo. Si a lo largo de éste uno de los expedientados, incluso denunciado, ofrece su colaboración y testimonio decisivo para descubrir unos determinados hechos, mientras que el denunciante no adopta la misma actitud, las consecuencias de esta disparidad de conductas pueden traducirse en los efectos jurídicos pertinentes, sin que ello rompa el principio de igualdad».

La situación no es equiparable a la planteada por los programas de “arrepentimiento”, pero indudablemente constituye un precedente a tener en cuenta para valorar como puede integrarse en el vigente sistema administrativo sancionador de defensa de la competencia una colaboración susceptible de contribuir decisivamente al esclarecimiento de los hechos por parte de una de las empresas responsables de la conducta presuntamente infractora.

En la actual regulación jurídica de las conductas anticompetitivas una cuestión ofrece especiales dificultades: la indemnización por daños y perjuicios como consecuencia de las mismas, cuya cuantía, obligación de pago, beneficiarios, etc., exigen una declaración que hasta la fecha no puede ser realizada por la autoridad administrativa de Defensa de la Competencia. Como señalaba Inmaculada SANZ en el artículo citado al principio, esta cuestión no está resuelta en la Comunicación de la Comisión de 2002, y el pacto con las autoridades competentes en los programas de “arrepentimiento” no garantiza a la empresa colaboradora una rebaja de sus responsabilidades civiles como no la garantiza en el proceso penal. Es más, en algunas circunstancias, la previa indemnización a los perjudicados se constituye en condición indispensable para obtener la “clemencia”.

Una solución como la norteamericana, en la que se establece por las autoridades *antitrust* una indemnización por daños y perjuicios dentro

del sistema de clemencia tiene un encaje muy difícil en el sistema jurídico español; una dificultad añadida proviene del hecho de que las relaciones entre la empresa denunciante y la Administración, a fin de ser realmente eficaces en la persecución y desmantelamiento del cártel, se caracterizan por el secreto y la falta de participación de terceros interesados.

4. CONCLUSIÓN

De las consideraciones expuestas hasta ahora pueden extraerse algunas consecuencias: la introducción de una reforma legislativa para establecer un sistema de "clemencia" para los denunciantes de un cártel debe abordarse con un enfoque amplio. Son varias las cuestiones a tener en cuenta, entre otras:

1.º La regulación de las consecuencias eximentes de la responsabilidad del colaborador con las autoridades de defensa de la competencia, tanto en el ámbito del ilícito penal como de las infracciones administrativas.

2.º La previsión de tratamiento sancionador favorable en caso de que los hechos pudieran ser acreedores a sanciones por otros ilícitos penales o administrativos, concretamente para el supuesto de los ilícitos tributarios.

3.º La delimitación clara de las consecuencias en el ámbito de responsabilidad de la persona jurídica y la de las personas de sus directivos o administradores.

4.º La determinación de la autoridad o autoridades competentes, y especialmente la coordinación entre la fiscalía y las autoridades de defensa de la competencia.

5.º La previsión del alcance del programa en materia de responsabilidad civil.

Como los estudiosos en la materia han señalado ya, el sistema en todo caso deberá caracterizarse por su claridad (las consecuencias favorables de la denuncia deben estar **claras**) y certeza (las consecuencias favorables de la denuncia deben estar **aseguradas**).

LA CADUCIDAD DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO EN MATERIA DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Juan Manuel FERNÁNDEZ LÓPEZ

Magistrado. Ex Vicepresidente del Tribunal de Defensa de la Competencia

Jesús RUBÍ NAVARRETE

Subdirector General APD. Ex Vocal del Tribunal de Defensa de la Competencia

El Instituto de la caducidad, tan alabado por unos como denostado por otros, viene, en definitiva, a constituir una garantía de seguridad jurídica para aquellos que se encuentren inmersos en cualquier tipo de procedimiento. En Derecho administrativo la caducidad del procedimiento enlaza directamente con los principios de celeridad y eficacia que deben imperar en toda actividad administrativa. En el supuesto más específico de un procedimiento administrativo sancionador, las garantías que deben establecerse para el ejercicio de la potestad sancionadora y el procedimiento que la regula adquieren especial relevancia por las consecuencias adversas que pueden derivarse para aquél contra el que se dirige el procedimiento; por ello entroncan directamente con las garantías exigidas para el procedimiento penal: separación de los órganos instructor y decisorio, tipificación previa de las conductas que se consideran infractoras, presunción de inocencia, irretroactividad, establecimiento de plazos de prescripción proporcionados a la gravedad de las conductas que se consideran prohibidas a contar desde la fecha de comisión del hecho, etc. También la caducidad del procedimiento, que viene a exigir la rápida tramitación del mismo y su resolución sin causar más perjuicios ni incertidumbres de los estrictamente necesarios. Es cierto que el procedimiento caducado al haberse sobrepasado el plazo establecido para su resolución podrá iniciarse de nuevo, pero ello sólo será posible, siempre y cuando no se haya sobrepasado el plazo de prescripción de la infracción, ya que en todo caso tiene en ésta su límite.

1. NATURALEZA DEL PROCEDIMIENTO SEGUIDO ANTE LOS ÓRGANOS ADMINISTRATIVOS DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Una primera consideración que cabe hacer del procedimiento administrativo en materia de Defensa de la Competencia que instruye el Servicio de Defensa de la Competencia (SDC) y resuelve el Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC), parece decantarse por su naturaleza de procedimiento administrativo sancionador, toda vez que las conductas prohibidas por la Ley de Defensa de la Competencia (LDC) vienen tipificadas en sus arts. 1, 6 y 7 y facultado el TDC para su sanción con resultados económicos de importante cuantía, ya que pueden alcanzar la cifra de casi un millón de euros, e incluso verse esta cantidad incrementada hasta el 10 por 100 del volumen de ventas de la empresa sancionada en el ejercicio inmediato anterior a la Resolución del TDC, tal y como posibilita el art. 10 LDC.

También puede llegarse a tal conclusión del etiquetado que al art. 37 LDC se hace: «Instrucción del Expediente Sancionador».

No obstante esta primera impresión, un examen más detallado de las acciones que se propician en la LDC y su respuesta en la Resolución que finalmente se dicte, ponen de manifiesto que, en cualquier caso, no estamos en presencia de un procedimiento sancionador únicamente.

En efecto, el art. 13 LDC señala que con carácter previo a poder ejercitar ante la jurisdicción la acción de resarcimiento de daños y perjuicios por los que se consideren perjudicados, deberá contarse con resolución firme que declare la ilicitud de los actos prohibidos. Esta previsión también la contempla el art. 46 LDC al referirse al contenido de las Resoluciones del TDC, junto con otras también declaraciones: de existencia de abuso de posición de dominio, el no resultar acreditada la existencia de prácticas prohibidas y la autorización de acuerdos o prácticas excepcionales. Pero, además, las Resoluciones del TDC podrán contener órdenes de cesación de las prácticas prohibidas dentro de un plazo que al efecto señale el propio Tribunal, la imposición de condiciones u obligaciones determinadas, la orden de remisión de los efectos de las prácticas prohibidas contrarias al interés público, la calificación de práctica autorizada y, en fin, la imposición de multas.

De ello se infiere que las acciones que posibilita la LDC no son sólo sancionadoras, sino también declarativas. En definitiva, se trata de un procedimiento singular que regula la propia LDC, que además lo hace de forma detallada tanto en su tramitación por el SDC como ante el TDC, pudiendo predicarse de la misma que se trata de un texto normativo completo en cuanto que comprende tanto el Derecho sustantivo como el procesal sobre la materia¹.

¹ Ver, entre otras, la Resolución del TDC de 9 de diciembre de 1997, Interflora, FJ 2.º, y la de 31 de marzo de 1998, Arquitectos Canarios, FJ 1.º

De otro lado, el régimen de medidas cautelares que se contiene en la propia LDC² prevé no sólo las medidas asegurativas de la Resolución principal, sino también medidas anticipativas, como son las órdenes de cesación o de imposición de condiciones determinadas para evitar el daño que pudieran causar las conductas³, que no prevén o garantizan ningún tipo de sanción.

También se constata que a diferencia del procedimiento administrativo sancionador, que regula con carácter general el Real Decreto 1398/1993, por el que se aprueba el Reglamento para el ejercicio de la potestad sancionadora, que se iniciará siempre de oficio⁴ el procedimiento singular que disciplina la LDC, además se inicia a instancia de parte interesada⁵.

2. LA CADUCIDAD ANTES DE LA REFORMA DE LDC POR LEY 52/1999, DE 28 DE DICIEMBRE

Como se señala más arriba, la LDC es una ley especial que viene a dar cabida a la legislación española en materia de defensa de la competencia, estableciendo, en primer lugar, qué conductas se consideran prohibidas y cuáles autorizadas por la ley en paralelismo casi literal, en cuanto a las primeras de las señaladas como tales por el Tratado de Roma, con la excepción de la consideración de abuso de posición de dominio que establece la Ley española respecto de los abusos de dependencia económica tras la reforma de la LDC por la Ley 66/1997.

También la propia LDC establece su propio régimen procesal respecto de los procedimientos administrativos cuya instrucción se encomienda al SDC y su resolución, y, en su caso, propuesta al TDC. En no lo previsto expresamente en aquella Ley especial o en las Disposiciones reglamentarias que se dicten en su ejecución regirán con carácter supletorio los preceptos de la Ley de Procedimiento Administrativo⁶.

La LDC no establecía plazo alguno ni para la instrucción de los expedientes por el SDC ni para su tramitación y resolución por el TDC. De otro lado, mientras estuvo vigente la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, toda vez que en la misma el exceso en el plazo en la tramitación de los expedientes administrativos no acarrea la sanción de caducidad no se planteaban problemas a este respecto que pudieran determinar la caducidad del procedimiento, y ello a pesar de que en algunos supuestos la tramitación sobre todo ante el SDC, llegase a alcanzar espacios de tiempo verdaderamente alarmantes por su extensión a lo largo de varios años.

² Art. 45 LDC.

³ Art. 45.1.a) LDC.

⁴ Art. 11.1 LDC.

⁵ Art. 36.1 LDC.

⁶ Art. 50 LDC.

Los problemas van a comenzar a producirse a partir de la entrada en vigor de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común⁷, que va a sustituir y derogar a la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958. Por ello, la remisión a la norma supletoria que contiene el art. 50 LDC deberá entenderse ahora hecha, en principio, a la nueva Ley 30/1992, en donde no se excepciona de su regulación general el procedimiento administrativo de la LDC, como, en cambio, se hace con otros en sus Disposiciones Adicionales. La aprobación del Reglamento de Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora⁸ va a completar una nueva regulación procesal, respecto del procedimiento administrativo sancionador, que entrará en conflicto con la especial, incompleta y no excepcionada regulación procesal de la LDC, en materia de caducidad del procedimiento.

A. RÉGIMEN DE CADUCIDAD DE LA LEY 30/1992

La nueva Ley tiene como primera vocación el establecer un sistema procesal común para todos los procedimientos administrativos, y acabar con la excesiva variedad de éstos, que, en la mayoría de los casos, han ido instaurando las diversas Leyes sin mayor justificación, padeciendo que responden más bien al simple capricho del Legislador de turno, por lo que se venían causando graves problemas a los administrados que se enfrentaban en los diversos ámbitos de la Administración con una maraña de legislación procesal que dificultaba la defensa de sus legítimos intereses ante una Administración que más que a su servicio parecía estar para sorprenderle. Por otro lado, en los distintos departamentos administrativos se acumulaban un creciente número de expedientes que en muchos supuestos se resolvían por el llamado silencio negativo, sin dar una respuesta motivada a las pretensiones de los administrados.

Por todo ello, la Ley 30/1992 establece un procedimiento administrativo común sencillo, ágil y rápido en su tramitación, sin prescindir por ello de las debidas garantías que muy por el contrario refuerza.

Una de las formas que la Ley viene a establecer como de terminación del procedimiento es la declaración de caducidad⁹. Respecto de la caducidad, la nueva Ley señala que procederá su declaración en el caso de *procedimientos iniciados a solicitud del interesado*, si se produce paralización imputable al mismo y previa advertencia por la Administración de que se producirá la caducidad transcurridos tres meses más de inactividad¹⁰. No obstante lo anterior, no podrá acordarse la caducidad por la simple inactividad del interesado en el cumplimiento de trámites que

⁷ BOE, núm. 285, de 27 de noviembre de 1992.

⁸ Real Decreto 1318/1993, de 4 de agosto de 1993, BOE, núm. 189, de 9 de agosto de 1993.

⁹ Art. 87 LDC.

¹⁰ Art. 92.1 LDC.

no sean indispensables para dictar resolución ¹¹. A continuación se señala que la caducidad no producirá la prescripción de las acciones del particular o de la Administración, si bien los procedimientos caducados no interrumpirán el plazo de prescripción ¹². Finalmente, la regulación de la caducidad termina con una norma de gran indeterminación por la que se establece que *«podrá no ser aplicable la caducidad en el supuesto de que la cuestión suscitada afecte al interés general, o fuera conveniente sustanciarla para su definición y esclarecimiento»* ¹³. Posibilidad y conveniencia cuya determinación parece ser quedan a criterio de la Administración.

Para el supuesto de procedimientos iniciados de oficio, «no susceptibles de producir efectos favorables para los ciudadanos», se entenderán caducados y se procederá a su archivo en el plazo de treinta días contados desde el vencimiento del plazo en que debió ser dictada la Resolución, a solicitud de cualquier interesado o incluso de oficio. Se exceptúa el supuesto en el que el procedimiento se hubiera paralizado por causa imputable al interesado, en que se interrumpirá el cómputo del plazo para resolver ¹⁴.

Como puede apreciarse del tenor literal de la norma, para que proceda la consideración de la caducidad del procedimiento se viene a exigir la concurrencia de una doble condición en éste. En primer lugar, que se trata de procedimientos iniciados de oficio, y en segundo lugar, que éstos no sean susceptibles de producir efectos favorables para los ciudadanos. Nótese que esta última referencia viene hecha a los ciudadanos en general y no limitada a los interesados en el procedimiento.

Hasta aquí hemos realizado un somero análisis del régimen general de la caducidad que establece la Ley 30/1992, y que debemos completar, aunque también sea con una simple referencia para establecer el marco legislativo, a la que norma el Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora.

B. RÉGIMEN DE CADUCIDAD QUE ESTABLECE EL REGLAMENTO PARA LOS PROCEDIMIENTOS SANCIONADORES

Mediante Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, se aprueba el Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora. Así viene a cumplirse con una de las previsiones contenidas en la Disposición Adicional tercera de la Ley 30/1992, respecto a que reglamentariamente se lleve a efecto la adecuación a aquella de las normas reguladoras de los distintos procedimientos administrativos con específica mención de los efectos estimatorios o desestimatorios que la falta de expresa resolución produzca.

¹¹ Art. 92.2 LDC.

¹² Art. 92.3 LDC.

¹³ Art. 92.4 LDC.

¹⁴ Art. 43.4 LDC.

Como señala el Preámbulo del RD, en el ámbito de los procedimientos en el ejercicio de la potestad sancionadora, la adecuación tiene características especiales, consecuencia de su objeto. Toda vez que, además, la Ley 30/1992 sólo incluye los principios que deben de informar los procedimientos concretos, pero no una regulación por trámites del procedimiento sancionador, es preciso desarrollarlo, lo que viene a hacerse mediante la configuración de un procedimiento general en la materia que disciplina el Reglamento que aprueba el RD.

Por lo que respecta a la caducidad, el Reglamento contiene algunas previsiones. Así, señala que de no haber recaído resolución transcurridos seis meses desde la iniciación del procedimiento, teniendo en cuenta las posibles interrupciones imputables a los interesados, o por seguirse procedimiento por los mismos hechos ante los órganos comunitarios, o por perseguirse aquéllos en vía jurisdiccional penal, se comenzará a contar el plazo de treinta días a que se refiere el art. 43.4 de la Ley 30/1992, procediendo a declarar la caducidad, transcurrido dicho plazo sin resolver¹⁵. Toda vez que *los procedimientos sancionadores se inician siempre de oficio, según señala el propio Reglamento*, por acuerdo del órgano competente, bien por propia iniciativa o como consecuencia de orden superior, petición razonada de otros órganos, o denuncia, no parece, por tanto, que sean aplicables a estos procedimientos las previsiones del art. 92 de la Ley 30/1992, antes analizadas, ya que las mismas se refieren a los procedimientos iniciados a solicitud del interesado, supuesto éste que no parece posible para los procedimientos sancionadores, dada la concreción del art. 20.6 del Reglamento respecto a que su inicio se producirá siempre de oficio.

Finalmente, hay que hacer mención del régimen transitorio establecido en el Reglamento. Señala el RD que los procedimientos sancionadores en el ámbito de aplicación del Reglamento que aprueba, iniciados con anterioridad a su entrada en vigor, se resolverán conforme a la normativa anterior¹⁶. Pero también señala que aquellos procedimientos ya iniciados deberán resolverse en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor del Reglamento¹⁷, entendiéndose caducado en el transcurso de treinta días desde el vencimiento de los seis meses sin haberse dictado resolución¹⁸.

¹⁵ Art. 20.6 Reglamento.

¹⁶ Disposición Transitoria única, 1, RD 1398/1993.

¹⁷ El Reglamento entró en vigor el 10 de agosto de 1993, según se desprende de su Disposición Final única.

¹⁸ Disposición Transitoria única, 3, RD 1398/1993.

3. CRITERIOS ESTABLECIDOS POR EL TDC Y LA AUDIENCIA NACIONAL RESPECTO DE LA CADUCIDAD DEL PROCEDIMIENTO HASTA LA REFORMA DE LA LDC EN QUE SE ESTABLECEN PLAZOS PARA LA TRAMITACIÓN DE ESTOS PROCEDIMIENTOS

Tanto el TDC como la Audiencia Nacional con ocasión de revisar las Resoluciones de aquél en vía jurisdiccional, han debido de resolver diversas cuestiones sobre la solicitud de declaración de caducidad del procedimiento durante los distintos períodos que median desde la entrada en vigor de la Ley 30/1992, la posterior del Reglamento para el ejercicio de la potestad sancionadora aprobado por Decreto 1398/1993, hasta la reforma de la LDC por la que se establecen plazos de caducidad, tanto para la tramitación del procedimiento ante el SDC como por la siguiente ante el TDC.

Recordemos que, conforme se dice más arriba, el TDC venía manteniendo la especialidad de la LDC, como reguladora completa tanto en los aspectos sustantivos como procesales, del Derecho español sobre defensa de la competencia.

Analizamos a continuación algunos de las más significativas Resoluciones del TDC y de las Sentencias de la Audiencia Nacional que abordan el tema de la caducidad del procedimiento.

A. CRITERIOS ESTABLECIDOS POR EL TDC EN SUS RESOLUCIONES

El TDC en su Resolución de fecha 23 de abril de 1996¹⁹ se pronunció respecto de las siguientes alegaciones de la recurrente:

1. Derogación del art. 47 de la LDC por la Ley 30/1992, por lo que, a juicio de la recurrente, la resolución corresponde al superior jerárquico de la Administración actuante.

2. Subsidiariamente, entiende que el recurso podía ser resuelto por el TDC, en cuyo caso, a juicio de la recurrente, se ha producido caducidad del expediente por aplicación de lo establecido en la Disposición Transitoria única del Real Decreto 1383/1993, esto es, por el transcurso de treinta días, desde el vencimiento del plazo de seis meses, sin haberse dictado resolución.

Respecto de la derogación del art. 47 LDC, si bien en las alegaciones últimas no se mantiene la pretensión, el TDC expresamente se manifiesta sobre *«la vigencia del indicado precepto como en general de toda la LDC que es norma principal, tanto sustantiva como procesal, de los asuntos encomendados por el Legislador a conocimiento de este Tribunal»*²⁰. A con-

¹⁹ Expte. R. 150/96, Grúas País Vasco.

²⁰ FJ 1.º

tinuación, el TDC recuerda que se trata de un singular procedimiento tramitado en dos niveles: instrucción por el SDC y resolución por el TDC. El procedimiento ante el SDC, se puntualiza, incluye la instrucción de una información reservada en su caso, la incoación del expediente, la publicación de una sucinta nota en el BOE, el establecimiento de un pliego de concreción de hechos, su notificación a los presuntos infractores para alegaciones y proposición de prueba, la valoración de las pruebas y la redacción del informe que se eleva al TDC²¹.

Llegado el expediente al TDC, éste debe resolver sobre su admisión en el plazo de cinco días, poniendo, en tal caso, el expediente de manifiesto a los interesados y concediéndoles un período de quince días para proposición de prueba y solicitud de vista; sobre la pertinencia de las pruebas el TDC ha de resolver en el plazo de diez días, pasando, por fin, a la fase final de vista o de conclusiones, salvo que hubiese que acordarse diligencias para mejor proveer o de aplazarse la resolución por concurrencia con procedimiento en órganos comunitarios europeos²².

Después de resaltar todas estas especificidades del procedimiento se termina reafirmando la vigencia del art. 47 LDC y la competencia del TDC para resolver el recurso y no por el superior jerárquico del director del SDC.

Respecto de la alegación de caducidad, el TDC rechaza ésta en base a las siguientes argumentaciones:

1. El expediente se inició por providencia de fecha 27 de enero de 1993 dictada por el Director General de Defensa de la Competencia, esto es, antes de la entrada en vigor de la Ley 30/1992. Como ya ha señalado el Tribunal (Exptes. 337/93, 344/94 y 376/96) la Ley 30/1992 no resulta aplicable, en cualquier caso, a los procedimientos iniciales antes de la entrada en vigor de la citada Ley.

2. El régimen transitorio que establece el RD 1398/1993, por el que se aprueba el Reglamento de Procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora se refiere al tiempo de media desde la entrada en vigor de la Ley 30/1992 y el del citado Reglamento. Así, señala en su Disposición Transitoria Única: «*Los procedimientos sancionadores incluidos en el ámbito de aplicación del Reglamento que se aprueban por el presente R. D. iniciados con anterioridad a su entrada en vigor...*». Se refiere sin lugar a dudas a la entrada en vigor del Reglamento. Pero este régimen transitorio para el que se establece plazo de caducidad en el número dos de la misma Transitoria no podrá alcanzar a los procedimientos iniciados con anterioridad a la vigencia de la Ley 30/1992, de la que aquél es Reglamento, y que al no serles de aplicación la Ley, tampoco los alcanzará su Reglamento.

3. Los diversos trámites, ante los órganos sucesivos, del procedimiento de la LDC haría absurda la aplicación del plazo de seis meses que señala

²¹ Arts. 36 y 37 LDC.

²² Arts. 39 a 44 LDC.

la Disposición Transitoria e incluso el que marca el art. 20.6 del Reglamento, «*lo que es una prueba más de la inaplicabilidad de aquella norma cuyo apoyo objetivo no es otro que el establecer el procedimiento para las actuaciones generales de la Administración en el ámbito sancionador, pero no los de un procedimiento especial regulado por una Ley específica que se ha desarrollado en varios aspectos por diversos Reglamentos...*»²³.

4. Además, recuerda el TDC, la Ley 30/1992 en su art. 92.4 declara no ser aplicable la caducidad en el supuesto de que la cuestión suscitada afecte al interés general, interés defendido por la LDC, según señala la Exposición de Motivos.

En definitiva, el TDC concreta en este caso su rechazo a la caducidad del procedimiento, por no resultar aplicable a los procedimientos iniciales antes de la vigencia de la Ley 30/1992, el plazo de caducidad que la Transitoria del Reglamento de aquella Ley señala; porque la LDC supone una norma reguladora completa y los plazos de tramitación que la misma establece resultarían imposibles de llevarse a cabo en el plazo de seis meses y porque, además, según señala la propia Ley 30/1992, no es aplicable la caducidad en el supuesto que resulte afectado el interés general como en el supuesto de defensa de la competencia.

5. Resolución de fecha 9 de diciembre de 1997²⁴. En el supuesto que da lugar a la Resolución del TDC se había solicitado por la recurrente la caducidad del expediente toda vez que, en su opinión, el mismo se inicia de oficio por cuanto que los arts. 68 y 69 de la Ley 30/1992 y 11.1 del Real Decreto 1338/1993 establecen que todo expediente sancionador se inicia de oficio, habiendo transcurrido más de diez meses sin haber recaído resolución, sin que se hubiese paralizado por causa imputable a la recurrente. En definitiva, ha transcurrido con creces el plazo de treinta días desde que se debía haber dictado la resolución del expediente sancionador.

El TDC rechaza las anteriores argumentaciones y en definitiva la caducidad con apoyo en base a los siguientes criterios:

1. La LDC es una Ley especial que en su art. 50 señala la supletoriedad de la Ley de Procedimiento Administrativo, señalando la Ley 30/1992 en el apartado 3 de su Disposición Derogatoria que «*se declaran expresamente en vigor las normas, cualquiera que sea su rango, que regulen los procedimientos de las Administraciones Públicas en lo que no contradigan o se opongan a lo dispuesto en la presente Ley*». Así, se dice, la LDC sigue en vigor en sus aspectos procedimentales en todo lo que no se oponga a la Ley 30/1992, siendo ésta supletoria de aquélla.

2. Por lo que respecta a la iniciación del procedimiento, se destaca que la LDC establece que el mismo se inicia de oficio o a instancia de parte interesada²⁵. El Real Decreto 1398/1993, que aprueba el Regla-

²³ FJ 3.º, párrafo 4.º

²⁴ Expte. R. 257/97, I, Interflora 2.

²⁵ Art. 36.1 LDC.

mento para el ejercicio de la potestad sancionadora²⁶, señala que los procedimientos sancionadores se iniciarán siempre de oficio, sin que puedan estos criterios derogar las modalidades que establece el TDC.

3. En el caso del expediente a que se contrae la Resolución, ha sido iniciado por medio de denuncia y al tener el denunciante interés legítimo, se le ha considerado parte interesada en el expediente, que, además, es susceptible de producir efectos favorables para los ciudadanos interesados, por lo que no le es de aplicación el art. 43.4 de la Ley 30/1992, que se contrae al supuesto de que los procedimientos iniciados de oficio no son susceptibles de producir efectos favorables para los ciudadanos interesados.

4. A mayor abundamiento se señala que, incluso en aquellos supuestos en que la Ley 30/1992 prevé expresamente la caducidad por inactividad del interesado, establece que la misma no juega cuando existe simultáneamente un interés público a proteger²⁷, como ocurre en los procedimientos de Defensa de la Competencia, cuyo objetivo es garantizar la existencia de una competencia suficiente y protegerla frente a todo ataque contrario al interés público.

5. Los plazos de tramitación que establece la LDC hacen absurda la terminación del procedimiento en seis meses, como ya tiene declarado el TDC, siendo en realidad estos plazos los que constituyen un equilibrio de garantías para las partes en el litigio, debiendo cumplirse e impidiendo ello la terminación del procedimiento en seis meses.

La doctrina administrativa ha criticado esta Resolución del TDC al entender que no se aprecia la caducidad del procedimiento sancionador por cuanto su terminación podía producir efectos favorables al denunciante, cuando debió elegirse, en un caso como el presente de pluralidad de interesados, el criterio del interesado principal, que es el infractor²⁸. A pesar de este criterio no deben olvidarse, en cualquier caso, el resto de argumentos explicitados por el TDC en su Resolución, que, según hemos visto, abarcan un mayor número de motivaciones para rechazar la caducidad del procedimiento.

En su Resolución de 31 de marzo de 1998²⁹, el TDC es más explícito y extensivo en explicar la doctrina que ya venía manteniendo respecto de la caducidad:

1. Reitera su doctrina respecto de que la LDC es una ley especial y un conjunto normativo completo en cuanto comprende tanto el Derecho sustantivo como procesal de la materia. Así, la previsión especial de inicio del procedimiento tanto de oficio como a instancia de parte interesada³⁰, a diferencia de los procedimientos sancionadores que regulan con carácter

²⁶ Art. 11.1.

²⁷ Art. 92.4 de la Ley 30/1992.

²⁸ Ver Rafael CABALLERO SÁNCHEZ, *Prescripción y caducidad en el Procedimiento Administrativo*, Madrid, McGraw-Hill, 1999, p. 417.

²⁹ Expte. 403/97, Arquitectos Canarias.

³⁰ Expte. 403/97, Arquitectos Canarias.

general el Real Decreto 1398/1993, que sólo establece su inicio de oficio ³¹: *«La particularidad de la Ley se explica aquí en la iniciación del procedimiento, no en virtud de simple denuncia de cualquiera, sino de parte interesada, lo que guarda coherencia con la doble acción declarativa y sancionadora que la misma posibilita, que establecen los arts. 13 y 46 de la misma Ley y ello a pesar de que el art. 37 LDC califique el procedimiento de sancionador, como argumenta el Colegio de Arquitectos de Canarias. Pero se olvida de que la rúbrica del título y del capítulo en que dicho precepto se imbrica van mucho más allá, según se deduce de su propia literalidad»*. Todo ello, continúa en su razonamiento el TDC, es congruente con el contenido que pueden tener las resoluciones, que en algunos casos es sancionador y en otros no. Así, entre estos últimos: la declaración de acuerdos o prácticas prohibidas (art. 46.1), la imposición de condiciones u obligaciones determinadas [art. 46.2.b)] que incluso pueden generar derechos. También, del régimen completo y especial de medidas cautelares que establece la LDC, se extrae la misma conclusión de que el procedimiento no es meramente sancionador, pues se contemplan no sólo medidas asegurativas de la resolución principal, sino también anticipativas, como son las órdenes de cesación o de imposición de condiciones determinadas para evitar el daño que pudieran causar las conductas ³² o la fijación de fianza para responder de la indemnización de daños y perjuicios ³³.

2. El TDC llega a plantearse la posibilidad de que toda vez que la LDC no establece regulación alguna de la caducidad, podría tener que aplicarse supletoriamente la Ley 30/1992 y el Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, y así considerar producida la caducidad en el plazo de treinta días siguientes al de seis meses. El Tribunal, con base en la STC 149/1991, que establece que las Leyes no pueden interpretarse de forma que conduzcan a resultados absurdos, analiza uno a uno los trámites y plazos mínimos que deben respetarse en el procedimiento seguido primero ante el SDC y después ante el TDC, constatando así la imposibilidad de dar cabida a todos éstos en el plazo total marcado por el Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora. Concluye, después de este análisis, señalando que *«al no establecerse en la LDC plazo de caducidad acorde con su sistema procesal especial y singular, es evidente que no resulta aplicable plazo alguno de caducidad»* ³⁴.

B. DOCTRINA ESTABLECIDA POR LA AUDIENCIA NACIONAL EN SUS SENTENCIAS

La Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, Sección Sexta, tuvo ocasión de revisar en vía jurisdiccional la anterior

³¹ Art. 11 LDC.

³² Art. 45.1.a) LDC.

³³ Art. 45.1.b) LDC.

³⁴ FJ 5.º

Resolución que confirma por su SAN de fecha 28 de enero de 2002. Respecto de la caducidad, la Sección se pronunció de forma concisa y contundente: *«Reiteradísimas veces hemos declarado —y así se recoge expresamente en la Resolución impugnada— que los plazos de caducidad contenidos en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, no son aplicables en la materia que nos ocupa por dos razones: nos encontramos ante una Ley especial con un procedimiento propio, y tal procedimiento es imposible aplicarlo —dados los plazos establecidos— en la Ley general para la tramitación de expedientes»*³⁵.

Además de la anterior SAN, también en el año 2002 ha dictado diversas Sentencias el citado órgano jurisdiccional en las que aborda el tema de la caducidad en el procedimiento administrativo de Defensa de la Competencia.

En todos ellos, confirma las Resoluciones del TDC, en las que se rechaza la alegación de parte de la caducidad por semejantes motivos a los hasta ahora expuestos, con algunas matizaciones, ya que cada Sentencia se apoya en alguno de ellos como más relevantes.

Así, la SAN de fecha 29 de abril de 2002 que confirma en todos sus términos la Resolución del TDC³⁶, rechaza la alegación de caducidad del procedimiento por los siguientes motivos³⁷:

1. No resultan de aplicación a este procedimiento especial los plazos que con carácter general establece la Ley 30/1992, pues basta un examen de los plazos establecidos en aquella Ley para comprobar la imposibilidad de ajustarlos dentro del término que para la tramitación del procedimiento establece esta última.

2. Aun habiendo excedido los plazos máximos señalados en la LDC y treinta días más, existía en el caso examinado un claro interés público que no puede verse afectado por la caducidad, al menos en la declaración de ser la conducta contraria a la LDC.

3. La sanción impuesta no resulta anulable por aplicación del art. 63.3 de la Ley 30/1992 por el simple hecho de que el expediente haya excedido los plazos de tramitación, ya que el efecto de la caducidad es el archivo de las actuaciones antes de dictar la Resolución de fondo, con posibilidad de reiniciar otro expediente con el mismo objeto antes de que se haya producido la prescripción, pero no arrastra a la anulación la resolución recaída fuera de plazo.

Otra SAN, de fecha 20 de mayo de 2002, que también confirma la Resolución dictada por el TDC, en este caso, de fecha 3 de junio de 1997, analiza el tema de la caducidad aunque de una forma más breve, pero con igual contundencia a la hora de rechazar la alegación de caducidad del procedimiento³⁸.

³⁵ FJ 2.º, último párrafo.

³⁶ Expte. 449/99, de fecha 3 de diciembre de 1999.

³⁷ FJ 4.º

³⁸ FJ 3.º

Respecto de la caducidad del expediente alegado, por aplicación de la Ley 30/1992, se señala que la misma entró en vigor el 27 de febrero siguiente, y el expediente examinado se inicia el 1 de abril de 1992, luego es evidente que su desarrollo se rige por la anterior Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, en la cual el exceso en el plazo en la tramitación de los expedientes administrativos no acarrea la sanción de caducidad. Excluida la caducidad tampoco se aprecia un exceso del tiempo caprichoso o injustificado en la tramitación, ya que la duración se justifica en la complejidad del expediente.

Finalmente, la SAN de fecha 4 de julio de 2002 también confirma la Resolución del TDC de fecha 15 de abril de 1999, analizando, en primer término, la caducidad alegada por la recurrente³⁹, con los siguientes razonamientos:

1. La aplicación supletoria de la Ley 30/1992 lo es respecto de aquellos aspectos compatibles con la naturaleza de los procedimientos seguidos ante el TDC, y la propia Ley 30/1992 excluye en su art. 92.4 la aplicación de la caducidad cuando se encuentre implicado el interés público, como acontece en los expedientes seguidos en defensa de la competencia, en los que, junto a la potestad sancionadora, existe un claro interés público tutelado.

2. De otra parte, basta un examen de los plazos establecidos en la LDC para comprender que es imposible la tramitación con el tiempo señalado con carácter general para los expedientes sancionadores, lo que hace imposible la aplicación del plazo.

3. Pero aun habiendo excedido los plazos máximos señalados por la LDC, existe un claro interés público que no puede verse afectado por la caducidad, al menos en la declaración de ser la conducta contraria a la LDC.

4. Por último, y lo que es más importante, el efecto de la caducidad no es la anulación del acto dictado en el expediente caducado, sino su archivo y el inicio de un nuevo expediente mientras no haya operado la prescripción.

En definitiva, podemos concluir afirmando que son unánimes tanto el TDC como la AN en el rechazo de la caducidad por aplicación de la LDC que ambos órganos admiten como reguladora del procedimiento singular seguido en materia de defensa de la competencia y cuyos diversos términos procesales imposibilitan aplicar aquel plazo que para la tramitación con consecuencias de caducidad señalan la Ley 30/1992 y el Reglamento del procedimiento sancionador por excederles, porque además está implicado el interés público que dicha legislación sobre competencia defiende, y circunstancialmente también señalan otros motivos de oportunidad en supuestos en que, en los casos concretos, no resultara aplicable la Ley 30/1992, teniendo en cuenta la fecha de inicio del expediente y la entrada en vigor de ésta.

³⁹ FJ 4.º

En todo caso, se hecha de menos el que el legislador no hubiese sido más diligente en el establecimiento de un plazo de caducidad adecuado a los expedientes especiales tramitados en defensa de la competencia como finalmente hace de forma tardía mediante la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, por la que añade un nuevo art. 56 a la LDC, en donde se marcan plazos para la tramitación del expediente tanto ante el SDC como ante el TDC. Unos plazos adecuados de caducidad eran necesarios, ya que no puede olvidarse que viene así a dotarse de mayor seguridad jurídica al que se encuentra inmerso en estos procedimientos al exigirse una mayor celeridad en la tramitación y eficacia en la actividad administrativa, sin olvidar la influencia que además tiene la caducidad en la prescripción, pues el procedimiento caducado no interrumpe ésta.

4. LA CADUCIDAD TRAS LA REFORMA DE LA LDC POR LA LEY 53/1999, DE 28 DE DICIEMBRE

A. EL NUEVO MARCO LEGISLATIVO DE LA CADUCIDAD DEL PROCEDIMIENTO

A partir de las modificaciones de la LDC que llevan a cabo la Ley 52/1999, de 28 de diciembre, y 53/2002, de 30 de diciembre, se regulan en aquella norma los plazos máximos del procedimiento. En el momento presente, el plazo es de doce meses contados desde la iniciación formal de procedimiento sancionador hasta la remisión del expediente al TDC o la notificación del acuerdo que ponga fin al procedimiento tramitado, en el caso del SDC.

Si el Tribunal devuelve el expediente al Servicio por haber estimado un recurso interpuesto contra el acuerdo de sobreseimiento, u ordena la práctica de las diligencias previstas en el art. 39 LDC, el Servicio dispondrá de un plazo máximo de seis meses para la práctica de las actuaciones de instrucción complementarias.

Adicionalmente, el art. 56 de la LDC se remite expresamente a la posibilidad de proceder a ampliaciones de plazo en los términos del art. 42.5 y 6 de la LRJPAC.

Por otra parte, el precepto regula los supuestos específicos de interrupción del plazo máximo de duración del procedimiento ante el Servicio, aplicables en los procedimientos en materia de defensa de la competencia y la consecuencia de su incumplimiento consistente en la declaración de caducidad, de oficio o a instancia de cualquier interesado.

En lo que respecta al TDC, el plazo máximo para dictar resolución y notificarla se fija en doce meses desde la admisión a trámite del expediente, regulándose también expresamente los casos en que puede producirse la interrupción del plazo en esta modalidad de procedimiento.

Finalmente, se regula la caducidad del procedimiento, la cual tendrá lugar transcurridos treinta días desde el vencimiento del plazo máximo sin que el Tribunal haya dictado resolución.

B. PRONUNCIAMIENTOS DEL TDC SOBRE LA CADUCIDAD DEL PROCEDIMIENTO

En las Resoluciones de 20 de diciembre de 2002 ⁴⁰ y de 18 de febrero de 2003 ⁴¹, el TDC se ha pronunciado sobre la caducidad de expedientes en el ámbito del Derecho de la Competencia, declarándola en ambos casos.

En la primera de ellas la Resolución del Tribunal se refiere a un recurso interpuesto contra un acuerdo del SDC que sobreseyó el expediente 2035/99.

La resolución plantea como cuestión procedimental que ha de ser resuelta previamente la alegación de caducidad formulada por uno de los interesados.

Literalmente, el Fundamento de Derecho 3.º señala que *«el 8 de marzo de 2001 el Director del Servicio firma una Providencia mediante la cual acuerda ampliar el plazo máximo de instrucción ante el Servicio del expediente 2035/1999, porque considera que “computados los plazos mínimos legales para finalizar la instrucción del presente expediente, se sobrepasaría la fecha de caducidad del mismo”. El Servicio reconoce en su Providencia que el expediente se incoó el 4 de octubre de 2000, por lo que, de acuerdo con la legislación vigente, dispone de un plazo máximo de dieciocho meses para su conclusión. Sin embargo, teniendo en cuenta que la instrucción se ha retrasado, dice el Servicio, porque hubo de pronunciarse en materia de confidencialidad, el órgano instructor consideró que era necesario ampliar el plazo de que disponía. El Servicio, en su Providencia de 8 de marzo de 2001, ante la falta de previsión al respecto e invocando el carácter supletorio que, con respecto a la LDC, tiene la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, fundamenta su acuerdo de ampliación del plazo de instrucción en lo dispuesto por el art. 42.6 de esta última Ley».*

La tesis que se sostiene en la misma es la de que la Ley 30/1992 es supletoria respecto a la LDC en materia de plazos, admitiendo que tal supletoriedad opera en el caso planteado, siendo, por ello, aplicable el art. 42.5 y 6 de la LRJPAC en lo que se refiere a los supuestos en que resulta legalmente posible suspender el plazo máximo de resolución del expediente.

En palabras del propio órgano, *«el Tribunal considera que, en efecto, la Ley 30/1992 es supletoria respecto de la Ley 16/1989, de modo que tal carácter puede ser invocado en materia de plazos cuando esta última no contenga disposición alguna al respecto, por lo cual el Servicio interpretó correctamente la supletoriedad de la Ley 30/1992 cuando, en su Providencia de 8 de marzo de 2001, invocó su art. 42. Asunto distinto es si el Servicio,*

⁴⁰ Expte. R. 503/012, Estaciones de servicio.

⁴¹ Expte. 534/02, Fabricantes de cartón.

cuando amplió el plazo de instrucción en el caso concreto que nos ocupa, cumplió los requisitos que, al efecto, impone dicho artículo de la Ley 30/1992».

Partiendo de esta premisa, la Resolución estima que no concurría ninguno de los supuestos del art. 42.5 de la norma citada.

Y, en lo que respecta al art. 42.6, la Resolución considera que la motivación de la excepcionalidad exigida por dicho precepto ha sido a todas luces insuficiente. En tal sentido, el TDC entiende que la falta de tiempo del SDC para pronunciarse en materia de confidencialidad no puede ser considerada una circunstancia excepcional, ya que realizar tal pronunciamiento es una práctica habitual.

Expresamente establece en su Fundamento de Derecho 4.º que *«la aplicación del apartado 6, como hizo el Servicio, exige justificar la excepcionalidad exigida, lo que el Servicio no hace. En definitiva, no resulta en modo alguno evidente la necesidad de ampliación del plazo para la instrucción, siendo a todas luces insuficiente la indicación del Servicio de que le faltó tiempo, porque hubo de pronunciarse en materia de confidencialidad, cuando hacerlo es una práctica normal en cualquier procedimiento y, si en el presente caso hubiese revestido un carácter excepcional, debiera de haberlo justificado plenamente el Servicio para poder invocar con éxito el art. 42.6 de la Ley 30/1992».*

El Tribunal considera como fechas relevantes en orden a computar el plazo máximo para resolver las de incoación del expediente por el SDC y la de interposición de recurso contra la Providencia de suspensión del plazo, así como las de la Providencia de levantamiento de dicha suspensión y la del acuerdo de sobreseimiento del expediente.

El período de tiempo comprendido entre ellas asciende a veintiún meses y una semana, superior al de dieciocho meses legalmente previsto en aquel momento en la LDC como plazo máximo para la tramitación del procedimiento, por lo que se declara la caducidad, del mismo.

El cómputo realizado por el Tribunal suscita una primera reflexión.

En efecto, después de incluir como fundamento jurídico básico de la resolución la no concurrencia de alguno de los supuestos legales de suspensión del plazo contemplados en el art. 42 de la LRJPAC, no computa, a efectos de declarar la caducidad, parte del período en que el procedimiento estuvo suspendido sin fundamento legal.

La segunda de las Resoluciones citadas recoge algunas precisiones adicionales sobre la institución de la caducidad en el Derecho de la Competencia.

La primera hace referencia a la norma aplicable. La Resolución reafirma el carácter especial de los procedimientos tramitados ante el SDC y el TDC, citando precedentes del propio Tribunal y Sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional y del Tribunal

Supremo (en particular, la STS de 30 de abril de 2001, en recurso de casación para la unificación de doctrina) para fundamentar que, tras la reforma del art. 56.1 de la LDC por la Ley 52/1999, el plazo máximo de duración del procedimiento es de doce meses (Fundamento de Derecho 2.º).

Así, declara expresamente que *«la especialidad respecto de otras normas de naturaleza administrativa, y concretamente en relación a la Ley 30/1992 y al Reglamento aprobado por Real Decreto 1398/1993 para el ejercicio de la potestad sancionadora, tiene manifestación en la determinación de los plazos máximos de duración del procedimiento sancionador que en la fase que tiene lugar ante el SDC, después de la reforma del art. 56.1 de la LDC por la Ley 52/1999, es de doce meses “a contar desde la iniciación formal del mismo hasta la remisión del expediente al Tribunal de Defensa de la Competencia o de la notificación del acuerdo que, de cualquier otro modo, ponga término al procedimiento tramitado ante el Servicio”.* En la aplicación de este precepto por el TDC es reiterado el criterio de entender que la *“iniciación formal del procedimiento”* corresponde a la fecha de la Providencia en la que se acuerda la apertura del expediente, entre otras Resoluciones, las de 22 de febrero de 2000, expediente núm. 400/1999; 7 de abril de 2000, expediente núm. 472/1999, y 20 de diciembre de 2002, R-503/01».

A continuación el Tribunal afirma que dicho plazo puede ser suspendido *«según las disposiciones contenidas en los párrafos segundo y tercero del citado art. 56.1 de la LDC, en supuestos concretos, no susceptibles de extensión a ampliación a casos distintos de los legalmente determinados»* (Fundamento de Derecho 3.º).

Según la Resolución, *«estos razonamientos deben ser tenidos en cuenta en el análisis de las alegaciones formuladas por ambas entidades denunciadas: AFCO y CARTISA, respecto de la suspensión ordenada por el Servicio en la Providencia dictada en este expediente, de 31 de enero de 2002, en la que se acuerda “la suspensión del plazo de instrucción del procedimiento desde el día siguiente a la notificación de la Providencia del Servicio de 24 de enero de 2002 hasta la finalización del plazo de diez días previsto por el art. 47 de la LDC para la posible interposición de recurso contra el levantamiento parcial de confidencialidad acordado en dicha Providencia, como acto que podría producir indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos”.* La suspensión del plazo se adopta, según expresión literal de la citada Providencia de 31 de enero de 2002, *“de acuerdo con lo previsto en el art. 56.1 de la Ley de Defensa de la Competencia y en el art. 42.5.a) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común”*».

La motivación del acto administrativo, que cumple finalidades tan importantes como medio para controlar la legalidad del acto y garantía del derecho a la defensa del interesado (SSTC 232/1992, de 14 de diciembre, y 165/1993, de 18 de mayo), posibilita que la causa y la finalidad de los acuerdos administrativos se exterioricen con referencia a hechos

y fundamentos que justifican el acto, así como su inclusión en determinado supuesto de una norma jurídica y el razonamiento relativo a que esta norma imponga la resolución que se adopta (SSTS, entre otras, de 6 de febrero de 1979, 9 de marzo y 5 de octubre de 1998).

Entendida así la motivación del acto administrativo, se advierte la realidad de las alegaciones aducidas por las empresas denunciadas en este expediente en las que afirman la imposibilidad de incluir en el supuesto del art. 42.5.a) de la Ley 30/1992 la suspensión del procedimiento acordado en la Providencia, ya citada, para posibilitar a las interesadas el ejercicio del recurso del art. 47 de la LDC, habida cuenta de la redacción de la citada norma en los siguientes términos: «5. El transcurso del plazo máximo legal para resolver un procedimiento y notificar la resolución se podrá suspender en los siguientes casos: a) cuando deba requerirse a cualquier interesado para la subsanación de deficiencias y la aportación de documentos y otros elementos de juicios necesarios [...]».

No hay que olvidar, además, que la suspensión del procedimiento por la invocada causa de posibilitar el ejercicio de un recurso por los interesados no tiene apoyo ni en la Ley 30/1992 ni en la LDC; precisamente en esta norma —art. 56.1— está prevista la suspensión para el caso de efectiva interposición del recurso del art. 47 de la misma Ley.

Finalmente, el Tribunal entiende, en un pronunciamiento que debe ser considerado como un *obiter dicta*, que en situaciones en las «que el órgano administrativo preserve intereses legítimos, la misma LRJAP-PAC ofrece cauce adecuado en su art. 57, apartados 1 y 2, que permiten excepcionar la regla general de la eficacia de los actos administrativos, desde la fecha en que se dictan mediante la demora de sus efectos, cuando así lo exija el contenido del acto», añadiendo que «en este supuesto legal [...] la suspensión alcanza exclusivamente a la providencia, acuerdo o resolución, cuyos efectos se demoran durante el tiempo en la misma establecido» (Fundamento de Derecho 3.º).

En el momento de escribir estas líneas ha sido conocida una nueva Resolución del TDC en relación con la caducidad del procedimiento ⁴².

El objeto de la misma es un recurso interpuesto contra un Acuerdo del SDC que deniega la solicitud de caducidad del expediente sancionador incoado contra las compañías recurrentes.

Sus fundamentos jurídicos se centran, exclusivamente, en el análisis de la admisibilidad o inadmisibilidad del propio recurso, a la luz de nueva redacción del art. 47 LDC.

El Tribunal estima la petición de inadmisibilidad formulada por el servicio y la parte recurrida, como cuestión previa y, al declararla, desestima la petición de los recurrentes sobre la declaración de oficio de caducidad del expediente que se tramita por el SDC.

⁴² Resolución de 8 de mayo de 2003, expte. 557/03, Pepsi Cola/Coca Cola 2.

C. ALGUNAS CUESTIONES QUE SUSCITAN LAS ANTERIORES RESOLUCIONES

Al no incorporar argumentos adicionales sobre la caducidad, los ulteriores comentarios se referirán, únicamente, a las resoluciones de 20 de diciembre de 2002 y 18 de febrero de 2003.

El examen de las Resoluciones citadas exige abordar en qué términos resulta aplicable la regulación de la LRJPAC sobre la caducidad a los procedimientos en materia de defensa de la competencia.

El art. 50 de la LDC declara que los procedimientos administrativos en esta materia se regirán por su normativa específica, aplicándose la LRJPAC supletoriamente.

Por su parte, el art. 56 de la LDC regula los plazos máximos del procedimiento, así como los supuestos en que dichos plazos pueden ser ampliados o interrumpidos.

Contiene, por tanto, una normativa específica en materia de plazos máximos que debería excluir la aplicación supletoria de la LRJPAC.

Es más, esta regulación específica no resulta coincidente con la contemplada en el art. 42 de la LRJAC, ya que incorpora supuestos de interrupción no previstos en esta norma, como son, por ejemplo, la interposición del recurso administrativo previsto en el art. 47 de la LDC —respecto de la tramitación en el SDC— o la práctica de diligencias para mejor proveer y el cambio de calificación conforme al art. 43.1 de la misma norma —en la tramitación ante el TDC—.

Ello no es óbice para que la ampliación de los plazos máximos pueda producirse cuando concurren los supuestos regulados en el art. 42.5 y 6 de la LRJPAC si el procedimiento se está tramitando en el SDC o sólo en el art. 42.5, si se sigue en el TDC.

Sin embargo, debe entenderse que la aplicación de tales previsiones normativas no se produce tanto, como afirma contundentemente la Resolución de 20 de diciembre de 2002, en régimen de Derecho supletorio como porque el propio art. 56 de la LDC contiene una remisión expresa en tal sentido.

Nótese, además, que, en rigor, el supuesto de ampliación del art. 42.6 de la LRJPAC no sería aplicable en los procedimientos sustanciados ante el TDC, ya que el art. 56 de la LDC no incluye tal remisión.

Por el contrario, de acuerdo con el criterio que se ha expuesto, en los procedimientos tramitados ante el TDC, continuaría vigente el plazo adicional de treinta días para proceder a la declaración de caducidad, conforme al último párrafo del art. 56.2 de la LDC.

Cuestión distinta de la relativa a los casos en que se produce la ampliación o interrupción de los plazos —en la terminología de la LDC— es la que afecta a otras materias reguladas en los arts. 42 a 44 y concordantes

de la LRJPAC relacionadas con la obligación de resolver, el silencio administrativo, la prescripción y la caducidad, en los que, no existiendo normativa específica en el TDC, será aplicable supletoriamente la Ley 30/1992.

De otro lado, las Resoluciones del TDC en las que se ha declarado la caducidad del expediente coinciden en omitir cualquier tipo de pronunciamiento sobre la prescripción.

Como anteriormente se señaló, el procedimiento en el Derecho de la Competencia presenta una faceta de naturaleza típicamente administrativa sancionadora, circunstancia que hace necesario considerar las relaciones entre dos instituciones conexas como son la caducidad y la prescripción.

Esta referencia resulta, también, obligada por la remisión del art. 44.2 de la LRJPAC al 92 de la misma norma en lo que respecta a los efectos de la resolución que declare la caducidad.

La prescripción encuentra su fundamento en el principio de seguridad jurídica reconocido en el art. 9.3 de la Constitución, el cual quedaría vulnerado si no se previese un plazo preciso para el ejercicio de la potestad sancionadora ⁴³.

También se ha señalado como fundamento de esta institución el principio de eficacia administrativa que exige una «persecución rápida de infracciones recientes y la tramitación ágil de los oportunos procedimientos sancionadores» si se quiere que «la Administración sea realmente eficaz en el plano de la prevención general y especial de nuevas conductas ilícitas» ⁴⁴.

La prescripción en el Derecho administrativo sancionador extingue la responsabilidad del infractor al impedir, por haber transcurrido el lapso temporal legalmente previsto, el ejercicio de la potestad sancionadora.

Su relación con la caducidad plantea, por tanto, la cuestión de si es posible o no la tramitación de un procedimiento administrativo sancionador, una vez declarada la caducidad, en tanto las infracciones no hayan prescrito.

El art. 132.2 de la LRJPAC prevé el *dies a quo* de la prescripción de las infracciones estableciendo que «comenzará a contar desde el día en que la infracción se hubiera cometido».

A continuación el mismo precepto regula la interrupción de la prescripción contemplando como único motivo «la iniciación, con conocimiento del interesado, del procedimiento sancionador», añadiendo que «el plazo de prescripción se reanudará si el expediente sancionador estuviera paralizado durante más de un mes por causa no imputable al interesado».

⁴³ Juan Manuel TRAYTER JIMÉNEZ y Vicens AGUADO I CUDOLÀ, *Derecho Administrativo Sancionador: materiales*, Barcelona, Cedecs, 1995.

⁴⁴ Rafael CABALLERO SÁNCHEZ, *Prescripción y caducidad en el ordenamiento administrativo*, Madrid, McGraw-Hill, 1999, p. 413.

La interrupción del plazo de prescripción determina que el plazo debe comenzar de nuevo (sts de 2 de junio de 1987).

Sin embargo, la propia LRJPAC admite supuestos en los que la interrupción del plazo de prescripción no produce tal efecto, sino otro meramente suspensivo, por cuanto que, en determinadas circunstancias, el computo del plazo de prescripción “interrumpida” —en realidad, suspendida— se reanuda.

Una de ellas es la antes transcrita del art. 132.2 *in fine*. Y otra la establecida en el art. 92.3, conforme a cuya literalidad «la caducidad no producirá por sí sola prescripción de las acciones del particular o de la Administración, pero los procedimientos caducados no interrumpirán el plazo de prescripción». Es decir, que, una vez declarada la caducidad, el efecto interruptivo del plazo de prescripción desaparece, reanudándose el cómputo del plazo prescriptivo.

En consecuencia, de la literalidad de la regulación contenida en la LRJPAC se desprende que la declaración de caducidad, si la infracción no ha prescrito, permite la iniciación de un nuevo procedimiento administrativo sancionador.

Cuestión distinta es que puede discutirse *de lege ferenda* si la declaración de caducidad debiera impedir a la Administración la persecución de la infracción, como han sostenido algunos autores ⁴⁵.

Este criterio ha sido también admitido por algunos órganos jurisdiccionales que han considerado que la caducidad del procedimiento administrativo sancionador «es un vicio de fondo que impide reiniciar el expediente aunque no haya transcurrido el plazo de prescripción, por haberse agotado el ejercicio de la potestad sancionadora por la Administración, al producir el acto sancionador el efecto de cosa juzgada administrativa» ⁴⁶.

Sin embargo, al lado de esta reacción jurisdiccional, es preciso destacar no sólo la literalidad de la Ley 30/1992, sino también el de otras disposiciones que expresamente establecen la posibilidad de iniciar un nuevo procedimiento, una vez declarada la caducidad, cuando la infracción no haya prescrito ⁴⁷.

¿Qué peculiaridades ofrece, en este ámbito, la normativa de defensa de la competencia? Atendiendo a la regulación contenida en la LDC, deben destacarse, al menos, las que se mencionan a continuación.

En primer lugar, debe tenerse en cuenta el interés público al que específicamente responde la legislación de defensa de la competencia.

⁴⁵ Rafael CABALLERO SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 240 y concordantes.

⁴⁶ STSS de Murcia de 2 de julio de 1997, citada por CABALLERO SÁNCHEZ en *op. cit.* Nota en p. 240.

⁴⁷ Reales Decretos 928/1998, de 14 de mayo, art. 7.5; 1930/1998, de 11 de septiembre, art. 36.1 *in fine*; y 1649/1998, de 24 de julio, art. 35.5 *in fine*.

Según la Exposición de Motivos de la LDC, «la competencia, como principio rector de toda economía de mercado, representa un elemento sustancial al modelo de organización económica de nuestra sociedad y 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. La defensa de la competencia, por tanto, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación, ha de concebirse como un mandato a los poderes públicos que entronca directamente con el art. 38 de la Constitución (RCL 1978\2836).

La presente Ley responde a ese objetivo específico: garantizar la existencia de una competencia suficiente y protegerla frente a todo ataque contrario al interés público, siendo asimismo compatible con las demás leyes que regulan el mercado conforme a otras exigencias jurídicas o económicas, de orden público o privado».

La tutela de esta manifestación concreta del interés público se encomienda a los órganos de defensa de la competencia, quienes, en consecuencia, deberán agotar todas las posibilidades que les ofrece su normativa sectorial para garantizarlo.

En este sentido, según el art. 12 de dicha norma, el plazo de prescripción de las infracciones es más amplio —cuatro años— que el general establecido para las infracciones administrativas muy graves por la LRJPAC —tres años, *ex art. 132.1*—. De ello se desprende que el legislador ha debido entender o que el bien jurídico “defensa de la competencia” exige un “plus” de protección en el ámbito sancionador, o bien —lo que es más probable teniendo en cuenta los extensos plazos de caducidad de la LDC— que la constatación de las conductas infractoras en el ámbito de la defensa de la libre competencia puede presentar dificultades mayores que en otros ámbitos del Derecho administrativo sancionador, que justificarían plazos más amplios de caducidad y prescripción, para evitar que, conforme a las reglas del procedimiento administrativo común, resultaran inmunes.

En este mismo sentido debe destacarse la diversa regulación de las causas de interrupción de la prescripción en la LDC y en la LRJPAC, más flexible en la primera de las normas citadas, por cuanto que permite que dicha interrupción se produzca por cualquier acto del TDC o del SDC tendente a la «investigación [...] o persecución de la infracción [...] (art. 12.2 LDC), y no sólo por la «iniciación [...] del procedimiento sancionador» (art. 132.2 LRJPAC). En ambas regulaciones se mantiene la garantía de que los actos interruptivos de la prescripción, lo sean con conocimiento formal del interesado.

Y, también, el nuevo párrafo segundo del art. 56.1 de la LDC (añadido por el art. 84.1 de la Ley 53/2002, de 30 de diciembre) que otorga un plazo máximo adicional de seis meses al SDC «para practicar la instrucción complementaria que resulte necesaria para el esclarecimiento de los hechos y determinar responsabilidades», en los casos en que el TDC estima

un recurso contra acuerdos de sobreseimiento o interese del servicio la práctica de nuevas diligencias, al admitir a trámite el expediente, considera que no se han aportado los antecedentes necesarios.

¿Cabe deducir alguna consecuencia jurídica respecto de las especialidades que, en torno a la prescripción, en la LDC, se acaban de reseñar?

A riesgo de ser aventurados, cabe entender que sí: los Órganos de Defensa de la Competencia deben tener una diligencia específica para evitar que las infracciones en materia de competencia prescriban, de forma que no resulten frustrados de fines de prevención especial que persigue su regulación sectorial.

Para que ello sea así, el legislador les ha reconocido plazos de caducidad y prescripción y causas de interrupción de una y otra que divergen de forma relevante con el procedimiento administrativo común y respecto de cuya justificación sólo cabe pensar en las dificultades particulares de prueba de las conductas ilícitas que ha de perseguir —y no en una menor diligencia en el ejercicio de sus competencias—.

Adicionalmente a la interpretación teleológica que se ha expuesto, concurren otros argumentos que abundan en la conveniencia de que el TDC no se limite a declarar, sin más, la caducidad de los procedimientos de su competencia.

En efecto, como antes se destacó, la naturaleza de los procedimientos en materia de defensa de la competencia determina que no agoten sus efectos en un pronunciamiento limitado a la constatación y declaración de una infracción administrativa, sino que permiten —o exigen— una amplia gama de pronunciamientos de índole diversa de la sancionadora.

Junto a ello debe destacarse que ni la caducidad, ni siquiera la prescripción —que sólo extingue la responsabilidad administrativa en el ámbito estrictamente punitivo— excluyen la posibilidad de que puedan imponerse o deducirse otras consecuencias reparatorias o indemnizatorias derivadas de la infracción, como expresamente contempla el art. 13 de la LDC.

También es preciso tener en cuenta que en un número no desdeñable de ocasiones las conductas prohibidas por la LDC se presentarán, en la realidad práctica, como infracciones que no se consuman en un solo acto, sino que tendrán el carácter de infracciones continuadas, circunstancia que impediría el inicio del cómputo del plazo de prescripción.

En resumen, cabe sostener que las resoluciones del TDC comentadas debieron llevar a cabo un análisis de la posible concurrencia de ilícitos en materia de defensa de la competencia y, conforme a la potestad que le reconoce el art. 25.f) de la LDC, haber interesado del servicio la instrucción de los oportunos expedientes.

A este respecto, cabe también reflexionar sobre si el pronunciamiento del Tribunal respecto de la caducidad, sin entrar en el fondo del asunto, debe producirse en un momento procesal anticipado o esperar, como

ha sido el caso de las resoluciones comentadas, a culminar —incluso con exceso— los trámites procesales contemplados en la LDC.

Conforme al criterio que se ha sostenido, de no haberse producido la prescripción de las infracciones aun habiendo caducado el procedimiento, debe interesarse del SDC la iniciación del mismo.

En tales casos, como antes se señaló, el lapso temporal consumido por la tramitación del expediente caducado no habrá interrumpido el plazo de prescripción.

Por ello, con el fin de evitar tanto que ésta se produzca como de conseguir la mayor proximidad entre la comisión de la presunta infracción y su declaración, en su caso, resulta conveniente que la declaración del Tribunal se produzca con la menor dilación posible.

En este pronunciamiento el TDC debería, además, considerar si el procedimiento deber retrotraerse al momento inicial o es posible la convalidación de parte de las actuaciones.

MECANISMOS DE REMISIÓN ENTRE LA COMISIÓN EUROPEA Y LAS AUTORIDADES NACIONALES DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Isabel LÓPEZ GÁLVEZ

Subdirección General de Concentraciones
Dirección General de Defensa de la Competencia

1. INTRODUCCIÓN

El sistema comunitario de control de concentraciones se encuentra en la actualidad inmerso en un proceso de profunda revisión que, entre otros aspectos materiales y formales, puede incidir en el mecanismo para el reenvío de asuntos entre la Comisión y las Autoridades Nacionales de Competencia de los Estados miembros.

En efecto, la propuesta de reforma del Reglamento de control de las operaciones de concentración entre empresas hasta ahora vigente¹, presentada recientemente por la Comisión Europea, se encuentra actualmente en discusión en el ámbito del Consejo de Ministros de Competitividad de la Unión Europea.

¹ Reglamento (CEE) 4064/89 del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas, publicado en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* (DOCE), L-395, de 30 de diciembre de 1989 (rectificación publicada en el DOCE L-257, de 21 de septiembre de 1990), entrando en vigor en septiembre de 1990. Posteriormente fue modificado por el Reglamento (CE) 1310/97 del Consejo, de 30 de junio de 1997, publicado en el *Diario Oficial* L 180, de 9 de julio de 1997, entrando en vigor esta reforma en 1998.

Además del Reglamento de concentraciones, que constituye la base para el control de las concentraciones de dimensión comunitaria en la Unión Europea, la normativa comunitaria en materia de control de concentraciones se completa con el Reglamento (CE) 447/98 de la Comisión, de 1 de marzo de 1998, relativo a las notificaciones, plazos y audiencias contemplados en el mismo (DOCE, núm. L-61, de 2 de marzo de 1998), así como por las Comunicaciones de la Comisión relativas a la definición de mercado de referencia (97/C 372/03), al concepto de empresa en participación con plenas funciones (98/C 66/01), al concepto de concentración (98/C 66/02), al concepto de empresas afectadas (98/C 66/03), cálculo del volumen de negocios (98/C 66/04), sobre soluciones aceptables (2001/C 68/3) y restricciones directamente relacionadas y necesarias para las operaciones de concentración (2001/C 188/03). Todo ello sin olvidar las decisiones adoptadas por la Comisión Europea conforme al Reglamento de Concentraciones publicadas en la página web de la Dirección General de Competencia: <http://europa.eu.int/comm/competition/index.es.html>.

Esta propuesta se incardina dentro de una revisión global del sistema comunitario de control de concentraciones cuyo objeto es dar respuesta a los retos planteados por los importantes cambios que se están produciendo, tanto desde la perspectiva de la evolución de los mercados y de las estrategias empresariales como de la propia reorganización institucional, en un contexto económico y político en intensa transformación en el ámbito internacional. En concreto, partiendo del éxito de la aplicación del Reglamento comunitario durante los últimos diez años, las propuestas pretenden resolver los desafíos que plantean las concentraciones globales, la unión monetaria, la integración de los mercados, la ampliación y la necesidad de cooperar con otros órganos jurisdiccionales, sin olvidar la controversia suscitada por recientes decisiones adoptadas por la Comisión Europea en el ámbito de control de las operaciones de concentración ².

Al margen de importantes cambios en la estructura organizativa de la Dirección General de Competencia comunitaria y de la publicación de Comunicaciones interpretativas sobre el análisis económico subyacente al control de concentraciones, la reforma se concreta en el proyecto de Reglamento ya citado que, entre otros elementos, revisa los mecanismos de remisión de expedientes de concentración entre la Comisión Europea y las Autoridades Nacionales de Defensa de la Competencia de los Estados miembros. Se trata de uno de los principales elementos en discusión y, por tanto, de un tema de candente actualidad que merece un análisis pormenorizado.

En cuanto a la aplicación de estos mecanismos, si bien en la práctica se ha solicitado la remisión de operaciones de dimensión comunitaria a las Autoridades Nacionales, no se puede afirmar lo mismo en cuanto a la remisión a la Comisión de operaciones de dimensión nacional. La aplicación de las remisiones conjuntas ha resultado ciertamente novedosa y se ha debido, en gran parte, al impulso de las propias Autoridades Nacionales.

La problemática derivada de las operaciones de concentración que deben ser notificadas a más de una Autoridad Nacional es objeto de análisis no sólo en el ámbito de la Unión Europea, sino también en diversos foros internacionales ³.

² Asuntos M. 1524 Airtours/First Choice (Sentencia de 6 de junio de 2002), M. 2283 Schneider/Legrand (Sentencia de 22 de octubre de 2002), M. 2416 Tetra Laval/Sidel (Sentencia de 25 de octubre de 2002) y, recientemente, Asunto M. 2621 SEB/Moulinex (Sentencias de 3 de abril de 2003), en el que se analiza específicamente un supuesto de remisión.

³ En el ámbito de la Unión Europea, tanto en el seno de las instituciones comunitarias como en el marco de las Autoridades Europeas de Competencia (*European Competition Authorities*, en adelante, ECA), constituyéndose en la ECA un grupo de trabajo centrado en el estudio de posibles formas de cooperación en los casos de concentraciones notificadas en varios países. En el ámbito internacional, el programa del Grupo de Trabajo relativo a concentraciones de la *International Competition Network* (en adelante, ICN), también ha analizado esta cuestión, pudiendo consultarse en <http://www.InternationalCompetitionNetwork.org/wg1.html>.

En este contexto, resulta particularmente oportuno revisar brevemente los principales elementos de estos mecanismos de remisión, tanto a nivel teórico como en la práctica.

2. NORMATIVA COMUNITARIA

A. DELIMITACIÓN DE LAS OPERACIONES DE DIMENSIÓN COMUNITARIA: LOS UMBRALES

Uno de los principios fundamentales del Reglamento de concentraciones es que las operaciones de concentración que presumiblemente afectan a más de un mercado nacional deben ser competencia exclusiva de la Comisión Europea. Por ello, si se superan determinados umbrales relativos a volúmenes de negocios la operación tendrá dimensión comunitaria y será de aplicación el Reglamento comunitario. En ese caso, la Comisión tiene competencias exclusivas y excluyentes en cuanto a su conocimiento y valoración.

Hasta ahora, las operaciones que superasen los umbrales de volumen de negocios fijados en el Reglamento comunitario⁴ y, por tanto, de dimensión comunitaria, han de notificarse en el plazo de una semana a partir de la fecha de celebración del acuerdo de concentración, de la publicación de la oferta o del canje o de la adquisición de una participación de control.

En todo caso, la operación de concentración no podrá llevarse a cabo hasta que haya sido declarada compatible con el mercado común, aunque, a instancia de parte, la Comisión Europea podrá conceder una dispensa de la obligación de suspensión de ejecución de la operación de concentración.

En caso contrario, si en función de los umbrales determinados en el Reglamento comunitario la jurisdicción comunitaria queda, en principio, descartada, habría que determinar si se superan los umbrales nacionales o, en caso contrario, la operación no está sujeta a control.

Es indudable, pues, la importancia de determinar correctamente dichos umbrales. Aunque su revisión estaba prevista para 1993, llegado el momento se consideró que todavía no se había adquirido suficiente

⁴ En el art. 1 del Reglamento comunitario, en concordancia con la Comunicación relativa al cálculo del volumen de negocios, se establece que las operaciones de concentración se considerarán de dimensión comunitaria cuando:

a) el volumen de negocios total, a nivel mundial, del conjunto de las empresas afectadas supere los 5.000 millones de euros; y

b) el volumen de negocios total realizado individualmente, en la Comunidad por al menos dos de las empresas afectadas por la concentración supere 250 millones de euros, salvo que cada una de las empresas afectadas por la concentración realice más de las dos terceras partes de su volumen de negocios total en la Comunidad, en un mismo Estado miembro (la denominada regla de los dos tercios).

experiencia y habría que esperar a 1997 para que se modificara el Reglamento de concentraciones por medio del Reglamento 1310/97.

Una de las novedades más destacables de la reforma fue la introducción de un nuevo conjunto de umbrales de volumen de negocios más bajos⁵, complementarios de los ya existentes, que consideran la facturación de las partes en al menos tres Estados miembros.

Con este nuevo apartado, se pretendía dar solución a un problema que se había detectado al reexaminar la cuestión de los umbrales: un número significativo de asuntos que no cumplían los requisitos de volumen de negocios del Reglamento comunitario, se había notificado en varios Estados miembros (notificaciones múltiples), y ello podría afectar a los principios que constituyen la base del sistema comunitario de control de concentraciones, es decir, la necesidad de asegurar el control efectivo, eficiente, justo y transparente de las operaciones de concentración al nivel más apropiado, de conformidad con el principio de subsidiariedad.

Por tanto, los criterios utilizados en este nuevo apartado para definir operaciones de concentración que van a tener también dimensión comunitaria tienen como objetivo, principalmente, operaciones de concentración con volúmenes de negocios inferiores a los umbrales hasta entonces fijados en al menos tres Estados miembros. En principio, esto significa que este artículo aplica un criterio reforzado de efectos transfronterizos.

En las discusiones que precedieron a la adopción de esta modificación se llegó a la conclusión de que el interés comunitario sería más patente en los casos que afectasen a tres o más Estados miembros y que, cuando sólo se viesen implicados dos Estados miembros, los conflictos podrían solucionarse mediante contactos bilaterales.

Sin embargo, existe una opinión generalizada de que esta disposición no ha cumplido las expectativas.

Las estadísticas disponibles indican que la aplicación del apartado 3 del art. 1 no ha dado los resultados que se esperaban en cuanto a la eliminación de las notificaciones múltiples. De hecho, la Comisión realizó un estudio comparativo del número de operaciones nacionales, las notificadas en dos o más Estados miembros y las notificadas a la Comisión,

⁵ El apartado 3 del art. 1 del Reglamento comunitario establece que una concentración que no alcance los umbrales anteriormente indicados tendrá dimensión comunitaria cuando:

a) el volumen de negocios total, en el ámbito mundial, del conjunto de las empresas afectadas supere los 2.500 millones de euros;

b) el volumen de negocios total del conjunto de las empresas afectadas en cada uno de al menos tres Estados miembros supere los 100 millones de euros;

c) al menos en los tres Estados miembros incluidos a efectos de la letra b), el volumen de negocios total realizado individualmente por al menos dos de las empresas afectadas por la concentración supere los 25 millones de euros; y

d) el volumen de negocios total realizado individualmente, en la Comunidad, por al menos dos de las empresas afectadas por la concentración supere los 100 millones de euros, salvo que cada una de las empresas afectadas por la concentración realice más de las dos terceras partes de su volumen de negocios total en la Comunidad, en un mismo Estado miembro.

que mostraba cómo en los últimos años se había prácticamente doblado el número de multinotificaciones ⁶.

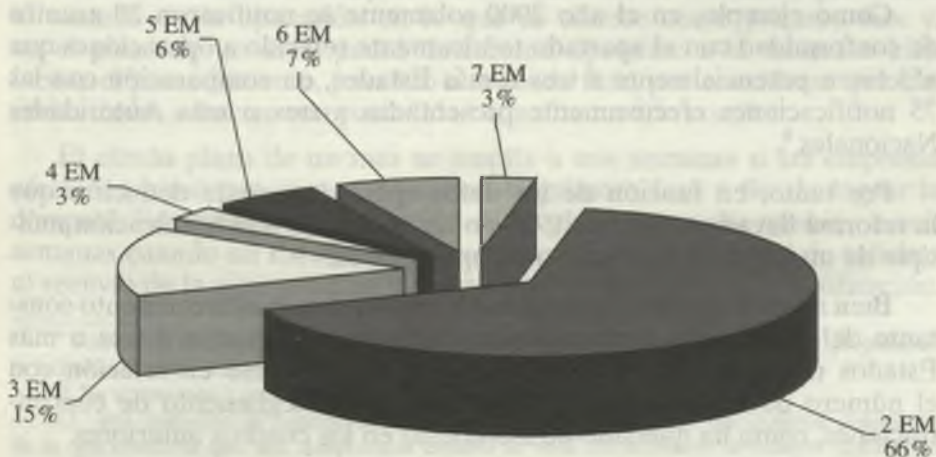
CUADRO 1
OPERACIONES MULTINOTIFICADAS

	<i>Notificaciones nacionales</i>	<i>Notificaciones en 2 o más Estados</i>	<i>Porcentaje</i>	<i>Notificaciones comunitarias</i>
1998	225	106	2,41	235
1999	569	238	2,39	292
Total	824	344	—	527

Fuente: Estadísticas de la Comisión.

No obstante, esos datos también mostraban que en la mayoría de los supuestos de multinotificaciones, las operaciones se habían notificado a dos Autoridades Nacionales. En los gráficos adjuntos se aprecia la evolución seguida en los años 1998 y 1999 en cuanto al número de Estados en los que se había presentado una multinotificación.

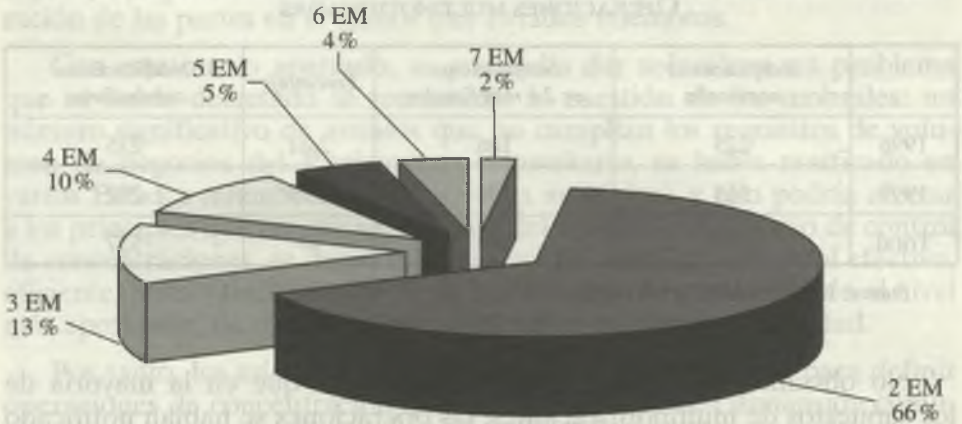
GRÁFICO 1
PORCENTAJE DE MULTINOTIFICACIONES PRESENTADAS
EN ESTADOS MIEMBROS (EM) EN 1998



⁶ Este estudio puede consultarse en la página web de la Comisión, en la siguiente dirección <http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/review/>. El estudio abarca el período de abril 1998/diciembre de 1999.

GRÁFICO 2

PORCENTAJE DE MULTINOTIFICACIONES PRESENTADAS
EN ESTADOS MIEMBROS (EM) EN 1999



Posteriormente, las estadísticas disponibles en el Informe de la Comisión, de 28 de junio de 2000⁷, sobre la aplicación de los umbrales fijados en el Reglamento de concentraciones, indican que en el período 1998-1999 cerca de un 9 por 100 del total de las notificaciones de dimensión comunitaria se basaron en dicho apartado 3 del art. 1 del Reglamento comunitario de concentraciones, mientras que en el año 2000 esta cifra cayó hasta el 3 por 100.

Como ejemplo, en el año 2000 solamente se notificaron 20 asuntos de conformidad con el apartado teóricamente referido a operaciones que afectasen potencialmente a tres o más Estados, en comparación con las 75 notificaciones efectivamente presentadas a tres o más Autoridades Nacionales⁸.

Por tanto, en función de los datos aportados puede deducirse que la reforma llevada a cabo en 1997 no ha puesto fin a la notificación múltiple de un número significativo de operaciones.

Bien al contrario, puede observarse una tendencia al crecimiento constante del número de notificaciones múltiples que afectan a tres o más Estados miembros, tanto en términos absolutos como en relación con el número de asuntos notificados conforme al Reglamento de concentraciones, como ha quedado de manifiesto en los cuadros anteriores.

⁷ COM (2000) 399 final - 28 de junio de 2000.

⁸ En 2000, de las 345 operaciones notificadas a la Comisión Europea, solamente 20 se hicieron de conformidad con el apartado 3 del art. 1 del Reglamento comunitario de concentraciones. En 1999, fueron 34 de un total de 292 notificaciones, o, en términos porcentuales, el 12 por 100.

De ahí la atención específica prestada a este tema de las “multinotificaciones” en el actual proceso de revisión en el ámbito comunitario, al tener en cuenta los perjuicios derivados de la dispersión de Autoridades competentes (dilación en los plazos, costes excesivos para las empresas, varias Autoridades conociendo una misma operación en perjuicio del principio de autoridad única y de la eficacia del control de concentraciones, inaplicación del Derecho comunitario de competencia en asuntos con efectos transfronterizos, etc.).

B. LOS MECANISMOS DE REMISIÓN EN EL REGLAMENTO COMUNITARIO: ARTS. 9 Y 22

a) *Art. 9*

El primer mecanismo de remisión es el establecido en el art. 9 del Reglamento de concentraciones, o “cláusula alemana”⁹, por el que se permite que sea la autoridad mejor situada la que tramite el asunto, y se responde al principio de subsidiariedad, remitiendo la Comisión total o parcialmente un caso de dimensión comunitaria a las autoridades de un Estado miembro que así lo soliciten cuando se cumplan determinados supuestos¹⁰, con el fin de que dichas autoridades apliquen la legislación nacional de dicho Estado miembro en materia de competencia.

Un primer aspecto importante de la aplicación de este mecanismo es el relativo a los plazos. A partir del día hábil siguiente a la fecha de recepción de una notificación completa empiezan a computarse los plazos fijados en el Reglamento comunitario.

Una vez declarada completa la notificación, la Comisión procederá al examen de la operación en lo que se conoce como primera fase y, en el plazo de un mes, podrá decidir no oponerse a la misma o bien incoar el procedimiento, pasando a segunda fase, por considerar que hay serias dudas sobre su compatibilidad con el mercado común.

El citado plazo de un mes se amplía a seis semanas si las empresas afectadas presentan compromisos en la primera fase a fin de lograr la compatibilidad de la concentración. Este plazo se amplía también a seis semanas cuando un Estado miembro se acoge a la posibilidad de solicitar el reenvío de la operación en las tres semanas siguientes a la notificación.

⁹ Recibe tal denominación debido a que fueron las autoridades alemanas las que propusieron la inclusión de dicha cláusula en el Reglamento.

¹⁰ En el apartado 2 del art. 9 se contemplan dos supuestos:

a) una operación de concentración amenaza con crear o reforzar una posición dominante, de la que resultaría que una competencia efectiva se vería obstaculizada de manera significativa en un mercado en el interior de ese Estado miembro, que presenta todas las características de un mercado definido; o

b) una operación de concentración afecta a la competencia en un mercado de dicho Estado miembro, que presenta todas las características de un mercado definido y no constituye una parte sustancial del mercado común.

El plazo empezará a computarse a partir del día hábil siguiente a la fecha de recepción por el Estado miembro de la copia de la notificación, hecho que se produce en el plazo de tres días desde la notificación a la Comisión. Este plazo finalizará al expirar el día de la tercera semana siguiente a aquella en que comenzó el plazo que corresponda al mismo día de la semana que el día en que comenzó dicho plazo. Una vez determinado el fin del plazo, si éste comprendiera días festivos legales u otros días festivos de la Comisión, se añadirá a dicho plazo el número de días hábiles correspondientes. A estos efectos, según el Reglamento de aplicación de la Comisión 447/98, se considerarán días hábiles todos los días, excepto los sábados, domingos, días festivos legales y otros días festivos que fije la Comisión.

La Comisión Europea podrá remitir el caso, mediante decisión motivada, dentro del plazo de seis semanas, a partir del día siguiente a la fecha de recepción de la notificación completa de la operación de concentración, si no se ha incoado el procedimiento de la segunda fase —que se incoará si la operación de concentración plantea serias dudas sobre su compatibilidad con el mercado común—, o dentro del plazo de tres meses a partir de la notificación de la operación cuando se haya incoado una segunda fase. Si en el citado plazo de tres meses, la Comisión, pese a haber sido requerida de nuevo para ello por el Estado miembro, no ha adoptado ninguna decisión, se considerará concedida la remisión de la operación al Estado miembro en cuestión.

No obstante la posibilidad prevista en el Reglamento comunitario de una remisión a una Autoridad Nacional de Defensa de la Competencia por silencio administrativo positivo, anteriormente citada, la normativa comunitaria señala que dicha remisión debe realizarse mediante decisión expresa, la cual debe ser notificada a las empresas afectadas, estando obligada la Comisión Europea, igualmente, a informar al resto de autoridades nacionales ¹¹.

Una vez recibido el expediente, la publicación de los informes o el anuncio de las conclusiones del examen de la operación por parte de las Autoridades Nacionales del Estado en cuestión tendrá lugar a más tardar cuatro meses después de la remisión por la Comisión del caso ¹².

¹¹ En este punto hay que indicar la falta de transparencia en cuanto a las decisiones adoptadas, tanto por las Autoridades Nacionales, como por la Comisión, en aplicación de este artículo. En el supuesto de las Autoridades Nacionales, sus decisiones solicitando la remisión no son públicas. En cuanto a las decisiones de la Comisión, se publican aquellas en las que se decide remitir; en aquellos supuestos en los que la decisión es negativa, no admitiendo la Comisión la solicitud de remisión, únicamente es comunicado el resultado de dicha decisión a aquella Autoridad o Autoridades Nacionales que hayan instado la aplicación del art. 9.

¹² Art. 9.6 del Reglamento 4064/89, en el que se establece que la publicación de los informes o el anuncio de las conclusiones del examen de la operación en cuestión por las autoridades competentes del Estado miembro en cuestión tendrá lugar a más tardar cuatro meses después de la remisión por la Comisión. Este plazo se ajusta a lo dispuesto en el apartado 3 del art. 10 del Reglamento comunitario, en cuya virtud se establece un plazo máximo de cuatro meses para la adopción

En el cuadro adjunto se aprecia la evolución creciente del número de operaciones de concentración de dimensión comunitaria remitidas por la Comisión a las Autoridades Nacionales en aplicación del art. 9 del Reglamento comunitario, desde 1992, año en el que se produce la primera remisión en aplicación del citado artículo ¹³.

CUADRO 2

DECISIONES DE LA COMISIÓN ARTÍCULO 9 REGLAMENTO (CEE) 4064/89 (1990/2001)

	92	93	94	95	96	97	98	99	2000	2001	2002	Totales
Fase I: Remisión parcial	1		1			6	3	2	4	2	7	26
Fase II: Remisión parcial										4		4
Remisión total		1			3	1	1	3	2	1	4	16
Total remisiones	1	1	1		3	7	4	5	6	7	11	46

Fuente: Estadísticas de la Comisión.

Un segundo aspecto destacable para la aplicación de este mecanismo de remisión se refiere a los requisitos sustantivos que debe cumplir la solicitud que realice la autoridad nacional. El Reglamento comunitario prevé dos supuestos, primero, que la operación de concentración amenace con crear o reforzar una posición dominante de la que resultaría que la competencia efectiva se vería obstaculizada de manera significativa en un mercado en el interior de ese Estado miembro y, segundo, que la operación de concentración afecte a la competencia en un mercado de dicho Estado miembro, que presente todas las características de un mercado definido y no constituya una parte sustancial del mercado común.

Por tanto, la definición del mercado de producto y su dimensión geográfica resultan determinantes a la hora de plantear una solicitud de remisión, como se ha podido comprobar en supuestos recientes ¹⁴.

En este sentido, el apartado 7 del art. 9 aclara que el mercado en cuestión debe reunir todas las características de un mercado definido, entendiéndose por tal aquel en el que las condiciones de competencia son suficientemente homogéneas y pueda distinguirse de los territorios

de decisiones sobre concentración en aquellos supuestos en que la Comisión haya retenido los expedientes para su análisis.

¹³ En el año 1991 se produce ya una primera petición de remisión en aplicación de este art. 9, pero dicha solicitud fue rechazada por las autoridades comunitarias.

¹⁴ Sentencia del TPI de 3 de abril de 2003, en el Asunto M. 2621 SEB/Moulinex, T-119/02, en la que se valora la decisión de la Comisión de remitir parcialmente este caso a Francia, que había solicitado la remisión basándose en el art. 9.2.a) del Reglamento comunitario.

vecinos, particularmente porque sus condiciones de competencia sean notablemente diferentes de las de dichos territorios. Para llegar a la conclusión de que se trata de un mercado definido, la Comisión considera que la autoridad nacional que invoque la cláusula ha de tener en cuenta principalmente circunstancias tales como: la naturaleza y características de los productos y servicios de que se trate, la existencia de barreras de entrada al mercado, las preferencias de los consumidores, así como la existencia, entre el territorio considerado y los territorios vecinos, de diferencias considerables de cuotas de mercado de las empresas o de diferencias de precios sustanciales.

Además, en relación con los dos supuestos contemplados en el Reglamento comunitario hay que indicar que en el primer caso, existe discrecionalidad por parte de la Comisión a la hora de remitir la operación, aunque ésta se encuentra limitada a lo dispuesto en el art. 9.3 (no remitiendo aun cuando se den los requisitos sustantivos a fin de preservar o restablecer una competencia efectiva en el mercado en cuestión), mientras que en el segundo supuesto existe cierto automatismo en la remisión si la operación afecta a la competencia en un mercado definido de dicho Estado miembro, que no constituye una parte sustancial del mercado común.

Por otra parte, indicar que una vez que la operación es remitida a una Autoridad Nacional, la normativa aplicable a dicha operación es la legislación nacional de dicho Estado miembro en materia de competencia, excluyéndose la aplicación del Reglamento comunitario, que únicamente señala una serie de obligaciones en cuanto al plazo (como ya se ha indicado anteriormente, la adopción de la decisión en el plazo de cuatro meses desde la remisión) y al establecimiento de las medidas estrictamente necesarias para preservar o restablecer una competencia efectiva en el mercado en cuestión. Por tanto, la operación queda sujeta al procedimiento nacional, así como la posible revisión jurisdiccional de la decisión adoptada por la Autoridad Nacional.

Finalmente, también está prevista la posibilidad de remisión a una Autoridad Nacional para el caso de que el Estado miembro adopte algún tipo de medida pertinente para proteger intereses legítimos tales como la seguridad pública, la pluralidad de los medios de comunicación y las normas prudenciales¹⁵, intereses que han de ser compatibles con los principios generales y demás disposiciones del Derecho comunitario.

b) *Art. 22*

En sentido contrario a lo anteriormente expuesto, también es posible que un asunto de dimensión nacional sea remitido a la Comisión, lo que está previsto en el art. 22 del Reglamento de Concentraciones.

¹⁵ El art. 21.3 del Reglamento comunitario admite cualquier otro interés público, el cual deberá ser comunicado por la Autoridad Nacional a la Comisión a fin de obtener su reconocimiento. La Comisión notificará su decisión a dicha Autoridad en el plazo de un mes a partir de la mencionada comunicación.

Aunque dicho artículo puede parecer el oportuno contrapunto al art. 9, la redacción actual del art. 22 está claramente vinculada a la modificación que en el tema de los umbrales introdujo el Reglamento 1310/97.

En un principio, el art. 22 se había concebido en beneficio de los Estados miembros que carecían de instrumentos adecuados para investigar las operaciones en el ámbito nacional¹⁶, ya que de no haber existido este precepto, dichas operaciones no hubieran sido objeto de control alguno.

Las modificaciones que entraron en vigor en 1998 pretendieron dar a este mecanismo una nueva función como medio para permitir que dos o más Estados hicieran remisiones conjuntas a la Comisión cuando consideraran que ésta es la mejor situada para intervenir. Complementando así los nuevos umbrales, se quería consolidar la aplicación del Derecho comunitario de competencia en asuntos con efectos transfronterizos, reforzar el principio de autoridad única y aliviar el problema de las multinationales.

Sin embargo, se podría afirmar que esta nueva redacción se ha mostrado incluso menos eficaz que la del apartado 3 del art. 1¹⁷. A diferencia de lo previsto en relación con el art. 9, en el supuesto del art. 22 el procedimiento establecido no es tan detallado, existiendo cierto grado de incertidumbre en relación con elementos determinantes de éste, como el momento en que debe solicitarse dicha remisión, la posible suspensión del procedimiento mientras que la Comisión está valorando la posibilidad de aceptar la remisión, etc., que en la práctica han desanimado a las Autoridades Nacionales a instar la aplicación de dicho artículo.

Según lo previsto en el Reglamento comunitario¹⁸, este mecanismo de remisión se inicia también a instancia del Estado o Estados interesados, debiendo producirse la solicitud de remisión a más tardar en el plazo de un mes a partir de la fecha en la que la operación de concentración se haya comunicado a las Autoridades Nacionales pertinentes, especi-

¹⁶ De hecho, recibe también la denominación de "cláusula holandesa" debido a que los Países Bajos, en aquel momento, carecían de una normativa propia en materia de control de concentraciones. Actualmente, todos los Estados miembros, salvo Luxemburgo, han promulgado normas de control de las operaciones de concentración. En la práctica, esto significa que el posible margen de aplicación del apartado 3 del art. 22 en su redacción original era muy limitado.

¹⁷ De hecho, con anterioridad al impulso que ha supuesto la ECA en la aplicación de este artículo, la última remisión con arreglo al apartado 3 del art. 22 fue hecha en 1997 por las autoridades holandesas en el asunto IV/M.890 Blokker/Toys'R Us. En total, sólo se habían remitido cuatro asuntos a la Comisión mediante este procedimiento, dos desde los Países Bajos y uno desde Finlandia y Bélgica, respectivamente.

¹⁸ El art. 22.3 del Reglamento comunitario establece: «Si la Comisión comprueba, a instancia de un Estado miembro o previa solicitud conjunta de dos o más Estados miembros, que una operación de concentración de las definidas en el art. 3, pero sin dimensión comunitaria con arreglo al art. 1, crea o refuerza una posición dominante cuya consecuencia sería una obstaculización significativa de la competencia efectiva en el territorio del Estado miembro en cuestión o de los Estados miembros autores de la solicitud conjunta, podrá adoptar las decisiones previstas en el párrafo segundo del apartado 2 y en los apartados 3 y 4 del art. 8, en la medida en que dicha concentración afecte al comercio entre Estados miembros».

ficándose que dicho plazo empezará a contarse a partir de que se produzca el primero de estos actos.

Por tanto, a la hora de instar la aplicación del art. 22 y solicitar una remisión de una operación de concentración de ámbito nacional notificada a varias Autoridades Nacionales, éstas deberán coordinarse para conocer la fecha de entrada de cada una de las operaciones, así como la posible solicitud de remisión que se hubiera realizado por cualquier Autoridad.

Obviamente, la difícil aplicación práctica de estos plazos y la posible estrategia empresarial de sucesivas notificaciones ante diferentes Autoridades Nacionales explican la relativa inoperancia de este mecanismo de remisión.

Por otro lado, para admitir la Comisión el caso, la operación de concentración proyectada debe crear o reforzar una posición dominante, consecuencia de la cual pudiera obstacilizarse significativamente la competencia efectiva en el territorio del Estado en cuestión o de los Estados autores de la solicitud conjunta de remisión. Ello se traduce en que no basta que la operación se haya notificado en varios Estados miembros y que se quieran evitar los perjuicios ya señalados en relación con las multinotificaciones, sino que las Autoridades Nacionales deben, en su solicitud, ir más allá, lo que implica realizar un análisis de dicha operación en un plazo muy reducido, pudiendo ir en detrimento de una correcta valoración de la operación.

Por ello, en la práctica, la aplicación de este artículo se ha visto dificultada, entre otras, por las siguientes cuestiones:

— Inexistencia de un mecanismo para el intercambio de información entre todos los interesados (las partes, las Autoridades Nacionales de Defensa de la Competencia y la Comisión Europea).

— Heterogeneidad de procedimientos de notificación en los Estados miembros, especialmente en relación con el hecho que da lugar a la notificación, lo que dificulta la determinación del momento de la notificación o de la obligatoriedad de ésta y, derivado de lo anterior, dificulta determinar cuándo vence el plazo de un mes para solicitar el reenvío.

— Ausencia de un sistema de suspensión generalizado del procedimiento nacional en caso de reenvío.

— Tratamiento de Estados sin notificación obligatoria, como es el caso actualmente del Reino Unido.

— Dificultad de prever cuántos Estados miembros participarán en la remisión conjunta, debido entre otros motivos, posiblemente, a que las partes no presentan la notificación en una misma fecha.

— Posible prolongación del proceso hasta que todos los Estados miembros en los que se ha notificado la operación soliciten el reenvío a la Comisión.

En este contexto, la presentación del Libro Verde de la Comisión supuso un claro posicionamiento sobre las multinotificaciones, optando

por un sistema de jurisdicción comunitaria automática, para operaciones susceptibles de notificación en al menos tres Estados miembros (el denominado “sistema de notificación obligatoria 3 +”).

Coincidiendo con la presentación del Libro Verde, se pusieron en marcha reuniones en el ámbito de la ECA, cuyo primer objetivo concreto fue el establecimiento de un grupo de trabajo sobre multinotificaciones.

Gracias al avance logrado en este contexto, desde la presentación del Libro Verde, las Autoridades Nacionales han solicitado la aplicación del art. 22 del Reglamento comunitario en dos ocasiones, con resultados francamente positivos¹⁹.

Se trataba de operaciones notificadas a más de cinco Estados y con mercado geográfico superior al nacional. La cooperación informal entre autoridades ha funcionado de forma satisfactoria y todos los Estados implicados se han sumado a la solicitud inicial de remisión, instada al principio por algunas de ellas, incluso en el contexto de heterogeneidad de normas y procedimientos que venía señalando la Comisión.

El éxito de estos supuestos refuerza la opinión expresada por la mayoría de los Estados miembros en cuanto a que no hay que descartar las posibilidades que brinda el art. 22. Por el contrario, sería conveniente facilitarlos, profundizando, por una parte, en la cooperación entre las Autoridades Nacionales y, por otra, introduciendo las necesarias mejoras legales en el propio Reglamento comunitario, que faciliten su aplicación. Entre las posibles mejoras, las Autoridades españolas han propuesto:

— Eliminar el requisito de que la operación cree o refuerce una posición de dominio en el Estado solicitante.

— En relación con los plazos, aclarar el momento a partir del cual empieza a computarse el plazo de un mes para la solicitud, previendo la posible suspensión de los procedimientos nacionales al solicitar el reenvío, mientras que la Comisión está valorando la solicitud de remisión.

— Establecer que la Comisión comunicará formalmente a los Estados miembros solicitantes su aceptación del caso y quizá tasando los criterios que puedan fundamentar una decisión negativa para hacer más automática su aplicación.

¹⁹ En ambos supuestos, el SDC fue una de las Autoridades participantes. Se trataba de los Expedientes N-198 PROMATECH/SULZER (Asunto M. 2698 Promatech/Sulzer) y N-218 GENERAL ELECTRIC ENGINE/UNISON (Asunto M. 2738 GEES/Unison). En el primer supuesto, la operación de notificación en Italia, España, Alemania, Francia, Portugal, Reino Unido, Austria e Irlanda —aunque en el caso irlandés se decidió finalmente que no existía obligación de notificar—; en el segundo caso, se notificó a las Autoridades de España, Alemania, Austria, Francia, Italia y Grecia. En cuanto al resultado final de ambas operaciones, en el primer caso se aprobó con condiciones tras haberse incoado la segunda fase; en el segundo, se aprobó en primera fase. Recientemente, y también por el SDC, se ha solicitado una nueva aplicación del art. 22 en relación con el Expediente N-03016 GENERAL ELECTRIC/AGFA, aceptando la Comisión el citado caso, que actualmente se encuentra en la fase de prenotificación.

3. LOS MECANISMOS DE REMISIÓN EN LA NORMATIVA ESPAÑOLA

Hasta 1990, año en el que coincidieron la entrada en vigor del Reglamento comunitario sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas y la vigente Ley de Defensa de la Competencia²⁰, el control de concentraciones era una figura jurídica desconocida en España.

No obstante, su continuo desarrollo por la Comisión Europea y las Autoridades españolas de Defensa de la Competencia, y las significativas aportaciones jurisprudenciales al efecto han propiciado que en la actualidad dicha figura sea una institución plenamente consolidada dentro del cuerpo más amplio que conforma la Política de Defensa de la Competencia, configurándose como un sistema dotado de un marco legal e institucional cada vez más perfeccionado y mejor adaptado a un entorno económico interno interdependiente de la evolución internacional.

El sistema de control de concentraciones instaurado en la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia, se ha desarrollado y modificado progresivamente en el tiempo reforzando su eficacia²¹.

Los últimos hitos en este proceso han sido el nuevo Reglamento²² que ha adaptado el procedimiento a los cambios normativos de los últimos años y ha reforzado sustancialmente la transparencia del sistema, al concretar y definir algunos conceptos esenciales, así como al disponer la publicación de los informes del Servicio de Defensa de la Competencia expresando su criterio sobre la operación de que se trate²³, y el Real

²⁰ Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (BOE, núm. 170, de 18 de agosto de 1989), modificada en última instancia por el Real Decreto-ley 2/2003, de 25 de abril, de Medidas de Reforma Económica (BOE, núm. 100, de 26 de abril de 2003).

²¹ En el sistema nacional de control de concentraciones pueden diferenciarse tres fases: un primer período, caracterizado por el carácter voluntario y confidencial de la notificación a las Autoridades de Competencia de aquellas operaciones que superasen determinados umbrales.

El segundo período, tras la entrada en vigor del Real Decreto-ley 6/1999, de 16 de abril, de Medidas Urgentes de Liberalización e Incremento de la Competencia (BOE, núm. 92, de 17 de abril de 1999), se caracteriza por el paso a un modelo de notificación obligatoria de las operaciones de concentración que superaran los umbrales mínimos establecidos, eliminándose el carácter confidencial del hecho de la notificación. Posteriormente el Real Decreto-ley 6/2000, de 23 de junio, de Medidas Urgentes de Intensificación de la Competencia en Mercados de Bienes y Servicios (BOE, núm. 151, de 24 de junio de 2000) estableció la suspensión de la ejecución de la operación de concentración hasta su autorización, reduciendo sensiblemente los plazos de tramitación. Esta fase de transición culminaría con la entrada en vigor del Real Decreto 1443/2001, que culmina la tercera fase actual, de consolidación del sistema.

En la página Web del Servicio de Defensa de la Competencia (en adelante, SDC), www.mineco.es/dgdc/sdc, se ofrece un texto consolidado, de carácter no oficial, de la Ley 16/1989.

²² 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, en los referente al control de concentraciones económicas (BOE, núm. 16, de 18 de enero de 2002).

²³ Tanto el listado de las operaciones notificadas como el informe realizado por el SDC en relación con cada una de las operaciones notificadas se puede consultar en la página web del Servicio, en la siguiente dirección: http://www.mineco.es/dgdc/sdc/control_concentra.html.

Decreto-Ley 2/2003, que dispone la publicidad del informe del Tribunal de Defensa de la Competencia inmediatamente tras su remisión al Ministro de Economía.

La normativa nacional y comunitaria vigentes establecen que entran en el ámbito de aplicación de la Ley de Defensa de la Competencia aquellas operaciones que, sin tener dimensión comunitaria, superen determinados umbrales mínimos ²⁴.

El criterio de atribución de competencia establecido en la normativa española es doble, cuantitativo (volumen de ventas) y cualitativo (cuota de mercado), mientras que el criterio establecido en la normativa comunitaria es tan sólo cuantitativo, como ya se analizó, basado en volúmenes de negocio de las empresas afectadas en tres niveles (mundial, comunitario y nacional).

Los umbrales indicados en la Ley 16/1989 tienen por objeto centrar el control en aquellas operaciones que, por su dimensión absoluta o relativa, pudieran alterar la estructura del mercado nacional en forma contraria al interés público. En particular, de conformidad con lo previsto en el art. 14 de la mencionada Ley, la Administración se reserva la facultad de controlar todo proyecto u operación de concentración de empresas cuando el volumen de ventas global en España del conjunto de los partícipes en la misma supere en el último ejercicio contable la cantidad de 240,40 millones de euros, siempre que al menos dos de los partícipes realicen individualmente en España un volumen de ventas superior a 60,10 millones ²⁵.

Éste sería un primer umbral de carácter cuantitativo, que se completa con un segundo umbral alternativo de carácter más cualitativo referente a cuota de mercado, por el que también son objeto de notificación aquellos proyectos u operaciones de concentración que supongan la adquisición o incremento de una cuota igual o superior al 25 por 100 del mercado nacional, o de un mercado geográfico definido dentro del mismo, de un determinado producto o servicio ²⁶.

Por otra parte, se considera que existe proyecto o acuerdo de concentración desde el momento en que los partícipes consientan en realizar la fusión, la creación de empresa común u operación que origine la toma de control, y determinen el modo, plazo y condiciones en que vaya a ejecutarse. En el caso de que los partícipes sean sociedades, se entiende que existe acuerdo cuando éste haya sido tomado, por sí o por delegación,

²⁴ Específicamente se establece en el apartado 1 del art. 14 de la Ley 16/1989 que la obligación de notificación señalada en dicho precepto no afecta a aquellas operaciones de concentración que caigan dentro del ámbito de aplicación del Reglamento comunitario.

²⁵ Umbral previsto en el art. 14.1.a) de la Ley 16/1989, en su redacción actual, cuyo método específico de cálculo se prevé en el art. 3 del Real Decreto 1443/2001.

²⁶ Art. 14.1.b) de la Ley 16/1989.

por el órgano de administración²⁷ aun cuando, por aplicación de normas legales o estatutarias, fuera necesaria su adopción o ratificación posterior por otro órgano societario.

Si una operación de concentración entra en el ámbito de aplicación de la Ley de Defensa de la Competencia en materia de control de concentraciones, debe ser notificada con carácter previo a su realización, no siendo posible su ejecución antes de que la Administración manifieste, de forma expresa o tácita, su no oposición a la misma, o el Gobierno, en su caso, condicione su autorización a la observancia de determinadas condiciones.

Como contrapartida, el sistema establecido para el control de las concentraciones permite ofrecer una alta seguridad jurídica a las empresas afectadas en un breve período de tiempo. Así, las decisiones se adoptan en un plazo máximo de cuatro meses desde la fecha de recepción por el Servicio de la notificación de la operación, si bien un alto porcentaje de casos se resuelve en una primera fase, dentro del límite temporal de un mes. De hecho, la práctica de las autoridades españolas, desde la puesta en marcha del sistema en 1989, muestra que la gran mayoría de las operaciones no pasan a la segunda fase y son autorizadas en un mes²⁸. En todo caso, la operación quedaría autorizada tácitamente si, transcurrido dicho mes desde su notificación, no se hubiera remitido el expediente al Tribunal de Defensa de la Competencia.

A. APLICACIÓN DEL ART. 9 DEL REGLAMENTO COMUNITARIO

En relación con la regulación de los mecanismos de remisión en la normativa española, el Servicio es el órgano encargado de comunicar la solicitud de aplicación del art. 9 y de recibir en su caso el expediente; el Tribunal de Defensa de la Competencia es la autoridad competente para dictaminar sobre los casos que sean remitidos y el Consejo de Ministros tiene la competencia para autorizar, condicionar, o prohibir los mismos²⁹.

De acuerdo con la normativa nacional y comunitaria³⁰, una vez remitido un caso de dimensión comunitaria por la Comisión, el Servicio formará expediente y procederá a su tramitación de acuerdo con lo previsto en la normativa nacional.

²⁷ De acuerdo con el art. 4.3 del Real Decreto 1443/2001, en el caso de fusiones de sociedades, se entenderá que existe proyecto o acuerdo cuando se cumpla lo dispuesto en el art. 234.1 del Texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por el Real Decreto-Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre (BOE, núm. 310, de 27 de diciembre de 1989).

²⁸ Cerrado el ejercicio 2002, tan sólo un 16 por 100 de las 478 operaciones analizadas hasta entonces por el Servicio han sido remitidas al Tribunal de Defensa de la Competencia.

²⁹ Arts. 1 y 3 del Real Decreto 295/1998, de 27 de febrero, relativo a la aplicación en España de las reglas europeas de competencia (BOE, núm. 57, de 7 de marzo de 1998).

³⁰ Art. 9 del Reglamento comunitario de concentraciones y art. 9 del Real Decreto 1443/2001.

Como ya se ha indicado, la solicitud de remisión del expediente debe producirse en el plazo de tres semanas a partir de la recepción de la copia de la notificación por parte de las autoridades nacionales, en el caso español, el Servicio. Una vez enviado el asunto por la Comisión en los plazos fijados en el Reglamento comunitario para ello, el procedimiento en España se iniciará a partir de la fecha de entrada en el Servicio de la decisión de la Comisión (fecha de notificación a estos efectos).

A partir de esta fecha, las Autoridades españolas deben adoptar una decisión en relación con la operación de concentración proyectada en un plazo máximo de cuatro meses, de conformidad con lo dispuesto en el Reglamento comunitario.

Tras las modificaciones de la Ley 16/1989, específicamente las introducidas por el Real Decreto-Ley 6/2000, por las que se redujeron sensiblemente los plazos de tramitación, las decisiones se adoptan en un plazo máximo de cuatro meses desde la fecha de recepción por el Servicio de la operación. Por tanto, hoy día se ajustan plenamente a lo dispuesto en el Reglamento comunitario.

Con anterioridad a dicha reforma, los plazos de tramitación del procedimiento nacional eran sensiblemente superiores (un máximo de seis meses), lo que no se ajustaba a lo indicado en el Reglamento comunitario y dado que la normativa interna de los Estados miembros, tanto de índole sustantiva como procedimental, será de aplicación a los expedientes de concentración que le hubiesen sido remitidos por la Comisión, siempre y cuando no resulten contrarias al propio Reglamento comunitario, eran perceptibles las dificultades internas en cuanto a la aplicación del citado art. 9 del Reglamento comunitario. Ello puede explicar que hasta 1999 no se haya solicitado por primera vez la aplicación de dicho artículo por las autoridades españolas. Desde entonces, se han analizado cuatro asuntos remitidos por la Comisión ³¹.

B. APLICACIÓN DEL ART. 22 DEL REGLAMENTO COMUNITARIO

En cuanto a la aplicación del art. 22 del Reglamento comunitario y su traslación a la normativa española, corresponde al Director del Servicio de Defensa de la Competencia decidir sobre la conveniencia de instar en reenvío de expedientes de dimensión nacional a la Comisión Europea, individual o conjuntamente con otras Autoridades Nacionales de Defensa de la Competencia ³².

³¹ Se trata de los expedientes N-015 HEINEKEN/CRUZCAMPO del sdc (Asunto M. 1555, remisión total); N-046 CARREFOUR/PROMODES (Asunto M. 1684, remisión parcial); N-280 SOGECABLE/VÍA DIGITAL (Asunto M. 2845, remisión total) y N-306 LEROY MERLIN/BRICO (Asunto M. 2898, remisión parcial).

³² Art. 31 bis.1, letra f), de la Ley 16/1989.

Hasta la entrada en vigor del Real Decreto 1443/2001 no existía desarrollo reglamentario de este mecanismo de remisión, lo que, unido a la ya mencionada parquedad en cuanto a su regulación en el propio Reglamento comunitario, había llevado a que no se instara la aplicación de este artículo por las autoridades españolas, como, por otra parte, era práctica común por parte del resto de las Autoridades Nacionales. No obstante, y como ya se ha mencionado, desde principios del año 2001 y en el ámbito de la ECA, las Autoridades Nacionales venían manifestando su interés en la aplicación de dicho artículo en supuestos concretos de notificaciones presentadas en varios Estados miembros y cuyo mercado geográfico relevante sea superior al nacional.

Cuando finalmente se instó la aplicación de este artículo por las autoridades españolas por primera vez, en el asunto N-198 Promatech/Sulzer, dos fueron las cuestiones esenciales que se plantearon: la posibilidad de suspender los plazos del procedimiento nacional y el mantenimiento del beneficio de la autorización tácita prevista en el apartado 2 del art. 15 bis de la Ley 16/1989.

Tras un análisis detallado de estas cuestiones, dado que debía prevalecer en todo caso el procedimiento instruido por la Comisión Europea, como se infiere del propio art. 22 del Reglamento comunitario de concentraciones, el procedimiento nacional debía quedar en suspenso hasta que hubiera un pronunciamiento expreso por parte de la Comisión Europea en el sentido de aceptar o declinar la competencia sobre el citado asunto.

No puede ser otra la interpretación que debe darse al art. 42.5.b) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común³³, supletoria de la Ley 16/1989, pues el concepto de pronunciamiento “previo” exige que el órgano nacional no se pronuncie en tanto haya tenido ocasión de hacerlo el órgano comunitario, ya que por el juego de los distintos plazos de sendos procedimientos pudiera llegar a producirse una resolución previa (expresa o tácita) de la Administración nacional, desvirtuándose así la finalidad perseguida por el art. 22 del Reglamento comunitario. En este supuesto, la solicitud dirigida a la Comisión en aplicación del citado art. 22 debe suspender la tramitación del procedimiento que se instruye con arreglo a la Ley 16/1989.

En cuanto a la cuestión de la posible autorización tácita en el caso de que la Comisión declinara la competencia y hubiera que continuar el procedimiento con arreglo a las normas nacionales, esta cuestión ha quedado resuelta tras la entrada en vigor del Real Decreto 1443/2001,

³³ El art. 42.5.b) de la Ley 30/1992 prevé que el transcurso del plazo máximo legal para resolver un procedimiento y notificar la resolución podrá suspenderse cuando deba obtenerse un pronunciamiento previo y preceptivo de un órgano de las Comunidades Europeas, por el tiempo que medie entre la petición, que habrá de comunicarse a los interesados y la notificación del pronunciamiento a la Administración instructora, que también deberá serles comunicada.

que establece en su art. 9.2 que cuando el Director del Servicio decida instar la aplicación de lo previsto en el apartado 3 del art. 22 del Reglamento comunitario, se notificará dicha decisión a las empresas partícipes en la operación, con el apercibimiento de que la competencia para adoptar una decisión sobre el asunto corresponde a la Comisión, no pudiéndose beneficiar la operación de la autorización tácita prevista en el apartado 2 del art. 15 bis de la Ley 16/1989.

4. PROPUESTAS DE REFORMA DE LOS MECANISMOS DE REMISIÓN COMUNITARIOS

A. PROPUESTA DEL LIBRO VERDE

Con fecha 11 de diciembre de 2001, la Comisión Europea presentó el Libro Verde sobre la revisión del, repetidamente mencionado, Reglamento de concentraciones³⁴. Se trataba de una propuesta de reforma global del sistema comunitario de control de concentraciones que contemplaba actuaciones en ámbitos específicos, entre ellos, el jurisdiccional, presentando propuestas concretas para reducir el número de casos en que se requiere que las empresas notifiquen una concentración para su autorización a una pluralidad de Autoridades Nacionales de la Unión Europea (multinotificaciones).

Para la Comisión, era evidente que existía un número importante de operaciones con efectos transfronterizos significativos y, por tanto, de interés comunitario, que no quedaban sujetas a las normas comunitarias de control de las operaciones de concentración.

Otro problema añadido era que el resultado de las notificaciones múltiples podía dar lugar a decisiones contradictorias entre las Autoridades Nacionales, dadas las diferentes normativas nacionales aplicables, además de la incertidumbre en cuanto a la fecha de ejecución de la operación derivada de los distintos plazos de tramitación de los expedientes. Finalmente, el hecho de que se vean implicadas varias Autoridades Nacionales complica la tarea de buscar soluciones aceptables a los problemas de competencia.

En el Libro Verde la Comisión Europea examinó, en concreto, el funcionamiento de los umbrales señalados en el Reglamento de concentraciones, concluyendo que si bien los niveles de los umbrales originales y la regla de los dos tercios funcionaban satisfactoriamente, los introducidos en 1997 no habían solucionado el problema de la pluralidad de notificaciones que pretendía resolver.

Por ello, la propuesta de la Comisión se centraba en denominado "sistema de notificación obligatoria 3+", por el que se señala la com-

³⁴ Libro Verde sobre la revisión del Reglamento (CEE) 4064/89 del Consejo [COM (2001) 745/6, de 11 de diciembre de 2001].

petencia comunitaria automática en los asuntos susceptibles de ser notificados en tres o más Estados miembros, dando por sentado que dicha multinotificación constituía una indicación fiable del carácter claramente transfronterizo de la concentración.

La práctica mayoría de las Autoridades Nacionales, entre ellas la española, no se mostró favorable a la determinación de la jurisdicción automática de la Comisión para aquellas operaciones que sean notificables en tres Estados ³⁵, sino que defendió claramente un refuerzo de los mecanismos de remisión, indicando que se podría avanzar en la aplicación del art. 22 para los asuntos susceptibles de notificación en varios Estados miembros, potenciando así el principio de subsidiariedad y la economía administrativa.

B. PROPUESTA DE REFORMA DEL REGLAMENTO COMUNITARIO DE CONCENTRACIONES

El 11 de diciembre de 2002, el Colegio de Comisarios aprobó la propuesta de Reglamento de control de concentraciones entre empresas ³⁶ que, en relación con las cuestiones jurisdiccionales, supuso la incorporación, en gran parte, de las observaciones presentadas al Libro Verde. Específicamente, la nueva propuesta establece que la obligación de notificación en tres o más Estados miembros no es indicio suficiente de la presencia de un interés comunitario, dado que dicha situación puede deberse a los reducidos umbrales de notificación en algunos Estados miembros o incluso a la falta de un nexo suficiente con una jurisdicción nacional específica.

Además, se indica en la propuesta de reforma que la introducción de dicho sistema supondría un grado inaceptable de inseguridad jurídica, al igual que el también examinado “sistema 3+ opcional”, que combina el anterior con la concesión de un derecho de veto a los Estados miembros afectados.

Por ello, la Comisión ha concluido que el modo más efectivo de solucionar el problema de las multinotificaciones, al tiempo que se produce un reparto óptimo de las competencias entre la Comisión Europea y las Autoridades Nacionales, sería establecer un sistema de remisiones más ágil y racional («*streamlined referrals*»). En esencia, se trataría de:

a) Mejorar y simplificar los mecanismos de remisión previstos en los arts. 9 y 22 del Reglamento comunitario, posibilitando que la Comisión

³⁵ Dichas observaciones se han publicado en la página Web del Servicio de Defensa de la Competencia, <http://www.mineco.es/dgdc/sdc/decisiones.htm>, y también en la página de la Comisión Europea, <http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/review/comments.html>.

³⁶ Propuesta del Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas [COM (2002) 711 final, publicado en el DOCE de 28 de enero de 2003]. Se puede consultar en <http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/review/>. Esta propuesta será presentada ante el Consejo para su aprobación a lo largo de 2003, con objeto de que entre en vigor el 1 de mayo de 2004.

inste a los Estados miembros para que remitan un asunto o soliciten a la Comisión su remisión (actualmente, la Comisión no dispone de un derecho de iniciativa) y permitiendo la aplicación de dichos mecanismos en la fase previa a la notificación, a solicitud de las partes.

b) Atribuir competencias exclusivas a la Comisión si como mínimo tres de los Estados miembros afectados coinciden en la pertinencia de remitir el caso o no se pronuncian al respecto.

Algunas de estas propuestas ya se incluían en el Libro Verde, como la simplificación de los criterios sustantivos para la aplicación de ambas disposiciones, que desde un principio se consideró que beneficiaría la aplicación de dichos mecanismos.

Otras nuevas, como la clarificación y racionalización de las normas procedimentales relativas a las remisiones conjuntas con arreglo al art. 22 —haciendo referencia expresa la Comisión a la experiencia adquirida en los asuntos Promatech/Sulzer y GEES/Unison— han sido recibidas con satisfacción por las Autoridades Nacionales, como la española.

No obstante, el procedimiento de no oposición por el que se atribuye dimensión comunitaria a una operación, en fase de prenotificación o tras la notificación a los Estados miembros, en el caso de que las Autoridades Nacionales no contestaran en un determinado plazo (silencio administrativo positivo), no parece la más adecuada. Aunque esta propuesta puede resultar atractiva por el aparente ahorro de tiempo, puede dar lugar a inseguridad jurídica si finalmente no era obligatoria la notificación de dicha operación en un Estado miembro y, por tanto, no se cumplía la regla de atribución establecida en el Reglamento.

5. LÍNEAS DE ACTUACIÓN EN EL ÁMBITO DE LA ECA EN RELACIÓN CON EL ART. 22 DEL REGLAMENTO COMUNITARIO

La Asociación de las Autoridades Europeas de Competencia (ECA) es una red de trabajo compuesta por las Autoridades Nacionales de Competencia de los Estados miembros de la Unión Europea, la Comisión Europea y la Autoridad competente de la EFTA, con el objetivo de establecer canales de comunicación e intercambio de información, además de asegurar una estrecha cooperación entre las distintas autoridades en el ámbito de operaciones multinotificadas ante diferentes Autoridades competentes.

En el ámbito de la ECA se creó un grupo de trabajo específico para el estudio de posibles formas de cooperación en los casos de multinotificaciones. El objetivo de este grupo de trabajo era acordar medidas que facilitarían la cooperación entre las autoridades nacionales de control de concentraciones en las operaciones notificadas en varios Estados miembros.

En este sentido, un primer paso fue aprobar la puesta en marcha de mecanismos de cooperación horizontal básicos, estableciendo una red de contactos. Así, todas las Autoridades de Competencia de los Estados Miembros del Espacio Económico Europeo se comprometieron a preguntar a los notificantes de una concentración si ésta había sido o debería ser notificada a alguna otra Autoridad Nacional. En ese supuesto, en cuanto dicha Autoridad Nacional tuviera conocimiento de que la operación de concentración era notificable a otra Autoridad Nacional, se comunicaría con la mayor brevedad posible a la red de contactos establecida, indicando el nombre de las empresas matrices participantes, el sector y mercado de producto afectados por la operación, con el fin de facilitar su identificación.

Tras la puesta en práctica de este sistema de cooperación y con los datos aportados por los estudios realizados en el seno de la ECA, la labor llevada a cabo por el grupo se ha plasmado en determinados acuerdos sobre el procedimiento a seguir en las operaciones multinotificadas con el fin de aumentar la eficacia del control y minimizar los costes para las empresas derivados de la existencia de sistemas distintos en el seno de la Unión Europea.

Por un lado, existe un documento base de trabajo en el que se recoge fielmente el procedimiento seguido hasta ahora en los supuestos de multinotificación en aplicación del art. 22 del Reglamento comunitario. Por otro, y de cara a reforzar la transparencia en el procedimiento de aplicación del citado art. 22, se ha adoptado un segundo documento estableciendo las líneas directrices o principios de cooperación en el ámbito ECA en relación con los supuestos en los que una operación podría ser objeto de una remisión conjunta. Estos principios, que deben ser aplicados en cada caso de forma flexible y no son vinculantes legalmente, podrán ser revisados por las Autoridades Nacionales en función de futuras modificaciones legales, tanto nacionales como comunitarias, o cuando en función de la práctica así se considere necesario. A grandes rasgos, los citados principios se centran en los siguientes aspectos³⁷:

1) Estos principios serán aplicables tan pronto como las partes notificantes de una operación de concentración informen a una Autoridad Nacional de que dicha operación también ha sido notificada o será próximamente notificada a otras autoridades en el ámbito de la ECA.

2) Las Autoridades Nacionales ante las que se haya presentado una multinotificación evaluarán si es posible que dicha operación sea objeto de una remisión conjunta a la Comisión, de acuerdo con lo establecido en el art. 22, en función de los siguientes requisitos:

a) la operación debe ser definida como una concentración siguiendo lo dispuesto en el art. 3 del Reglamento comunitario;

b) la concentración ha sido notificada o debe ser notificada en varios Estados miembros de la Unión Europea;

³⁷ Estos principios se han publicado en la página web del Servicio de Defensa de la Competencia.

- c) el mercado geográfico relevante de la operación es mayor que nacional;
- d) la concentración amenaza con crear o refuerza una posición de dominio cuya consecuencia sería una obstaculización significativa de la competencia efectiva en el territorio del Estado miembro en cuestión o de los Estados miembros autores de una remisión;
- e) la concentración afecta al comercio entre Estados miembros.

3) Si una Autoridad Nacional a la que se le ha informado de una operación de concentración considera que puede ser objeto de una remisión conjunta, informará al resto de las Autoridades Nacionales a través de la red de la ECA. La Comisión Europea y/o las partes notificantes de la operación pueden también informar a las Autoridades Nacionales de su predisposición para que éstas consideren la posibilidad de solicitar una remisión conjunta.

4) Se establece una rápida ronda de consultas entre las Autoridades Nacionales y entre éstas y la Comisión, así como con las partes notificantes de la operación de concentración (se valora la actitud positiva de las empresas, aunque su aceptación no es vinculante a la hora de decidir una posible remisión³⁸). Estas consultas pueden hacerse directamente, bilateral o multilateralmente, o bien a través del coordinador que, en principio, será aquella Autoridad Nacional que haya instado desde un principio la aplicación de la remisión conjunta. La existencia del coordinador no impedirá cualquier tipo de actuación o consulta que pudiera realizar cada Autoridad Nacional.

5) Una vez que por parte de una Autoridad Nacional se haya decidido instar la aplicación del art. 22, lo pondrá en conocimiento del resto de las Autoridades Nacionales, a efectos de una futura coordinación en cuanto a la remisión conjunta (plazos, elementos determinantes de la remisión, etc.) que, en todo caso, realizará individualmente cada Autoridad, aunque reflejando en la citada comunicación a la Comisión que se trata de una remisión conjunta, indicando el resto de Autoridades Nacionales que también solicitan la remisión.

En suma, si bien la normativa actual claramente no exige de la obligación de realizar la notificación de todas y cada una de las Autoridades Nacionales competentes, atendiendo a las respectivas normativas nacionales, se ha instituido un sistema más ágil y eficaz para potenciar que, en la medida de lo posible, las operaciones multinotificadas sean analizadas por la Comisión Europea si ella es la autoridad mejor situada para analizar la operación.

En todo caso, el debate actual en torno a estos mecanismos de remisión está abierto, analizándose hoy día diferentes alternativas en función del punto de partida de los diferentes interlocutores, ya sea la Comisión

³⁸ De hecho, en los supuestos de remisión realizados hasta la fecha la actitud de las empresas notificantes no ha sido coincidente.

Europea, las Autoridades Nacionales de Defensa de la Competencia o las empresas, con diferentes propuestas, como una mayor armonización de los procedimientos nacionales para reducir los costes, una mayor certidumbre en cuanto al procedimiento aplicable en dichos supuestos de notificaciones múltiples, una mejor aplicación del principio de *one-stop-shopping* o ventanilla única, junto con el principio de subsidiariedad.

Y todo ello, no debe olvidarse, en un contexto como el actual, con la inminente adhesión de nuevos Estados miembros, lo que implicará el juego de posiblemente 25 sistemas nacionales de control de concentraciones conviviendo con el comunitario. Parece fácilmente predecible un aumento de los supuestos en los que podría aplicarse estos mecanismos de remisión; esperemos que el nuevo Reglamento comunitario dé respuesta, al menos, a algunas de las cuestiones aquí planteadas.

DOS CÓDIGOS DE CONDUCTA ANTE EL DILEMA DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Compendio a la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 19 de diciembre de 2007, (Exp. 91402 de Tribeca)

SEGUNDA PARTE

COMENTARIOS DE RESOLUCIONES Y SENTENCIAS

1. INTRODUCCIÓN

Este trabajo jurídico, puede entenderse - por la amplitud de su contenido - como un comentario a la doctrina y al comportamiento de una parte de los jueces que conforman el Tribunal de Defensa de la Competencia. Así entendido, los contenidos de este trabajo pueden ser considerados e interpretados a guisa de un comentario jurídico, puesto que se trata de un comentario a la doctrina y al comportamiento de una parte de los jueces que conforman el Tribunal de Defensa de la Competencia, donde se analizan los hechos que los fundamentan y se hace un comentario a la doctrina y al comportamiento de una parte de los jueces que conforman el Tribunal de Defensa de la Competencia, donde se analizan los hechos que los fundamentan y se hace un comentario a la doctrina y al comportamiento de una parte de los jueces que conforman el Tribunal de Defensa de la Competencia.

Muchas gracias, todo cuanto puede ser de ayuda, que los contenidos de este trabajo jurídico pueden ser de ayuda para el Tribunal de Defensa de la Competencia. En este sentido, se debe que los contenidos de este trabajo jurídico pueden ser de ayuda para el Tribunal de Defensa de la Competencia, donde se analizan los hechos que los fundamentan y se hace un comentario a la doctrina y al comportamiento de una parte de los jueces que conforman el Tribunal de Defensa de la Competencia.

¹ Este trabajo jurídico puede entenderse - por la amplitud de su contenido - como un comentario a la doctrina y al comportamiento de una parte de los jueces que conforman el Tribunal de Defensa de la Competencia. Así entendido, los contenidos de este trabajo pueden ser considerados e interpretados a guisa de un comentario jurídico, puesto que se trata de un comentario a la doctrina y al comportamiento de una parte de los jueces que conforman el Tribunal de Defensa de la Competencia.

² Este trabajo jurídico puede entenderse - por la amplitud de su contenido - como un comentario a la doctrina y al comportamiento de una parte de los jueces que conforman el Tribunal de Defensa de la Competencia. Así entendido, los contenidos de este trabajo pueden ser considerados e interpretados a guisa de un comentario jurídico, puesto que se trata de un comentario a la doctrina y al comportamiento de una parte de los jueces que conforman el Tribunal de Defensa de la Competencia.

LOS CÓDIGOS DE CONDUCTA ANTE EL DERECHO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

(Comentario a la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 19 de diciembre de 2002, Expt. 319/02, «Código de Publicidad de Tabaco»)

ANXO TATO PLAZA

Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad de Vigo

1. INTRODUCCIÓN

Con carácter general, puede afirmarse que la autodisciplina o el autocontrol supone la observancia o el cumplimiento de unas pautas de conducta cuyo cumplimiento se ha fijado previamente como objetivo¹. Así definidos, los sistemas de autodisciplina pueden ser individuales o colectivos; y estos últimos, además, pueden ser sectoriales o centralizados². Mas en todos estos casos los sistemas de autodisciplina se apoyan siempre sobre dos ejes fundamentales: el Código de Conducta, donde se recogen las normas que los miembros adheridos al sistema se comprometen a respetar; y, en segundo lugar, el órgano de control, que asume la resolución de las controversias y conflictos que puedan plantearse en relación con el cumplimiento del Código de Conducta³.

Resulta indudable, bajo nuestro punto de vista, que los sistemas de autodisciplina presentan una doble faz. En este sentido, es claro que un sistema de autodisciplina bien diseñado puede contribuir a fijar elevados estándares de conducta; y, al propio tiempo, puede también encarnar un rápido sistema para la resolución extrajudicial de conflictos. Así las

¹ Vid., por todos, GÓMEZ SEGADE, «Sistemas de autorregulación publicitaria», en *Primeras Jornadas de Derecho de la Publicidad*, Madrid, Instituto Nacional de Publicidad, 1980, p. 157; TATO PLAZA, «El nuevo sistema de autodisciplina publicitaria en España», *ADI*, núm. 18, 1997, p. 161.

² Sobre todas estas categorías, vid. TATO PLAZA, *op. cit.*, pp. 162-163.

³ Sin duda alguna, uno de los sistemas de autodisciplina más desarrollados en nuestro país es el que encarna la Asociación para la autorregulación de la comunicación comercial (Autocontrol). Pues, bien, este sistema se apoya sobre el Código de Conducta Publicitaria y sobre el Jurado de Autocontrol de la Publicidad, órgano encargado de la resolución de las controversias y conflictos que se planteen en relación con el cumplimiento del Código.

cosas, son claras las ventajas que pueden derivarse de un adecuado sistema de autodisciplina para los consumidores y para el interés general. Y son precisamente estas ventajas las que justifican la decidida apuesta que se realiza en algunos textos legales en pro de los sistemas de autocontrol. La Ley sobre actividades de radiodifusión televisiva (más conocida como Ley de Televisión sin Fronteras)⁴ o la Ley sobre servicios de la sociedad de la información (más conocida como Ley de comercio electrónico)⁵ constituyen buenas muestras de aquella apuesta⁶.

Pero los sistemas de autodisciplina también pueden ser utilizados como instrumento para restringir o eliminar la competencia entre los miembros del sistema. Ciertos operadores económicos, en definitiva, pueden ver en el sistema de autodisciplina un instrumento sumamente útil para la eliminación o la restricción de las estrategias competitivas de las empresas adheridas. Por esta razón, el Derecho de Defensa de la Competencia siempre ha prestado una especial atención a los sistemas de autorregulación y, en particular, a los Códigos de Conducta sobre los que se apoyan. A este respecto, resulta muy ilustrativa la experiencia alemana. El §24 de la Ley alemana sobre prácticas restrictivas de la competencia regula de forma específica los Códigos de Conducta. Y tras reconocer a las asociaciones empresariales la posibilidad de aprobar este tipo de Códigos⁷, el mismo precepto contempla la posibilidad de que sean

⁴ Resulta muy ilustrativo, a este respecto, el tenor literal de la Disposición Adicional tercera de la Ley de Televisión sin Fronteras: «los poderes públicos promoverán el desarrollo de organizaciones de autorregulación del sector, pudiendo acudir también a ellas cualesquiera personas o entidades que se consideren perjudicadas».

⁵ Según el art. 18 de la Ley sobre Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico, «1. Las Administraciones Públicas impulsarán, a través de la coordinación y el asesoramiento, la elaboración y aplicación de códigos de conducta voluntarios, por parte de las corporaciones, asociaciones u organizaciones comerciales, profesionales y de consumidores, en las materias reguladas en esta Ley. La Administración General del Estado fomentará, en especial, la elaboración de códigos de conducta de ámbito comunitario o internacional. Los códigos de conducta podrán tratar, en particular, sobre los procedimientos para la detección y retirada de contenidos ilícitos y la protección de los destinatarios frente al envío por vía electrónica de comunicaciones comerciales no solicitadas, así como sobre los procedimientos extrajudiciales para la resolución de los conflictos que surjan por la prestación de los servicios de la sociedad de la información».

⁶ De hecho, los sistemas de autorregulación pueden convertirse en uno de los ejes básicos sobre los que pivote la política comunitaria de protección del consumidor. Así sucederá si prosperan las propuestas que se recogen en el Libro Verde sobre la protección de los consumidores en la Unión Europea [COM (2001) 531 final]. Se subraya en la página 15 del Libro Verde que «es posible que la acción regulatoria no sea la más idónea para muchos problemas, en cuyo caso la autorregulación puede alcanzar algunos de los objetivos de protección de los consumidores, especialmente en industrias que reconocen que comparten un gran interés por mantener la confianza de los consumidores y que pueden verse perjudicadas por oportunistas o comerciantes deshonestos. Una autorregulación real, con compromisos claros y voluntariamente obligatorios para con los consumidores y que sea correctamente aplicada —se añade— puede reducir la necesidad de una reglamentación o de la correulación». Esta misma tesis, por lo demás, se mantiene en la Comunicación de la Comisión de seguimiento del Libro Verde sobre la protección de los consumidores en la Unión Europea. En esta Comunicación, además, se avanza ya los elementos básicos de una futura Directiva marco sobre protección de los consumidores. Y entre estos elementos básicos destacan, además de una cláusula general sobre prácticas comerciales leales, una amplia regulación de los Códigos de Conducta en la materia.

⁷ Según el primer párrafo del §24, «Wirtschaftsund Berufsvereinigungen können für ihren Bereich Wettbewerbsregeln aufstellen».

reconocidos por las autoridades de defensa de la competencia siempre que pretendan evitar comportamientos que contradigan los fundamentos de una competencia de prestaciones leal y que tiendan a fomentar comportamientos compatibles con estos principios^{8, 9}.

2. LOS CÓDIGOS DE CONDUCTA A LA LUZ DE LA LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

En ausencia de una normativa *antitrust* específica en nuestro país, no puede afirmarse que los Códigos de Conducta queden sometidos con carácter general a la autorización singular del Tribunal de Defensa de la Competencia. Sólo podría alcanzarse semejante conclusión si se estimase que los Códigos de Conducta constituyen *per se* prácticas concertadas en el sentido del art. 1 de la Ley de Defensa de la Competencia, que podrían ser objeto de una autorización singular si cumpliesen los requisitos y presupuestos que menciona el art. 3 del mismo texto legal. Sin embargo, debe rechazarse esta posibilidad, al menos en relación con los Códigos de Conducta que se limitan a reproducir normas legales preexistentes. Así lo ha admitido el Tribunal de Defensa de la Competencia en su resolución de 26 de mayo de 2000 (Expte. A 279/00, Conducta Empresarial FEBE). Se solicitaba en este caso la autorización singular del Tribunal de Defensa de la Competencia para un Código de Conducta Empresarial aprobado por la Federación Española de Bebidas Espirituosas (FEBE). Pues bien, el Tribunal de Defensa de la Competencia denegó la autorización, al considerarla improcedente. Bajo su punto de vista, no existía práctica concertada en la aprobación de un Código de Conducta Empresarial que se limitaba a la reproducción y recopilación de normas legales preexistentes. Por su interés, reproducimos a continuación un extracto del tercer Fundamento de Derecho de aquella resolución:

«En este caso, se trata de un Código de Conducta que tiene por objeto el que la concurrencia de los operadores económicos del sector se realice respetando las leyes, para evitar que determinados fraudes perjudiquen la imagen e intereses globales de la industria. Las normas de conducta se remiten a las obligaciones generales a las que están sometidas las empresas del sector, especialmente en relación con las normas reguladoras de la elaboración, etiquetado, registro y circulación de bebidas, fiscalidad, sanidad y consumo, derechos de propiedad intelectual e industrial, así como de competencia desleal. Como medidas que se tomarán ante un posible incumplimiento se establece que la facultad de FEBE de personarse como parte interesada en los procedimientos administrativos o judiciales que se sigan contra las empresas incum-

⁸ Así lo dispone el segundo párrafo del §24: «Wettbewerbsregeln im Sinne dieser Vorschriften sind Bestimmungen, die das Verhalten von Unternehmen im Wettbewerb regeln zu dem Zweck, einem den Grundsätzen des lautereren oder der Wirksamkeit eines leistungsgerechten Wettbewerbs zuwiderlaufenden Verhalten im Wettbewerb entgegenzuwirken und ein diesen Grundsätzen entsprechenden Verhalten im Wettbewerb anzuregen».

⁹ Para un amplio análisis de las condiciones de reconocimiento de los Códigos de Conducta, vid. HELLMANN, *Frankfurter Kommentar zum GWB*, §24, Anm. 23 y sigs.

plidoras, y de iniciación del procedimiento de exclusión previsto en sus Estatutos. En relación con este último punto hay que tener en cuenta que no existe imperativo legal o circunstancia de hecho que exija la asociación a FEBE, siendo ésta voluntaria.

Por tanto, el Tribunal comparte la apreciación de que el Código de Conducta Empresarial objeto del expediente —al referirse a información genérica relativa al marco normativo del sector y no tratar de orientar a las empresas del mismo en su política comercial o favorecer un comportamiento paralelo entre ellas— no constituye una práctica prohibida por el art. 1 LDC, por lo que no requiere la concesión de una autorización en los términos del art. 4 LDC».

En esta misma línea se sitúa la resolución objeto del presente comentario. En ella, el Tribunal de Defensa de la Competencia concede una autorización singular para un Código de autorregulación de la publicidad de los productos del tabaco. Y es singularmente importante —bajo mi punto de vista— la frase con la que el Tribunal cierra su resolución: la autorización —según el Tribunal— «constituye únicamente una habilitación para extender las limitaciones publicitarias más allá de las fijadas con carácter mínimo por la normativa vigente». De donde se desprende que la autorización singular no hubiese sido precisa si el Código se limitara a reproducir limitaciones o prohibiciones ya existentes en la normativa vigente.

Así pues, no existe colusión en la aprobación de un Código de Conducta que reproduzca limitaciones o prohibiciones que ya resultarían aplicables a las empresas adheridas por aplicación de la normativa vigente¹⁰. Este tipo de Códigos, por consiguiente, no requerirán la autorización singular del Tribunal de Defensa de la Competencia. Sucede todo lo contrario, en cambio, con todos aquellos Códigos deontológicos en los que, o bien se prohíbe con carácter general la publicidad de las empresas adheridas, o bien se prohíben para éstas ciertos comportamientos o ciertas modalidades publicitarias que resultarían lícitas y admisibles por aplicación de la normativa vigente. En ambos casos existiría un acuerdo res-

¹⁰ Bajo nuestro punto de vista, no cabe dudar de la utilidad de un Código de Conducta que, pese a limitarse a reproducir normas legales en vigor, tiende a instaurar un rápido sistema de resolución extrajudicial de las controversias que se deriven de la infracción de aquéllas. Debe tenerse presente, a este respecto, que los mecanismos de resolución extrajudicial de controversias constituyen uno de los ejes básicos sobre los que pivota la actual política de protección de los consumidores en Europa. Así, en las conclusiones aprobadas por el Consejo de consumidores celebrado el 25 de noviembre de 1996, se destacó que el deseo de aumentar la confianza de los consumidores en el funcionamiento del mercado interior y su capacidad para beneficiarse de las posibilidades que éste les ofrece incluye la posibilidad de que los consumidores puedan resolver sus litigios de forma eficaz y adecuada por la vía de procedimientos extrajudiciales u otros procedimientos comparables. En esta misma línea, el Parlamento europeo destacó —en su resolución de 14 de noviembre de 1996— que es necesario que los procedimientos extrajudiciales de resolución de controversias en materia de consumo cumplan unos criterios mínimos que garanticen la imparcialidad del órgano, la eficacia del procedimiento y la publicidad y la transparencia de la actuación. En esta misma resolución se invitaba a la Comisión a elaborar sus propuestas en la materia. Y acogiendo esta invitación, la Comisión elaboró una recomendación relativa a los principios aplicables a los órganos responsables de la solución extrajudicial de los litigios en materia de consumo (*DOCE*, núm. L 115/31, de 17 de abril de 1998).

trictivo de la competencia¹¹ cuya puesta en práctica exigiría la oportuna autorización singular¹². Ésta es la conclusión que alcanzó el Tribunal de Defensa de la Competencia —para la primera de las dos hipótesis que hemos trazado— en su resolución de 11 de octubre de 2001¹³. Y para el segundo de aquellos dos supuestos, resulta ilustrativa la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas de 28 de marzo de 2001¹⁴. Se analizaba en ella un Código de Conducta aprobado por el Instituto de Agentes Autorizados ante la Oficina Europea de Patentes. En este Código, por lo demás, se prohibía la publicidad comparativa entre los miembros del Instituto. Pues bien, en su sentencia el Tribunal de Primera Instancia concluyó que esta prohibición de la publicidad comparativa vulneraba el art. 85 del Tratado. Y en apoyo de su conclusión ofreció los siguientes argumentos:

«Por lo que respecta a la prohibición de publicidad comparativa propiamente dicha, prevista en el art. 2, letra b) punto 1, del Código de Conducta, procede señalar, ante todo, que la publicidad es un elemento importante de la competencia en un mercado determinado, en cuanto permite apreciar mejor los méritos de cada operador, la calidad de sus prestaciones y sus costes.

¹¹ En un sentido similar, *vid.* MASSAGUER FUENTES, *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*, Madrid, 1999, p. 98. Sostiene este autor que «no son pocas las dudas que, desde la perspectiva del Derecho de defensa de la competencia, podría suscitar un sistema de autocontrol de la publicidad que no fuera una simple reiteración y/o concreción de la legislación aplicable a la particular actividad publicitaria, sino que, bien por el tenor de sus normas —incluso de sus normas más estrictamente deontológicas— o bien (y sobre todo) por la aplicación que de ellas se haga y de la eficacia que las correspondientes resoluciones pudieran tener para sus asociados, orientara la conducta de los destinatarios hacia sólo alguna de las posibilidades de actuación legalmente permitidas en detrimento de otras igualmente lícitas, o, aún más, que acabara por impedir o limitar actuaciones conformes con el Derecho positivo contra la competencia desleal».

¹² No obstante, también debería examinarse si el Código de Conducta y las restricciones que en él se contemplan poseen la importancia cuantitativa y cualitativa suficiente para justificar su análisis por las autoridades de defensa de la competencia. En caso contrario, podría invocarse en su favor la regla *de minimis* que acoge el art. 1.3 de la Ley de Defensa de la Competencia, según el cual «los órganos de defensa de la competencia podrán decidir no iniciar o sobreeser 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».

¹³ En esta resolución, el Tribunal de Defensa de la Competencia estimó que infringía el art. 1 de la Ley de Defensa de la Competencia el Código de Publicidad aprobado por el Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, en la medida en que prácticamente prohibía la publicidad a sus colegiados. Sostuvo el Tribunal que «ha de considerarse el importante papel que la publicidad juega en el mercado de bienes y servicios, al reducir el coste de información para consumidores y usuarios, enterando a éstos por la existencia de los diversos oferentes y de las singularidades de sus distintas ofertas, tanto por lo que se refiere a los precios como en lo relativo a las diversas características de los bienes y servicios ofrecidos. Este trascendental papel informativo de la publicidad incide de forma directa en la competencia, que se ve negativamente afectada cuando se cercena su ejercicio. Lo cual sucede en los mercados de cualesquiera bienes y servicios y, desde luego, en el de los servicios profesionales prestados por los abogados. Impedir o dificultar el desarrollo de la publicidad a los operadores económicos, impide o dificulta la competencia entre ellos, lo cual atenta de modo directo al orden público económico del cual la competencia es pieza clave en una economía de mercado». En un sentido similar, *vid.* la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 5 de octubre de 2000, Expte. 471/99, Odontólogos Córdoba.

¹⁴ Para un reciente comentario de esta sentencia, *vid.* SUÑOL LUCEA, «Aplicación de las normas sobre competencia a la actividad de los profesionales liberales», *ADI*, núm. 22, 2001, pp. 635 ss.

Ejercida en condiciones leales y conforme a modalidades adecuadas, la publicidad comparativa permite, asimismo, aumentar la información de los usuarios y contribuir de este modo a la elección del agente autorizado al que pueden dirigirse en el conjunto de la Comunidad. En consecuencia, la prohibición pura y simple de la publicidad comparativa limita las posibilidades de los agentes más eficaces de desarrollar sus servicios. Ello tiene como efecto, en especial, cristalizar la clientela de cada agente autorizado en el interior de un mercado nacional. Así pues, la Comisión dedujo correctamente en su Decisión los efectos beneficiosos para la competencia de una publicidad comparativa leal y adecuada y las restricciones de la competencia que implica, por el contrario, la prohibición de toda forma de este tipo de publicidad».

En el Derecho contra la competencia desleal, no obstante, es frecuente el recurso a normas de carácter abierto. El ejemplo más nítido de este tipo de normas lo encontramos en las cláusulas generales que recogen el art. 5 de la Ley de Competencia Desleal y el art. 6.b) de la Ley General de Publicidad; lejos de prohibir un determinado comportamiento o una concreta modalidad publicitaria, aquellas normas se apoyan en conceptos jurídicos indeterminados como la buena fe objetiva o las normas de corrección y los buenos usos mercantiles, para así permitir su aplicación a conductas que, pese a no haber sido objeto de una tipificación expresa, merezcan un reproche de deslealtad. Y junto a aquellas cláusulas generales, otros preceptos de la Ley General de Publicidad o de la Ley de Competencia Desleal se apoyan también en conceptos indeterminados como el riesgo de confusión o el riesgo de engaño, lo que les ha valido su calificación como «pequeñas cláusulas generales»¹⁵.

Pues bien, no son pocas las ocasiones en las que los Códigos de Conducta aspiran a cumplir una *función didáctica*; merced a la tipificación de conductas no contempladas expresamente por la normativa vigente, los Códigos de Conducta aspiran a veces a concretar aquellas cláusulas generales, dotando así a los operadores económicos de un mayor grado de certeza y seguridad jurídica. Podríamos decir, en definitiva, que los Códigos de Conducta se mueven a menudo en una zona gris¹⁶; sin llegar a restringir conductas lícitas, sí concretan y precisan el alcance de las cláusulas generales existentes en el ordenamiento, gracias a la regulación de conductas que no habían alcanzado una tipificación expresa.

Bajo mi punto de vista, la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 10 de noviembre de 2000 constituye un adecuado punto de partida para el análisis *antitrust* de este tipo de Códigos. En este caso, se sometía al Tribunal de Defensa de la Competencia el Código sobre publicidad de bebidas alcohólicas elaborado por la Federación Española de Bebidas Espirituosas (FEBE). Sostenía FEBE, por lo demás,

¹⁵ Esta terminología, propia de la doctrina y de la jurisprudencia alemanas, fue introducida en España por FERNÁNDEZ NÓVOA, *Estudios de Derecho de la Publicidad*, Santiago de Compostela, 1989, p. 70.

¹⁶ De *grau Zone* se habla en la doctrina alemana. *Vid.*, en este sentido, HELLMANN, *op. cit.*, §24, Anm. 28.

que el Código no precisaba una autorización singular, toda vez que se limitaba a reproducir las normas de publicidad de bebidas alcohólicas o a especificar las cláusulas generales. Y para el caso de que no fuese ésta la apreciación del Tribunal, solicitaba también que el Código fuese objeto de una autorización singular.

En su resolución, el Tribunal de Defensa de la Competencia concedió la autorización. Y estimó que ésta era precisa en la medida en que el Código encerraba un acuerdo restrictivo de la competencia en el sentido del art. 1 de la Ley de Defensa de la Competencia. Según sostuvo el Tribunal,

«el código de autocontrol publicitario obtenido mediante acuerdo de los miembros de FEBE va más allá de una simple recopilación de las normas legales internacionales, comunitarias, estatales y autonómicas sobre la materia, pues consiste, en realidad, en una síntesis de tales normas que impone condiciones uniformes a todas las empresas asociadas, sin las diferencias de regulación legalmente existentes según las diferentes Comunidades Autónomas. Al acordar el código de autorregulación, las empresas renuncian a grados de libertad de que antes disponían para su estrategia comercial en función de las mencionadas diferencias e incurrir en una restricción de la competencia prohibida por el mencionado art. 1»¹⁷.

Bajo una lectura directa, la tesis que sostiene el Tribunal de Defensa de la Competencia podría llevarnos a concluir que precisan de una autorización singular todos aquellos Códigos de Conducta que «vayan más allá de una simple recopilación de las normas legales» aplicables, incluso cuando sólo se pretendiese con ellos concretar y precisar el alcance de cláusulas generales.

Entiendo, sin embargo, que existen dos supuestos en los que esta tesis no debería ser aceptada. Así, no exigiría una autorización singular aquel Código de Conducta en el que se compilasen los principales grupos de casos elaborados por la jurisprudencia al hilo de la aplicación de las cláusulas generales. Y bajo mi punto de vista, tampoco precisarían una autorización singular aquellos Códigos de Conducta que limiten o restrinjan conductas que constituyen, de forma evidente, simples ejemplos o manifestaciones particulares de otras conductas legalmente tipificadas.

Debe tenerse presente, a este respecto, que la aplicación de las cláusulas generales por la jurisprudencia permite la construcción de grupos de casos cuyas características homogéneas permiten un juicio unívoco.

¹⁷ Esta misma tesis, aunque no se expresa de forma tan clara, es la que subyace tras la resolución objeto del presente comentario. En ella, el Tribunal de Defensa de la Competencia subraya que, una vez examinado el texto del Código sobre autorregulación publicitaria de la Asociación Española del Tabaco, «se considera que el mismo constituye un acuerdo entre empresas competidoras que, al establecer unas limitaciones a la política comercial individual en lo que a la publicidad y promoción de sus productos se refiere, se encuentra incurso en las prohibiciones establecidas por el art. 1 de la Ley 16/1989, por lo que de no ser autorizado podría ser considerado como una infracción a dicho precepto».

De suerte que se despejan las dudas en torno a la licitud o ilicitud de supuestos de hecho que no habían sido objeto de una tipificación expresa, merced a su inclusión en un grupo de casos que venían siendo objeto de un enjuiciamiento uniforme por parte de la jurisprudencia.

Pues bien, no son pocas las ocasiones en las que las normas de conducta codifican los grupos de casos previamente construidos por la jurisprudencia al aplicar las correspondientes cláusulas generales. Y no parece que estas normas de conducta puedan considerarse restrictivas de la competencia, toda vez que restringen conductas, prácticas o comportamientos que, con toda seguridad, merecerían un reproche de ilicitud si se analizasen a la luz de aquellas cláusulas generales.

Lo mismo sucede —en segundo lugar— con aquellas normas de conducta que restringen comportamientos que, aunque no han sido expresamente tipificados ni son reconducibles a un grupo de casos previamente construido por la jurisprudencia, pueden ser encajados, sin mayores dificultades, en alguna de las cláusulas generales que recoge nuestro ordenamiento. Piénsese, por ejemplo, en la norma que recoge el art. 16 del Código de Conducta Publicitaria de la Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial (Autocontrol). Según este precepto, «no se podrán ofrecer productos o servicios que no puedan suministrarse o prestarse a no ser que se exprese en el anuncio el momento o plazo de entrega o prestación». Bajo nuestro punto de vista, no cabe duda de que la difusión de una oferta vacía encajaría a la perfección en la prohibición del engaño publicitario que recoge el art. 4 de la Ley General de Publicidad. Y al ser éste un juicio claramente previsible, no parece que su codificación a través de una norma de conducta sea apta para restringir la competencia¹⁸.

3. LA AUTORIZACIÓN SINGULAR DE CÓDIGOS DE CONDUCTA

Fuera de los casos que hasta aquí hemos expuesto, deben ser objeto de autorización singular todos aquellos Códigos de Conducta que restrinjan o eliminen comportamientos que, a la luz del ordenamiento vigente, serían considerados lícitos. La autorización singular de estos Códigos, así pues, quedará sometida a los requisitos y presupuestos que enumera el art. 3 de la Ley de Defensa de la Competencia. De forma que se podrán autorizar aquellos Códigos que contribuyan a mejorar la producción o la comercialización de bienes y servicios, o a promover el progreso

¹⁸ Se podrían alcanzar idénticas conclusiones —por ejemplo— en relación con la norma 3.3 del mismo Código de Conducta Publicitaria de Autocontrol. Se establece en ella que «cuando un anuncio contenga un mensaje claramente destacado en el sentido del párrafo anterior, el anunciante deberá adoptar las medidas necesarias para que las restantes partes del anuncio sean claramente comprensibles y no introduzcan ni modificaciones ni limitaciones relevantes del mensaje principal». No parecen necesarios muchos argumentos para justificar que esta norma sanciona, en realidad, un ejemplo específico y particular de publicidad engañosa.

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.

Así pues, deberán analizarse —en primer término— los objetivos perseguidos con el Código de Conducta sometido a autorización singular. De suerte que pueden ser autorizados todos aquellos Códigos de Conducta que persigan objetivos de interés público, tales como la protección de la salud, la protección de los menores¹⁹, o incluso la protección de la lealtad en la competencia²⁰.

Entiendo, por lo demás, que esta primera fase del análisis exige, ante todo, el estudio del contenido de las normas de conducta sometidas a autorización singular. Pero impone también —por otro lado— el análisis de los mecanismos de control previstos para su cumplimiento²¹. Desde esta perspectiva, no cabe duda de que merecen un juicio más favorable aquellos Códigos de Conducta cuya aplicación se encomienda a un órgano externo²² de carácter independiente²³ que se rige procedimientos regla-

¹⁹ Tanto la protección de la salud como la protección de los menores fueron los dos objetivos que el Tribunal de Defensa de la Competencia consideró admisibles al autorizar —en la resolución objeto de este Comentario— el Código de autorregulación publicitaria de la Asociación Española del Tabaco. Así, en la resolución de 19 de diciembre de 2002 se destaca que el Código, «si bien contiene limitaciones a la autonomía de la política comercial de las empresas asociadas, esas limitaciones tienen por objeto proteger un interés general relacionado con el consumo de tabaco, fundamentalmente por menores. En este sentido, es de aplicación contenida en la resolución 274/00 de este Tribunal que, al resolver un expediente de autorización singular para un Código de autorregulación de la publicidad acordado en el seno de una asociación de fabricantes de bebidas alcohólicas, similar al que ahora se examina, declaró que el acuerdo de limitar la publicidad para proteger la salud y la abstención de los menores hace partícipes de sus beneficios no sólo a los consumidores, sino también al resto de los ciudadanos».

²⁰ Bajo mi punto de vista, no cabe duda de que superaría esta primera fase del análisis aquel Código de Conducta que persiguiese la protección y tutela de la lealtad en la competencia. En apoyo de esta conclusión podría citarse el §24 de la *GWB* alemana, que precisamente contempla la posibilidad de que sean reconocidos por las autoridades de defensa de la competencia aquellos Códigos de Conducta que pretendan evitar comportamientos que contradigan los fundamentos de una competencia de prestaciones leal y que tiendan a fomentar comportamientos compatibles con estos principios.

²¹ En un sentido similar, *vid.* PRTOFSKI, «Self Regulation and Antitrust», *Anuario de la Competencia*, 1998, pp. 594 ss.

²² Bajo el término «órgano externo» incluimos todos aquellos órganos de control de los que forman parte personas independientes y sin relación con las empresas adheridas al sistema.

²³ En este sentido, también puede ser importante la eventual integración del órgano de control en la red EJE, red europea de órganos de resolución extrajudicial de controversias. En la medida en que la integración en esta red sólo es posible tras un riguroso examen del cumplimiento de los principios que enuncia la Recomendación de la Comisión Europea de 17 de abril de 1998 (relativa a los principios aplicables a los órganos responsables de la solución extrajudicial de los litigios en materia de consumo), la integración en la red EJE asegura la neutralidad competitiva de las decisiones adoptadas por el órgano de control.

dos en los que se garantizan adecuadamente los derechos de audiencia y defensa de las partes implicadas²⁴.

De igual modo, las normas de conducta deben ser proporcionadas respecto de los objetivos que se dicen perseguir, de forma que «no impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para la consecución de aquellos objetivos». Y, por otra parte, tampoco pueden permitir la eliminación de la competencia respecto de una parte de los productos o servicios contemplados.

Por regla general, esta última fase del análisis, al igual que la anterior, implica el estudio del contenido de las normas de conducta, de suerte que se comprobará si éstas son aptas para alcanzar los fines perseguidos y si éstos podían ser alcanzados a través de normas que supusiesen una menor restricción de la competencia. Entiendo, sin embargo, que el análisis se debe extender también a las características del sistema de auto-disciplina. En particular, debe atenderse al carácter sectorial o intersectorial del sistema y al tipo de medidas de control que se adoptan en su seno.

En este sentido, no cabe duda de que los eventuales efectos restrictivos de la competencia son menores en un sistema intersectorial que acoja a distintos grupos profesionales que actúen en diversos sectores del mercado, por lo que estos sistemas deben ser objeto de un análisis más flexible que aquellos otros sectoriales que agrupan a empresas pertenecientes a un único sector²⁵.

Por otro lado, tampoco debe restarse importancia a las medidas de control que se adopten en el seno del sistema. Parece indudable que un sistema en el que se adopten medidas coercitivas puede, *prima facie*, generar mayores restricciones que otros sistemas donde las medidas de control no tengan este carácter. Se comprende así que deban ser objeto de un análisis menos riguroso aquellos sistemas donde no estén previstas medidas coercitivas frente a las empresas que incumplan el Código de Conducta sujeto a autorización singular.

²⁴ Así lo ha entendido el Tribunal de Defensa de la Competencia en la resolución objeto del presente comentario, en la que se subraya —en favor de la autorización del Código de Conducta objeto de análisis— que «los procedimientos de control de las limitaciones derivadas del acuerdo que se somete a autorización [...] parecen en principio adecuados para garantizar la transparencia e imparcialidad necesarias para su correcto funcionamiento, sin perjuicio de los derechos que, en cada caso, correspondan a las empresas asociadas».

²⁵ No obstante, también debe tenerse presente que los Códigos de Conducta sectoriales, en ocasiones, pueden integrarse en sistemas centralizados o intersectoriales de autodisciplina. Así sucede, al menos, con ciertos Códigos de Conducta publicitaria de carácter sectorial que se han aprobado en España recientemente, cuya aplicación se ha encomendado al Jurado de Autocontrol de la Publicidad. Bajo nuestro punto de vista, este tipo de sistemas merecerían un análisis próximo o similar al que recae sobre los sistemas intersectoriales de autocontrol.

DERECHO COMUNITARIO DE LA COMPETENCIA Y RETRANSMISIONES DEPORTIVAS: PERSPECTIVAS DEL MERCADO TELEVISIVO ANTE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA DE 8 DE OCTUBRE DE 2002

Juan José ÁLVAREZ RUBIO

Catedrático de Derecho Internacional Privado
Universidad del País Vasco

1. LAS RELACIONES ENTRE EL DEPORTE Y LA TELEVISIÓN: INCIDENCIA DEL DERECHO COMUNITARIO

El debate jurídico que subyace tras la resolución judicial ahora comentada¹ demuestra una vez más que las relaciones entre el deporte y la televisión, por un lado, y las cuestiones vinculadas a la política de la competencia, por otro, son objeto particular de la acción normativa de las instituciones europeas². Es una prueba más de que toda actividad (deportiva o de otra índole) con relevancia económica es susceptible de ser examinada bajo el prisma del Derecho comunitario³, y, en particular, demuestra que cuestiones tan relevantes como la retransmisión de acontecimientos deportivos o la cesión de derechos exclusivos de radiodifusión deben ser examinadas conforme a las normas del Derecho comunitario de la competencia, teniendo presentes los diversos mecanismos normativos de ordenación del mercado televisivo: el ámbito de la legislación, la corregulación y la autorregulación⁴.

¹ Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas (Sala 2.^a, ampliada), de 8 de octubre de 2002, asuntos acumulados T-185/00, T-216/00, T-299/00 y T-300/00, respectivamente, M6/Comisión, Antena 3 de Televisión/Comisión, Gestevisión Telecinco/Comisión y SIC/Comisión).

² Sobre el particular, *vid.* el Informe de la Comisión sobre *Evolución y perspectivas de la acción Comunitaria en el Deporte*, de 29 de septiembre de 1998.

³ En tal sentido, I. AGUIRREAZKUNENAGA, «Función social y perspectiva económica del deporte en el marco comunitario. Especial referencia a los casos *Lehtonen* y *Deliège*», *RVAP*, núm. 152, mayo-agosto 2000, p. 109.

⁴ La importancia de estas tres dimensiones en el sector, así como la doble dimensión cultural y económica de los medios de radiodifusión de televisión es destacada en las Conclusiones del Consejo

Todo factor clave en la ordenación del sector y en la configuración de una política audiovisual comunitaria debe basarse en una acción eficaz de las instituciones comunitarias dirigida a ordenar la competencia en dicho mercado ⁵, ya que la *televisión sin fronteras* plantea, desde la perspectiva de la disciplina pública del medio televisivo en Europa, problemas de competencia que se desarrollan en distintos planos: entre sistemas nacionales de televisión, entre el sector público y el privado de televisión, tanto a nivel nacional como comunitario, y entre el conjunto de los medios de comunicación social. No debe olvidarse que la creciente competitividad, enmarcada en las limitaciones del mercado publicitario, reduce las posibilidades de supervivencia a la fusión de los medios y de sus objetivos, y ello refuerza la importancia de una adecuada y precisa proyección de la política de competencia sobre este sector televisivo.

Debe tenerse en cuenta además que los derechos de retransmisión en exclusiva son un factor clave de cara al dominio del mercado televisivo, y cualquier empresa que adquiera una posición dominante en el sector podrá finalmente controlar prácticamente el conjunto del mercado, y, por tanto, conducir a una limitación de la libre competencia contraria a las previsiones del Tratado.

Tal y como destaca el *Cuarto Informe de la Comisión relativo a la aplicación de la Directiva 89/552/CEE «Televisión sin fronteras»* ⁶, es preciso atender además a la necesidad de adaptar el marco regulador del sector a la evolución de los mercados y de las tecnologías, y lograr proponer al legislador comunitario medidas más adecuadas para reforzar la política audiovisual europea, teniendo en cuenta el objetivo de crear un entorno favorable a la competencia y orientado hacia el crecimiento para el desarrollo del sector audiovisual. El citado Informe pone el acento en la necesaria coordinación de los intereses privados y públicos en presencia ⁷, y prevé un programa de trabajo futuro orientado a garantizar la plena operatividad y aplicación directa de las disposiciones del Tratado, y, en particular, las cuatro libertades derivadas del Derecho comunitario primario, así como a potenciar la coordinación entre la política audiovisual europea y las restantes políticas comunitarias (en particular, el Informe subraya la política de competencia, la política en materia de propiedad intelectual y la de protección de los consumidores, entre otras).

En este contexto, el principal pronunciamiento de la resolución judicial comentada se concreta en la valoración de que las normas que regulan la adquisición por terceros de los derechos de televisión de aconteci-

de 19 de diciembre de 2002 sobre la Directiva «Televisión sin fronteras» (2003/C 13/01, DOCE de 18 de enero de 2003).

⁵ Reflexión que fundamenta con criterios jurídicos y económicos C. GAY FUENTES, *La Televisión ante el Derecho Internacional y Comunitario*, Madrid, 1994, pp. 249 ss.

⁶ Documento de fecha 6 de enero de 2003, COM (2002), 778 final.

⁷ Sobre el particular, *vid.*, entre otros, las obras colectivas *Television and the public interest*, London, 1992, y *El Espacio televisivo Europeo a partir de la Directiva 89/552 de las Comunidades Europeas*, Valencia, 1992.

mientos deportivos en el marco de Eurovisión provocan restricciones de la competencia contrarias a las disposiciones del Derecho comunitario. A juicio del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas (en adelante, TPI), la Comisión cometió un error de apreciación al llegar a la conclusión de que, incluso en un mercado limitado a algunos grandes acontecimientos deportivos internacionales, el régimen de sublicencias establecido por la *Unión Europea de Radiotelevisión* (en adelante, UER) garantiza el acceso a los derechos de Eurovisión de terceros que compitan con sus miembros.

Cuatro sociedades propietarias de cadenas de televisión de cobertura nacional difundidas en abierto —la cadena francesa *Métropole télévision* («M6»), las sociedades españolas *Antena 3 de Televisión, s. A.*, y *Gestevisión Telecinco, s. A.*, y la sociedad portuguesa *Sociedade Independente de Comunicação* («SIC») — impugnaron las normas que regulan la adquisición en común de los derechos de televisión de acontecimientos deportivos, el intercambio de la señal de programas deportivos en el marco de Eurovisión y el acceso contractual de terceros a dicho sistema, al considerar que provoca importantes restricciones de la competencia. Más específicamente, las cuatro demandas se centraban en el régimen de sublicencias que regula el acceso al sistema de Eurovisión por parte de terceros que emiten en abierto.

El TPI considera, en esencia, que el régimen de sublicencias no garantiza a los competidores un acceso suficiente a los derechos de retransmisión de acontecimientos deportivos de que disponen los miembros de la UER gracias a su participación en el sistema de compra conjunta, y por ello la exención concedida para dicho régimen mediante la decisión de la Comisión de 10 de mayo de 2000⁸ debe anularse.

Las empresas demandantes consideraban que dicho régimen, tanto por las normas que establece como por el modo en que se aplica, no permite a los competidores de los miembros de la UER obtener sublicencias para la difusión en directo de los derechos de Eurovisión, ya que en realidad sólo otorga la facultad de transmitir resúmenes de las competiciones y además con unos requisitos muy restrictivos.

La *traducción* mediática de este pronunciamiento judicial pone el acento en que el TPI ha fallado contra la Comisión Europea y a favor de cuatro canales privados de televisión, frente al visto bueno que desde esa institución comunitaria se dio al sistema de reparto de contenidos televisivos de la UER, que agrupa a las televisiones públicas. Los grupos privados demandantes entendían que la UER ejerce *de facto* un monopolio y dificulta la competencia en el acceso a diversos contenidos, tanto deportivos como culturales. Sin perjuicio de una eventual decisión del TJCE en vía de recurso, la UER debería en principio iniciar los cauces técnicos y procedimentales necesarios para abrir realmente sus contenidos a los canales privados, ya que la Sentencia se encuadra en una serie de reso-

⁸ DOCE, núm. L 151, pp. 18 ss., de 24 de junio de 2000.

luciones judiciales que favorecen el fortalecimiento de la competencia en la televisión en abierto y clarifica el panorama competencial en un mercado con notas ciertamente peculiares, que a continuación serán esbozadas.

Debe tenerse en cuenta que aspectos como la duración de un eventual acuerdo de cesión exclusiva de derechos de radiodifusión, el propio alcance de dicha exclusividad y la posición de las empresas en ese mercado deben tomarse en consideración al valorar la adecuación al Derecho comunitario de acuerdos como los que integran el marco contractual objeto del litigio ahora comentado. La venta en común de derechos de radiodifusión puede reducir el número de derechos individuales a disposición de los organismos de radiodifusión en el mercado, puede afectar al propio funcionamiento del mercado, y, por tanto, cada situación competitiva debe evaluarse con todos sus elementos: la posición de los potenciales compradores en el mercado, la duración y la cantidad de derechos exclusivos adquiridos y los efectos sobre la competencia que se deriven de la materialización de dichos acuerdos. En principio, los contratos de exclusiva no son en sí mismos contrarios al Derecho de la competencia⁹, en cuanto forma apropiada para garantizar el valor del programa, tanto para el operador de televisión que lo distribuye como para el propietario de los derechos de retransmisión, pero esos derechos exclusivos pueden llegar a limitar el derecho de acceso a la información de los telespectadores, o bloquear un determinado mercado si el acuerdo limita el acceso de terceras empresas a esos derechos de forma absoluta y/o durante demasiado tiempo.

2. LA UNIÓN EUROPEA DE RADIOTELEVISIÓN (UER): REGIMEN DE ACCESO AL SISTEMA DE EUROVISIÓN

La UER se configura como una asociación profesional que agrupa a organismos de radio y televisión sin fines comerciales, creada en 1950 y con sede en Ginebra. El art. 2 de sus estatutos, conforme a la versión modificada el 3 de julio de 1992, señala que sus objetivos son representar los intereses de sus miembros en materia de programas y en los ámbitos jurídico y técnico, entre otros, y en particular fomentar el intercambio de programas de radio y televisión por todos los medios, así como cualquier otra forma de cooperación entre sus miembros y con los demás organismos de radiodifusión o sus agrupaciones, y asistir a sus miembros activos en negociaciones de cualquier tipo o negociar a instancia y por cuenta de éstos¹⁰.

⁹ En tal sentido, A. PÉREZ GÓMEZ, «Retransmisiones deportivas y Derecho comunitario de la competencia», Comunicación presentada al *Seminario sobre Régimen Jurídico del Audiovisual*, Barcelona, 1998.

¹⁰ Sobre el origen y principios rectores de la UER, *vid.* S. COURTEIX, *Télévisions sans frontières. Un problème de coopération internationale*, Paris, 1975, pp. 103-117 y 150-162.

Eurovision constituye el marco principal de los intercambios de programas entre los miembros activos de la UER. Existe desde 1954 e integra una parte esencial de los objetivos de la UER. Según el art. 3.6 de los estatutos de la UER, Eurovisión es un sistema de intercambio de programas de televisión organizado y coordinado por la UER, basado en el compromiso de los miembros de ofrecerse mutuamente, a título de reciprocidad, la cobertura de los acontecimientos deportivos y culturales que se desarrollen en su respectivo territorio nacional, en la medida en que puedan interesar a los restantes miembros de Eurovisión, permitiendo de este modo garantizar mutuamente un servicio de gran calidad a sus respectivas audiencias nacionales. Todos los miembros activos de la UER pueden participar en un sistema de adquisición conjunta y reparto de los derechos televisivos (y de los correspondientes gastos) relativos a acontecimientos deportivos internacionales, denominados «derechos de Eurovisión».

Para convertirse en miembro activo, el organismo de radiodifusión debe cumplir ciertos requisitos relativos al nivel de cobertura del territorio nacional y a la naturaleza y a la financiación de la programación. Hasta el 1 de marzo de 1988, los servicios de la UER y de Eurovisión estaban reservados exclusivamente a sus miembros. Sin embargo, al revisarse los estatutos de la UER en 1988 se añadió al art. 3 un nuevo apartado que prevé un acceso contractual a Eurovisión tanto para los miembros asociados como para quienes no son miembros de la UER. Actualmente está integrada por setenta y siete miembros activos, pertenecientes a cuarenta y siete países situados en la zona europea de radiodifusión, la mayor parte de los cuales son organismos dependientes del sector público o encargados de un servicio público. No obstante, durante la segunda mitad de los años ochenta, que estuvieron marcados por el desarrollo de las empresas de radiodifusión y de televisión con predominio comercial, la UER admitió o mantuvo en su seno, en calidad de miembros activos, a entidades privadas de televisión, como las sociedades francesas *Canal Plus* y *TF1*.

Los Estatutos de la UER fueron modificados en 1988 con la finalidad de subrayar la obligación que tienen sus miembros de cumplir una misión específica de interés público, a la que están sujetos por su legislación y/o por la práctica nacional, y que les caracteriza como un grupo particular de radiodifusores con obligaciones e intereses comunes.

Según la nueva versión del apartado 2 del art. 3, los miembros de la UER pueden ser de dos categorías: miembros activos y miembros asociados. Pueden ser miembros activos de la UER los organismos de radiodifusión, o agrupaciones de éstos, de un país situado en la zona europea de radiodifusión, que, con autorización de las autoridades competentes, presten un servicio de radiodifusión de carácter e importancia nacional y que, además, prueben que reúnen tres requisitos acumulativos: dar servicio a toda la población nacional o al menos a una parte sustancial de la misma, ofrecer una programación variada y equilibrada para todas las

categorías de la población, y producir ellos mismos, o encargar y controlar por sí solos, una parte importante de su programación.

En el litigio ahora resuelto, esas cuatro cadenas de televisión de cobertura nacional difundidas en abierto habían impugnado las normas que regulan la adquisición en común de los derechos de televisión de acontecimientos deportivos, el intercambio de la señal de programas deportivos en el marco de Eurovisión y el acceso contractual de terceros a dicho sistema, por considerar que provoca importantes restricciones de la competencia. Más específicamente, las cuatro demandas se centraban en el régimen de sublicencias que regula el acceso al sistema de Eurovisión de terceros que emitan en abierto.

Según las referidas normas, el acceso contractual de los terceros a los derechos televisivos adquiridos por los miembros de la UER, en virtud de acuerdos sobre los programas deportivos celebrados en el marco de Eurovisión, así como la cobertura de tales acontecimientos deportivos, se lleva a cabo mediante un sistema por el que la UER o sus miembros conceden sublicencias que permiten a los no miembros completar sus propios programas deportivos en la medida en que no hayan adquirido ellos mismos en el mercado los derechos de retransmisión. Según el denominado *principio de embargo*, los no miembros únicamente pueden adquirir, en principio, el derecho a la retransmisión en diferido.

Tal y como señala la propia decisión del TPI, es preciso atender a la posición de la UER en el mercado objeto del litigio, que sigue siendo fuerte, sobre todo en el contexto de adquisición de los derechos sobre acontecimientos deportivos internacionales importantes de especial interés para los telespectadores europeos. Pese a la competencia que en teoría proviene de los grandes grupos multimedia europeos y de los intermediarios internacionales, la UER conserva todavía una posición inmejorable, al tratarse de un solo interlocutor que garantiza a los organizadores la máxima audiencia posible en Europa.

Otro factor clave deriva del grado de integración vertical de la UER y de sus miembros, que no sólo son compradores de derechos, sino que operan lógicamente como cadenas de televisión que retransmiten los derechos adquiridos, junto al dato ya expuesto del ámbito geográfico de la UER, cuyos miembros emiten en todos los países de la UE: gráficamente puede decirse que cuando la UER adquiere los derechos de retransmisión de un acontecimiento deportivo internacional, en principio todas las cadenas que no son miembros de la UER pierden *de facto* el acceso a dicho acontecimiento.

3. LA DECISIÓN DE LA COMISIÓN DE 10 DE MAYO DE 2000: PRECEDENTES JURISPRUDENCIALES Y PARÁMETROS DE COMPATIBILIDAD CON EL DERECHO COMUNITARIO

Con anterioridad a la resolución judicial ahora comentada, y sin descender ahora de manera exhaustiva a cada uno de los litigios anteriores,

cabe afirmar que se aprecia ya en la orientación de la instancia judicial comunitaria la existencia de serias dudas sobre si el sistema establecido por la UER permite realmente un acceso en condiciones competitivas a las imágenes de Eurovisión por parte de los organismos de televisión no miembros de tal asociación y, en general, el acceso al mercado de derechos de retransmisión de eventos que atraen a un importante número de espectadores, como es el caso de los acontecimientos deportivos internacionales.

Como precedente adicional de interés en relación a la demanda ahora resuelta cabe citar que ya en 1987, y como consecuencia de una denuncia presentada por la sociedad *Screensport*, la Comisión Europea inició una investigación sobre la compatibilidad con el actual art. 81 del Tratado (anterior art. 85) de las normas que regulan el sistema de Eurovisión de compra conjunta y reparto de los derechos televisivos para acontecimientos deportivos. En particular, la denuncia se refería a la negativa de la UER y de sus miembros a conceder sublicencias para acontecimientos deportivos. El 12 de diciembre de 1988 la Comisión envió a la UER un pliego de cargos relativo a las normas que regían la adquisición y la utilización en el marco del sistema Eurovisión de los derechos televisivos para acontecimientos deportivos. La Comisión se declaraba dispuesta a conceder una exención en favor de dichas normas, siempre y cuando se estableciera la obligación de conceder sublicencias a los no miembros sobre una parte importante de los referidos derechos, y en condiciones razonables. El 3 de abril de 1989, la UER notificó a la Comisión sus disposiciones estatutarias y otras normas que regulaban la adquisición de los derechos televisivos para acontecimientos deportivos, el intercambio de programas deportivos en el marco de Eurovisión y el acceso contractual de terceros a dichos programas, con el propósito de obtener una declaración negativa o, en su defecto, una exención con arreglo al art. 81.3 del Tratado.

Después de que la UER modificara las normas que permitían obtener sublicencias para los programas de que se trata («régimen de acceso de los no miembros de la UER de 1993»), la Comisión adoptó el 11 de junio de 1993 la Decisión 93/403/CEE, relativa a un procedimiento de aplicación del art. 81 del Tratado CEE ¹¹, en virtud de la cual se concedió una exención con arreglo al apartado 3 del citado precepto. Dicha Decisión fue anulada mediante Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 11 de julio de 1996, *Métropole télévision y otros/Comisión* (asuntos acumulados T-528/93, T-542/93, T-543/93 y T-546/93, *Rec.*, p. II-649).

Posteriormente, a instancias de la Comisión, la UER adoptó y presentó a dicha institución, el 26 de marzo de 1999, una serie de normas que permitían el acceso a los derechos de Eurovisión explotados en cadenas de televisión de pago («normas de concesión de sublicencias de 1999 referentes a la explotación de los derechos de Eurovisión en cadenas de televisión de pago, de 26 de marzo de 1999»).

¹¹ IV/32.150-UER/Sistema Eurovisión, *DOCE*, núm. L 179, p. 23.

El 10 de mayo de 2000, la Comisión adoptó la ya citada Decisión 2000/400/CE, relativa a un procedimiento con arreglo al art. 81 del Tratado¹², por la que concedió una nueva exención con arreglo al apartado 3 del mencionado artículo, Decisión impugnada en las demandas acumuladas de las que trae causa la Sentencia del TPI de 8 de octubre de 2002 objeto del presente comentario.

En el art. 1 de la Decisión impugnada, y con arreglo a lo dispuesto en el art. 81.3 del Tratado, la Comisión declaraba las disposiciones del apartado 1 de dicho artículo inaplicables, en el período comprendido entre el 26 de febrero de 1993 y el 31 de diciembre de 2005, los acuerdos notificados referentes a:

- a) la adquisición conjunta de derechos de televisión sobre programas deportivos;
- b) el hecho de compartir los derechos de televisión sobre programas deportivos adquiridos conjuntamente;
- c) el intercambio de la señal de televisión correspondiente a acontecimientos deportivos;
- d) el régimen de sublicencias de 1993, y
- e) las normas sobre concesión de sublicencias de 1999.

El régimen de sublicencias de 1993 y las normas sobre concesión de sublicencias de 1999 constituían, por tanto, el régimen de acceso de terceros al sistema de Eurovisión. En lo relativo al régimen de sublicencias de 1993, la Decisión impugnada indica que la UER y sus miembros se comprometen a conceder a los organismos de radiodifusión que no sean miembros un amplio acceso a los programas deportivos de Eurovisión cuyos derechos hayan adquirido en exclusividad mediante negociación colectiva. Los no miembros de la UER tienen en principio acceso a ciertos derechos no explotados, es decir, a la retransmisión de acontecimientos deportivos que no vayan a ser retransmitidos por un miembro de la UER o de los que sólo se retransmita una mínima parte. Las condiciones de acceso se negocian libremente entre la UER (para las cadenas supranacionales) o el miembro o miembros del país interesado (para las cadenas nacionales) y el no miembro (apartado 28 de la Decisión impugnada).

En lo que respecta a las normas sobre concesión de sublicencias de 1999, la Decisión impugnada precisa que un no miembro de la UER puede adquirir derechos de televisión con el fin de retransmitir en su cadena de pago competiciones idénticas o comparables a las ofrecidas por los miembros de Eurovisión en sus propias cadenas de pago. El canon exigido a los no miembros debe reflejar equitativamente las condiciones en que el miembro de Eurovisión obtuvo los derechos [anexo II, punto iii), de la Decisión impugnada].

La Declaración de exención formulada en el art. 1 de la Decisión impugnada estaba sujeta a una condición y a una obligación: la condición

¹² Asunto IV/32.150-Eurovisión, *DOCE*, núm. L 151, pp. 18 ss.

era que la UER y sus miembros sólo adquirieran conjuntamente derechos de televisión sobre acontecimientos deportivos mediante acuerdos que permitan el acceso de los no miembros con arreglo al régimen de sublicencias de 1993 y a las normas sobre concesión de sublicencias de 1999 o, previa aprobación de la UER, en condiciones más favorables para los no miembros, y la obligación impuesta a la UER consistía en informar a la Comisión de cualquier modificación y añadido que se introdujera en el régimen de sublicencias de 1993 y en las normas sobre concesión de sublicencias de 1999, así como de todos los procedimientos arbitrales relativos a litigios derivados de la aplicación de dicho régimen o de dichas normas (art. 2 de la Decisión impugnada).

4. PROYECCIÓN DE LA SENTENCIA DEL TPI SOBRE LOS MERCADOS TELEVISIVOS DE REFERENCIA

La Sentencia del TPI confirma la postura de las entidades demandantes, al señalar que el régimen de sublicencias no garantiza en realidad a los competidores de los miembros de la UER un acceso suficiente a los derechos de retransmisión de acontecimientos deportivos de que disponen dichos miembros gracias a su participación en el sistema de compra conjunta, y, por tanto, la exención concedida para dicho régimen debe anularse.

En su análisis, el Tribunal afirma que la adquisición conjunta por la UER de los derechos de televisión sobre los acontecimientos deportivos y el intercambio de la señal «restringen o incluso eliminan la competencia» entre sus miembros, y examina en primer lugar la estructura de mercado sobre el que se proyecta la Decisión impugnada y las restricciones de la competencia que el sistema de Eurovisión entraña.

Un primer examen revela que existe un mercado primario, el de la adquisición de los derechos de televisión, y un mercado secundario, el de la retransmisión televisiva de los acontecimientos deportivos, y que los derechos de televisión sobre los acontecimientos deportivos se conceden para un territorio determinado, por lo general en exclusiva. Los organismos de radiodifusión consideran que la exclusividad es necesaria con objeto de garantizar el valor de determinadas retransmisiones deportivas, desde el punto de vista de las cifras de audiencia y de los ingresos publicitarios.

Tal y como destaca el Informe de la Comisión de 6 de enero de 2003, antes citado, relativo a la aplicación de la Directiva «Televisión sin fronteras», los modelos comerciales en este sector se enfrentan a una dura situación y la mayor parte de los operadores tiene que hacer un replanteamiento radical de sus planes de inversión: por un lado, se ha producido un aumento significativo del número de cadenas que emiten en diferentes países de la UE, y muchas de ellas utilizan más de un modo de transmisión y son captadas principalmente vía satélite. Las cifras, en cuanto volumen

global del mercado, son elocuentes: el monto total del sector de difusión por radio y televisión en la UE, según datos correspondientes al año 2000, puede valorarse en unos 62.000 millones de euros. La principal fuente de ingresos de los organismos de radiodifusión televisiva de la UE sigue siendo la publicidad, un mercado bruto que en esa misma anualidad ascendió a 22.500 millones de euros. En los últimos años, y aprovechando las condiciones favorables de los mercados de capitales, varios organismos de radiodifusión televisiva privados están siguiendo una política de alianzas estratégicas y de fusiones, con el lógico y principal objetivo de reforzar su competitividad industrial.

Si orientamos estas reflexiones hacia un análisis de los efectos que el sistema de Eurovisión produce sobre la competencia en el sector, cabe apreciar la existencia de dos tipos de restricciones: por una parte, el hecho de adquirir conjuntamente y de compartir los derechos de televisión sobre los acontecimientos deportivos y el intercambio de la señal restringe o incluso elimina la competencia entre los miembros de la UER, que son competidores tanto en el mercado primario como en el mercado secundario, y, por otra, el sistema entraña restricciones de la competencia para terceros, debido a que generalmente estos derechos se venden en exclusiva, circunstancia agravante para los no miembros.

Es cierto que la adquisición conjunta de los derechos de retransmisión televisiva de un acontecimiento no constituye en sí misma una restricción de la competencia contraria a las disposiciones del Tratado, y podría estar justificada por las especiales características del producto y del mercado de que se trata, pero a juicio del TPI el ejercicio de tales derechos en un contexto jurídico y económico tan específico puede dar lugar a una restricción de esta índole, ya que impedir a estas cadenas de televisión que accedan a dichos programas equivale a privarles de unos beneficios potenciales.

La Sentencia analiza a continuación si el régimen establecido para el eventual acceso de terceros al sistema de Eurovisión permite compensar estas restricciones de la competencia, y evitar así una eliminación de la competencia en lo que a ellos respecta. Es preciso diferenciar dos realidades absolutamente dispares en el mundo televisivo: el de las retransmisiones en directo y el de las retransmisiones en diferido.

El TPI considera que, si bien es concebible que los miembros de la UER se reserven la primera categoría, nada permite justificar, sin embargo, que tengan la posibilidad de extender este derecho de reserva a todas las competiciones que integran un mismo acontecimiento, incluso cuando no tengan la intención de retransmitir todas esas competiciones en directo. En lo que respecta a la posibilidad de cubrir los acontecimientos en diferido u ofrecer resúmenes de los mismos, ésta se ve obstaculizada por varias restricciones, principalmente en materia de *embargo horario* y de tratamiento editorial de los programas.

Por ello, el TPI infiere que dicho régimen, tanto por las normas que establece como por el modo en que se aplica, no permite a los com-

petidores de los miembros de la UER obtener sublicencias para la difusión en directo de los derechos de Eurovisión; en realidad, sólo otorga la facultad de transmitir resúmenes de las competiciones, y con unos requisitos muy restrictivos. La Comisión incurrió, pues, en un error manifiesto de apreciación al llegar a la conclusión de que el régimen de sublicencias podía ser objeto de una exención.

En conjunto, las entidades demandantes formulaban siete motivos en apoyo de sus recursos: el primer motivo, invocado en los cuatro asuntos, se basaba en el incumplimiento de la obligación de ejecutar las sentencias del TPI. En el segundo motivo, invocado en los asuntos T-216/00 y T-300/00, se alegaba un error de hecho y un incumplimiento del deber de motivación. El tercer motivo, invocado en todos los asuntos, se refería a una aplicación errónea del art. 81.1 del Tratado. En el cuarto motivo, invocado en los cuatro asuntos, se alegaba la infracción del art. 81.3. El quinto motivo, invocado en todos los asuntos, se basaba en la existencia de errores de Derecho relacionados con el ámbito de aplicación material y temporal de la Decisión impugnada. En el sexto motivo, invocado en el asunto T-216/00, se alegaba la violación del principio de buena administración, y finalmente, el séptimo motivo, invocado en todos los asuntos, se basaba en la apreciación de una desviación de poder.

La Sentencia examina, en primer lugar, el cuarto motivo, relativo a la infracción del art. 81.3 del Tratado, invocado en los cuatro asuntos y que constituye, sin duda, el fundamento jurídico troncal o clave de la Decisión de la Comisión impugnada. En dicho motivo, las entidades demandantes sostenían que el sistema de Eurovisión no cumple ninguno de los criterios de exención fijados en el art. 81.3, y en particular, el de que no exista la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate.

El TPI resume la postura de la Comisión sobre la definición de los mercados de referencia señalando que el sistema de Eurovisión afecta a dos mercados distintos: el de la adquisición de los derechos de televisión, en el que la UER compite con otros grandes grupos multimedia europeos (mercado primario), y el de la retransmisión de los derechos deportivos adquiridos, en el que los miembros de la UER compiten, en cada país o zona lingüística homogénea, con otras cadenas de televisión, la mayoría de las veces nacionales.

Respecto al mercado primario, la Comisión reconoce que es muy probable que existan mercados separados para la adquisición de los derechos correspondientes a algunos importantes acontecimientos deportivos internacionales, que normalmente se compran para todo el territorio europeo. En lo que respecta al mercado secundario, y pese a que la decisión no lo indica expresamente al definir el mercado de productos, cabe deducir que, dadas las preferencias de los telespectadores y la influencia de éstas en el valor de los programas para los anunciantes y para las empresas de televisión de pago, existe un mercado específico para la retransmisión de los grandes acontecimientos deportivos. Según la Comisión, dicho mer-

cado, que se subdivide en un mercado de televisión en abierto y un mercado de televisión de pago, abarca generalmente sólo el territorio nacional o una zona lingüística homogénea.

La Comisión no estimó necesario definir con exactitud, en la Decisión impugnada, el mercado de productos afectado, y partió del supuesto de que existía un mercado constituido únicamente por ciertos grandes acontecimientos deportivos internacionales (como, por ejemplo, los Juegos Olímpicos), a fin de comprobar si el sistema de Eurovisión cumplía los requisitos de exención previstos en el art. 81.3. A la vista de todos los datos obrantes en los asuntos acumulados (la estructura del mercado, la posición de la UER en el mercado de ciertos acontecimientos deportivos internacionales y el grado de integración vertical de la UER y de sus miembros), el TPI analiza si el régimen de acceso de terceros a ese sistema de Eurovisión permite compensar las restricciones de la competencia y evitar así una eliminación de la competencia en lo que a ellos respecta.

La aplicación conjunta del régimen de sublicencias de 1993 (aplicable a las cadenas que emiten en abierto) y de las normas sobre concesión de sublicencias de 1999 (aplicable a las cadenas de pago) tiene como consecuencia que, aunque un miembro de la UER retransmita menos de la mayoría de las competiciones de un acontecimiento deportivo, si finalmente opta por retransmitir el resto de las competiciones de dicho acontecimiento en su eventual cadena de pago, el no miembro de la UER sólo tendrá acceso a la retransmisión en diferido, a menos que sea él mismo una cadena de pago, caso en el cual podrá comprar sublicencias para retransmitir en directo competiciones idénticas o comparables a la retransmitida por el miembro de la UER, con arreglo a las normas sobre concesión de sublicencias de 1999.

Tales restricciones suponen una limitación aún mayor si se tiene en cuenta que sólo la retransmisión en directo presentaba un auténtico interés para las entidades demandantes, que son cadenas de televisión generalistas que emiten en abierto y tienen cobertura nacional, ya que la difusión por televisión de las competiciones deportivas, o al menos de las más grandes, sólo permite atraer a una numerosa audiencia y justificar así su coste económico cuando la retransmisión sea en directo. Para las cadenas de televisión generalistas como las demandantes, cuya financiación depende básicamente de la publicidad y del patrocinio de programas, la retransmisión en diferido de acontecimientos deportivos no presenta un verdadero interés desde el punto de vista de su explotación o rentabilidad económica.

Por consiguiente, del conjunto de datos analizados por el TPI se deduce que, en contra de lo afirmado por la Comisión en la Decisión impugnada, el régimen de sublicencias de 1993 no garantiza a los competidores de los miembros de la UER un acceso suficiente a los derechos de retransmisión de acontecimientos deportivos de que disponen dichos miembros gracias a su participación en el sistema de compra conjunta. El mencionado régimen, tanto por las normas que establece como por el modo

en que se aplica, impide prácticamente a los competidores de los miembros de la UER obtener sublicencias para la difusión en directo de los derechos de Eurovisión no utilizados. En realidad, sólo permite la adquisición de sublicencias para transmitir resúmenes de las competiciones con unos requisitos muy restrictivos.

La suma de todos estos factores permite al TPI inferir la conclusión de que la Comisión incurrió en un error manifiesto de apreciación en la aplicación del art. 81.3.b) del Tratado, al haber considerado que, incluso en el supuesto de que existiera un mercado de productos limitado a algunos grandes acontecimientos deportivos internacionales, el régimen de sublicencias de 1993 garantiza el acceso a los derechos de Eurovisión de terceros que compitan con los miembros de la UER y permite, por consiguiente, evitar que se produzca una eliminación de la competencia en dicho mercado.

El razonamiento del TPI concluye atendiendo al dato de que la concesión por parte de la Comisión de una decisión individual de exención debe implicar que el acuerdo o la decisión de la asociación de empresas reúna cumulativamente los cuatro requisitos enunciados por el art. 81.3 del Tratado, de manera que, tal y como sucede en el supuesto enjuiciado, es suficiente como premisa que se incumpla uno cualquiera de los mismos para que deba denegarse la exención¹³, y se proceda, como en el supuesto ahora enjuiciado, a la anulación de la Decisión impugnada.

¹³ En tal sentido, *vid.* la Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de julio de 1966, *Consten y Grundig/Comisión*, asuntos acumulados 56/64 y 58/64, *Rec.*, pp. 429 ss., y la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 15 de julio de 1994, *Matra Hachette/Comisión*, T-17/93, *Rec.*, p. II-595, apartado 104.

CONTROL ANTITRUST DE LA PROHIBICIÓN COLEGIAL DE COLABORACIÓN INTEGRADA ENTRE ABOGADOS Y AUDITORES

(Comentario a la STJ de 19 de febrero de 2002,
asunto C-309/99, *Wouters*)

Julio COSTAS COMESAÑA

Profesor Titular de Derecho Mercantil
Universidade de Vigo

1. INTRODUCCIÓN

El sometimiento de los profesionales liberales y de sus organizaciones colegiales al Derecho de defensa de la competencia ofrece hoy pocas o ninguna duda, tanto en el Derecho comunitario como en el Derecho español y en otros Derechos nacionales ¹.

En el ámbito de la Unión Europea, diversos pronunciamientos de la Comisión y del Tribunal de Justicia producidos a lo largo de los últimos diez años han perfilando y consolidado este pleno sometimiento de la actividad propia de los profesionales liberales y de las decisiones con trascendencia económica de sus organizaciones gremiales a la prohibición del art. 81.1 del Tratado CE. Al mismo tiempo, conforme al art. 10 en relación con el art. 81 del Tratado, estas autoridades han establecido la responsabilidad Estado miembro que adopte normas legales o reglamentarias, o que permite que un Colegio profesional elabore (mediante el instrumento de la delegación de competencias normativas) normas que puedan eliminar el efecto útil de las normas comunitarias sobre competencia aplicables a las empresas ².

En el ámbito interno, la inclusión de unos y otros operadores económicos en la amplia lista de destinatarios del Derecho español de la competencia ha alcanzado incluso reconocimiento legislativo respecto de

¹ Para un examen evolutivo y comparativo de la situación en los países de la OCDE: *Revue de l'OCDE sur le droit et la politique de la concurrence*, vol. 3, núm. 4, 2001, pp. 57-136, y D. VÁZQUEZ ALBERT, *Derecho de la Competencia y Ejercicio de las Profesiones*, Aranzadi, 2002, pp. 55-84.

² STJ de 18 de junio 1998, asunto C-35/96 CNSD, apartados 52 a 60. Conclusiones del Abogado General Léger en el asunto C-309/99, apartados 206 a 208 y 215 a 228.

los profesionales liberales para los que la colegiación constituye una barrera legislativa de entrada al mercado de los servicios profesionales. Este sometimiento pleno de los profesionales liberales colegiados, y de sus Colegios Profesionales, al Sistema de Defensa de la Competencia se produjo de la mano de la *Ley 7/1997, de 14 de abril, de Medidas Liberalizadoras en materia de Suelo y Colegios Profesionales*, deudora de la decidida actividad resolutoria y consultiva del TDC en los primeros años de aplicación de la LDC de 1989. En particular, en lo que al objeto de este comentario respecta, la nueva redacción de la *Ley de Colegios Profesionales de 1974* recoge, en gran parte, la doctrina sentada por el TDC en la interpretación restrictiva de la autorización legal del art. 2.1 de la LDC en relación con las conductas restrictivas de los Colegios (y de Asociaciones de profesionales no organizados en Colegios Profesionales), así como algunas de las propuestas formuladas por el Tribunal en 1992 en su *Informe sobre el Libre Ejercicio de las Profesiones*. En esta labor de «Abogado de la Competencia» está, pues, el origen de lo que dispone el art. 2 de la Ley de Colegios Profesionales, que en su número 2 manifiesta que: «El ejercicio de las profesiones colegiadas se realizará en régimen de libre competencia y estará sujeto, en cuanto a la oferta de servicios y fijación de su remuneración, a la Ley sobre Defensa de la Competencia y a la Ley sobre Competencia Desleal», en tanto que en su número 4 recuerda que: «Los acuerdos, decisiones y recomendaciones de los Colegios con trascendencia económica observarán los límites del art. 1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, sin perjuicio de que los Colegios puedan solicitar la autorización singular prevista en el art. 3 de dicha Ley».

La Sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de febrero de 2002, dictada en el caso *Wouters*³, es un buen ejemplo de esta doctrina, pero además presenta un particular y relevante interés al ser la primera Sentencia en la que el TJ se pronuncia sobre la colaboración integrada entre profesionales, y lo hace además en relación con la colaboración integrada quizá más polémica: la de abogados y auditores. En el ámbito interno no existe por el momento un pronunciamiento similar del TDC, aunque en la Resolución *Sociedades Arquitectos*, de 17 de enero de 2002⁴, se ha abordado en cierta forma la cuestión del ejercicio de la profesión liberal mediante sociedades profesionales.

Las sociedades profesionales, como forma de prestación conjunta de una o varias profesiones liberales, constituyen una cuestión polémica, que ha recibido respuesta legislativa en algunos países de nuestro entorno (Francia, Alemania...), en tanto que en otros (como es el caso de España) tan sólo existe una regulación colegial dispar según las profesiones y que dista de ser pacífica, tanto en el propio ámbito de las profesiones cole-

³ Asunto C-309/99, *J. C. J. Wouters, J. W. Savelbergh, Price Waterhouse Belastingadviseurs y Algemene Raad van Nederlandse Orde van Advocaten*.

⁴ Expte. 512/01, *Sociedades Arquitectos*, que cuenta con un voto particular de dos vocales.

giadas como respecto del Derecho de sociedades⁵ y del Derecho *antitrust*, que es la perspectiva que nos interesa⁶. En efecto, la normativa colegial reguladora del ejercicio profesional a través de sociedades profesionales puede entrar en conflicto con el Derecho *antitrust* si, careciendo del amparo legal correspondiente, contiene disposiciones que impidan o limiten el ejercicio de la actividad profesional a través de las múltiples formas posibles de colaboración integrada entre profesionales, sin que exista un interés general que justifique la restricción y ésta sea indispensable para alcanzar ese objetivo.

2. DELIMITACIÓN DEL SUPUESTO DE HECHO Y DEL OBJETO DEL COMENTARIO

La Sentencia Wouters del TJ resuelve la petición de nueve cuestiones prejudiciales presentadas por el *Raad van State* de los Países Bajos (Consejo de Estado), relativas a la interpretación de los arts. 3.1.g), 10, 43, 49, 81, 82 y 86 del Tratado CE, suscitadas en el marco de varios recursos presentados, entre otros, por el Abogado Sr. Wouters contra la Resolución del *Arrondissementsrechtbank te Amsterdam*, por la que éste denegaba la anulación de las decisiones del *Nederlandse Orde van Advocaten* (Colegio de Abogados de los Países Bajos) que, a su vez, denegaban la anulación de las decisiones de los Comités de Vigilancia de los Colegios de Abogados de los distritos de Amsterdam y de Rotterdam, por los que se les prohibía a los demandantes ejercer la abogacía en colaboración integrada con auditores.

Con base en el art. 134 de la Constitución del Reino de los Países Bajos, relativo a la creación y al régimen jurídico de los organismos públicos, se adoptó la Ley de 23 de junio de 1952, por la que se crea el Colegio de Abogados de los Países Bajos, se establece el Reglamento de régimen interno del Colegio y las normas disciplinarias aplicables a los abogados (*Advocatenwet*, en adelante). Conforme a la *Advocatenwet*, todos los abogados inscritos en los Países Bajos integran el Colegio de Abogados de los Países Bajos, que se configura como una corporación de Derecho

⁵ La Dirección General de los Registros y del Notariado ha denegado en diversas resoluciones el acceso al Registro Mercantil de sociedades profesionales en base al argumento de que por su propia naturaleza una sociedad no puede tener como objeto social una actividad profesional para la que se requiere un título académico. Resoluciones de 1 de agosto de 2 de junio de 1986, de 23 de abril de 1993 y de 26 de junio de 1995.

⁶ Existe un Anteproyecto de Ley de sociedades profesionales elaborado por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión de General de Codificación, reproducido como Apéndice en A. CAMPING VARGAS, *La sociedad profesional*, Madrid, 2000. Véase también, en relación con el concepto de sociedad profesional y su delimitación de otras formas de colaboración en el ejercicio de actividades profesionales: PAZ-ARES, «Las sociedades profesionales (Principios y bases de la regulación proyectada)», y F. J. GARCÍA MAS, «Problemas y soluciones de las sociedades profesionales, cara a una futura Ley», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 653, 1999, y núm. 669, 2002, respectivamente; K. J. ALBIEZ DOHRMANN, «La sociedad de abogados *stricto sensu* en el Estatuto General de la Abogacía», *La Ley*, núm. 5.665, jueves 28 de noviembre de 2002.

público, y todos los abogados inscritos ante un mismo tribunal integrarán el Colegio de Abogados del distrito de que se trate. El primero estará regido por el Consejo General del Colegio de Abogados de los Países Bajos y los segundos por los Comités de Vigilancia de los Colegios de distrito. Los miembros del Consejo General son elegidos por la Junta de Delegados, cuyos miembros son elegidos en reuniones de los Colegios de distrito. La *Advocatenwet* faculta a esta Junta de Delegados para aprobar reglamentos que regulen el correcto ejercicio de la profesión que son vinculantes para los miembros del Colegio nacional y para los abogados visitantes. En ejercicio de esta competencia, la Junta de Delegados aprobó el *Samenwerkingsverordening* de 1993 (Reglamento sobre la colaboración de 1993) que, entre otras, contiene las siguientes disposiciones:

— Los abogados no estarán autorizados a contraer o mantener obligaciones que puedan menoscabar su libertad y su independencia en el ejercicio de la profesión, incluida la defensa de los intereses de sus clientes y la relación de confianza con éstos que es su corolario (art. 2).

— Los abogados sólo podrán establecer o mantener una relación de colaboración si la profesión de cada uno de los participantes tienen como objeto principal el ejercicio de la práctica del Derecho (art. 3).

— Los abogados sólo podrán celebrar o mantener colaboraciones con: otros abogados colegiados en los Países Bajos, con abogados visitantes y con miembros de otra categoría profesional autorizada para ello por el Consejo (arts. 4 y 5).

— El Consejo General podrá conceder la autorización señalada siempre que los miembros de la otra categoría profesional ejerzan una profesión liberal que requiera título universitario o asimilado, que estos profesionales estén sujetos a normas disciplinarias comparables a las de los abogados, y que la colaboración no sea contraria a las obligaciones del abogado de libertad e independencia en el ejercicio de su profesión (art. 6).

— Toda relación de colaboración debe exteriorizarse mediante el empleo de una denominación de grupo que no puede inducir a error (art. 8).

— Ningún abogado cooperará ni al establecimiento ni a la modificación de una colaboración antes de que el Comité de vigilancia haya determinado si se cumplen las condiciones de establecimiento o de modificación de la colaboración son compatibles con este Reglamento (art. 9.2).

La Exposición de Motivos del *Samenwerkingsverordening* de 1993 cita a los auditores como ejemplo de profesión con la que los abogados no estaban autorizados a colaborar, mientras que señala que es posible (y así se autorizó) la colaboración de los abogados con los notarios, los asesores fiscales y los agentes de la propiedad industrial. En relación con esta colaboración autorizada entre abogados y otros profesionales, el Colegio de Abogados de los Países Bajos ha dictado unas directrices rela-

tivas a las relaciones de colaboración sobre aspectos como: el respeto a las normas éticas y deontológicas, a la llevanza separada de los expedientes, a los conflictos de intereses, y al secreto profesional y registro de documentos.

En este marco jurídico, el Sr. Wounters, Abogado del Colegio de Amsterdam, que era socio de la sociedad Arthur Andersen & Co. Belastingadviseurs (asesores fiscales), comunicó a finales de 1994 al Comité de vigilancia del Colegio de Abogados del distrito de Rotterdam su intención de inscribirse como abogado en esta ciudad con la denominación de «Arthur Andersen & Co., advocaten en belastingadviseurs». El Comité de vigilancia resolvió que los socios de la sociedad Arthur Andersen & Co. Belastingadviseurs mantenían una relación de colaboración en el sentido del art. 4 del *Samenwerkingsverordening* de 1993 con los miembros de la sociedad Arthur Andersen & Co. Accountants (miembros de la categoría profesional de los auditores), por lo que el Sr. Wounters infringía el citado art. 4, así como el art. 8 del mismo Reglamento si participaba en una colaboración cuya denominación colectiva mencionara el nombre de la persona física «Arthur Andersen» (párr. 25).

A comienzos de 1995, el Sr. Savelbergh, abogado del Colegio de Amsterdam, había comunicado al Comité de Vigilancia del distrito de Amsterdam su intención de entablar colaboración con la sociedad Price Waterhouse Belastingadviseurs BV, filial de la empresa internacional Price Waterhouse, que agrupa a asesores fiscales y auditores. Dicho Comité también resolvió que esta colaboración era contraria al art. 4 del *Samenwerkingsverordening* de 1993.

Estas decisiones de los Comités de vigilancia de los Colegios de Abogados de Rotterdam y de Amsterdam fueron recurridas ante el Consejo General, que rechazó los recursos por infundados. Estas últimas decisiones, a su vez, fueron recurridas ante el *Arrondissemetsrechtbank te Amsterdam* (Tribunal de Distrito de Amsterdam; *Rechtbank*, en adelante), alegando los recurrentes que eran incompatibles con las disposiciones del Tratado CE en materia de competencia, derecho de establecimiento y libre prestación de servicios⁷. Mediante Sentencia, el *Rechtbank* declaró inadmisibles algunos de los recursos y desestimó por infundados otros, entre ellos, los interpuestos por los Abogados Wounters y Savelbergh. En relación con la alegación de infracción de las disposiciones de competencia del Tratado CE, el *Rechtbank* señaló que éstas no eran aplicables al caso de autos, pues siendo el Colegio de Abogados de los Países Bajos un organismo de Derecho público, creado con el fin de, en aras del interés

⁷ Queremos advertir que, conforme al título de este comentario, las consideraciones que realiza el TJ respecto de las cuestiones prejudiciales relativas a la infracción del derecho de establecimiento y a la libre prestación de servicios de los arts. 43 y 49 del Tratado CE (apartados 119 a 123) no son objeto de análisis. Sobre estas cuestiones, remitimos al lector al trabajo de M.^a D. BLÁZQUEZ PEINADO, «El derecho de establecimiento y la libre prestación de servicios de los abogados: algunos apuntes y últimos desarrollos jurisprudenciales», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 217, 2002, pp. 39-57.

general, garantizar la independencia y la imparcialidad de los abogados que prestan asistencia jurídica, no es posible calificarlo como empresa en el sentido de los arts. 81 y 82 del Tratado CE cuando ejerce la facultad normativa de regular la profesión que le confiere la *Advocatenwet*. En cualquier caso, añade que la prohibición de colaboración entre abogados y auditores establecida por el *Samenwerkingsverordening* de 1993 estaba justificada por «razones imperativas de interés general y que no era restrictiva de la competencia de modo desproporcionado» (apartado 35).

Interpuesto recurso en apelación ante el *Raad van State*, éste confirma la sentencia de instancia en la parte que declara inadmisibles algunos de los recursos, y en relación con los otros recursos interpuestos por los abogados referidos y por la sociedad Price Waterhouse Belastingadviseurs BV, consideró que la solución de litigio principal dependía de la interpretación de varias disposiciones de Derecho comunitario, por lo que suspendió el procedimiento y presentó hasta nueve cuestiones prejudiciales, algunas de las cuales (las que interesan al objeto de este comentario) giran en torno a los conceptos de empresa y asociación de empresas en el sentido de los arts. 81 y 82 del Tratado CE cuando se trata de un organismo de Derecho público (como el Colegio de Abogados de los Países Bajos) que actúa en defensa del interés general y que no ejerce directamente actividad alguna. De ser positivas las respuestas a estas cuestiones previas, sí puede calificarse como una decisión en el sentido del art. 81.1 del Tratado CE una norma obligatoria de aplicación general que regula restrictivamente la colaboración entre abogados y otros profesionales liberales con el objetivo de garantizar la independencia e imparcialidad del abogado que presta asistencia jurídica, cuando es la propia Ley la que concede esta facultad normativa al Colegio de Abogados de los Países Bajos.

3. LAS ASOCIACIONES PROFESIONALES CON COMPETENCIAS NORMATIVAS COMO EMPRESAS

La sujeción de los profesionales liberales y de sus asociaciones al Derecho de la competencia se fundamenta en el concepto amplio de empresa manejado desde antiguo por las distintas autoridades de competencia, y que, equivalente al de operador económico, comprende cualquier entidad que ejerza una actividad económica, con independencia del estatuto jurídico de dicha entidad y de su modo de financiación, constituyendo actividad económica cualquier actividad consistente en ofrecer bienes y servicios en un determinado mercado ⁸.

⁸ Este concepto *anti-trust* de empresa es común a todas las legislaciones de defensa de la competencia. Como muestra, en Sentencia de 7 de mayo de 1999, el Tribunal de Casación de Bélgica estableció en relación con los farmacéuticos que, aunque no son comerciantes en el sentido de lo dispuesto en el art. 1 del Código de Comercio belga y desempeñen una función social, ejercen una actividad cuyo objeto es el intercambio de bienes y servicios. Persiguen, por tanto, un objetivo

Partiendo de este concepto amplio de empresa u operador económico, el sometimiento de la actividad de los profesionales al Derecho de defensa de la competencia no dejaba de ser una consecuencia lógica, a la espera de que surgiese el primer conflicto; sometimiento a las reglas de la libre competencia que los propios interesados y sus asociaciones gremiales quisieron evitar alegando las peculiaridades del mercado de los servicios profesionales frente a la actividad típica del empresario⁹.

El primer pronunciamiento de las autoridades comunitarias sobre el sometimiento de las actividades profesionales al Derecho de la competencia tiene lugar en 1993, en relación con la adopción por parte del Consejo Nacional de Agentes de Aduanas de Italia de una tarifa obligatoria para las prestaciones profesionales, que la Comisión consideró una decisión de una asociación de empresas prohibida por el art. 81 del Tratado CE¹⁰. A esta decisión siguieron otras¹¹, así como diversas sentencias del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia¹², en cuya línea se inscribe tanto la Sentencia Wouters como la Sentencia Arduino¹³. Conforme con esta práctica, la política comunitaria de competencia en el sector de las profesiones liberales se basa en el mantenimiento de las normas profesionales puramente deontológicas y persigue dos objetivos concretos: 1) poner fin a las prácticas restrictivas, y 2) fomentar las formas de cooperación que faciliten el acceso a otro mercado geográfico, permitiendo así a los miembros de las profesiones liberales prestar sus servicios a nivel comunitario o internacional¹⁴.

económico a largo plazo y, por lo general, son empresas en el sentido de lo dispuesto en el art. 1 de la Ley belga sobre la competencia.

⁹ FRANCISCO MARCOS («La lucha contra las restricciones a la libre competencia en el mercado de servicios profesionales», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 219, 2002, pp. 22-35) señala como circunstancias peculiares de este mercado: una incertidumbre considerable acerca de la necesidad del servicio y de la calidad del proveedor, una notable asimetría informativa, la consideración de los servicios profesionales como bienes de confianza, la presencia de intereses públicos en la prestación de estos servicios, que justificarían una regulación especial para evitar el fraude y el engaño en la relación fiduciaria que se entabla entre profesional y cliente. Véase también: F. CABRILLO, «La aplicación de las normas de competencia al ejercicio de las profesiones colegiadas», *Anuario de la Competencia 1997*, pp. 125-137; VÁZQUEZ ALBERT, *Derecho de la competencia...*, cit., pp. 207 ss.

¹⁰ Decisión de 30 de junio de 1993, *CNSD* (DOCE, núm. L 203, de 13 de agosto de 1993).

¹¹ Decisión de 30 de enero de 1995, *COAPI* (DOCE, núm. L 122, de 2 de junio de 1995), también relativa a la fijación colectiva de precios independientemente del marco normativo nacional, y Decisión de 7 de abril de 1999, *IAA* (DOCE, núm. L 106, de 23 de abril de 1999), referente a restricciones en materia de publicidad comparativa y de ofertas no solicitadas de servicios, adoptadas por el Instituto de Agentes Autorizados ante la Oficina Europea de Patentes, para las que la Comisión concedió una autorización singular por un breve período de tiempo en base a razones de oportunidad y coyunturales.

¹² STJ de 18 de junio de 1998 (asunto C-35/96, Comisión/Italia), STPI de 30 de marzo de 2000 (asunto T-513/93, *CNSD*/Comisión), STJ de 12 de septiembre de 2000 (asuntos C-180/98 a C-184/98, Paulov), STPI de 28 de marzo de 2001 (asunto T-144/99, Instituto de Agentes autorizados ante la OEP).

¹³ STJ de 19 de febrero de 2002, asunto C-35/99, Arduino.

¹⁴ *Informes sobre la política de la competencia 1999 y 2000*, puntos 138 y 222, respectivamente. En la doctrina: M. J. BICHO, «Professions libérales: aspects essentiels de l'action de la Commission en matière d'application de concurrence», *Competition Policy Newsletter*, núm. 2, 1999, pp. 24-26;

Esta doctrina considera a los profesionales liberales empresa a los efectos del Derecho de la competencia desde el momento en que la prestación de sus servicios profesionales es calificada como actividad económica, puesto que el profesional ofrece sus servicios en el mercado mediante retribución, asumiendo los riesgos financieros vinculados al ejercicio de esa actividad profesional. Esta conclusión no se ve empañada por la circunstancia de la complejidad y el carácter técnico-intelectual de la actividad profesional, ni por el hecho de que pueda realizarse sin concurrir el elemento organizativo propio de los empresarios ni por el hecho de que el ejercicio profesional esté regulado o sometido a autorización¹⁵.

Si los profesionales son empresas para el Derecho de la competencia, de ello se sigue que los Colegios profesionales se pueden considerar asociaciones de empresas en el sentido del art. 81 del Tratado CE, aun cuando conforme a la legislación nacional tengan la naturaleza de corporaciones de Derecho público¹⁶. En la Sentencia *Wouters*, el Colegio de Abogados de los Países Bajos (como demandado), el Consejo de los Colegios de Abogados de la Unión Europea (como coadyuvante) y diversos Gobiernos nacionales argumentan que el Colegio demandado no puede ser calificado como asociación de empresas, sin infringir el «principio de autonomía institucional», cuando adopta una norma como el *Samenwerkingsverordening* de 1993 (que prohíbe la colaboración integrada entre abogados y procuradores), pues resulta del ejercicio de una potestad normativa atribuida por delegación con el fin de desempeñar una función de interés general, de modo semejante a cualquier autoridad pública, a la que debe ser asimilada.

El TJ rechaza estas alegaciones y ratifica la idea de que cuando un Colegio profesional adopta una norma profesional como el *Samenwerkingsverordening* de 1993 «no ejerce ninguna función social basada en

FERNÁNDEZ FARRERAS (dir.), *Colegios profesionales y Derecho de la competencia*, Civitas, 2002, pp. 148-215.

¹⁵ La Sentencia *Wouters* define la actividad profesional de los abogados como de «asistencia jurídica consistente en la elaboración de informes, redacción de contratos o de otros actos, así como la representación y la defensa ante los órganos jurisdiccionales». Actividad que los abogados ofrecen a cambio de retribución y asumiendo los riesgos económicos derivados del ejercicio de dichas actividades, ya que, en caso de desequilibrio entre gastos e ingresos, son los propios abogados quienes han de soportar las pérdidas; por consiguiente, son empresas a los efectos de las normas de competencia del Tratado CE (apartados 48 y s.).

¹⁶ EL STC de 20/1998, de 18 de febrero, caracteriza a los Colegios Profesionales como «corporaciones sectoriales que se constituyen para defender primordialmente los intereses privados de sus miembros, pero que también atienden finalidades de interés público, en razón de las cuales se configuran legalmente como personas jurídico-públicas o Corporaciones de Derecho público». En base a esta doctrina, el TDC viene sosteniendo que cuando los Colegios profesionales actúan en defensa de los intereses privados de sus colegiados actúan como cualquier asociación empresarial, siendo, por tanto, agentes económicos equiparable a estas asociaciones; Resolución de 30 de diciembre de 1993, Expte. 333/93, *Colegio Oficial de Aparejadores y Arquitectos Técnicos de Cáceres*. Para exposición sintética de la doctrina del TDC y de la Audiencia Nacional: M. PEDRAZ CALVO, «Los colegios profesionales y la Ley de Defensa de la Competencia», *Anuario de la Competencia 1998*, pp. 137-158.

el principio de solidaridad [...] ni prerrogativas típicas del poder público. Actúa como el órgano regulador de una profesión cuyo ejercicio constituye, por lo demás, una actividad económica» (apartado 58). En definitiva, el hecho de que el Colegio profesional disponga, por delegación del poder público, de competencias normativas para regular el ejercicio de la profesión no excluye, por sí, a la organización colegial del abanico de destinatarios del Derecho de defensa de la competencia. Ahora bien, en sentido opuesto (confirmando la doctrina sentada en la Sentencia Comisión/Italia de 1998), tampoco se debe descartar que una norma colegial reguladora del ejercicio de la profesión pueda no ser calificada como una decisión de una asociación de empresas en el sentido del art. 81.1 del Tratado CE.

En efecto, conforme a la jurisprudencia sentada por el TJ en el asunto Comisión/Italia, ratificada en el asunto Paulov, una decisión de un organismo de Derecho público que dispone de facultades reglamentarias en un determinado sector puede no estar comprendida en el ámbito de aplicación del art. 81 del Tratado, cuando la mayoría de los miembros de dicho organismo son representantes de las autoridades públicas, y dicha decisión se adopta respetando determinados criterios de interés público, en cuyo caso el responsable de la conducta restrictiva derivada de la norma sería el Estado miembro en cuestión ¹⁷. A contrario, pues, un colegio o agrupación profesional, compuesta exclusivamente por miembros de la profesión, y que no está obligada por Ley a adoptar sus decisiones respetando criterios de interés general, debe ser considerada como una asociación de empresas en el sentido del art. 81 del Tratado CE y responsable de la restricción que origina la norma colegial. Por ello, conforme a esta jurisprudencia, el TJ concluye que el Colegio de abogados de los Países Bajos, al elaborar en el ejercicio de su función reguladora del ejercicio de la abogacía el *Samenwerkingsverordening* de 1993, actúa como una asociación de empresas. Primero, porque conforme a la *Advocatenwet* los órganos de gobierno del Consejo de Abogados holandeses están compuestos «exclusivamente» de abogados, cuya elección corresponde tan sólo a los miembros de la profesión, sin que las autoridades nacionales puedan intervenir en la designación de los miembros de los distintos órganos colegiales. En segundo lugar, porque cuando adopta una norma colegial como la citada, el Colegio de Abogados neerlandés tampoco está obligado a respetar determinados criterios de interés público. Por último, el *Samenwerkingsverordening* de 1993 constituye una decisión de una asociación de empresas en el sentido del art. 81 del Tratado CE, porque influye sobre el comportamiento de los abogados colegiados desde el momento en que prohíbe determinadas formas de colaboración multi-

¹⁷ SSTJ de 18 de junio de 1998 (apartados 41 a 44), de 12 de septiembre de 2000 (apartados 87 a 89), y apartado 87 de las Conclusiones del Abogado General Jacobs en los asuntos acumulados C-180/98 a C-184/98, Paulov.

disciplinar, como la de abogados y auditores, sin que esta interpretación vulnere el principio de autonomía institucional ¹⁸.

4. LA PROHIBICIÓN DE COLABORACIÓN INTEGRADA ENTRE ABOGADOS Y AUDITORES COMO PRÁCTICA RESTRICTIVA

Para el TJ el *Samenwerkingsverordening* de 1993 puede perjudicar la competencia [limitando la producción y el desarrollo técnico en el sentido del art. 81.1.b) del Tratado CE] y puede afectar a los intercambios comunitarios (en cuanto la prohibición se extiende a todo el territorio de un Estado miembro ¹⁹) porque al prohibir la colaboración integrada entre abogados y auditores está impidiendo, dada la complementariedad de los ámbitos de actuación de ambos profesionales, nuevas formas de prestación de los servicios jurídicos (incluso nuevos servicios) que pueden actuar en beneficio de las necesidades de los clientes. En concreto sostiene que:

«Dado que las prestaciones jurídicas, en especial en Derecho mercantil, necesitan cada vez más la intervención de expertos en contabilidad, la colaboración integrada entre abogados y auditores permite ofrecer una gama de servicios más amplia e, incluso, suponer innovaciones. El cliente podría de este modo recurrir a una estructura única para una gran parte de los servicios que requieren de la organización, la gestión y el funcionamiento de sus empresas (ventaja denominada “one-stop-shop”). Además, la colaboración integrada entre abogados y auditores puede satisfacer las necesidades suscitadas por la interpenetración creciente de los mercados nacionales y por la consiguiente exigencia de una adaptación continua a las normativas nacionales e internacionales. Por último, tampoco se puede excluir que las eco-

¹⁸ Apartados 59 a 67 de la Sentencia, y apartados 72 a 75 de las Conclusiones del Abogado General Léger presentadas el 10 de julio de 2001. En el mismo sentido en la Sentencia Arduino, apartados 36 a 44. No obstante, en esta segunda Sentencia el TJ llega a la conclusión opuesta, porque si bien el Consejo Nacional de Colegios de Abogados (CNF) está compuesto exclusivamente de abogados elegidos por sus compañeros, es el Estado italiano el que le obliga a presentar cada dos años un proyecto de baremo de honorarios de abogado que fije límites mínimos y máximos. Además, el CNF puede ser obligado a modificar este proyecto por el Ministro competente, que al adoptar su decisión está asistido por dos órganos públicos, cuyo dictamen debe recabar antes de aprobar el baremo, que como tal proyecto carece de fuerza obligatoria si el Ministro no lo aprueba. Por todo ello, el TJ concluye que los arts. 10 y 81 del Tratado CE «no se oponen a que un Estado miembro adopte una medida legislativa o reglamentaria que aprueba, basándose en un proyecto elaborado por un consejo de colegios de abogados, un baremo que fija los límites mínimos y máximos para los honorarios de los miembros de la profesión, cuando dicha medida estatal se adopta en el marco de un procedimiento como el previsto por la legislación italiana».

¹⁹ Señala el TJ que en este asunto las repercusiones sobre los intercambios comunitarios se ven reforzadas porque el reglamento en cuestión se aplica también a los abogados visitantes, así como por el hecho de que las sociedades de auditores que buscan socios entre los abogados son por lo general grupos internacionales presentes en varios Estados miembros (apartados 95 y 96).

nomías de escala que se derivarían de tal colaboración integrada puedan tener efectos positivos en el coste de las prestaciones» (apartados 87 a 89)²⁰.

Así, pues, con carácter general, se podría afirmar que una norma de un Colegio de abogados de ámbito nacional por la que se prohíbe, con carácter general y obligatorio para los abogados colegiados (y visitantes), formar parte de una asociación multidisciplinar con otros profesionales que desarrollen actividades complementarias a las prestaciones jurídicas, constituye una decisión de una asociación de empresas que tiene por efecto limitar sensiblemente la competencia en el sentido del art. 81 del Tratado CE, porque impide la aparición en el mercado de estructuras asociativas capaces de ofrecer servicios integrados o nuevos para los que existe una demanda potencial por parte de los consumidores de estos servicios profesionales complementarios. No obstante, una conclusión de este tipo exige, en primer lugar, haber descartado que el Colegio profesional pueda invocar legítimamente la denominada excepción de acto del Estado²¹ y, en segundo lugar, analizar la norma controvertida en cada caso concreto en función del objeto, contexto y finalidad de la misma²².

Es, precisamente, el distinto contexto económico y jurídico de las profesiones de abogado y auditor en los Países Bajos, y la finalidad de interés general (preservar las obligaciones deontológicas de los abogados belgas) de la prohibición del *Samenwerkingsverordening* de 1993 de toda colaboración integrada entre abogados y auditores, lo que finalmente decide al TJ a considerar razonable esta restricción de la competencia²³, pues «no van más allá de lo necesario para garantizar el buen ejercicio de la abogacía», tal y como está organizada en los Países Bajos y, en conse-

²⁰ Los beneficios para auditores y abogados, y para los clientes derivados de la colaboración integrada de los primeros, son expuestos con más detalle en los apartados 117 a 120 de las Conclusiones del Abogado General Léger.

²¹ Conclusiones del Abogado General Jacobs en los asuntos acumulados C-180/98 a C-184/98, Paulov, apartado 91.

²² Como recuerda el Abogado General Léger (apartados 94 a 97), en el marco de un procedimiento suscitado por una cuestión prejudicial planteada por un órgano jurisdiccional nacional, el TJ sólo es competente para pronunciarse sobre la interpretación de una norma comunitaria a partir de los hechos que le proporciona dicho órgano jurisdiccional, que en este asunto Wouters declaró que el *Samenwerkingsverordening* tiene por objeto garantizar la independencia y parcialidad del abogado que presta asistencia jurídica, por lo que aquél no puede examinar los antecedentes de hecho presentados por los demandantes (descritos en los apartados 74 a 81 de la Sentencia), que pretenden demostrar que el citado reglamento de 1993 fue adoptado con el único objetivo de impedir o limitar la competencia de los auditores en el mercado relevante de los servicios jurídicos.

²³ Apartado 110 de la Sentencia. Basándose en la opinión del Abogado General Jacobs en la Sentencia Paulov, que subrayó que «habida cuenta de la heterogeneidad de las profesiones liberales y de las características propias de los mercados en los que actúan, no es posible aplicar una fórmula general», el Abogado General Léger sostiene que es «imposible elaborar una fórmula única que pueda abarcar el conjunto de normas profesionales relativas a todas las profesiones liberales en los diferentes Estados miembros. Cada regla profesional debe ser objeto de un examen en cada caso, en función de su objeto, contexto y finalidad» (apartado 110), y a tal objeto propone «una aplicación distributiva» de las normas comunitarias en materia de competencia, que desarrolla en los apartados 112 a 114 de sus Conclusiones.

cuencia, responde que el *Samenwerkingsverordening* de 1993 no infringe el art. 81.1 del Tratado CE²⁴.

En efecto, el marco jurídico de las profesiones de abogado y auditor en los Países Bajos difiere sustancialmente en relación con las obligaciones deontológicas, que son más rigurosas para los abogados holandeses. Esta circunstancia, a juicio del TJ, tiene implicaciones de no poca importancia en la estructura del mercado de servicios jurídicos y, en particular, en las posibilidades de ejercicio integrado de la abogacía y otras profesiones liberales, de tal forma que cuando las exigencias deontológicas de las profesiones no son comparables (como sucede en los Países Bajos con las profesiones de abogado y auditor) se podrá concluir que existe una cierta incompatibilidad entre ambas actividades profesionales que justifica, desde la perspectiva del derecho *antitrust*, la prohibición de ejercicio conjunto o integrado de ambas profesiones²⁵.

Desde una perspectiva económica, los mercados de servicios jurídicos y de servicios de auditoría presentan una estructura competitiva muy diferente. Si el mercado de los auditores se caracteriza por una concentración creciente y considerable (el TJ se refiere a las «big five»), los abogados presentan una dimensión muy heterogénea y están poco concentrados. Pero, además, la prohibición de conflicto de intereses (que es un objetivo de interés general) a la que están sujetos colegialmente los abogados constituye un límite estructural a una eventual concentración de los despachos de abogados equiparable al de la auditoría y, en consecuencia, reduce las posibilidades de colaboración integral con actividades profesionales con un alto grado de concentración como la auditoría. Partiendo de esta realidad fáctica, el TJ afirma que:

«En estas circunstancias autorizar sin reserva ni limitación la colaboración integrada entre la abogacía, cuyo carácter altamente descentralizado está íntimamente vinculado a algunas de sus características fundamentales, con un sector tan concentrado como el de los auditores podría reducir globalmente el grado de competencia del mercado de los servicios jurídicos como resultado de la disminución sustancial del número de empresas que actúan en éste» (apartado 93).

Por último, en el enjuiciamiento *antitrust* de la prohibición de sociedades profesionales entre abogados y auditores es necesario tener en cuenta el objetivo de la norma prohibitiva. Al respecto, la Comisión ha señalado que entre los ejes fundamentales de la aplicación de las normas de competencia en el sector de las profesiones liberales figura el respeto

²⁴ La conclusión del Abogado General Léger era la contraria. Apartado 134.

²⁵ Afirma el TJ que «puede existir una cierta incompatibilidad entre la actividad de “asesoramiento” que ejerce el abogado y la actividad de “control” desarrollada por el auditor [...] en los Países Bajos, el auditor lleva a cabo una función de certificación de las cuentas. Examina y controla de forma objetiva la contabilidad de sus clientes, de manera que puede dar a conocer a los terceros interesados su opinión personal sobre la fiabilidad de estos datos contables. Por consiguiente, en el Estado miembro considerado, no está sujeto a un secreto profesional comparable al del abogado, contrariamente a lo que prevé, por ejemplo, el Derecho alemán». Apartado 105.

a las normas puramente deontológicas; esto es, las normas que dentro del marco específico de cada profesión liberal, son necesarias para garantizar la imparcialidad, competencia, integridad y responsabilidad de los miembros de las profesiones liberales o para evitar conflictos de intereses y publicidad engañosa²⁶. Doctrina que ahora acoge el TJ al establecer que, al objeto de señalar si un acuerdo o decisión de una asociación de empresas resulta prohibido por el art. 81.1 del Tratado CE, es necesario observar si estos efectos negativos sobre la competencia resultan inherentes a la consecución de los objetivos de interés público de la norma, relacionados en el caso de los abogados con:

«la necesidad de establecer normas de organización, capacitación, deontología, control y responsabilidad, que proporcionen la necesaria garantía de honorabilidad y competencia a los usuarios finales de los servicios jurídicos y a la buena administración de justicia» (apartado 97).

A modo de conclusión, pues, creemos que se puede afirmar que las normas puramente deontológicas escapan al control *antitrust*, incluso si generan efectos restrictivos sensibles sobre la competencia en el mercado común de los servicios profesionales considerado. Que por normas deontológicas hay que entender aquellas que son necesarias para «garantizar el buen ejercicio de la profesión», y que a este objeto habrá que examinar el contexto global (jurídico y económico) en el que el colegio profesional adopta la decisión y en el que produce sus efectos, así como los objetivos reales de la misma²⁷. En consecuencia, el fallo del TJ en esta Sentencia Wouters, declarando que la prohibición colegial de colaboración integrada entre abogados y auditores no resulta contraria al art. 81.1 del Tratado CE, sólo es válido en el contexto de ambas profesiones en los Países Bajos, no pudiendo extrapolar esta conclusión ni a otros Estados miembros en los que la legislación aplicable no sea equiparable, ni a la colaboración entre otras profesiones que no estén en circunstancias comparables a las mencionadas en la Sentencia Wouters que, por tanto, no tiene alcance general.

5. REPERCUSIONES DE LA SENTENCIA WOUTERS EN ESPAÑA

De la doctrina establecida por el TJ en esta Sentencia Wouters se desprende que la infracción del art. 81.1 del Tratado CE por una norma que, adoptada por un Colegio profesional en uso de sus competencias normativas, establezca la prohibición de sociedades profesionales entre abogados y auditores, dependerá de si el objetivo de interés general con-

²⁶ XXIX Informe sobre la política de competencia 1999, punto 138, recuadro 5.

²⁷ En la Sentencia de 28 de marzo de 2001 (asunto T-144/99, *Instituto de Agentes Autorizados ante la OEP*), el TJ aclara que «no se puede admitir que, por principio, las normas de organización del ejercicio de una profesión eludan el ámbito de aplicación del art. 81 CE, apartado 1, sólo porque los organismos competentes las califiquen de “deontológicas”».

sistente en garantizar el buen ejercicio de la abogacía (y de la profesión de auditor) es posible alcanzarlo por medios menos restrictivos, a cuyo efecto habrá que tener en cuenta el régimen jurídico al que estén sujetos abogados y auditores en el Estado miembro en cuestión, habida cuenta que, no habiendo normas comunitarias sobre la materia, las normas aplicables a cada profesión liberal pueden diferir (y difieren) sustancialmente de un Estado miembro a otro.

Pero antes, con carácter previo y como se ha observado, será preciso determinar si la norma colegial es imputable al Estado. En España, desde el momento en que la Ley de Colegios Profesionales manifiesta de forma expresa la sujeción de las decisiones y recomendaciones de los colegios profesionales con trascendencia económica a la prohibición del art. 1.1 LDC, no es necesario analizar los indicios que conforme a la jurisprudencia comunitaria permiten excluir del ámbito de aplicación del Derecho de la competencia la adopción de un reglamento colegial con trascendencia económica: 1) si en los órganos de gobierno participan representantes públicos, 2) si las autoridades públicas pueden intervenir en la designación de los miembros de los órganos de gobierno del colegio profesional, y 3) si estos órganos están obligados a velar por el interés público en la adopción de sus decisiones.

En este sentido no cabe ninguna duda de que el Estatuto General de la Abogacía Española, aprobado mediante RD 658/2001, de 22 de junio, constituye una decisión de una asociación de empresas (el Consejo General de la Abogacía Española), porque al prohibir, por una parte, la colaboración integrada a través de sociedades interprofesionales entre abogados y otros profesionales liberales incompatibles con el correcto ejercicio de la abogacía y, por otra, al admitir con condiciones la colaboración entre abogados y otros profesionales liberales compatibles (art. 29), está limitando las posibilidades de ofrecer servicios profesionales integrados para los que existe una demanda cierta y potencial. El Estatuto General no establece expresamente la prohibición de sociedades profesionales entre abogados y auditores, pero, del análisis conjunto de diversos preceptos del mismo, se colige que la actividad de auditoría es una de las profesiones liberales incompatibles con la abogacía. En particular, el art. 22.3 considera la auditoría como una actividad «incompatible con el correcto ejercicio de la abogacía», por lo que prohíbe que el abogado pueda realizar ambas actividades simultáneamente para el mismo cliente o para quienes lo hubiesen sido en los tres años precedentes. En definitiva, constituiría una decisión de una asociación de empresas prohibida por el art. 1.1 LDC y por el art. 81.1 del Tratado CE²⁸.

A efectos del Derecho comunitario, conforme con la jurisprudencia del TJ, será necesario observar el contexto global y los objetivos de esta

²⁸ Lo mismo puede decirse del art. 2.5 del Código deontológico aprobado por el Consejo General de la Abogacía Española, el cual dispone que el deber de independencia prohíbe al abogado ejercer otras profesiones o actividades que la limiten o que resulten incompatibles con el ejercicio de la abogacía, así como asociarse o colaborar para ello con personas u otros profesionales incurso en tal limitación o incompatibilidad.

prohibición colegial de sociedades profesionales entre abogados y auditores, para determinar si es una restricción de la competencia que no va más allá de lo necesario para garantizar el buen ejercicio de la abogacía en territorio español y, en consecuencia, no infringe el art. 81.1 TCE.

En el ámbito interno, a mi juicio, no está claro si este análisis de necesidad y proporcionalidad de la restricción, en relación con el objetivo de interés general de la norma colegial, hay que hacerlo en sede del art. 1.1 LDC, en sede del art. 3.1 LDC o, incluso, en sede del art. 2.1 LDC. Al realizar este análisis, la doctrina apunta que debe partirse del principio *pro libertate* en el ejercicio de las actividades profesionales liberales (art. 2 de la Ley de Colegios Profesionales), sometiendo a una lectura restrictiva las limitaciones al ejercicio competitivo de las profesiones conforme a la doctrina sentada por el TDC²⁹. En este sentido, las restricciones colegiales a la libre competencia en el ejercicio de las actividades profesionales deben tener su origen en una norma con rango de Ley (art. 2.1 LDC), sin que la habilitación genéricamente otorgada por los arts. 5 y 9 de la Ley de Colegios Profesionales a los Colegios profesionales para «ordenar en el ámbito de su competencia la actividad de los colegiados» permita introducir en las normas colegiales restricciones a la competencia que no cuenten con una habilitación específica (como, por ejemplo, la obligación de colegiación o la facultad de elaborar baremos de honorarios orientativos). En particular, entiendo que las restricciones del Estatuto General de la Abogacía a la colaboración integrada entre abogados y otros profesionales carecen de una habilitación legal específica, razón por la que su análisis *antitrust* debe hacerse en sede del art. 3.1 LDC, desde la perspectiva de su necesidad y proporcionalidad en relación con los intereses públicos que busca garantizar que, en este caso, serían la protección de los intereses del cliente y la calidad en la prestación de los servicios profesionales de abogado (y auditor)³⁰.

Coincidimos con aquella doctrina que señala que las profesiones de abogado y auditor no son actividades profesionales absolutamente incompatibles, y que su colaboración integrada, siendo posible, plantea más bien un problema de obligaciones legales y deontológicas distintas y, por tanto, de situaciones de conflicto de intereses³¹. Pero estos problemas

²⁹ VÁZQUEZ ALBERT, *Derecho de la competencia...*, cit., pp. 214-225, habla del «test de calidad», inspirado en los criterios utilizados por la jurisprudencia estadounidense conforme a los principios de la *rule of reason* y de la *per se rule*, cuyo traslado y encaje a los derechos continentales no está exento de polémica.

³⁰ Sobre el concepto de interés público: FERNÁNDEZ FARRERAS (dir.), *Colegios profesionales...*, cit., pp. 210 a 215. GARCÍA PÉREZ, *El ejercicio en sociedad de profesiones liberales*, Barcelona, 1992, p. 67, señala que la regulación de las sociedades profesionales interprofesionales requiere norma legal que establezca su régimen. También B. TRIGO GARCÍA, «¿Regulación del ejercicio societario de la abogacía mediante normas reglamentarias? El Real Decreto 658/2001, de 22 de junio, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española», *La Ley*, núm. 5.527, 19 de abril de 2002.

³¹ F. MARCOS, «¿La última palabra sobre las sociedades profesionales entre abogados y auditores?», *La Ley*, núm. 5.512, 28 de marzo de 2002. PAZ-ARES, «Las sociedades profesionales...», cit., pp. 1267 ss.

no deben ser usados para establecer una prohibición radical de una colaboración integrada de actividades profesionales que el mercado demanda, sino su regulación legal. Prohibición que, en consecuencia, no creemos necesaria para proteger los intereses públicos comprometidos. Creemos que la Sentencia Wouters deja entrever que, en otro contexto jurídico y económico distinto al del caso, una prohibición total de la colaboración integrada entre abogados y auditores podría resultar excesiva y prohibida por el art. 81.1 del Tratado CE. Dice así el TJ:

«No obstante, en la medida en que el mantenimiento de un grado suficiente de competencia en el mercado de los servicios jurídicos podría quedar garantizado por medidas menos extremas que una normativa nacional como el Samenwerkingsverordening 1993, que prohíbe absolutamente toda forma de colaboración integrada con independencia del tamaño respectivo de los bufetes de abogados o de las empresas auditoras de que se trate, una normativa de esta índole restringe la competencia».

Que otra solución menos restrictiva es posible en España lo prueba el Código de la Abogacía Catalana del Consejo de Colegios de Abogados de Cataluña (aprobado por Resolución del Departamento de Justicia de la Generalitat de 10 de septiembre de 2002), que reconoce a los abogados catalanes plena libertad para ejercer colectivamente la abogacía, asociándose entre ellos o con otros profesionales (art. 64), excepto con aquellos en relación con los cuales la legislación establece expresamente esa incompatibilidad (art. 12.1). Desde la perspectiva de los auditores, hay que resaltar que la Ley de Auditoría de Cuentas de 1988 reconoce la existencia de sociedades de auditoría que integren a otros profesionales, a condición de que (entre otros requisitos) la mayoría de los socios (y de los administradores) sean auditores de cuentas, a los que debe corresponderles la mayoría del capital y de los derechos de voto (art. 10). Sin embargo, no puede dejar de reconocerse que la prestación de servicios de abogacía al cliente de auditoría, en tanto puede suponer adoptar una posición partidista, constituye una amenaza para la independencia del auditor o de la sociedad de auditoría. Por ello la Comisión³² ha recomendado que, según los casos, el auditor debe abstenerse de prestar ciertos servicios de abogacía al cliente de auditoría, pero en ningún momento recomienda a los Estados miembros que ante tal amenaza se prohíba la colaboración integrada entre auditores y abogados.

³² Recomendación de la Comisión de 16 de mayo de 2002, relativa a la independencia de los auditores de cuentas en la UE: Principios fundamentales, DOCE, núm. L 126/22, de 19 de julio de 2002.

ECHOSTAR/DIRECTTV: LA FUSIÓN FRUSTRADA ENTRE LAS PLATAFORMAS NORTEAMERICANAS DE TELEVISIÓN DE PAGO POR SATÉLITE. COMPETENCIA FRENTE A REGULACIÓN Y LA DEFENSA DEL INTERÉS PÚBLICO

Marta DELGADO

Blanca ESCRIBANO

Departamento de Competencia y Regulación
de Jones Day Madrid

1. INTRODUCCIÓN

En los últimos años se está produciendo un incremento exponencial en la demanda de contenidos audiovisuales en todos los países de nuestro entorno. Tanto en Estados Unidos como en Europa, los procesos de liberalización de los mercados de telecomunicaciones y la proliferación en un plazo breve de tiempo de numerosas innovaciones tecnológicas se ha traducido en un incremento de los canales de distribución de contenidos. Este aumento de canales unido al fenómeno de la digitalización permite a los usuarios acceder a una oferta más amplia de contenidos. En definitiva, la competencia y la convergencia de las redes de telecomunicaciones¹ provocan que el caballo de batalla se centre ahora en los contenidos².

Así, el sector de los medios de comunicación está siendo testigo de grandes movimientos empresariales: grandes grupos inversores internacionales³ están tomando posiciones estratégicas tanto en el mercado de producción de contenidos como en el control de los canales de distribución de los mismos. Además, es destacable la puesta en escena de

¹ El nuevo marco regulatorio de telecomunicaciones aprobado el pasado año por la Comisión Europea habla ahora de «comunicaciones electrónicas» en lugar de telecomunicaciones, reflejando así el principio fundamental que recoge: la neutralidad tecnológica.

² El principal problema de competencia que se está planteando en la actualidad es el de la apertura del cuello de botella que suponen las exclusivas de derechos de retransmisión de contenidos, en particular, los considerados esenciales para cualquier medio de comunicación por su mayor audiencia: los eventos deportivos y las películas.

³ Mediaset, Pearson, Bertelsmann, Vivendi, NewsCorp.

grupos o empresas que tradicionalmente sólo habían desarrollado su actividad en el sector de las telecomunicaciones⁴.

Por otra parte, el sector está siendo testigo de un proceso de concentración en ámbito internacional, tanto de empresas cuya actividad se centra únicamente en los medios de comunicación⁵, como concentraciones mixtas entre empresas de telecomunicaciones y empresas del sector de los medios de comunicación⁶.

Las concentraciones en este sector de los medios de comunicación tienen la característica de combinar dos importantes valores, competencia y pluralismo informativo, razón por la cual estas concentraciones son especialmente analizadas por las autoridades nacionales de competencia y de regulación. El principio de neutralidad tecnológica o de libre distribución de contenidos mediante cualquier tipo de red que lo soporte se combina así con las obligaciones de distribución de determinados canales u obligaciones «*must carry*».

En este escenario, en un espacio muy breve de tiempo y casi con solapamientos temporales, se han diseñado varias operaciones de concentración de plataformas de televisión de pago distribuidas vía satélite: EchoStar/Directv en los Estados Unidos, Stream/Telepiù en Italia⁷, Canal Satélite/Vía Digital en España⁸.

Las siguientes líneas tratan de dar una sintética descripción de la operación de concentración frustrada entre EchoStar y Directv en los Estados Unidos tras su examen por las autoridades de defensa de la competencia y las autoridades regulatorias. Asimismo, observaremos cómo operaciones casi idénticas en mercados de características muy similares han dado lugar a resultados muy diversos debido al diferente enfoque seguido por las autoridades de competencia y regulación en su análisis.

2. ECHOSTAR Y DIRECTV

Hughes, propiedad al 100 por 100 de General Motors, es una compañía que posee una mayoría del capital de Directv Holdings LLC, así como de Directv Latin America, LLC, en Latinoamérica y Caribe, y, finalmente, Directv Broadband Inc. (en adelante, «Directv»). Hughes actúa

⁴ Como el caso de Telefónica, BT, Telecom Italia o France Telecom.

⁵ M. 993 Bertelsmann/Kirch/Premiere, M. 1574 Kirch/Mediaset, IV.37 BskyB/Kirch Pay TV; IV.39 Bertelsmann/Planeta/Neb, IV B Sky B/Kirch Pay TV, IV. Canal +/Lagardere/Canal Satélite, M. 1943 Bertelsmann/GBL/Pearson TV, M. 2050 Vivendi/Canal +/Seagram, M. 2407 Bertelsmann/RTL Group, M. 2766 Vivendi Universal/Hachette/Multithematiques, M. 2723 RTL/Prosiebensat.1/vg Media, M. 2996 RTL/CNN/TimeWarner/N-TV, entre otras.

⁶ Por ejemplo, M. 1943 Telefónica/Endemol, M. 1845 AOL/Time Warner, IV/36539, BiB.

⁷ COMP/M.2876 NewsCorp/Telepiù/Stream.

⁸ La operación fue notificada a la Comisión Europea por tener dimensión comunitaria (número de expediente COMP/M 2845 Sogecable/Canal Satellite Digital/Vía Digital). El 14 de agosto de 2002 la Comisión autorizó el reenvío del expediente a las autoridades nacionales de competencia (expediente N-280 Sogecable/Vía Digital).

en el mercado de la distribución servicios de televisión directa por satélite (*Direct Broadcast Services*, o «DBS»⁹) a través Directv desde junio de 1994. Hughes también es propietaria de DirectPC y Directway, los servicios más importantes de acceso rápido a Internet por satélite de Estados Unidos. En los próximos años Hughes tiene proyectado lanzar un servicio de Internet de última generación llamado Spaceway. Adicionalmente, también opera servicios *Digital Subscriber Line* («DSL») bajo la marca Directv DSL.

En lo que se refiere a servicios DBS, Directv tiene autorización para prestar servicios DBS a través de múltiples frecuencias que le permiten retransmitir a todos los Estados Unidos¹⁰. En 2001 Hughes contaba con más de 10,9 millones de suscriptores a sus servicios de DBS.

EchoStar es una sociedad cuyo principal accionista es su Presidente, Charles Ergen¹¹, a través de un holding familiar, y Vivendi¹². EchoStar actúa en el mercado de DBS desde marzo de 1996, principalmente mediante dos unidades de negocio relacionadas: Digital Sky Highway (DISH) Network que provee servicios DBS a Estados Unidos, y EchoStar Technologies Corporation, dedicada al diseño, desarrollo distribución y venta de los sistemas de recepción EchoStar¹³. A través de filiales controladas al 100 por 100, EchoStar tiene diversas licencias que le permiten ofrecer servicios DBS a los 48 Estados continentales. En 2001 EchoStar tenía más de 7,5 millones de suscriptores al servicio DBS.

En el momento de plantear la operación, conjuntamente EchoStar y Directv tenían asignadas las 96 frecuencias de retransmisión de *high power capacity DBS* desde las que, a través de las tres posiciones orbitales Full CONUS existentes en Estados Unidos, podían retransmitir a todos los Estados Unidos.

⁹ Los operadores de DBS utilizan satélites para transmitir programación de vídeo a los suscriptores, quienes deben adquirir una pequeña antena parabólica y pagar una cuota de suscripción para recibir el servicio. Cada operador de DBS transmite sus servicios de programación a los suscriptores desde satélites ubicados en determinadas posiciones orbitales.

¹⁰ La Unión Internacional de Telecomunicaciones ha asignado a Estados Unidos ocho posiciones orbitales. En Estados Unidos sólo tres de estas posiciones orbitales tienen una huella (*footprint*) suficiente para permitir a los operadores alcanzar a la totalidad del territorio estadounidense. Se las conoce como posiciones orbitales «Full CONUS» (Continental United States) y alcanzan a los 48 Estados del continente, Alaska y Hawaii. El espectro concedido al servicio DBS permite que cada posición orbital albergue 32 transpondedores o canales analógicos, de forma que estas tres posiciones orbitales Full CONUS puede tener hasta 96 canales analógicos o transpondedores. Los avances tecnológicos en compresión digital han permitido la expansión de los canales analógicos a canales digitales múltiples con ratios de compresión de 10 a 1, lo que permite realizar un espectacular incremento de canales con un mismo transpondedor.

¹¹ Con un 44,8 por 100 de las acciones y un 89 por 100 de los derechos de voto.

¹² Con un 10 por 100 de acciones y un 2,2 por 100 de los derechos de voto.

¹³ Tanto EchoStar como Directv operan servicios DBS de alta potencia (*high power capacity*), que requieren antenas receptoras de pequeño tamaño, en comparación con las de media potencia (*medium power capacity*) que tienen menor capacidad de transmisión y de compactación del contenido, requieren antenas receptoras de tamaño superior al DBS de alta potencia.

3. LA OPERACIÓN NOTIFICADA Y LOS HECHOS

El 3 de diciembre de 2001 EchoStar y DirecTV solicitaron a la *Federal Communications Commission* («FCC») autorización para la transmisión de licencias de servicios de DBS titularidad de Hughes y EchoStar que se derivaba de una fusión entre estas dos compañías.

La operación partía de la escisión por Hughes de General Motors, y la posterior fusión entre Hughes y EchoStar, bajo una sociedad denominada New EchoStar que ostentaría las licencias de ambas sociedades. Por conllevar una transferencia de licencias de telecomunicaciones, esta operación, conforme a las normas de la FCC, quedaba sujeta a la autorización previa de la FCC¹⁴.

La fusión de EchoStar y Hughes suponía la combinación de los activos en DBS de ambas compañías (y de sus transpondedores o canales de emisión), las únicas que en aquel momento prestaban servicios DBS en ámbito nacional, y la suma de 18 millones de suscriptores del mercado de la distribución de programación de vídeo multicanal (*multichannel video programming distribution* o «MVPD»¹⁵) vía DBS.

Conscientes de los efectos que la operación propuesta tendría sobre el mercado DBS, las partes propusieron en su notificación el establecimiento de un plan nacional de precios que se fijaría conforme a un criterio unificado para todos los Estados Unidos, con una duración de 24 meses desde la autorización de la fusión y que, según ellas, evitaría que la nueva compañía pudiera actuar en discriminación de zonas diferentes (principalmente entre las zonas donde competiría con el cable y el resto).

La operación fue analizada tanto por la FCC como por el Departamento de Justicia de los Estados Unidos («DOJ»). Tras un procedimiento de análisis por la FCC de la notificación y de las observaciones de terceros que duró trece meses, la FCC acordó mediante Decisión el 10 de octubre de 2002 no conceder su autorización y remitir determinadas cuestiones relevantes a una audiencia ante un *Administrative Law Judge*¹⁶ (jurisdic-

¹⁴ Sections 308 a 310 de la *Federal Communications Act* («*Communications Act*»), conforme a las cuales la transmisión de licencias únicamente puede realizarse mediante autorización de la FCC que sólo será concedida si se demuestra por las partes que servirá al interés, conveniencia y necesidad públicos.

¹⁵ Se trata de la programación de la televisión de pago. Aunque la programación puede realizarse de diversas formas, según el DOJ las únicas empresas que tienen éxito comercial son las que distribuyen su programación en formato digital, en formato analógico por cable o mediante transmisión directa de satélite. El servicio MVPD se caracteriza por ofrecer una multitud de canales, un tipo de programación no disponible en televisión en abierto con una oferta amplia de servicios *premium* y servicios básicos, y el cargo de una cuota mensual. Tanto el cable como el DBS son productos MVPD, aunque se emitan mediante diferentes tecnologías.

¹⁶ Conforme a las normas de procedimiento, la FCC otorgó a los notificantes treinta días para que aportaran nuevos argumentos que disminuyeran los argumentos que hacían a la FCC no considerar la operación susceptible de ser aprobada y enviar una solicitud de retraso de la audiencia. Conforme a la sección 1.276 del estatuto de la FCC, cualquier parte que no esté de acuerdo con la recomendación

ción administrativa), por entender que en el peor de los casos, la operación daría lugar a un monopolio en las áreas que no estén cubiertas por el cable (principalmente áreas rurales) y en el mejor de los casos a un duopolio en el resto de áreas, así como que las partes no habían demostrado que la operación beneficiaría al interés, conveniencia y necesidad públicos.

Por su parte, el 31 de octubre de 2002, el DOJ, 23 Estados, el distrito de Columbia y Puerto Rico presentaron una demanda civil en materia de competencia contra las partes, por considerar que la operación eliminaría la competencia en el mercado de MVPD, perjudicando a los consumidores norteamericanos, que verían sus alternativas en la provisión de servicios MVPD reducidas de dos a una en muchos casos, y de tres a dos en el resto de casos.

El 10 de diciembre de 2002 las Partes comunicaron su decisión de abandonar la operación antes de que tuviera lugar la audiencia ante el *Administrative Law Judge* y de que se resolviera la demanda civil planteada.

4. EL MERCADO DE DBS Y DE MVPD: ANTECEDENTES, SITUACIÓN EN EL MOMENTO DE LA NOTIFICACIÓN DE LA OPERACIÓN Y PROCESOS DE FUSIÓN EN EUROPA

A. ANTECEDENTES

A comienzos de 1998 cinco compañías controlaban las 96 Full CONUS: Directv, EchoStar, United States Satellite Broadcasting Co., Inc. («USSB»), Tempo Satellite Inc («Tempo») ¹⁷ y ASkyB ¹⁸. Adicionalmente Dominon Video Satellite ofrecía servicios mediante el alquiler a EchoStar de capacidad de transpondedor ¹⁹.

En 1998, Primestar, un operador de DBS de *medium power capacity* ²⁰ formado por las cinco operadoras de cable dominantes en Estados Unidos, intentó adquirir de ASkyB determinados activos satelitales que le permitieran ofrecer un servicio de *high power capacity* DBS. El DOJ presentó una demanda civil amparada en el art. 7 de la Clayton Act ²¹ contra esta adquisición, en gran parte motivada por la circunstancia de estar Pri-

de la jurisdicción administrativa tendrá la oportunidad de recurrirla ante la Comisión, la cual revisaría la materia de nuevo.

¹⁷ Aunque con licencia para operar, Tempo aún no había comenzado a hacerlo.

¹⁸ Una empresa conjunta de MCI/Worldcom y Newscorp que aún no había lanzado sus satélites.

¹⁹ Dedicada a la emisión de programación religiosa, y comercializada como Sky Angel. En 2001, dos años después de obtener licencia y alquilar capacidad a EchoStar, Dominon contaba con menos de un millón de suscriptores en todo Estados Unidos.

²⁰ Se trata de un sistema menos avanzado tecnológicamente que el *high power capacity*. Primestar era el único operador de DBS de *medium power capacity* del mercado en aquel momento.

²¹ Se trata de la base jurídica de control de concentraciones en los EEUU y prohíbe las operaciones de concentración que restrinjan sustancialmente la competencia.

mestar en manos de las cinco mayores operadoras de cable de Estados Unidos. El DOJ identificó esta integración vertical como un problema insalvable de competencia: el cable, de forma conjunta, controlaría un activo esencial en el mercado de la provisión de MVPD. A resultas de la demanda del DOJ, Primestar retiró la solicitud de adquisición. No obstante, en caso de haberse autorizado la operación, Primestar habría podido competir efectivamente con el resto de operadores de *high power capacity DBS*. En su Informe anual sobre el mercado del vídeo del año 1998²² la FCC sostiene que Primestar carece de crédito, pero que puede subsistir sin necesidad de vender sus activos a ninguna de las operadoras de satélite. No obstante, poco tiempo más tarde Primestar sería adquirida por Directv.

En el año 1999, Directv adquirió USSB y Tempo, y EchoStar adquirió las licencias de ASkyB. En ese mismo año Directv adquirió Primestar, y, el 30 de septiembre de 1999, tras captar aproximadamente 1,2 millones de suscriptores de Primestar y pasarlos a su sistema *high power capacity DBS*, Directv anunció que cesaba en la provisión del servicio de *medium power capacity DBS* y cerró Primestar.

A finales del 1999 los 96 canales de *high power capacity DBS* a Estados Unidos se encontraban en manos de dos empresas, EchoStar y Directv, de forma que los únicos operadores con capacidad para competir en el mercado MVPD con estas compañías eran los operadores de cable y otros pequeños operadores de DBS con licencias para operar, como Dominon Video Satellite y R/L DBS Company²³. Aunque se prohibió a EchoStar y Directv ofrecer servicios de programación local durante un tiempo, a finales de 1999 se abrió esta posibilidad²⁴ permitiendo a EchoStar y Directv dar servicio a la totalidad del mercado norteamericano de MVPD.

En consecuencia, los esfuerzos del DOJ durante el año 1998 se dirigieron a evitar que el cable pudiera adquirir un papel dominante en el mercado del satélite con objeto de permitir que el satélite ofreciera una fuente importante de competencia al cable, el medio de retransmisión de MVPD preponderante en Estados Unidos. El resultado de estos esfuerzos se materializó en procesos de concentración en los servicios DBS que provocaron la desaparición del *medium power capacity DBS* y la reducción de los principales operadores de DBS de cinco a dos, Directv y EchoStar, que se quedaron con el único mercado verdaderamente competidor del cable, el del *high power capacity DBS*.

²² «*Fifth Annual Report of the Status of Competition in the Market for the delivery of Video Programming*», FCC 98-335.

²³ Aunque esta última no prestaba aún servicios.

²⁴ Mediante el Satellite Home Viewer Act en el que el Congreso permitió una excepción a los derechos exclusivos de retransmisión de las cadenas de televisión, mediante la cual se obligó a conceder licencias obligatorias a los proveedores de vídeo directo al hogar (Direct to Home), y que permitió a estos operadores de DBS llevar la señal de las televisiones a los hogares que no estuvieran servidos por la televisión en abierto.

B. EL MERCADO DE MVPD MEDIANTE DBS EN 2002

En su Informe Anual sobre el mercado MVPD del año 2002²⁵, la FCC señala que aunque se desarrollan de forma continua alternativas al cable, la televisión por cable es la tecnología predominante para la distribución de programación por vídeo para los consumidores en el mercado MVPD. En junio de 2002 el 76,5 por 100 de suscriptores de MVPD recibían su programación a través de cable, en comparación del 78 por 100 del año anterior.

No obstante, la FCC señalaba que desde el año anterior el crecimiento del cable en términos de suscriptores había sido sólo marginal (0,4 por 100 de junio de 2001 a junio de 2002), aunque la industria continuaba creciendo en términos de ingresos. Relevante por lo que implica en términos del panorama competitivo, es que la industria del cable había continuado invirtiendo en innovación y mejora de las tecnologías, habiendo desarrollado tecnologías avanzadas (especialmente de compresión digital) para incrementar la capacidad de sus plataformas de transmisión.

Por su parte, el crecimiento del DBS había sido permanente: en 2002 tenía 18 millones de suscriptores, lo que supone un incremento del 14 por 100 desde el año anterior.

Sólo tres compañías ofrecían en 2002 servicios de DBS: EchoStar, Directv y Dominion. Rainbow, la cuarta compañía con licencia, tenía previsto comenzar su servicio, pero no de forma inminente²⁶.

En el momento de proponerse la fusión sólo existía un potencial entrante en el mercado DBS en Estados Unidos, Compass Systems Inc., propiedad de Northpoint Technologies Ltd. que había solicitado a la FCC autorización para la construcción de una estación DBS y para una plataforma terrestre en las frecuencias DBS. Adicionalmente, había tres operadoras con licencias extranjeras con intención de competir con los operadores nacionales: SES Americom, que había solicitado proveer servicios en Estados Unidos utilizando un satélite licenciado por Gibraltar²⁷, y dos propuestas para emitir la programación en Estados Unidos mediante enlaces ascendentes y descendentes (*uplink* y *downlink*) a través de las estaciones DBS canadienses licenciadas, las de Digital Broadband Applications y WSNet Holdings para emitir a través del satélite en las frecuencias Nimiq²⁸ y Nimiq 2²⁹.

En suma, en un mercado en el que el 80 por 100 de la población estaba suscrita a un servicio MVPD y que tenía más de 85 millones de

²⁵ «Ninth Annual Report of the Status of Competition in the Market for the Delivery of Video Programming», de 23 de diciembre de 2002, FCC 02-338.

²⁶ Se encontraba en proceso de construcción de una estación DBS y proyectaba comenzar sus servicios en diciembre de 2003 (por obligación de la International Bureau).

²⁷ En la frecuencia 105.5.º WL.

²⁸ En la frecuencia 82.º WL.

²⁹ En 9.º WL.

suscriptores, existiendo un solo competidor en DBS que únicamente contaba con un millón de suscriptores en el país, y con algunas compañías deseando entrar, pero sin capacidad de competir en un plazo de tiempo razonable, EchoStar y DirecTV eran los únicos operadores activos en DBS con capacidad para mantener una competencia real y efectiva en el mercado de provisión de servicios DBS, y junto con los operadores dominantes de cable en las diferentes zonas o demarcaciones, los únicos que ofrecían MVPD en ámbito nacional.

5. LA SOLICITUD DE AUTORIZACIÓN A LA FCC Y LA DECISIÓN DE LA FCC

A. COMPETENCIA DE LA FCC PARA EL ANÁLISIS DE LA OPERACIÓN

Como se ha señalado al describir la operación, sobre la base de la *Communications Act*³⁰ la FCC debía autorizar la transferencia de licencias por parte de las partes notificantes a la New EchoStar. La FCC debía determinar³¹ si los notificantes demostraban suficientemente que la transferencia de control de las licencias y autorizaciones de DirecTV y EchoStar servirían al interés público, conveniencia y necesidad. Para determinar si se cumplen los anteriores objetivos, la FCC debía examinar y sopesar los perjuicios y beneficios que la operación supondría para el interés público, recayendo la carga de la prueba y la obligación de argumentar sobre DirecTV y EchoStar. En el supuesto de que las partes no fueran capaces de demostrar las eficiencias y beneficios que la operación de transferencia de licencias supondría para el interés público, la FCC debería remitir el asunto a una audiencia ante la jurisdicción administrativa *Judge*³², que es lo que finalmente hizo la FCC.

B. CRITERIOS DE ANÁLISIS DE LA OPERACIÓN

El análisis de la FCC para la valoración de los efectos y eficiencias derivadas de la operación no se limita exclusivamente a los principios o estándares utilizados por las autoridades de competencia, el DOJ o la *Federal Trade Commission*, en el análisis de los procesos de concentración. Estas autoridades tienen competencia concurrente para examinar las concentraciones en el sector de los medios de comunicación, pero los criterios de su análisis no siempre son coincidentes. Como se verá más adelante, el DOJ examina la concentración a la luz del art. 7 de la *Clayton Act*, mientras que la FCC lo hace únicamente bajo la perspectiva de la defensa

³⁰ La *Communications Act* fue promulgada en 1934, pero ampliamente modificada en 1996.

³¹ Arts. 214(a) y 310(d) de la *Communications Act*.

³² Art. 309(e) de la *Communications Act*.

de la conveniencia, necesidad e interés públicos y de los elementos que lo conforman: los bienes jurídicos protegidos por la *Communications Act*.

La evaluación de si el interés público resultaría beneficiado como resultado de la operación es el análisis a seguir para lograr el cumplimiento de los objetivos de la *Communications Act*: preservar y promover la competencia en los mercados de referencia asegurando la pluralidad informativa³³ y acelerando el desarrollo privado de servicios avanzados³⁴, y la determinación de la afectación de la calidad de los servicios o de servicios adicionales de comunicaciones³⁵. La FCC debía considerar en su análisis la evolución del mercado y el impacto de la operación en la industria de la comunicación.

El análisis del interés público requiere una amplia consideración de la política de la FCC, política diseñada por el Congreso y con una profunda raíz en la preferencia por procesos y resultados competitivos. El estándar sobre el interés público de la FCC incluye una evaluación de los efectos de la operación en el mercado, su coherencia con la política de espectro y el impacto sobre la diversidad de programación de los servicios MVPD. Adicionalmente, la FCC exige que las partes demuestren unas eficiencias de entidad suficiente para contrarrestar los efectos negativos de la operación sobre la competencia y la política de comunicaciones de la FCC, dichas eficiencias deben además ser específicas de la operación y verificables, no basadas en meras posibilidades.

El mercado relevante de producto que la FCC tomó para su análisis incluía servicios MVPD y servicios de acceso a Internet, aunque la definición del mercado quedó abierta para su definición por la jurisdicción administrativa³⁶. Estos servicios eran prestados básicamente por los operadores de cable y los operadores DBS. En contra de lo que las partes notificantes sostenían, el mercado geográfico fue definido por la FCC como local, según tres categorías de demarcaciones o territorios:

- aquellas donde ningún operador de cable se encuentra operando;
- aquellas donde existe operador de cable de baja capacidad de transmisión y, por último,
- los territorios donde existe operador de cable de alta capacidad de transmisión.

³³ El Tribunal Supremo ha enfatizado reiteradamente que la FCC debe ser el garante de la pluralidad de los medios de comunicación (*Turner Broadcasting System, Inc. v. FC*, 512 U.S. 622, 663).

³⁴ Preámbulo de la *Communications Act* de 1996.

³⁵ AT & T-MediaOne Order, 15 FCC Rcd en 9821.

³⁶ La FCC se planteó si era posible, como muchas de las empresas interesadas alegaron, que se considerase un mercado más estrecho que únicamente comprendiera los servicios DBS, o si podía definirse un mercado de MVPD eliminando los servicios de cable menos avanzados tecnológicamente. La decisión final sobre la definición de mercado debía ser adoptada por el *Administrative Law Judge*.

C. ASPECTOS PRINCIPALES DE LA OPERACIÓN

Tres aspectos fundamentales fueron los que motivaron la decisión de la FCC de 10 de octubre de 2002 de solicitar audiencia ante la jurisdicción administrativa con objeto de bloquear la operación.

En primer lugar, la FCC rechazó el argumento de la empresa en quiebra (*failing company defense*) al comprobar que ambas partes disfrutaban de un crecimiento en sus cuotas de mercado del que sus competidores, los operadores de cable, no disfrutaban. Las partes estaban beneficiándose de un 20 por 100 de crecimiento, mientras que el crecimiento del cable estaba estancado. En las áreas rurales no existe cable, por lo que la competencia se reducirá en lugar de incrementarse. La operación notificada producirá un competidor más capaz pero menos eficiente.

En segundo lugar, el remedio propuesto por las partes notificantes con objeto de solucionar los problemas derivados de la desaparición de la competencia no fue creíble: se trataba del plan nacional de precios (*national pricing*) que fue considerado, como mínimo, no apropiado para proteger los intereses de los consumidores y, en el peor de los casos, susceptible de agudizar los efectos negativos de la concentración.

Finalmente, la FCC consideró que la información suministrada por las partes no demostraba los beneficios que supondría la operación para los consumidores ni establecía mecanismos para alcanzar dichos beneficios³⁷. Los efectos de la operación serían los que a continuación se indican.

D. EFECTOS DE LA OPERACIÓN EN EL MERCADO

La FCC consideró que la operación, en primer lugar, eliminaría un competidor de cada uno de los mercados geográficos del país identificados, bien si esos mercados cuentan con operadores de cable o bien si son mercados donde no existen redes de cable desplegadas. Prácticamente cada hogar pasaría de tener una oferta duopolística a una monopolística³⁸. Esa pérdida de competencia en el mercado de MVPD es susceptible de perjudicar a los consumidores (i) al eliminar un competidor viable en cada mercado, (ii) al incentivar un incremento de precios y reducir la calidad de los servicios y (iii) al desincentivar la innovación futura. Separadamente, las notificantes prestaban servicios en los 100 mercados más representativos, suponiendo casi el 80 por 100 de la población

³⁷ El restablecimiento de la competencia no era posible, en un tiempo razonable y de forma suficiente (*timeliness, likelihood and sufficiency*).

³⁸ Un análisis similar de mercados geográficos se recoge en el voto particular de los miembros del Tribunal de Defensa de la Competencia respecto a la concentración entre Sogecable y Vía Digital.

norteamericana. Con el resultado de un alto grado de concentración³⁹ en los mercados MVPD, disminuirían los incentivos económicos para transportar la señal de los prestadores de servicios de difusión (*broadcasters*) en los mercados locales. La eliminación de una alternativa de plataforma MVPD en cada uno de los mercados del país sin que exista una clara evidencia de que fuese a compensarse desde el punto de vista de la diversidad de programación, podía atentar contra la política de la FCC sobre pluralismo.

En segundo lugar, las partes en la operación eran dos proveedores de servicios DBS con infraestructuras equivalentes para la prestación de servicios en el mercado de televisión de pago multicanal⁴⁰. La política prioritaria de la FCC es el desarrollo de un modelo de competencia en redes (*facility based competition*) y la operación tendría el efecto de posibilitar únicamente la competencia en servicios, la competencia entre prestadores de servicios de difusión o *broadcasters*. Los consumidores se verían privados del beneficio que suponía la competencia en calidad técnica de los servicios, precios y asistencia.

En tercer lugar, la FCC analizó los efectos que la operación supondría en la política de espectro. Las partes alegaron en su notificación que la operación aumentaría la eficiencia en gestión y el uso del espectro radioeléctrico, recurso escaso, al eliminar la duplicidad en el transporte de la programación. La FCC desechó esta eficiencia por considerar que, aunque existía, no presentaba un importante beneficio para el interés público de los usuarios.

Por otra parte, como adelantábamos, las partes eran titulares de licencias sobre aproximadamente la mitad de las bandas de frecuencias necesarias para la provisión de servicios DBS en los Estados Unidos, licencias que se pretendían transmitir a una única entidad. Por tanto, las barreras de entrada para cualquier empresa que intentase competir en el mercado de MVPD serían enormes. Cualquier potencial competidor en el mercado de servicios DBS debería negociar necesariamente con la nueva compañía resultante para la obtención de la capacidad necesaria de frecuencias para la provisión del servicio. Además, el que una única entidad agrupe la totalidad de las licencias de espectro disponibles sobre CONUS DBS es inconsistente con la política procompetitiva de la FCC sobre espectro radioeléctrico⁴¹.

³⁹ El análisis de la FCC resultó que el HHI (Herfindahl-Hirschman Index) promedio posterior a la fusión en el conjunto de los mercados estaría entre el 5.653 y 6.043, con un incremento promedio de entre 861 y 1.163.

⁴⁰ Durante varios años y con grandes inversiones, cada una de las partes había adquirido el necesario espectro y licencias, desarrollado y desplegado los equipos necesarios (satélites, estaciones base y equipos decodificadores para los usuarios), desarrollado las vías de *marketing* y la asistencia al cliente necesarias y adquirido una base sustancial de clientes.

⁴¹ Adicionalmente, la FCC consideró la notificación conjunta que habían realizado EchoStar y DirectTV solicitando la autorización para lanzar y operar New EchoStar, satélite DTH que tendría una localización orbital a 110.º WL. Las partes habían argumentado que el otorgamiento de la propuesta solicitud de satélite permitiría a la nueva EchoStar ofrecer difusión local de canales en 210

En último lugar, la FCC no consideró convincente la argumentación de las partes sobre el beneficio en el mercado de acceso a Internet de banda ancha que se produciría o sobre la necesidad de la operación para la obtención de dicho beneficio. La competencia con el cable módem y los servicios DSL de los proveedores de servicios por satélite suponen un gran avance, pero la suscitada eficiencia es más débil en el mercado de MVPD. No existe eficiencia de espectro obtenida porque cada usuario de servicios de banda ancha usa espectro adicional, sin tener en cuenta el número de proveedores.

La FCC no consideró que se dieran los requisitos necesarios para considerar los argumentos de eficiencias de las partes: ni eran las eficiencias alegadas específicas de la operación, ni eran verificables, ni eran suficientes para contrarrestar el daño causado con la operación.

Por todo lo anterior, la FCC concluyó que la operación tendría unos efectos negativos en el mercado de MVPD, que había sido muy beneficiado desde la entrada de los operadores DBS en el mercado. Autorizar la operación notificada supondría la pérdida de determinados beneficios para los consumidores como la innovación tecnológica, diversidad de programación, calidad de los servicios y en las ofertas.

E. EL PLAN NACIONAL DE PRECIOS

El perjuicio más grave que los consumidores sufrirían en el supuesto de aprobarse la concentración dependería en gran parte de la habilidad de New EchoStar para tratar de forma discriminatoria las distintas zonas o territorios, imponiendo distintos precios en función de la existencia o no de red de cable y de su capacidad. Para evitar que este riesgo potencial fuera decisivo para prohibir la operación, las partes propusieron su propio remedio o condición en la fase inicial del procedimiento de concentración consistente en el establecimiento de un sistema de precios establecido sobre la base de un criterio uniforme y de ámbito nacional de 24 meses de duración. De esta manera, los precios de las zonas rurales, donde no existen infraestructuras de cable desplegadas, serían homogéneos a los de las áreas urbanas donde la competencia entre los servicios prestados mediante el satélite compiten con el cable. El argumento de las partes en la operación era que este compromiso propuesto evitaría que el incremento de precios fuese el resultado de la fusión, puesto que la fluctuación mensual de los precios que se producía anteriormente se debía a los precios que los operadores de cable ofrecían.

El plan nacional de precios regulaba únicamente las tarifas mensuales, excluyendo el precio por instalación o el precio por los equipos decodificadores.

mercados o demarcaciones. Además de los asuntos que la FCC designó para que fueran objeto de la audiencia, la FCC determinó que la revisión de la solicitud de satélite referida fuera analizada en el contexto de la audiencia ante la jurisdicción administrativa.

Las partes en la operación afirmaban que la competencia en precios no desaparecería, puesto que tras la concentración New EchoStar tendría incentivos para seguir compitiendo con los operadores de cable, con el fin de seguir ampliando su base de suscriptores, y que, al contrario, la nueva sociedad no incrementaría sus precios de manera desorbitada, puesto que esto supondría la pérdida de abonados a favor del cable.

La FCC entendió que el remedio propuesto por las partes no era suficiente para contrarrestar los perjuicios que la operación supondría para la competencia. Por una parte, quedaba abierta la posibilidad de lanzar ofertas promocionales en las cuotas de instalación o en los equipos decodificadores para competir con las ofertas realizadas por determinados operadores de cable. Por otra, New EchoStar tendría la posibilidad de competir, discriminando a través de la calidad de los servicios, por ejemplo, por el número de canales ofrecidos o por la rapidez y calidad de los servicios de reparación. Las zonas rurales se verían perjudicadas ante la ausencia de competencia de New EchoStar con el cable en ellas.

La aprobación de la operación tal y como había sido diseñada por las partes eliminaría toda viabilidad de competencia en infraestructuras que caracterizan los servicios DBS actualmente, sustituyéndola por el plan nacional de precios, que debía ser implementado por las autoridades de regulación.

Para implementar el plan nacional de precios, la FCC necesitaría ser capaz de controlar y ejecutar cualquier compromiso de las partes, pues éstas mantendrían siempre un obvio incentivo para mantener su capacidad de diseñar estrategias para competir en determinados mercados locales. Así, para servir de auténtico guardián del cumplimiento efectivo de los compromisos propuestos por las partes, la FCC debería realizar una intensiva actividad de control. La competencia sería sustituida por control regulatorio, lo que supondría un coste regulatorio significativo, pero, peor aún, un conflicto con el objetivo pretendido por la FCC y por el Congreso: permitir que la competencia sustituya la regulación.

La FCC señaló que existía el riesgo de que la política de precios uniformes de ámbito nacional facilitase la colusión, la fijación de precios. Por una parte, claramente se facilitaría el intercambio de información entre competidores, lo cual generalmente promueve comportamientos de fijación de precios. Por otra, reduciría el incentivo de los operadores de cable a la bajada de sus precios, puesto que sabrían que la respuesta por parte de los operadores DBS sería económicamente muy costosa por tener que aplicar la bajada de precios en el ámbito nacional.

Por estos motivos, la FCC consideró que no quedaba probado que el plan nacional de precios supusiera un remedio suficiente para compensar los efectos anticompetitivos resultantes de la operación en las áreas rurales como en las urbanas, sino que, de hecho, acentuaría los perjuicios. Sustituir la competencia en infraestructuras por regulación no es coherente ni con la *Communications Act* ni con los objetivos actuales de la

regulación existente, los cuales tienen como objetivo sustituir en la medida de lo posible la regulación por la competencia libre en el mercado y en especial, por la competencia basada en infraestructuras.

6. LA DEMANDA DEL DOJ Y DE OTROS 23 ESTADOS, PUERTO RICO Y EL DISTRITO DE COLUMBIA

En octubre del mismo año y tras la decisión de la FCC, el DOJ, conjuntamente con 23 Estados, Puerto Rico y el distrito de Columbia decidió oponerse a la operación de concentración mediante la presentación de una demanda civil al amparo del art. 15 de la *Clayton Act*⁴² por violación del art. 7 de la *Clayton Act*⁴³, por considerar que la fusión tendría por efecto una reducción sustancial de la competencia en el comercio interestatal en numerosos mercados geográficos del MVPD, alcanzando casi un 95 por 100 del de la población de Estados Unidos, lo que podría provocar un daño irreparable para la economía y bienestar general y para la competencia.

Coincidentemente con la FCC, el DOJ considera que el mercado de referencia es del de MVPD en el que el DBS y el cable carecen de otros competidores significativos. Sólo un 5 por 100 de suscriptores a servicios de MVPD (que cuenta con 85 millones de hogares suscritos en Estados Unidos) reciben servicio a través de tecnologías alternativas al cable o al DBS, como métodos inalámbricos (MMDS), o mediante VDSL (*very high speed digital subscriber line*). Aunque el DBS alcanza cualquier hogar del continente cuyo acceso por las señales no se encuentre obstruido, dado que los operadores de cable funcionan a escala local, el mercado geográfico definido por el DOJ fue el local, teniendo en cuenta todos los grupos de suscriptores que se encontraban en las mismas circunstancias en un área geográfica determinada.

El DOJ concluye que hay millones de hogares en los que la única alternativa competitiva es el DBS, por carecer de servicio de cable: la concentración en estas áreas provocaría un monopolio de New EchoStar⁴⁴. La nueva compañía tendría en su mano la capacidad de dejar a clientes sin servicio u ofrecer menos servicios o servicios menos avanzados en aquellas áreas donde no compita con el cable.

⁴² Que otorga competencia a los tribunales de distrito de los diferentes Estados, bajo la dirección del Fiscal General, para iniciar procedimientos de oficio con objeto de perseguir violaciones de la *Clayton Act*.

⁴³ Que prohíbe las operaciones de comercio que restrinjan sustancialmente la competencia o que puedan provocar la formación de un monopolio.

⁴⁴ Puesto que el DBS es la única alternativa allí donde no hay cable, el DOJ estima que hay una alta proporción de suscriptores en estas áreas, pudiendo llegar a representar el 30 por 100 de los totales de servicios MVPD según las partes. En tal caso, se autorizaría la creación de un monopolio sobre el 30 por 100 del mercado MVPD.

En el resto de los Estados Unidos⁴⁵ la única alternativa al DBS y, por lo tanto, a la contratación del servicio de las partes de la operación es el cable: en estas áreas se produciría un duopolio (*merger to duopoly*) del cable y New EchoStar⁴⁶. No obstante, el DOJ se plantea que incluso podría concluirse que puesto que el sistema del cable en muchas áreas es analógico y obsoleto, el único operador de consideración en esas áreas es el satélite, debido a lo avanzado de su tecnología y servicios sobre el cable analógico. En las áreas donde existía el cable la competencia entre estas operadoras se dirigía en gran medida a captar aquellos clientes que abandonaban el cable y a atraer hacia sí a los clientes de la otra operadora, por lo que tras la fusión desaparecería tal competencia en detrimento del servicio y precios ofrecidos a los consumidores. Así, la estrategia de las dos operadoras consistía en medir su oferta con la de la otra a la hora de diseñar sus servicios, de establecer sus precios y tomar decisiones sobre la calidad de los servicios, imitando sus respectivas iniciativas: la competencia existente entre EchoStar y Directv en el momento de proponerse la fusión era, en términos del DOJ, vigorosa, y se manifestaba en la competencia entre las operadoras en la oferta atractiva de precios, en la oferta de paquetes de programación atractivos, la variedad de la programación, la realización de mejoras tecnológicas en el número de canales emitidos, el precio y calidad de los equipos, así como en el precio de instalación de los mismos, y, finalmente, en la provisión de canales locales.

Adicionalmente, en las áreas donde existiese el cable no habría garantía de que New EchoStar y el cable tuvieran incentivos para competir como venían haciendo hasta ahora EchoStar y Directv en estas áreas, siendo posible que el cable y New EchoStar tuvieran incentivos para coordinar su comportamiento competitivo en detrimento de la calidad, precios y términos de sus servicios. Esta posibilidad no existiría, o sería mucho más reducida si no se llevase a cabo la fusión.

Tampoco el poder de la nueva EchoStar podría verse contrarrestado por potenciales entrantes. El DOJ llega a la misma conclusión que la FCC respecto de la dificultad de acceso al mercado de un competidor capaz, en un plazo razonable de tiempo, de oponer una competencia efectiva a New EchoStar dado el reparto de frecuencias, EchoStar y Directv tienen conjuntamente todas las frecuencias que proveen servicio a la totalidad de Estados Continentales de EEUU, y la dificultad de entrada en este mercado caracterizado por la necesidad de realizar grandes esfuerzos

⁴⁵ Siguiendo los datos de las partes representaría un 70 por 100.

⁴⁶ Debido a que en una misma área raramente existen dos operadores de cable, exceptuando a los *overbuilders*, operadores que tienden su cable sobre la infraestructura civil del cable, pero que se encuentran en áreas muy específicas donde las características del mercado son especiales debido a la densidad de la población o a las características del terreno. Los *overbuilders* prestan servicio a un 5 por 100 del territorio norteamericano, por lo que su impacto en el grado de competencia en el mercado de MVPD no es significativo. Adicionalmente, su expansión se ha frenado debido a problemas en la estrategia de implantación. Es muy improbable que un incremento de precio del 5-10 por 100 provoque un movimiento de la demanda hacia estos *overbuilders*.

de inversión en infraestructura y tecnología. Incluso si consiguiera tener acceso a las frecuencias la nueva operadora se vería obligada a realizar tremendas inversiones en el diseño, construcción y lanzamiento de los satélites, en el diseño y fabricación de los aparatos decodificadores, negociación de contratos de programación, y creación de una red de distribución e instalación. Incluso aunque estuviera en posición de salvar estos obstáculos, tardaría varios años en ser un competidor serio de New EchoStar y de los operadores dominantes de cable.

El DOJ finalmente rechaza, de forma similar a la FCC, que las partes hayan probado la existencia de eficiencias propias de la operación (*merger specific efficiencies*) de entidad suficiente para compensar la pérdida de competencia que la fusión provoca en el mercado de MVPD.

7. EL CASO ITALIANO Y ESPAÑOL

Como apuntábamos al comienzo, la operación de concentración entre EchoStar y Directv no ha sido una operación aislada en el tiempo ni en el espacio. Casi de forma continua han sido notificadas varias operaciones de concentración de plataformas de televisión de pago distribuidas vía satélite en diferentes jurisdicciones: EchoStar/Directv en los Estados Unidos, Stream/Telepiù en Italia y Canal Satélite/Vía Digital en España. Con resultados sustancialmente diferentes, el enfoque de las autoridades de competencia en cada una de ellas merece una reflexión.

A. LA OPERACIÓN ITALIANA

El 16 de octubre de 2002 se notificaba a la Comisión Europea la toma de control de Telepiù⁴⁷ por parte de NewsCorp y su posterior fusión con Stream⁴⁸, la segunda televisión de pago en Italia y propiedad de la misma NewsCorp. El tradicional operador incumbente en el mercado de las telecomunicaciones en Italia, Telecom Italia, controlaría el 20 por 100 del capital de la compañía resultante de la fusión. Se trataría una operación de *merger to monopoly*, puesto que no existen en Italia otras televisiones de pago a pesar de que el cable operador e.Biscom ha comenzado recientemente a prestar servicios de *video on demand*⁴⁹.

⁴⁷ Televisión de pago analógica que comenzó su actividad en 1991, controlada por Vivendi Universal.

⁴⁸ Televisión de pago vía satélite que comenzó su actividad en 1998, controlada por Telecom Italia y NewsCorp.

⁴⁹ La operación notificada es una operación inversa a la previamente frustrada entre Vivendi (accionista mayoritario de Telepiù) y NewsCorp, consistente en la adquisición de Stream por Vivendi. La operación no alcanzaba el umbral necesario para que la operación tuviese dimensión comunitaria y, por tanto, fue notificada ante la Autoridad Nacional de Competencia italiana. Procedimiento C/5109, Decisión de la Autoridad Nacional de Competencia italiana de 13 de mayo de 2001. La

Durante la primera fase del procedimiento las partes en esta operación propusieron⁵⁰ una serie de remedios o condiciones a la Comisión Europea. Estos remedios eran idénticos a los que la Autoridad Nacional de Competencia había impuesto en el mes de mayo de 2001 al aprobar la anterior operación abandonada⁵¹. La Comisión Europea no estimó que dichas condiciones fueran suficientes y consideró necesaria la investigación de la operación con detenimiento, entre otras cuestiones, debido a la participación de Telecom Italia en la operación y su implicación en otros mercados afectados.

La Comisión Europea ha aprobado finalmente la operación⁵², por considerar que pese a crear un cuasimonopolio en el mercado italiano de la televisión de pago, la autorización de la fusión será más beneficiosa para los consumidores que los trastornos que causaría el probable cierre de Stream.

La Comisión autoriza la operación con condiciones que, según ella, crearán una competencia real y potencial, y beneficiarán a los consumidores⁵³.

autoridad nacional de competencia autorizó la operación sujeta a condiciones, pero la operación fue abandonada, notificándose posteriormente a la Comisión Europea la nueva operación.

⁵⁰ 31 de octubre de 2002.

⁵¹ Estos remedios se pueden resumir en los siguientes: (i) derecho a resolver unilateralmente y sin penalización los derechos de exclusiva para la retransmisión de eventos futbolísticos para su emisión en la modalidad *pay per view* en DTH; (ii) derecho a la renuncia unilateral y sin penalización de los *output deals* vigentes o contratos suscritos con los grandes estudios norteamericanos para la licencia en exclusiva de toda su producción en favor de Telepiù y la renuncia de la nueva Stream a suscribir cualquier contrato nuevo de exclusiva para la televisión de pago con una vigencia superior a un año con los grandes estudios norteamericanos; (iii) la prohibición de la nueva Stream de prestar servicios de televisión de pago mediante plataformas de televisión terrestre; (iv) la realización por Stream de una serie de desinversiones, tanto en Europa tv como en Prima tv; (v) la obligación de Stream de licenciar contenidos propios para su distribución mediante plataformas distintas a la del satélite, para lo cual debería establecer una contabilidad de costes diferenciando costes de producción y costes comercialización de los contenidos; (vi) y, por último, la obligación de Stream de permitir el acceso a terceros a su plataforma en condiciones equitativas, transparentes, no discriminatorias y orientadas a costes.

⁵² 2 de abril de 2003.

⁵³ Ver nota de prensa de la Comisión de 2 de abril de 2003. Las condiciones pueden agruparse de la siguiente forma: (i) *Relativas al acceso a los contenidos*: a) Se prevé que Newscorp renunciará a los derechos exclusivos sobre los contenidos *premium* (películas taquilleras, partidos de fútbol y otros acontecimientos deportivos) en lo que se refiere a la retransmisión por vías distintas del satélite; los competidores del mercado de radiodifusión por vías distintas del satélite podrán adquirir estos contenidos de Newscorp mediante ofertas basadas en el principio de precio minorista menos un descuento, debiendo las ofertas ser desglosadas y no exclusivas; b) Asimismo, los competidores potenciales del mercado de la televisión por satélite tendrán acceso a los contenidos debido a que se permite a los titulares de los derechos sobre los contenidos resolver unilateralmente y sin penalización los contratos vigentes con la plataforma y se limita la duración de los futuros contratos a dos años para clubes de fútbol y a tres para productores de películas; c) Adicionalmente, se prohíbe a Newscorp cerrar el acceso a los derechos de retransmisión de películas en segunda ventana. (ii) *Relativas al acceso a la plataforma*: a) Se obliga a Newscorp a conceder acceso a su plataforma a los competidores de la televisión por satélite, y a ofrecer los servicios correspondientes en condiciones equitativas y razonables; b) Asimismo se obliga a Newscorp a conceder licencias para su tecnología de sistema de acceso condicional en condiciones equitativas y no discriminatorias a todos los ope-

Las condiciones se establecen por un período de ocho años y nueve meses, hasta el 31 de diciembre de 2011, salvo que la Comisión decida acortar su duración, y su efectiva aplicación se controlará mediante un procedimiento de arbitraje, en el que la autoridad nacional de competencia desempeñará un papel esencial.

B. LA OPERACIÓN ESPAÑOLA

El 3 de julio de 2002 se notificó a la Comisión Europea el proyecto de concentración de conformidad con el art. 4 del Reglamento (CEE) núm. 4064/89 («Reglamento de Concentraciones»), por el cual Sogecable, s. A., controlada por la Promotora de Informaciones, s. A. (Prisa) y Groupe Canal +, s. A., esta última perteneciente al grupo Vivendi Universal, suscribe con el grupo Admira Media, s. A., perteneciente al Grupo Telefónica, s. A., un acuerdo con vistas a integrar Sogecable y DTS Distribuidora de Televisión Digital, s. A. (Vía Digital), controlada por Admira, a través del intercambio de acciones. De acuerdo con la notificación, tras la culminación de la operación la empresa resultante («Sogecable») estará sujeta al control conjunto de Prisa y Groupe Canal +.

Las autoridades españolas, a través del Ministerio de Economía, solicitaron a la Comisión Europea la remisión del caso a las autoridades nacionales de competencia con el fin de que fueran éstas las que aplicaran la legislación nacional de defensa de la competencia⁵⁴. Mediante Decisión de la Comisión Europea de 14 de agosto de 2002, se remitió el caso a las autoridades españolas.

Tras el examen de la operación por parte de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones («CMT»), del Servicio de Defensa de la Competencia y del Tribunal de Defensa de la Competencia, el Acuerdo del Consejo de Ministros de 2 de diciembre de 2002 autorizó la operación con condiciones.

El Acuerdo de Consejo de Ministros condicionaba la autorización de la operación a una serie de condiciones generales⁵⁵ y otras condiciones específicas para los derechos sobre eventos futbolísticos. El análisis

radores que lo soliciten; c) Finalmente, Newscorp queda obligada a celebrar acuerdos de simulcrypt en el plazo de nueve meses desde la solicitud de los competidores que deseen adoptar esta tecnología. (iii) *Relativas a obligaciones de desinvertir*: Newscorp se compromete a desprenderse de las actividades de Telepiù en el mercado de la emisión terrestre digital y analógica y a no ejercer ninguna actividad de emisión terrestre digital ni como red ni como operador minorista.

⁵⁴ Según lo dispuesto por el art. 9 del Reglamento de Concentraciones.

⁵⁵ Las condiciones generales pueden sintetizarse en cuatro grupos: en primer lugar, las condiciones que tratan de abrir el cuello de botella que suponen las exclusivas que ostentaban las partes en la operación para la retransmisión de películas producidas por los grandes estudios norteamericanos (la apertura se establece únicamente para los contratos futuros y no para los vigentes). El segundo grupo de condiciones se refiere a la obligación de permitir el acceso a programadores independientes a la plataforma satelital de televisión de pago. El tercer grupo de condiciones establece la obligación de licenciar los contenidos propios, producidos por las empresas del Grupo de

exhaustivo de las condiciones aprobadas excede el objeto del presente trabajo, sin embargo, es interesante analizar las condiciones relativas a los precios con el fin de compararlas con el *national pricing plan* que propusieron EchoStar y DirectTV y que hemos examinado anteriormente.

Las condiciones decimoséptima y decimoctava del Acuerdo del Consejo de Ministros establecen la prohibición de que Sogecable repercuta sobre los abonados ningún coste relativo a la integración de las dos plataformas y la obligación de mantener una «*única política de precios uniforme para todo el territorio nacional, sin discriminar entre zonas con o sin presencia de operadores de cable*».

Durante un plazo de cuatro años, Sogecable no podrá incrementar los precios cobrados a los abonados por la prestación de sus servicios por encima de un límite fijado como $1PC \cdot X$ ⁵⁶, y, en todo caso, Sogecable no podrá incrementar los precios cobrados a los abonados por la prestación de sus servicios durante el año 2003. El modo en que las partes notificantes ejecutarán los compromisos (plan de actuaciones) debe ser presentado ante la autoridad de competencia en el plazo de dos meses desde el acuerdo del Consejo de Ministros que autoriza la operación y aprobado por la CMT. El mencionado plan de actuaciones ha sido aprobado por el Servicio de Defensa de la Competencia el pasado 3 de abril de 2003.

Estas condiciones revelan diferencias en el enfoque dado por las autoridades españolas y estadounidenses de competencia a fusiones que planteaban problemas de concentración similares en mercados también similares. En este sentido debe tenerse en cuenta que los mercados de Italia y España se diferencian del mercado norteamericano en que el cable está todavía en una situación emergente, con escasa cuota de mercado, a diferencia del mercado norteamericano de MVPD donde el cable era hasta los años noventa la única alternativa para la obtención de servicios MVPD.

Las conclusiones a las que llegó la FCC en el proceso de concentración de EchoStar/DirectTV relativas a los efectos negativos que sobre la competencia y sobre el interés público supondría la regulación de los precios de los servicios prestados por la empresa resultante de la fusión, han sido opuestas en el caso español. Ello se debe sobre todo a una diferencia sustancial de las relaciones entre sistemas de regulación y competencia en los EEUU: la regulación es siempre un «*second best*» de la competencia y en ningún caso su aplicación debe articularse como remedio a un problema de competencia.

la empresa resultante de la operación. En cuarto lugar, se prohíbe la comercialización conjunta de contenidos de Sogecable y servicios de acceso a Internet de Telefónica.

⁵⁶ Siendo $1PC$ el límite superior del objetivo de la infracción del Banco Central Europeo para el año correspondiente y X un porcentaje que será determinado con carácter anual atendiendo a la evolución, estructura competitiva y demás características de los mercados afectados.

8. LA CONVENIENCIA, NECESIDAD E INTERÉS PÚBLICOS DE LA OPERACIÓN ECHOSTAR/DIRECTV: BENEFICIOS DE LA OPERACIÓN PARA EL CONSUMIDOR

El análisis de la FCC en el proyecto de fusión EchoStar/Directv se basa en un objetivo primordial: analizar si de la ejecución de la operación propuesta se derivarán o no beneficios al consumidor en aplicación de los objetivos de pluralidad informativa, desarrollo de la innovación y desarrollo de servicios de comunicaciones de calidad⁵⁷. Para lograr estos objetivos la FCC no se limita a analizar los efectos restrictivos de la competencia que se derivarán de la operación; la FCC se plantea si la operación es necesaria, conveniente y beneficiosa para el interés público y llega a la conclusión de que la operación no satisface estos objetivos.

El plan nacional de precios propuesto por EchoStar y Directv tenía por finalidad evitar el principal riesgo que presentaba la operación: que se pudiera ejercer una discriminación de precio, de un lado, en las demarcaciones en las que la nueva empresa sería un monopolio, y, de otro, en aquellas en las que se constituiría como duopolio. Esta misma finalidad era la perseguida por el Acuerdo del Consejo de Ministros en la concentración española aparte de la pretensión última de evitar la explotación de los consumidores mediante precios excesivos.

No obstante, existen diferencias relevantes en el diseño del remedio derivadas del análisis más superficial que realizó el Consejo de Ministros de las consecuencias de este remedio y de los efectos reales que la operación tendría en el mercado. Así, en primer lugar, la condición española no sólo estableció la obligación de fijar un precio de ámbito nacional de forma análoga a la propuesta por EchoStar y Directv, sino que fijó un precio máximo que se incrementaría anualmente con el IPC. No obstante, el Consejo de Ministros no tuvo en cuenta el riesgo de que la fijación de precios uniformes de ámbito nacional incrementara el riesgo de colusión entre el satélite (DBS) y los competidores en la TV de pago: ello es lógico si, como resulta de la misma decisión, se aprueba una concentración que necesita regulación de precios.

Adicionalmente, el remedio relativo a precios resultaría, conforme señaló la FCC en su informe, fácilmente falseable por la nueva compañía. Al igual que en el caso EchoStar/Directv, la discriminación en precios no quedaba remediada mediante la fórmula de fijación de precios de ámbito nacional. La discriminación entre zonas con y sin cable es en todo caso difícil de controlar, dada la posibilidad de combinar servicios y productos en contextos promocionales.

Existe, además, una diferencia esencial entre el caso americano y el español consistente en el inverso grado de maduración del mercado del

⁵⁷ La FCC se plantea una cuestión aparentemente sencilla: si el mercado quedará en mejores condiciones gracias a la fusión o no. ¿Estaríamos mejor sin la fusión?

cable y del satélite en ambos países: mientras que en España las partes de la fusión operaban en el mercado del MVPD, maduro y con las ventajas de ser el *first mover*, EchoStar y Directv jugaban con la desventaja de haber entrado después del cable, siendo una de sus principales estrategias competitivas la captación de los clientes de éste. En España, igual que en Estados Unidos, existen demarcaciones territoriales donde no hay despliegue alguno de redes de cable hasta el momento⁵⁸.

Finalmente, el diferente enfoque de las autoridades de competencia respecto de los remedios dio como resultado que, en el caso americano, la FCC no aceptara la propuesta del plan nacional de precios por considerar que provocaba un coste excesivo para las autoridades de regulación e incluso para los ciudadanos (tanto por el coste de implementación como por el coste derivado de un potencial falseamiento de las condiciones). En el caso español, sin embargo, no se tienen en cuenta los costes regulatorios y económicos que se derivan del control del remedio en precios, y se establece la obligación de las partes de desarrollar un plan de actuaciones que se referirá no sólo a los precios, sino a la ejecución del resto de las condiciones, y que deberá ser controlado por la autoridad regulatoria durante cuatro años. Quizás la lección en términos generales es que debe resultar preciso preguntarnos en todos los casos cuál es el coste de la regulación que se adopta «*en vez de*» la competencia cuya reducción o eliminación se permite, cualquiera que sea su causa.

En definitiva, la operación propuesta por EchoStar y Directv supone una operación de *merger to monopoly* en unas áreas y *merger to duopoly* en el resto: su remedio es contrario al objeto y función de las normas de competencia y provoca aquello que la FCC y el DOJ quisieron evitar: la regulación del mercado de la televisión de pago.

⁵⁸ Como Extremadura y Castilla-La Mancha.

EL ALCANCE DEL CONTROL EJERCIDO POR LAS AUTORIDADES NACIONALES DE LOS ESTADOS MIEMBROS SOBRE LAS DECISIONES DE VERIFICACIÓN DE LOS ÓRGANOS COMUNITARIOS DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

(A propósito de la Sentencia *Roquette Frères* del Tribunal
de Justicia de las Comunidades Europeas
de 22 de octubre de 2002)

Javier GUILLÉN CARAMÉS

Doctor en Derecho
Profesor de Derecho Administrativo
Universidad Rey Juan Carlos

1. INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo se aborda un estudio desde una perspectiva crítica, al hilo de la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (en adelante, TJCE) *Roquette Frères* de 22 de octubre de 2002¹, acerca de los límites que tienen los órganos comunitarios a la hora de desarrollar las importantes y amplias potestades de investigación que les atribuye el Reglamento 17 del Consejo, de aplicación de los arts. 85 y 86 del Tratado (en adelante, Reglamento 17)²; fundamentalmente derivados de la protección de los derechos fundamentales de los que gozan los ciudadanos y las empresas que se encuentran sometidas a la inspección por parte de las autoridades comunitarias de competencia.

¹ Asunto C-94/00, que tuvo por objeto una cuestión prejudicial planteada por la *Cour de Cassation* (Francia), sobre la interpretación del art. 14 del Reglamento 17 del Consejo, de 6 de febrero de 1962, Primer Reglamento de aplicación de los arts. 85 y 86 del Tratado (en la actualidad, arts. 81 y 82 TCE), y de la Sentencia *Hoechst* contra *Comisión*, de 21 de septiembre de 1989 (asuntos acumulados 46/87 y 227/88).

² *DOCE*, núm. L 35/1962, de 21 de febrero de 1962. Reglamento que acaba de ser modificado por el Reglamento (CE) núm. 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los arts. 81 y 82 del Tratado (*doce*, núm. L 1/1, de 4 de enero de 2003), que de acuerdo a su art. 45 será aplicable a partir del 1 de mayo de 2004.

Serán del mismo modo objeto de examen las cuestiones que se suscitan al recaer estas investigaciones en el territorio de alguno de los Estados miembros, donde tienen su sede o ubicación geográfica las empresas que pueden ser objeto de la actividad inspectora. Al respecto surgen diversas cuestiones problemáticas derivadas del deber de asistencia que tienen que proporcionar, cuando así se lo soliciten, las autoridades nacionales a los funcionarios comunitarios encargados de desarrollar su función investigadora, que pueden sistematizarse desde una doble perspectiva: por un lado, las que se originan con motivo de que la empresa objeto de investigación no preste su consentimiento a la misma, resultando necesario entonces que las autoridades nacionales soliciten, según lo dispuesto en su ordenamiento jurídico interno, la correspondiente autorización judicial para proceder a la entrada y poder así desarrollar la investigación en el domicilio de la empresa; y, de otro lado, e íntimamente conectado con el punto anterior, se plantea el problema de cómo y hasta dónde puede llegar el control de las autoridades nacionales sobre la Decisión de investigación (denominada *Decisión de verificación*) que haya sido adoptada por la Comisión Europea y que sirve de base jurídica para que aquéllas puedan autorizar la entrada en el domicilio de la empresa, pues surge el problema de la interpretación y posible control del Derecho Comunitario por una autoridad diferente al TJCE que, recordemos, es la Institución comunitaria que tiene atribuida la competencia exclusiva para controlar el ordenamiento jurídico comunitario.

Éstos son en líneas generales los dos ejes sobre los que va a centrarse la Sentencia del TJCE *Roquette Frères* que supone un importante avance jurisprudencial respecto de los principios que informan y deben ser observados por los órganos comunitarios de defensa de la competencia cuando desarrollan su actividad investigadora, así como de la forma y del alcance con que pueden ser controladas las Decisiones de verificación por parte de las autoridades nacionales de los Estados miembros, que habían sido sentados por la Sentencia del TJCE *Hoechst*, de 21 de septiembre de 1989, y que, por cierto, es objeto de interpretación por el TJCE.

2. LOS HECHOS OBJETO DE LA CUESTIÓN PREJUDICIAL

La empresa *Roquette Frères* que se dedica a la comercialización del gluconato sódico y de glucono-delta-lactona, fue objeto de una Decisión de verificación de fecha 10 de septiembre de 1998, dictada al amparo del art. 14, apartado 3.º, del Reglamento 17³, que establecía en su art. 1 lo siguiente:

³ El art. 14.3 del Reglamento 17 dispone: «Las empresas y asociaciones de empresas deberán someterse a las verificaciones que la Comisión haya ordenado mediante decisión. En ésta se señalará el objeto y la finalidad de la verificación, se fijará la fecha en la que dará comienzo y se indicarán las sanciones previstas en la letra c) del apartado 1 del art. 15 y en la letra d) del apartado 1 del art. 16, así como el recurso interpuesto ante el Tribunal de Justicia contra la decisión».

«Se obliga a la empresa Roquette Frères, s. A., a someterse a una verificación relativa a su posible participación en acuerdos y/o prácticas concertadas en los ámbitos del gluconato sódico y del gluconato-delta-lactona, que pueden constituir una infracción del art. 85 del Tratado CE. La verificación puede tener lugar en todos los establecimientos de dicha empresa.

La empresa permitirá a los agentes acreditados por la Comisión para proceder a la verificación y a los agentes del Estado miembro que les asistan, acceder a todos sus locales, terrenos y medios de transporte durante el horario normal de oficinas. La empresa presentará para que sean examinados los libros y demás documentos profesionales en los lugares en que se encuentren y obtener copias o extractos de los mismos. Además, les proporcionará inmediatamente todas las explicaciones orales que los referidos agentes puedan solicitarle relacionadas con el objeto de la verificación».

Los motivos que habían llevado a la Comisión a adoptar la presente Decisión de verificación venían motivados como consecuencia de la información de la que disponía la Institución comunitaria, según la cual los responsables de la empresa de que se trata mantuvieron reuniones periódicas con competidores, al hilo de las cuales se asignaron cuotas del mercado de gluconato sódico y se acordaron precios mínimos para los usuarios de las diversas regiones del mercado⁴. Del mismo modo, se fijaron los niveles de ventas totales y relativos a las diversas regiones. En cada una de las reuniones que tuvieron lugar se realizaron evaluaciones del nivel de observancia de los acuerdos suscritos entre los diferentes competidores, de tal modo que toda empresa que hubiese superado las ventas que le hubiesen sido concedidas debía procurar, al parecer, reducir sus ventas durante el período siguiente.

De igual manera, la Comisión disponía de información conforme a la cual los contactos citados entre empresas se habían extendido también al gluconato-delta-lactona⁵. Se trataba, en concreto, de conversaciones bilaterales o multilaterales que se mantuvieron frecuentemente al margen de las reuniones relativas al gluconato sódico. Los participantes intercambiaron en la citada ocasión diversa información sobre el mercado, sobre los precios de mercado, así como sobre la situación de la demanda. Igualmente, mantuvieron conversaciones sobre las capacidades de producción y los volúmenes de venta. Los contactos iban dirigidos, por tanto, al control de los precios y encaminados, al parecer, a provocar una coordinación del comportamiento de los participantes en el mercado.

En definitiva, en base a estas informaciones que, de probarse su existencia, podrían constituir una infracción grave del art. 81 TCE (anterior 85 TCE), se hacía necesario proceder a una verificación de las mismas por la Comisión. De este modo y, de acuerdo con lo previsto en el art. 14.6

⁴ Como señala la Exposición de Motivos de la Decisión de verificación «el gluconato sódico se utiliza, entre otras cosas, como producto de limpieza industrial, para el tratamiento superficial de los metales, la producción de sustancias químicas textiles y como retardador de fraguado en la industria del hormigón».

⁵ Esta sustancia se utiliza en la producción de queso, de productos cárnicos y de Tolu, como indica la Decisión de verificación.

del Reglamento 17 («*Cuando una empresa se oponga a una verificación ordenada en virtud del presente artículo, el Estado miembro interesado prestará a los agentes acreditados por la Comisión la asistencia necesaria para permitirles cumplir su misión de verificación*»), la Comisión solicitó al Gobierno francés la adopción de las medidas necesarias para que se prestase la debida asistencia de las autoridades nacionales, en el caso de oposición de la empresa *Roquette Frères* a la verificación prevista.

Este deber de asistencia fue prestado por los servicios administrativos franceses de defensa de la competencia que, a su vez, en virtud de lo dispuesto en su ordenamiento jurídico interno, concretamente en los arts. 48 y 56 bis del Decreto Legislativo relativo a la competencia, presentaron una demanda ante el Presidente del Tribunal de Grande Instance de Lille con el objeto de que se les autorizara a proceder a la inspección e incautación de la información objeto de la Decisión de verificación.

La autorización fue concedida por el Tribunal de Grande Instance de Lille y *Roquette Frères* presentó recurso de casación contra esta resolución, alegando que el citado Tribunal no podía ordenar la práctica de visitas de inspección sin asegurarse previamente, a la luz de documentos que estaba obligada a facilitarle la Administración, de que existían *presunciones serias* de la existencia de prácticas contrarias a la competencia que justificaran la concesión de poderes coercitivos.

La *Cour de Cassation* ante este recurso y tras recordar la jurisprudencia que Luxemburgo había dictado al respecto, concretamente la ya mencionada Sentencia *Hoechst*, sobre los poderes de investigación de la Comisión y las garantías de procedimiento que está obligada a respetar, formuló las siguientes cuestiones prejudiciales que dan lugar al presente comentario:

«1. *Habida cuenta de los derechos fundamentales reconocidos por el ordenamiento jurídico comunitario y del art. 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos ¿debe interpretarse la Sentencia Hoechst dictada el 21 de septiembre de 1989 en el sentido de que el juez nacional, competente con arreglo a su Derecho nacional para ordenar la práctica de operaciones de inspección e incautación por agentes de la Administración en locales de empresas en materia de competencia, no puede denegar la autorización solicitada cuando estima que los datos o indicios de que dispone y que hacen suponer la existencia de prácticas contrarias a la competencia por parte de las empresas a las que se dirige la decisión de verificación de la Comisión son insuficientes para autorizar tal medida o cuando, como sucede en el presente caso, no se le presenta ningún dato o indicio?*

2. *En caso de que el Tribunal de Justicia no reconozca la obligación de que la Comisión presente al juez nacional competente los indicios o datos de que dispone y que hacen suponer la existencia de prácticas contrarias a la competencias, ese juez ¿es, no obstante, competente, habida cuenta de los derechos fundamentales antes citados, para denegar las inspecciones e incautaciones solicitadas si estima que la decisión de la Comisión, como en el presente litigio, no está suficientemente motivada y no le permite verificar de manera concreta el fundamento de la demanda que se le somete, hacien-*

do imposible que ejerza el control exigido por su Derecho constitucional nacional?».

Éstos son los puntos sobre los que ha tenido que pronunciarse el TJCE en la Sentencia *Roquette Frères* que paso a examinar, pues importantes son las consecuencias que se extraen de esta jurisprudencia reciente.

3. BREVES REFLEXIONES SOBRE LOS PODERES DE INVESTIGACIÓN DE LA COMISIÓN EUROPEA EN DEFENSA DE LA COMPETENCIA. EN CONCRETO, LAS VERIFICACIONES

Con carácter previo al análisis de las cuestiones más destacables de la Sentencia *Roquette Frères* opino que es de interés llevar a cabo un sucinto repaso de cómo se encuentra regulado por el ordenamiento jurídico comunitario, especialmente por el Reglamento 17, los poderes de investigación de la Comisión en materia de defensa de la competencia, prestando una especial atención a los poderes de verificación que esta Institución tiene conforme a lo dispuesto en el art. 14 del citado Reglamento, pues éste va a ser el principal aspecto de nuestro estudio.

El ordenamiento jurídico comunitario encargado de regular la defensa de la competencia, atribuye a la Comisión una serie de potestades de investigación sobre las empresas con la finalidad de poder detectar aquellas conductas que puedan suponer un riesgo o una violación del derecho a la libre concurrencia entre los competidores en el mercado⁶.

Entre estas potestades que se encuentran reguladas en el Reglamento 17 pueden destacarse cuatro medios de investigación. En primer lugar, la Comisión conforme al art. 12 del Reglamento 17 puede efectuar investigaciones en aquellos sectores económicos en los que aprecie alguna irregularidad⁷. En segundo lugar, el Reglamento 17, en su art. 13, autoriza

⁶ Como ha establecido el TJCE en su sentencia *National Panasonic*, de 26 de junio de 1980, del Reglamento 17 se desprende que las facultades otorgadas a la Comisión por el art. 14 de dicho Reglamento tienen como fin permitir que ésta cumpla la función, que le confía el TJCE, de velar por el respeto de las normas sobre la competencia en el mercado común. Estas normas tratan de evitar que la competencia sea falseada en detrimento del interés general, de las empresas singulares y de los consumidores. De esta manera el ejercicio de las facultades conferidas a la Comisión por el Reglamento 17 contribuye así al mantenimiento del régimen de la competencia establecido por el Tratado, cuyo respeto se exige imperativamente de las empresas.

⁷ El art. 12 dispone: «1. Si en un sector económico la evolución de los intercambios entre Estados miembros, las fluctuaciones de precios, la rigidez de los mismos u otras circunstancias permitieren suponer que en ese sector la competencia está siendo falseada o restringida dentro del mercado común, la Comisión podrá decidir que se proceda a una investigación general y, en el marco de ésta, pedir a las empresas de este sector la información necesaria para aplicar los principios que figuran en los arts. 85 y 86 del Tratado y para cumplir con las tareas que le han sido encomendadas. 2. La Comisión podrá, en particular, pedir a todas las empresas y grupos de empresas del sector considerado que le comuniquen todos los acuerdos, decisiones y prácticas concertadas que estén dispensados de notificación en virtud del apartado 2

a la Comisión a encomendar a las autoridades nacionales la posibilidad de practicar verificaciones⁸. A continuación, puede mencionarse la potestad que atribuye el art. 11.1 del Reglamento 17 a la Comisión para efectuar solicitudes de información a las empresas, que podrán llevarse a cabo mediante una simple comunicación o mediante una decisión formal de la Comisión⁹. Finalmente, el art. 14 del Reglamento 17 establece los poderes de verificación que permiten a la Comisión controlar los libros y demás documentos profesionales de las empresas, hacer copias o extractos de los libros y documentos profesionales, pedir en las dependencias correspondientes explicaciones verbales y acceder a los locales, terrenos y medios de transporte de las empresas.

Será sobre esta última potestad que tiene la Comisión —potestad de verificación— sobre la que nos detengamos, para examinar sus rasgos esenciales y cómo han sido objeto de interpretación por la jurisprudencia comunitaria, especialmente por la Sentencia *Roquette Frères* que es el fundamento del presente estudio.

del art. 4 y del apartado 2 del art. 5. 3. Cuando la Comisión proceda a efectuar las investigaciones previstas en el apartado 2 anterior, pedirá también, a las empresas cuya dimensión haga presumir que ocupan una posición dominante en el mercado común o en una parte sustancial de éste, la declaración de los elementos relativos a la estructura de las empresas y su comportamiento, necesaria para apreciar su situación en relación con las disposiciones del art. 86 del Tratado. 4. Se aplicarán por analogía las disposiciones contenidas en los apartados 3 a 6 del art. 10, y en los arts. 11, 13 y 14».

⁸ El art. 13 establece: «1. A petición de la Comisión, las autoridades competentes de los Estados miembros procederán a efectuar las verificaciones que la Comisión juzgue oportunas en base al apartado 1 del art. 14 o que haya ordenado mediante decisión tomada en aplicación del apartado 3 del art. 14. Los agentes de las autoridades competentes de los Estados miembros encargados de proceder a las verificaciones ejercerán sus facultades previa presentación de un mandato escrito expedido por la autoridad competente del Estado miembro en cuyo territorio se deba efectuar la verificación. Ese mandamiento indicará el objeto y la finalidad de la verificación. 2. Los agentes de la Comisión, a petición de ésta o de la autoridad competente del Estado miembro en cuyo territorio deba efectuarse la verificación podrán ayudar a los agentes de dicha autoridad en el cumplimiento de sus tareas».

Como advierte LI. CASES, «esta posibilidad podría permitir una mayor eficacia en la labor administrativa, en cuanto implicaría una distribución de las tareas entre varias autoridades públicas, aunque ello también podría causar ciertas distorsiones. Fácilmente no se puede desconocer que cabría plantearse el interés de un Estado miembro de investigar para la Comisión contra una empresa del propio Estado por actos que no afectan al mercado nacional. La realidad es que no es una posibilidad frecuentemente empleada por la Administración comunitaria», vid. *Derecho Administrativo de Defensa de la Competencia*, Marcial Pons (Madrid, Escola d'Pública de Catalunya, 1995, pp. 141 ss.).

⁹ El art. 11.1 establece: «En el cumplimiento de las tareas que le sean asignadas por el art. 89 y de las disposiciones promulgadas en aplicación del art. 87 del Tratado, la Comisión podrá recabar todas las informaciones que considere necesarias de los Gobiernos y autoridades competentes de los Estados miembros, así como de las empresas y asociaciones de empresas».

Puede señalarse al respecto, que la Comisión se encuentra facultada para recabar todas las informaciones que considere necesarias, y dentro de esta potestad se entiende implícita la posibilidad que tiene la Comisión de solicitar cualquier información adicional que pueda requerirse con posterioridad a la solicitud inicial. Así lo ha reconocido el TJCE que en su Sentencia *Solvay & Cia. contra Comisión*, de 18 de octubre de 1989 (asunto 27/88), al indicar que «aun cuando se dispongan de indicios o, incluso, de medios de prueba, relativos a la posible existencia de una infracción, la Comisión, puede, con arreglo a Derecho, considerar necesario solicitar informaciones complementarias que le permitan delimitar mejor la amplitud de la infracción, la determinación de su duración o el círculo de las empresas implicadas».

A. LAS FACULTADES DE VERIFICACIÓN DE LA COMISIÓN

El art. 14 del Reglamento 17 prevé, como acaba de exponerse, la posibilidad de que la Comisión, en el cumplimiento de las funciones que le vienen asignadas por el TCE, pueda proceder a cuantas verificaciones considere necesarias en las empresas y asociaciones de empresas, con la finalidad de obtener información a efectos de aplicar el Derecho de la competencia comunitario. En este sentido, el propósito fundamental de la práctica de verificaciones ha sido descrito por el TJCE en su Sentencia *National Panasonic*, de 26 de junio de 1980 (Asunto 136/79), como la «*potestad que tiene la Comisión para verificar la existencia real y el alcance de una determinada situación de hecho y de Derecho*», mediante la obtención de la información necesaria a través del ejercicio por parte de las autoridades comunitarias de defensa de la competencia de los poderes que les otorga el Reglamento 17¹⁰.

De acuerdo con este fin, el Reglamento 17 en su art. 14.1, dota a los agentes de la Comisión de unos poderes específicos para poder llevar a cabo las verificaciones: «a) *controlar los libros y demás documentos profesionales*; b) *hacer copias o extractos de los libros y documentos profesionales*; c) *pedir en las dependencias correspondientes explicaciones verbales*; d) *acceder a los locales, terrenos y medios de transporte de las empresas*».

De esta manera tanto la finalidad del Reglamento 17 como la enumeración por su art. 14 de las facultades de que están investidos los agentes de la Comisión ponen de relieve que las verificaciones pueden tener un alcance muy amplio. A este respecto, la facultad de acceder a todos los locales, terrenos y medios de transporte de las empresas, presenta una particular importancia, en cuanto debe permitir a las autoridades de la Comisión obtener las pruebas de las infracciones de las normas sobre la competencia en los lugares donde presumiblemente se encuentran, esto es, en los locales empresariales.

Estas potestades, especialmente la de acceso, quedarían privadas de utilidad si los agentes de la Comisión hubieran de limitarse a solicitar la presentación de documentos o de expedientes que pudieran ser objeto de identificación previa de forma precisa. Esta facultad de acceso implica, por el contrario, la posibilidad de buscar elementos de información diversos que no sean todavía conocidos, o que no se encuentren totalmente identificados. Resulta claro, que sin esta facultad sería harto difícil, o podría llegar a ser imposible, para la Comisión recabar los elementos de información necesarios para la verificación, en el supuesto de enfrentarse con una negativa de colaboración o, incluso, con una actitud de obstrucción por parte de las empresas afectadas¹¹.

¹⁰ Sobre este punto *vid.* BLLAMY & CHILD, *European Community Law of Competition*, London, Sweet & Maxwell, 2001, pp. 878 ss.

¹¹ STJCE, *Hoechst*, de 21 de septiembre de 1989 (asuntos 47/87 y 227/88).

Como puede observarse, por tanto, el Reglamento 17 confiere a la Comisión, en su art. 14, amplias facultades de investigación, por lo que resulta necesario para evitar situaciones arbitrarias o de abuso de poder que el ejercicio de estas facultades se encuentre sometido a condiciones apropiadas para garantizar el respeto de los derechos de las empresas afectadas, como se estudiará más adelante. A este respecto, puede adelantarse, la obligación que pesa sobre la Comisión de indicar el objeto y la finalidad de la verificación, como establece el art. 14.2 del Reglamento 17.

B. MODALIDADES DE DESARROLLO DE LA POTESTAD DE VERIFICACIÓN

Para llevar a cabo la práctica de las verificaciones, la Comisión puede actuar indistintamente a través de dos vías¹²: bien con una autorización a sus agentes mediante un mandato escrito o bien mediante la aprobación de una decisión formal y expresa. En ambos casos, como advierte LI. CASES, los poderes de las autoridades de la Comisión son idénticos y sólo se diferencian por la vinculación de la empresa a la acción de la Comisión¹³.

i) En el primer supuesto, el desarrollo de la verificación debe ser efectuada con la colaboración de las empresas afectadas, así como contar con la conformidad de las mismas. Así se desprende del art. 14.3 del Reglamento 17 que no impone este tipo de obligación a las empresas: *«Los agentes acreditados por la Comisión para efectuar esas verificaciones ejercerán sus facultades en base a la presentación de un mandato escrito que indique el objeto y la finalidad de la verificación, así como la sanción prevista en la letra c) del apartado 1 del art. 15 del presente Reglamento en el caso de que los libros u otros documentos profesionales requeridos fueran presentados de manera incompleta. La Comisión dará aviso, con la suficiente antelación, a la autoridad competente del Estado miembro en cuyo territorio deba ser efectuada la verificación, de esta misión y de la identidad de los agentes acreditados»*.

Este tipo de investigaciones no tienen un carácter vinculante y las empresas pueden decidir voluntariamente si se someten a ellas o no. Sin embargo, este tipo de investigaciones una vez consentidas por las empre-

¹² Como ha señalado la doctrina, los dos tipos de verificaciones tienen un carácter alternativo, no siendo necesario emplear sucesivamente ambas posibilidades. En este sentido, la Comisión puede directamente adoptar una Decisión formal que obligue a la empresa a someterse a la verificación. Por lo tanto, no resulta obligatorio que con anterioridad se haya intentado practicar la verificación con una simple autorización o mandato escrito a sus agentes y confiando en el consentimiento de la empresa afectada; *vid.*, al respecto, C. FERNÁNDEZ-LERGA GARRALDA, *Derecho de la competencia*, Aranzadi, 1994, pp. 321 ss.; LI. CASES, *Derecho administrativo...*, cit., p. 146; VVAA, *Apuntes de Derecho de la Competencia Comunitario y Español*, Madrid, Dykinson, 2002, p. 145.

¹³ *Vid. Derecho administrativo...*, cit., p. 145.

sas no se diferencian en cuanto a su desarrollo de las verificaciones que tienen su fundamento legal en una decisión ¹⁴.

ii) Distinto es el supuesto de las verificaciones adoptadas mediante decisión obligatoria, conforme a lo dispuesto en el art. 14.3 del Reglamento 17: «Las empresas y asociaciones de empresas deberán someterse a las verificaciones que la Comisión haya ordenado mediante decisión».

A diferencia de lo que ocurría en las verificaciones desarrolladas sin la adopción de una decisión, a las que las empresas podían oponerse sin incurrir en infracción del ordenamiento comunitario, en las verificaciones mediante decisión éstas son vinculantes para las empresas que habrán de someterse a las mismas, pudiendo ser objeto de multas coercitivas en caso de oposición a las verificaciones, como dispone el art. 16.1.d) del Reglamento 17: «La Comisión podrá, mediante decisión, imponer a las empresas y asociaciones de empresas multas coercitivas a razón de 50 a 1.000 unidades de cuenta por día de retraso a partir de la fecha que determine en su decisión, para obligarlas a: d) a someterse a una verificación que la Comisión hubiere ordenado mediante decisión tomada en aplicación del apartado 3 del art. 14».

Del mismo modo, cuando la Comisión tropieza con la oposición de las empresas afectadas, sus agentes pueden, sobre la base del art. 14.6 del Reglamento 17, buscar, sin la colaboración de las empresas, todos los elementos de información necesarios para la verificación, con el concurso de las autoridades nacionales, que se encuentran obligadas a prestarles la asistencia necesaria para el cumplimiento de su labor ¹⁵. Si bien esta asistencia sólo es exigible en el supuesto de que la empresa manifieste fehacientemente su oposición, conviene añadir que la asistencia puede ser igualmente solicitada con carácter preventivo, a fin de vencer, en su caso, la oposición de la empresa ¹⁶.

¹⁴ En este caso, como ha establecido el TJCE en su Sentencia *Hoechst*, de 21 de septiembre de 1989 (asuntos 46/87 y 227/88), «los Agentes de la Comisión tienen, entre otras, la facultad de requerir la presentación de los documentos que indiquen, de entrar en los locales que designen y de pedir que sea mostrado el contenido de los muebles que señalen. Por el contrario, no pueden forzar el acceso a locales ni a muebles, ni compeler al personal de la empresa a facilitarles dicho acceso, ni tampoco emprende registros sin autorización de los responsables de la empresa».

¹⁵ Los Estados miembros están obligados a prestar la asistencia necesaria para permitir a los agentes de la Comisión cumplir con su cometido. En España, este deber se encuentra recogido en el art. 6 del Real Decreto 296/1998, de 27 de febrero, relativo a la aplicación en España de las reglas europeas de competencia, que dispone lo siguiente: «Los funcionarios o agentes de la Dirección General de Política Económica y Defensa de la Competencia, debidamente autorizados, podrán, a petición de la Comisión o por decisión del Director general, asistir a los funcionarios o agentes de la Comisión en la realización de verificaciones o investigaciones en territorio nacional en aplicación de la normativa comunitaria en materia de competencia».

¹⁶ Advierte LJ. CASES que la utilidad potencial de este tipo de verificación, ordenada directamente mediante el instrumento de la decisión, «se refuerza en tanto que podrá acordarse sin practicar ninguna notificación previa a la empresa sujeta a la misma. Se trata de inspecciones por sorpresa que pueden ser mucho más eficaces que las verificaciones practicadas con aviso previo a la empresa».

El TJCE en la Sentencia *National Panasonic*, de 26 de junio de 1980 (asunto 136/79), confirma esta posibilidad, señalando que el derecho a recibir comunicación previa a una decisión «se inscribe

Este elemento de cooperación entre la Comisión y las autoridades nacionales de los Estados miembros, resulta lógico para vencer la oposición de las empresas. Recuérdese que la Comisión no dispone de fuerzas del orden público que le permitan ejercer su autoridad en el territorio de los Estados miembros, es decir, en el territorio de la Unión Europea. Para paliar esta carencia el Reglamento 17 en su art. 14.6 establece que los Estados miembros facilitarán a los agentes de la Comisión la asistencia necesaria para ejecutar la verificación. Las autoridades nacionales deberán facilitar el auxilio necesario que requiera la Comisión para el desarrollo de la verificación correspondiente. Ello supone en este caso que las verificaciones de los agentes de la Comisión en el supuesto de oposición de la empresa afectada es que su realización debe efectuarse conforme al Derecho del Estado miembro en el que se vayan a ejecutar. De esta consecuencia se extraen dos importantes conclusiones que serán objeto de estudio en los epígrafes siguientes: por un lado, que el desarrollo de la verificación puede revestir características diferentes en función del ordenamiento jurídico interno del Estado miembro en el que se desarrollen; y, de otro, que en la legislación del Estado miembro donde tenga lugar la verificación puede existir un control «*ya sea administrativo o judicial, de la acción administrativa*», lo que en el fondo supone someter la decisión comunitaria a un control de legalidad, de carácter indirecto, por parte de la autoridad nacional.

4. LOS LÍMITES A LAS POTESTADES DE VERIFICACIÓN DE LOS ÓRGANOS COMUNITARIOS: EL RESPETO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LAS EMPRESAS: EN CONCRETO, EL DERECHO A LA INVOLABILIDAD DEL DOMICILIO

Realizada esta breve descripción de los poderes que tiene la Comisión para llevar a cabo verificaciones sobre las empresas, resulta necesario entrar ya de lleno en el examen de los aspectos relevantes de la Sentencia *Roquette Frères*, comenzando con el examen del alcance e interpretación que hace el citado pronunciamiento jurisprudencial acerca de los derechos fundamentales que tienen las empresas y que deben ser respetados por los agentes de la Comisión y, en su caso, por las autoridades nacionales, en la práctica de las verificaciones.

En este sentido, tal y como se desprende del estudio que hemos abordado en el epígrafe anterior, la Comisión tiene unos poderes muy amplios

en el ámbito de procedimientos judiciales o administrativos que tienden a hacer cesar una infracción o a constatar una incompatibilidad legal tales como los procedimientos establecidos por el Reglamento 99/63 de la Comisión, de 25 de julio de 1963. Al contrario, el procedimiento de verificación establecido en el art. 14 del Reglamento 17 no tiende a hacer cesar una infracción o a constatar una incompatibilidad legal, sino que únicamente tiene por objeto permitir a la Comisión recopilar la documentación necesaria para verificar la realidad y la existencia de una situación de hecho o de derecho determinada».

a la hora de practicar verificaciones en las empresas que sean objeto de investigación por parte de los agentes de la Comisión. Si bien este conjunto de facultades tienen una considerable extensión con el fin de asegurar la eficacia de la acción de la Comisión, éstas no pueden ser ilimitadas y, por tanto, deben encontrarse sometidas a las condiciones apropiadas que garanticen los derechos de las empresas afectadas¹⁷.

Surge así el debate acerca de la protección de los derechos de las empresas, especialmente cuando se trata de los aspectos relacionados con los derechos fundamentales. A este respecto, debe recordarse, como paso previo al asunto concreto del que es objeto este comentario, tal y como hace el TJCE en la Sentencia *Roquette Frères*, que los derechos fundamentales forman parte de los principios generales del Derecho cuyo respeto garantiza el TJCE y que, para ello, éste se inspira en las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros así como en las indicaciones proporcionadas por los instrumentos internacionales relativos a la protección de los derechos humanos con los que los Estados miembros han cooperado o a los que se han adherido. Debe mencionarse, en este sentido, el Convenio Europeo de Derechos Humanos, de 4 de noviembre de 1950 (en adelante, CEDH), del que forman parte todos los Estados miembros de la Unión Europea.

Esta particular concepción de los derechos fundamentales como principios generales del Derecho ha sido fruto de una larga construcción jurisprudencial del TJCE que fue finalmente recogida en el art. F, apartado 2, del Tratado de la Unión Europea, y en la actualidad encontramos esta previsión en el art. 6.2 del Tratado, que establece: «*La Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho comunitario*»¹⁸.

Por lo tanto, resulta claro que los derechos fundamentales forman parte integrante del ordenamiento jurídico comunitario como principios generales del derecho y deben ser objeto de protección y garantía por parte de los poderes públicos comunitarios encargados de velar por las normas de competencia. De este modo, para poder interpretar correc-

¹⁷ STJCE, *Hoechst*, de 21 de septiembre de 1989 (asuntos 46/87 y 227/88).

¹⁸ Sobre la recepción de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico comunitario, *vid.*, entre otros, L. BETTEN y N. GRIEF, *EU Law and Human Rights*, London and New Cork, Longman, 1998, pp. 53 ss.; J. H. H. WEILER y P. ALSTON, «An ever closer Union in need of a Human Rights Policy: The European Union and Human Rights», en *The EU and Human Rights*, Oxford University Press, 1999, pp. 3 ss.; F. RUBIO LORENTE, «Mostrar los derechos sin destruir la Unión», *La encrucijada constitucional de la Unión Europea* (Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA (dir.). Madrid, Civitas/Colegio Libre de Eméritos, 2002, pp. 113 ss.

Del mismo modo, pueden consultarse, entre otras, las Sentencias del TJCE siguientes: *Stauder*, de 12 de noviembre de 1969 (asunto 26/69), *Internationale Handelsgesellschaft*, de 17 de diciembre de 1970 (asunto 11/70), *Nold*, 14 de mayo de 1974 (asunto 4/73), *Rutili*, de 28 de noviembre de 1975 (asunto 36/75), *National Panasonic*, de 26 de junio de 1980 (asunto 136/79).

tamente el art. 14 del Reglamento 17, concretamente en los aspectos referidos al alcance del control que puede ejercer el órgano jurisdiccional de un Estado miembro cuando éste debe atender un requerimiento de asistencia formulado por la Comisión conforme al art. 14.6 del Reglamento, deben tenerse en cuenta todos los elementos de interpretación necesarios para poder apreciar la conformidad de la normativa nacional aplicable a efectos de dicho control con el Derecho comunitario, incluidos, en su caso, los derechos consagrados por el CEDH como principios generales del Derecho. Recuérdese que cuando la empresa, objeto de la verificación, se oponga a la misma, será necesario que las autoridades nacionales de los Estados miembros a las que se les haya requerido la asistencia por parte de los agentes de la Comisión soliciten las medidas necesarias conforme a su ordenamiento jurídico interno para poder llevar a cabo la verificación; que normalmente será la solicitud de autorización judicial para entrar en los locales de la empresa ¹⁹.

Respecto a las exigencias derivadas del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, el TJCE en su Sentencia *Hoechst* tuvo que buscar una fórmula de compromiso para garantizar el mismo, debido a la heterogeneidad de las legislaciones nacionales al respecto y las amplias potestades atribuidas a la Comisión para la práctica de las verificaciones. En aquel momento se producía una doble dificultad, por tanto, para garantizar el derecho a la inviolabilidad del domicilio de las empresas, como observó el Tribunal:

— En primer lugar, si bien el reconocimiento de ese derecho respecto al domicilio particular de las personas físicas viene impuesto en el ordenamiento jurídico comunitario como principio común a los derechos de los Estados miembros, no sucede así en lo que se refiere a las empresas, pues los sistemas jurídicos de los Estados miembros presentan divergencias no desdeñables en lo relativo a la naturaleza y el grado de protección de los locales empresariales frente a las intervenciones de las autoridades públicas;

— En segundo lugar, tampoco podía extraerse otra conclusión del art. 8 CEDH, cuyo apartado primero dispone que «*toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia*». El objeto de la protección de este precepto en aquel momento abarcaba el ámbito de desenvolvimiento de la libertad personal del hombre y no podía, por tanto, extenderse a los locales empresariales.

Derivado de la conjunción de estos factores, el TJCE concluyó señalando que debido a que «*en todos los sistemas jurídicos de los Estados miembros las intervenciones de los poderes públicos en la esfera de actividad privada de cualquier persona, sea física o jurídica, han de tener fundamento legal y estar justificadas por las causas previstas en la Ley, y, en consecuencia,*

¹⁹ Sobre la necesidad de autorización judicial, *vid.* J. M.^a BAÑO LEÓN, *Potestades administrativas y garantías de las empresas en el Derecho español de la competencia*, Madrid, McGraw-Hill, 1996, pp. 187 ss.; S. FERNÁNDEZ RAMOS, *La actividad administrativa de inspección*, Granada, Comares, 2002, pp. 270 ss.

dichos sistemas prevén, con diferentes modalidades, una protección frente a las intervenciones que fueren arbitrarias o desproporcionadas», la exigencia de esta protección debe ser reconocida «como un principio general del Derecho comunitario» y, por tanto, debe ser observado por las autoridades de competencia cuando lleven a cabo la práctica de verificaciones. Además, el TICE señaló que entra dentro de la competencia del órgano nacional el examinar «si las medidas coercitivas contempladas son arbitrarias o excesivas en relación con el objeto de la verificación, así como velar por el respeto de las normas de su Derecho nacional en la aplicación de dichas medidas». En definitiva, podían extraerse de la Sentencia *Hoechst* dos conclusiones fundamentales, respecto al derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio de las empresas: a) No existe en el ordenamiento jurídico comunitario un derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio de las empresas, sino tan sólo un principio general del derecho a que las intervenciones de los agentes de la Comisión no sean arbitrarias o desproporcionadas, y b) Corresponde a las autoridades nacionales controlar que las verificaciones no sean arbitrarias o desproporcionadas de acuerdo con las garantías de procedimiento previstas a tal efecto por el Derecho nacional.

Esta jurisprudencia había permanecido inalterable hasta la Sentencia *Roquette Frères* que ofrece respecto al derecho a la inviolabilidad del domicilio de las empresas objeto de las verificaciones de competencia, un significativo avance al recoger la nueva jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo sobre el art. 8 del CEDH, que señala que la protección de los locales comerciales de las sociedades «puede ampliarse, en determinadas circunstancias, a los referidos locales [...] y, por otro lado, que el derecho de injerencia autorizado por el art. 8, apartado 2, del CEDH, podría muy bien ir más lejos en el caso de los locales o actividades profesionales o comerciales que en otros casos»²⁰. En base a ello, puede afirmarse que debido que a la nueva interpretación del art. 8 CEDH reconoce el derecho a la inviolabilidad del domicilio de las empresas, este derecho podrá ser asumido, según lo previsto por el art. 6.2 del Tratado, como un principio general del derecho del ordenamiento jurídico comunitario, aspecto que antes no se preveía en la Sentencia *Hoechst*.

Además, conviene señalar que, sin perjuicio de la indudable conexión que puede darse entre los derechos fundamentales, entendidos éstos como principios generales del ordenamiento jurídico comunitario, y los principios generales propios de este ordenamiento, la doctrina ha señalado que se trata de dos ámbitos diferentes. En este sentido, podría entenderse que puede hablarse de una categoría general que abarca todos los principios generales del derecho del ordenamiento comunitario, que comprende a su vez dos subcategorías: por un lado, la que se encuentra ligada a los derechos fundamentales (derecho de propiedad o derecho a la inviolabilidad del domicilio), en el sentido que le confiere el art. 6.2 del Tra-

²⁰ Vid. Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Colas Est y otros/Francia*, de 16 de abril de 2002.

tado; y, de otro, la que conecta con los principios que informan los aspectos relacionados con el Derecho administrativo (principio de proporcionalidad o principio de confianza legítima)²¹. Por lo tanto, debe entenderse que en la Sentencia *Roquette Frères* lo que establece el TJCE es el reconocimiento que tienen las empresas al derecho fundamental a la inviolabilidad de su domicilio —aplicado éste como principio general del ordenamiento jurídico comunitario— frente a la práctica de verificaciones por parte de la Comisión; aspecto distinto al reconocimiento como principio del derecho de la prohibición de desarrollar verificaciones *arbitrarias* y *desproporcionadas* que ya había predicado el TJCE en su Sentencia *Hoechst*.

5. EL ALCANCE DEL CONTROL POR LAS AUTORIDADES NACIONALES SOBRE EL DERECHO COMUNITARIO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA: EN ESPECIAL, EL CONTROL SOBRE LAS DECISIONES DE VERIFICACIÓN

En el asunto *Roquette Frères* se plantea por la *Cour de Cassation* francesa dos cuestiones perjudiciales al TJCE en las que se pretende básicamente que se dilucide si, conforme al Derecho comunitario, un órgano jurisdiccional nacional, competente en virtud del Derecho interno para autorizar la práctica de operaciones de inspección e incautación en los locales de empresas sujetas a las verificaciones, puede, ante la petición de asistencia formulada por la Comisión, en virtud del art. 14.6 del Reglamento 17: *a*) denegar la concesión de una autorización de inspección, basándose en que los elementos o indicios que aparecen en el expediente de la Comisión, esto es, en la Decisión de verificación, y sobre los que se fundamentan las sospechas de ésta, no le han sido aportados o en que tales elementos o indicios son insuficientes para justificar la medida solicitada, y *b*) si dicho órgano jurisdiccional nacional no estuviese legitimado para obtener la presentación de los citados elementos e indicios, denegar la concesión de tal autorización basándose en que la información resultante de la motivación de la decisión de verificación por la que se ordena una inspección es insuficiente para permitir al referido órgano jurisdiccional verificar, de forma concreta, el fundamento de las medidas solicitadas, que es a lo que está obligado, en virtud de lo dispuesto en su ordenamiento jurídico interno.

En resumen, en el presente asunto, las cuestiones objeto de debate versan sobre el alcance que puede incumbir a un órgano jurisdiccional nacional, que tiene la competencia conforme a su Derecho interno para autorizar la práctica de verificaciones en los locales de las empresas sospechosas de haber vulnerado las normas de competencia comunitarias,

²¹ *Id.*, al respecto, B. DE WITTE, «The past and future role of the European Court of Justice in the protection of human rights», *The EU and Human Rights*, Oxford, University Press, 1999, pp. 860 ss., quien achaca esta confusión a la errática y confusa jurisprudencia del TJCE.

a raíz de una solicitud de asistencia formulada por la Comisión con arreglo al art. 14.6 del Reglamento 17; así como sobre la naturaleza de los elementos de información que la Comisión debe proporcionar al citado órgano jurisdiccional nacional para que éste pueda ejercer el referido control.

A. LA REGLA GENERAL: EL DERECHO COMUNITARIO SÓLO PUEDE SER CONTROLADO POR EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS

La primera cuestión sobre la que tuvo que pronunciarse el TJCE era la relativa a la posibilidad de que el Derecho comunitario, en este caso concreto las decisiones de verificación, pudieran ser controladas por las autoridades nacionales de los Estados miembros que en general iba a tratarse de órganos jurisdiccionales.

El TJCE parte de la afirmación de que el único órgano jurisdiccional competente para enjuiciar las decisiones de verificación es el TJCE²². Así, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 230 TCE, que establece: «El Tribunal de Justicia controlará la legalidad de los actos adoptados conjuntamente por el Parlamento Europeo y el Consejo, de los actos del Consejo, de la Comisión y del BCE que no sean recomendaciones o dictámenes y de los actos del Parlamento Europeo destinados a producir efectos jurídicos frente a terceros», cualquier empresa contra la cual la Comisión haya ordenado una verificación puede, según lo previsto en el citado precepto interponer un recurso contra tal decisión ante el TJCE. En el supuesto de que dicha decisión fuera anulada por el TJCE, «la Comisión se vería impedida, por este hecho, de utilizar, a los efectos del procedimiento de infracción de las normas comunitarias sobre la competencia, todos los documentos probatorios que hubiera reunido en el ámbito de esta verificación, so pena de exponerse al riesgo de que el órgano jurisdiccional comunitario anulase la decisión relativa a la infracción en la medida en que se basara en semejantes medios de prueba²³.

²² De todas formas, respecto a la interpretación del ordenamiento jurídico comunitario conviene señalar, como advierte R. ALONSO GARCÍA, que «con relación a la interpretación del ordenamiento jurídico comunitario [...] el Tribunal de Justicia no es su intérprete exclusivo, sino que comparte tal labor con los órganos jurisdiccionales nacionales (previéndose la cuestión prejudicial de interpretación como mecanismo de cooperación entre ambas jurisdicciones, comunitaria y nacional); pero sí es su intérprete supremo, quedando aquéllos vinculados por la doctrina de Luxemburgo», en *Derecho Comunitario. Sistema constitucional y administrativo de la Comunidad Europea*, Madrid, CEURA, 1994, p. 322.

El TJCE ha establecido en su Sentencia *Fotos Frost contra Hauptzollamt Lübeck-Ost*, de 22 de octubre de 1987 (asunto 314/85), que «los órganos jurisdiccionales nacionales, sean o no susceptibles sus decisiones de recurso jurisdiccional de Derecho interno, no son competentes para declarar por sí mismos la invalidez de los actos de las instituciones comunitarias. Esta solución viene impuesta, en primer lugar, por la exigencia de uniformidad en la aplicación del Derecho comunitario. Las divergencias entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en cuanto a la validez de los actos comunitarios podrían, en efecto, comprometer la unidad misma del ordenamiento jurídico comunitario y perjudicar la exigencia fundamental de seguridad jurídica», y, en segundo lugar, se impone por la necesaria coherencia del sistema de protección jurisdiccional establecido por el Tratado».

²³ STJCE, *Roquette Frères*, de 22 de octubre de 2002 (asunto C-94/00), *Dow Chemical Nederland/Comisión*, de 28 de octubre de 1987 (asunto 85/87).

En base a estas afirmaciones puede sostenerse que el órgano jurisdiccional competente para autorizar las medidas coercitivas contra la empresa destinataria de la decisión de verificación, no puede sustituir, por la suya propia, la apreciación de la Comisión acerca del carácter necesario de las verificaciones ordenadas, ya que *las valoraciones de hecho y de Derecho de la Comisión sólo están sometidas al control de legalidad de los órganos jurisdiccionales comunitarios*²⁴.

B. MATIZACIÓN A LA REGLA GENERAL: ALGUNOS ASPECTOS SOBRE EL CONTENIDO DE LAS DECISIONES DE VERIFICACIÓN PUEDEN SER CONTROLADOS POR LOS ESTADOS MIEMBROS. EL CONTROL INDIRECTO SOBRE EL DERECHO COMUNITARIO

Sin embargo, y como ya se ha examinado con anterioridad, en el supuesto de que las empresas se nieguen a prestar su colaboración y, por tanto, muestren su oposición a la práctica de las verificaciones ordenadas por la decisión de la Comisión, ésta puede solicitar la asistencia de las autoridades nacionales para poder desarrollar la investigación pertinente sobre la empresa afectada, con arreglo a lo dispuesto en el art. 14.6 del Reglamento 17.

De acuerdo con lo establecido en el citado precepto, se desprende que corresponde a cada Estado miembro regular las formas en las que se presta la asistencia de las autoridades nacionales a los agentes de la Comisión. A este respecto, los Estados miembros están obligados a asegurar la eficacia de la acción de la Comisión, respetando al mismo tiempo los principios generales del Derecho comunitario. Dentro de estos límites, sobre los que ya nos hemos pronunciado con anterioridad, es el Derecho nacional el que determina las modalidades de procedimiento apropiadas para garantizar el respeto de los derechos de las empresas.

Estas normas nacionales de procedimiento de los Estados miembros para autorizar la adopción de medidas coercitivas contra la empresa objeto de la verificación, deben ser respetadas por la Comisión, la que, además, ha de procurar que el órgano competente en virtud del Derecho nacional disponga de todos los elementos necesarios para poder ejercer el control que le corresponde. Dicho órgano —tenga naturaleza judicial o no— no puede sustituir la apreciación de la Comisión acerca del carácter necesario de las verificaciones ordenadas por la suya propia, ya que las valoraciones de hecho y de derecho de la Comisión *sólo están sometidas al control de legalidad del TJCE*.

En cambio, sí que entra dentro de la competencia del órgano nacional *examinar, una vez comprobado la autenticidad de la decisión de verificación, si las medidas coercitivas contempladas son arbitrarias o desproporcionadas en relación con el objeto de la verificación*, así como velar por el respeto

²⁴ STICE, *Hoechst*, de 21 de septiembre de 1989 (asuntos 46/87 y 227/88).

de las normas de su Derecho nacional en la aplicación de dichas medidas. De este modo, y como analizaremos a continuación, el órgano nacional —normalmente de carácter jurisdiccional— cuando se detenga a analizar si autoriza o no las medidas coercitivas establecidas en la decisión de verificación, para ver si éstas son compatibles con los derechos fundamentales de la empresa sobre la que recae la investigación, estará realizando un control, si bien de forma indirecta sobre la legalidad o no de la decisión. Ello es así, puesto que si el órgano nacional entiende que las medidas solicitadas por la Comisión en la decisión de verificación son arbitrarias o contrarias al principio de proporcionalidad, denegará las mismas y, por tanto, la decisión de verificación quedará vacía de contenido.

Esta consecuencia claramente perjudicial para los intereses comunitarios, ya que se puede vaciar de contenido la decisión de verificación de la Comisión, es la que trata de solventarse en la Sentencia *Roquette Frères*, tratando de fijar el margen de control que tienen los órganos nacionales sobre las decisiones de verificación y sobre el que centraré mi análisis a continuación.

C. EL OBJETO DEL CONTROL: LAS DECISIONES DE VERIFICACIÓN. SU CONTENIDO

El objeto de control por parte de los órganos nacionales recae sobre las decisiones de verificación. El art. 14.3 del Reglamento 17 define los elementos esenciales que debe contener la motivación de la decisión que ordena una verificación, al prever que en esa decisión se señalará el objeto y la finalidad de la verificación, se fijará la fecha en la que dará comienzo y se indicará las sanciones de las que pueda ser objeto la empresa investigada, así como el recurso que proceda ante el TJCE contra la decisión ²⁵.

En el presente caso, conviene recordar, como hace el TJCE, el art. 1 de la parte dispositiva de la decisión de verificación que se encontraba redactado en los siguientes términos:

«Se obliga a la empresa Roquette Frères, s. A., a someterse a una verificación relativa a su posible participación en acuerdos y/o prácticas concertadas en los ámbitos del gluconato sódico y del gluconato-delta-lactona, que pueden constituir una infracción del art. 85 del Tratado CE. La verificación puede tener lugar en todos los establecimientos de dicha empresa.

La empresa permitirá a los agentes acreditados por la Comisión para proceder a la verificación y a los agentes del Estado miembro que les asistan, acceder a todos sus locales, terrenos y medios de transporte durante el horario normal de oficinas. La empresa presentará para que sean examinados los libros y demás documentos profesionales requeridos por los citados agentes; les permitirá examinar sus libros y demás documentos profesionales en los lugares en que se encuentren y obtener copias o extractos de los mismos. Además, les proporcionará inmediatamente todas las explicaciones orales que

²⁵ STJCE, *National Panasonic*, de 26 de junio de 1980 (asunto 136/79).

los referidos agentes puedan solicitarle relacionados con el objeto de la verificación».

La cuestión gira, por tanto, en torno a si de dicho texto se deduce que la Comisión ha cumplido con los requisitos que le exige el art. 14.3 del Reglamento 17 a la hora de motivar adecuadamente las mismas,, o si, por el contrario, como señala la *Cour de Cassation* francesa al plantear la cuestión prejudicial, *«en el presente caso, no se ha presentado [...] ningún dato o indicio que permita presumir la existencia de las prácticas contrarias a la competencia alegadas, lo que imposibilita que verifique, de forma concreta, el fundamento de la demanda que le ha sido sometida (al Tribunal de Grande Instance de Lille)»*, y que *«por añadidura, la decisión de la Comisión [...] se limita a señalar que la Comisión dispone de información según la cual la sociedad Roquette Frères lleva a cabo prácticas contrarias a la competencia [...] que pasa a describir, pero sin referirse a ellas ni analizar, siquiera de forma sucinta, la información que la Comisión afirma poseer y en la que basa su apreciación»*.

A ello hay que añadir de nuevo la cuestión acerca de qué órgano jurisdiccional —comunitario o nacional— es el competente para decidir si la decisión goza de la motivación suficiente conforme al Reglamento 17, o si, por el contrario, carece de la misma. De nuevo surgen los problemas en torno hasta dónde puede llegar el control de uno y otro órgano, aspecto muy conflictivo, pues nos movemos en una zona de penumbra donde los límites competenciales de uno y otro órganos son muy difíciles de delimitar.

En opinión del Abogado General J. Mischo en el texto de la decisión de verificación, *«la Comisión debe [...] indicar con claridad las presunciones que pretende comprobar, pero sólo debe apoyarlas en indicios en la medida en que la mención de éstos no desvele sus fuentes de información o pueda causar perjuicios a terceros»*. Como puede observarse, poca luz se arroja sobre el problema del contenido de las decisiones, pues lo que subyace en el fondo es el intento de evitar que sean los órganos nacionales los que entren a controlar la legalidad de la decisión de verificación que, como ya hemos notado, es competencia exclusiva del TJCE. Por ello, como se verá en los siguientes epígrafes, el TJCE va a llegar a una solución de compromiso respecto al problema de la falta de motivación de estas decisiones.

D. EL MARGEN DE CONTROL POR LAS AUTORIDADES NACIONALES DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA SOBRE EL DERECHO COMUNITARIO DE LA COMPETENCIA

A pesar de todo lo expuesto hasta este momento, los órganos jurisdiccionales nacionales, en este caso la *Cour de Cassation* francesa, son los competentes para autorizar las medidas coercitivas y, por lo tanto, como advierte el TJCE, no pueden ser dispensados de la obligación que les incumbe de garantizar concretamente, en cada supuesto, que la medida

coercitiva prevista no sea arbitraria o desproporcionada con relación al objeto de la verificación ordenada.

a) *El control de la inexistencia de carácter arbitrario de las decisiones de verificación*

En primer lugar, respecto al control dirigido a verificar la inexistencia de carácter arbitrario de una medida coercitiva dirigida a permitir la práctica de una verificación ordenada por la Comisión, hay que precisar que requiere, esencialmente, que el órgano jurisdiccional nacional competente conforme a su Derecho interno, se asegure de la existencia de indicios suficientemente importantes que permitan sospechar de la existencia de una infracción de las normas sobre la competencia por parte de la empresa de que se trata. Ello se debe a que las medidas coercitivas que son competencia de las autoridades nacionales conllevan la facultad de forzar el acceso a los locales o a muebles o de compeler al personal de la empresa a facilitar dicho acceso y la de proceder a registros sin la autorización de los responsables de la empresa.

Debido a que este tipo de medidas representan una intromisión en la esfera privada de las empresas, la autorización de las mismas requiere que el órgano jurisdiccional nacional deba asegurarse, de manera autónoma, de que éstas no revisten un carácter arbitrario y, por tanto, suponen una vulneración de los principios generales del Derecho, tal y como precisó el TJCE en su Sentencia *Hoechst*.

Por lo tanto, con el fin de poder permitir al órgano jurisdiccional nacional asegurarse de que las medidas coercitivas solicitadas no tienen carácter arbitrario, el TJCE señala la obligación de la Comisión de «proporcionar a éste explicaciones de las que se desprenda de manera detallada que la Comisión dispone en su expediente de elementos e indicios importantes que permitan sospechar que la empresa de que se trata ha infringido las normas sobre la competencia». Por el contrario, el órgano nacional competente «no puede exigir la transmisión de elementos e indicios que figuren en el expediente de la Comisión y en los que se basen las sospechas de ésta». Ello resulta lógico, pues si la Comisión tuviera la obligación de transmitir toda esta información, ello podría aumentar los riesgos de que se divulgase a terceros la identidad de los informadores, debido a las exigencias procedimentales establecidas en el Derecho interno de algún Estado miembro, lo que en definitiva pondría en riesgo la fuente de información de la Comisión, que constituye un elemento de vital importancia para la misma, puesto que de este tipo de informaciones se permite a la misma ejercer sus funciones de prevención y represión de las prácticas contrarias a la competencia prohibidas por el Derecho comunitario.

b) *El control de la proporcionalidad de las medidas coercitivas respecto al objeto de la decisión de verificación*

Por lo que se refiere al control que tiene por objeto verificar la proporcionalidad de las medidas coercitivas con respecto al objeto de la verificación ordenada por la Comisión, el TJCE señala que dicho control implica una doble consecuencia para los órganos nacionales:

- por un lado, demostrar que tales medidas son adecuadas para garantizar la ejecución de la decisión de verificación;
- de otro, demostrar que este tipo de medidas no ocasionan inconvenientes desmesurados e intolerables con relación a los objetivos perseguidos por la verificación.

Respecto al primer punto, el TJCE recuerda que el Reglamento 17 establece, en su art. 14.3, la obligación de las empresas afectadas a someterse a las verificaciones decididas por la Comisión, así como en el apartado 6 de la misma disposición únicamente prevé la asistencia de los Estados miembros a los agentes acreditados por la Comisión en el supuesto de que una empresa manifieste su oposición a la verificación.

El TJCE ha señalado al interpretar estos preceptos que la asistencia puede ser solicitada con carácter preventivo con el fin de vencer, en su caso, la oposición de la empresa²⁶. No obstante, este tipo de asistencia sólo puede solicitarse cuando *existan razones para temer una oposición a la verificación así como intentos de ocultación y sustracción de pruebas* en el supuesto de que la empresa fuera notificada con arreglo al art. 14.3 del Reglamento 17. Por lo que en este caso, la Comisión deberá proporcionar al órgano jurisdiccional nacional las explicaciones suficientes que permitan a éste asegurarse de que, de no poder disponer preventivamente la Comisión de la ayuda requerida, la verificación estaría condenada al fracaso.

Por lo que se refiere al segundo aspecto resaltado, el TJCE ha manifestado en lo que se refiere a la apreciación de la proporcionalidad de la medida solicitada en la decisión de verificación que ésta dependía de las necesidades que se derivan de una investigación adecuada, teniendo en cuenta el caso *ad hoc*. Por lo que de ello se deduce que, cuando una decisión de verificación tiene *únicamente* por objeto permitir que la Comisión reúna los elementos necesarios para apreciar la posible existencia de una violación de las normas de competencia, esta decisión no vulnera el principio de proporcionalidad.

Dicho esto, el control de proporcionalidad que le corresponde llevar a cabo al órgano nacional, no puede ser efectuado si éste carece de los suficientes elementos de juicio como la gravedad de la infracción, la naturaleza de la implicación de la empresa sujeta a la verificación o la impor-

²⁶ STJCE, *Hoechst*, de 21 de septiembre de 1989 (asuntos 46/87 y 227/88).

tancia de lo que se busca. Por ello el TJCE establece que el órgano jurisdiccional nacional competente debe *poder denegar* las medidas coercitivas solicitadas cuando:

- 1) el perjuicio para la competencia sospechado sea de mínima importancia;
- 2) el grado de implicación probable de la empresa afectada sea demasiado pequeño;
- 3) o lo que se busque sea demasiado accesorio para que la intrusión en la esfera de la actividad privada de una persona jurídica que implica un registro con utilización de la fuerza pública no resulte desmesurada e intolerable con relación a los objetivos perseguidos por la verificación.

Dicho lo cual, se deduce que para que el órgano nacional pueda ejercitar el control de proporcionalidad la Comisión tiene el deber de:

- 1) informar a dicho órgano de las características esenciales de la infracción objeto de sospecha;
- 2) el nivel de implicación que se atribuye a la empresa de que se trate.

E. NOVEDADES INTRODUCIDAS EN LA SENTENCIA *ROQUETTE FRÈRES*

EN LA FORMA DE EJERCITAR EL CONTROL POR LAS AUTORIDADES NACIONALES:
ELEMENTOS A TENER EN CONSIDERACIÓN

Con el fin de poder delimitar lo más concretamente posible hasta dónde alcanza el control por parte de los órganos jurisdiccionales nacionales sobre las decisiones de verificación, con el fin de apreciar si éstas son arbitrarias o desproporcionadas el TJCE fija una serie de criterios en el asunto *Roquette Frères*, que se basan en un doble sistema de control. La finalidad del mismo radica en la pretensión del TJCE de que los órganos nacionales no se extralimiten en sus labores de control de las decisiones de verificación, lo que en la práctica podría conducir a que el control de legalidad de las mismas se efectuaría por los órganos nacionales, y no por el TJCE que, recordemos, es el único órgano competente para controlar la legalidad de los actos comunitarios. Con este firme propósito el TJCE articula una serie de pautas o criterios que deben tener los órganos nacionales para ejercitar su competencia de control.

En primer lugar, el TJCE establece que con el objeto de que el control sobre la proporcionalidad y la posible arbitrariedad de las decisiones de verificación sea lo más claro posible, las decisiones deben incluir los siguientes puntos:

- una descripción de las características esenciales de la infracción objeto de sospecha, a saber, como mínimo, la indicación del supuesto mercado de referencia y de la naturaleza de las restricciones de competencia que infunden sospechas;
- explicaciones acerca de la forma en que se presume que la empresa objeto de las medidas coercitivas está implicada en la referida infracción;

— explicaciones que pongan de manifiesto de manera detallada que la Comisión dispone de elementos e indicios materiales importantes que la llevan a sospechar que la empresa afectada ha incurrido en dicha infracción; una indicación lo más precisa posible de qué es lo que se busca y de los elementos sobre los que debe versar la verificación, así como una indicación de las facultades conferidas a los investigadores comunitarios;

— en el supuesto de que la asistencia de las autoridades nacionales sea solicitada por la Comisión con carácter preventivo, para vencer, en su caso, la oposición de la empresa de que se trata, explicaciones que permitan al referido órgano jurisdiccional nacional asegurarse de que, de no autorizarse con carácter preventivo las medidas coercitivas, la determinación de los hechos infractores estaría condenada al fracaso o resultaría considerablemente dificultada.

Éstos son los elementos de los que deben disponer los órganos jurisdiccionales nacionales para poder así efectuar correctamente su control sobre las decisiones de verificación. A estos criterios, el TJCE incorpora uno nuevo, con el fin de evitar una posible extralimitación de los órganos nacionales en su función de control, señalando que cuando éstos

«consideren que las informaciones comunicadas por la Comisión no cumplen las exigencias mencionadas, no pueden, sin incumplir lo dispuesto en los arts. 14, apartado 6, del Reglamento 17 y 5 del Tratado CE (actualmente art. 10 CE), limitarse a denegar la solicitud que le ha sido formulada. En tal caso, dicho órgano jurisdiccional está obligado a informar a la Comisión o a la autoridad nacional que se haya dirigido a él a petición de ésta, a la mayor brevedad posible, de las dificultades que haya encontrado, solicitando, en su caso, las aclaraciones que le permitan ejercer el control que le incumbe».

Sólo en el supuesto de que una vez la Comisión le haya remitido las aclaraciones solicitadas por los órganos nacionales, o bien la Comisión no haya atendido su solicitud, podrán éstos denegar la concesión de la autorización solicitada, si no se pudiera deducir, con arreglo a la información de la que disponen, la inexistencia de arbitrariedad y de proporcionalidad en relación con el objeto de la verificación de las medidas coercitivas establecidas.

DISTRIBUCIÓN POR INTERNET Y DERECHO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Carlos GÓRRIZ *

Profesor Titular de Derecho Mercantil
Universidad Autónoma de Barcelona

1. CONSIDERACIONES GENERALES

A. INCIDENCIA DE INTERNET EN LA DISTRIBUCIÓN DE BIENES Y SERVICIOS

La tecnología de la información, de la que Internet forma parte, está teniendo un gran impacto en el mundo de la distribución y se espera que esa influencia aumente en el futuro ¹. Permite una relación más estrecha entre los diversos agentes económicos que actúan en el mercado que provoca la transformación del modelo de distribución. Tradicionalmente el productor tomaba la iniciativa en la producción: fabricaba sus productos, los colocaba a los distribuidores y éstos tenían que venderlos a los consumidores. Se generaban así los consabidos problemas de sobreproducción, necesidad de almacenamiento, vejez de las existencias e imposición de la renovación, necesidad de descuentos para dar salida a productos obsoletos... El desarrollo de la tecnología de la información permite al fabricante conocer las preferencias y necesidades de la demanda y adecuar a ellas la producción, el suministro y el almacenamiento ². Con-

* El presente artículo ha sido posible gracias a la ayuda para la movilidad de investigadores españoles que me concedió el Ministerio de Educación y Ciencia.

¹ Véase al respecto el *Libro Verde sobre las restricciones verticales en la política de competencia comunitaria* (www.europa.eu.int/comm/competition/antitrust/96721es_es.pdf), pp. 11 ss. Y el *Informe sobre la evaluación del Reglamento (CE) 1475/95 relativo a la aplicación del apartado 3 del art. 85 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de distribución y de servicio de venta y de posventa de vehículos automóviles*, COM (2000) 743(01), pp. 50 ss.

² Esos cambios repercuten en la cadena de producción y distribución. De un lado, el fabricante tendrá que flexibilizar sus instalaciones y métodos de producción, a fin de dar una respuesta rápida a la información recibida, y mejorar la logística. De otro, el tradicional distanciamiento existente entre los fabricantes, mayoristas y minoristas ha dejado paso a una colaboración estrecha entre ellos. Existe una mayor relación dentro de los miembros de cada sistema de distribución, que comporta determinadas consecuencias. Por ejemplo, se ha verificado una reducción del número de grandes operadores debido a su concentración; pero, al mismo tiempo, la aparición de redes de comerciantes independientes. Y dentro de cada cadena de producción y distribución se experimenta la

secuentemente, se reducen los productos fabricados, disminuyen las necesidades almacenamiento y el volumen de existencias, y varían las necesidades de transporte —disminuyen los volúmenes de carga, pero aumenta la frecuencia—. Es un sistema pensado para satisfacer los intereses del consumidor además de los del fabricante.

Internet es uno de los elementos que conforma las nuevas tecnologías de la información. En relación con la distribución de bienes y servicios, constituye un nuevo canal de comercialización, que entra en competencia directa con los tradicionales. Cuenta a su favor con la globalidad del medio, la calidad de la información, la posibilidad de ofrecer información de los productos de forma muy atractiva, la posibilidad de interacción, el incremento constante en el número de usuarios, al menos de momento, y la reducción de los costes de fabricación y producción³. Su implantación obligará a modificar el papel de los intermediarios. De un lado, la posibilidad de contacto directo entre el fabricante y el consumidor permitirá al primero prescindir de algunos distribuidores, aunque es difícil que eso suceda a corto plazo. De otro, podrán aparecer nuevos agentes económicos, a través de los cuales se canalizará la comercialización «virtual». Además, los distribuidores tendrán que adaptar su actividad a la nueva realidad: menores existencias, menor necesidad de almacenamiento, mayor contacto con los consumidores y necesidad de estar más atento a sus preferencias.

Ya han aparecido algunos problemas respecto de la distribución por Internet desde la perspectiva del Derecho de defensa de la competencia. Así, se plantea la duda sobre la licitud de seleccionar a los distribuidores en función de que utilicen la red virtual para comercializar los productos y servicios. En particular, excluir del sistema a los empresarios que promueven ventas a través de Internet. Existe alguna sentencia en la que el tribunal ha tenido que pronunciarse acerca de ese extremo. En segundo lugar, la Comisión se ha planteado la licitud de prohibir el recurso a la red virtual para promover los productos a los distribuidores o del caso en que el fabricante se reserva la utilización de Internet para comercializar sus bienes y servicios. En efecto, tanto en sus Directrices sobre las restricciones verticales, como en la Guía explicativa sobre la distribución de vehículos a motor y de servicios posventa se ha pronunciado sobre ese particular en idéntico sentido. Y tercero, también resulta discutible la licitud de la imposición de requisitos y condiciones a los distribuidores

expansión del empresario domina la red y la mayor dependencia de los restantes miembros del sistema. Y esa situación provoca una reducción de la competencia dentro de esa red de fabricación/distribución (competencia intramarca).

³ Así, *Informe sobre la evaluación del Reglamento 1475/1995*, cit., pp. 54 ss. Como se advierte en el informe, la distribución por Internet presenta también algunos inconvenientes, entre los que destacan la oferta de servicios posventa, el bajo nivel de utilización de Internet en algunos países de Europa, las dificultades legales que se presentan (seguridad de las transacciones, protección de los consumidores, derecho a la intimidad, ventas fuera del establecimiento, condiciones generales...), preferencia por el contacto directo con el vendedor por parte de algunos consumidores y el escaso control de los fabricantes respecto del sitio virtual creado por los distribuidores.

acerca de las páginas *web* a través de las que comercializan los productos. Como veremos, el Tribunal de Defensa de la Competencia español se ha pronunciado en dos ocasiones al respecto. En el artículo presente nos proponemos analizar estos problemas en el marco del Derecho de defensa de la competencia.

B. CARACTERIZACIÓN DE LA DISTRIBUCIÓN POR INTERNET

Conviene iniciar por la configuración de Internet respecto de la actividad comercial de los distribuidores. Aunque algún autor sostiene la dimensión poliédrica de la red, la Comisión la considera como una forma de promoción de ventas: a través de las páginas *web*, los empresarios ofrecen sus productos y facilitan que los compradores interesados realicen sus pedidos o contacten con ellos a fin de concluir la operación⁴. Ahora bien, como veremos, la normativa sobre las restricciones verticales, que se aplica a la distribución por Internet, diferencia las ventas activas de las pasivas [art. 4.b) del Reglamento 2790/1999], por lo que es necesario calificar la utilización de Internet al respecto. La Comisión se pronuncia a favor de la última posibilidad en las Directrices sobre las restricciones verticales: considera que la promoción de los productos a través de la red electrónica constituye una forma de venta pasiva, puesto que la publicidad o promoción no está destinada a clientes individuales o a un grupo determinado⁵. Mas se trata de una regla general, que no cierra las puertas a su consideración como modo de venta activo. La Comisión pone como ejemplo de venta activa el correo electrónico «que se envía sin solicitud previa a los clientes individuales o grupos de clientes específicos» y apunta

⁴ Véase las Directrices sobre las restricciones verticales párr. 51 y también Yann DIETRICH y Alexandre MENAIS, «Réseau de distribution et vente sur Internet», *Juriscom.net*, 2 de junio de 2000, quienes comentan la doctrina de la Comisión y plantean determinados problemas, como las páginas que comparan precios, el *spamming* o la imposición del idioma en que debe estar redactada la página *web*. Respecto a la configuración poliédrica de Internet, véase Eva GONZÁLEZ, «Internet, el medio de las mil caras (Breves reflexiones acerca de las normas sobre publicidad aplicables en Internet)», en *Autocontrol de la Publicidad*, núm. 33, 1999, p. 17: «Una misma *web* puede actuar a la vez como un catálogo, incluir publicidad o información sobre promociones, servir como medio de emisión de una oferta y proporcionar la posibilidad de prestar el consentimiento contractual haciendo *click* en un icono situado incluso en la misma página».

⁵ En el núm. 51 puede leerse: «Por lo general, la efectuada por Internet no se considera una forma de venta activa en tales territorios o grupos de clientes, ya que constituye un modo razonable de llegar a todos los clientes. El hecho de que el uso de Internet pueda tener consecuencias fuera del territorio o del grupo de clientes propio se debe a la tecnología, que facilita el acceso desde cualquier punto». Véase también Stephanie PAUTKE y Jörg-Martin SCHULTZE, «Internet und Vertriebskartellrecht - Hausaufgaben für die Europäische Kommission», en *Betriebs-Berater*, núm. 7, 2001, p. 321, quienes se muestran muy críticos con las opiniones de la Comisión acerca de la configuración de Internet como ventas pasivas, y Daniela SEELINGER, «EG-kartellrechtliche Probleme in Vertikalverhältnissen beim Vertrieb über das Internet», en *WuW*, núm. 12, 2000, pp. 1181 s., quien subraya la existencia de zonas grises entre las ventas activas y las pasivas. La última autora también comenta que en Alemania se considera relevante el idioma de la página *web*, a diferencia de la doctrina de la Comisión; pero desafortunadamente no aporta más datos al respecto. Destaca que hay nombres de dominio que van dirigidos a un grupo de clientes determinado. Así, cuando se utiliza la terminación «de», resulta evidente que los destinatarios son los consumidores alemanes.

la misma solución cuando se utilizan distintivos o enlaces en las páginas *web* de los distribuidores dirigidos a un grupo de clientes específicos. Se plantea también el problema de la lengua en la que está redactada la página *web* y estima que no muta la calificación de Internet como venta pasiva.

Acierta la Comisión en ambos casos, a nuestro modesto entender. De un lado, Internet es un medio importante de promoción de ventas. Aunque puede cumplir diversas finalidades, la mayor parte de los sitios *web* comerciales presentan los productos a los consumidores, les informan acerca de sus características y les ofrecen la posibilidad de adquirirlos directamente, a través del sitio en cuestión. Se trata, por lo tanto, de verdaderas ofertas del empresario que se anuncia por medio de la red, pues contienen los elementos esenciales del contrato que se perfeccionará con la aceptación del navegante. Y esa aceptación puede realizarse con la simple presión sobre el icono correspondiente.

De otro lado, se trata de una forma de venta pasiva, como regla general. A pesar de que siempre es necesaria la interacción de los usuarios, la página *web* no suele tener unos destinatarios individualizados y puede accederse a ella desde casi cualquier punto del planeta, siempre que cuente con el ordenador adecuado. Ahora bien, también cabe la solución contraria. No puede desconocerse que es posible delimitar los destinatarios a los que va dirigida la página *web* y especificar, por ejemplo, que sólo se atenderán los pedidos de un determinado círculo de personas. O bien, dirigir la página a un grupo de clientes determinados. Así, en determinados casos el idioma en el que venga redactada la página condiciona los destinatarios; piénsese en un sitio redactado en catalán, euskera o griego, por ejemplo. Tampoco puede desconocerse que el desarrollo de la técnica tiende a la personalización del *marketing*, de modo que los mensajes publicitarios pueden adaptarse al destinatario⁶. Existen instrumentos —por ejemplo, las «*cookies*» o a través de «*metatags*»— que permiten obtener información del usuario o captar su atención y adecuar la oferta o enviarle correos electrónicos publicitarios⁷. Habrá que valorar caso por caso y comprobar si la promoción «virtual» de los productos presenta unos destinatarios concretos, en cuyo caso estaremos ante una hipótesis de venta activa.

⁶ Al respecto, véase POLANCO-MARZO & ASOCIADOS, «La publicidad en Internet», *Autocontrol de la Publicidad*, núm. 33, 1999, pp. 22 ss. Explican que: «(h)asta ahora la publicidad en Internet se realizaba mediante la inserción de *banners* o faldones publicitarios en los que se ofertaban productos o servicios y que servían de enlace al sitio *web* del oferente, pero las posibilidades multimedia que ofrece el HTML, la inserción de *scripts* de Java, o el auge del formato MP3, etc., han supuesto la aparición del denominado «*marketing líquido*», que permite cambiar la apariencia de la página o el *banner* en función de la persona que visita el sitio —como es el caso de las *web* de algunos buscadores—, simplemente mediante el empleo de *cookies* y/o formularios que se encargan de realizar las tareas de control, lo que supone la creación de mensajes publicitarios más directos, personalizados, interactivos y económicos».

⁷ Véase JAVIER RIBAS ALEJANDRO, «Marketing y publicidad en Internet», en *Autocontrol de la Publicidad*, núm. 28, 1999, pp. 24 ss.

2. DISTRIBUCIÓN POR INTERNET Y DERECHO COMUNITARIO DE LA COMPETENCIA

A. DISTRIBUCIÓN POR INTERNET Y PROHIBICIÓN DE ACUERDOS RESTRICTIVOS (ART. 81 TCE)

Desde la perspectiva del Derecho comunitario de la competencia, la licitud de la distribución por Internet debe valorarse, esencialmente, a la luz del art. 81 TCE. Como es bien sabido, su primer apartado prohíbe los acuerdos, recomendaciones y prácticas restrictivas de la competencia. Deben realizarse tres consideraciones respecto de la distribución por Internet. La primera es que la distribución a través de agentes no se considera prohibida; en particular, la Comisión entiende que los acuerdos entre el proveedor y el agente no entran dentro del ámbito del art. 81.1 TCE. La razón es que el precepto se aplica sólo a los acuerdos entre empresas económicamente independientes y el agente no actúa con independencia, como un competidor, en el mercado de los productos del fabricante. La Comisión fundamenta su doctrina en que el agente no asume los riesgos inherentes a esa operación⁸. Por lo tanto, las imposiciones o prohibiciones relativas a la distribución por Internet en el mer-

⁸ Párrs. 12 ss. de la Comunicación de la Comisión sobre restricciones verticales. Ahora bien, debe tratarse de agentes genuinos. El criterio que utiliza la Comisión para calificar a un agente como genuino es que no asuma el riesgo de las operaciones que realiza en nombre y por cuenta del proveedor; en particular, los riesgos financieros o comerciales de las actividades para las cuales ha sido designado por el principal. No reúne la condición de agente cuando asume esos riesgos y, por lo tanto, su relación con el proveedor queda sometida a la prohibición del art. 81.1 TCE. Al respecto, véase M.^a ROCÍO QUINTÁNS EIRÁS, «Acuerdos de agencia y Derecho de la competencia: nuevo régimen de las restricciones verticales», en *Cuadernos de Derecho y Comercio*, núm. 34, 2001, pp. 67 ss. y 99 ss., respecto de las Directrices; el comentario al art. 85.1 TCEE de Emmerich VOLKER en Ulrich IMMENGA y Ernst-Joachim MESTMÄCKER, *EG Wettbewerbsrecht Kommentar. Band 1*, München, Beck, 1997, pp. 191 s.; Luis FUENTES y Casto GONZÁLEZ-PÁRAMO, «Restricciones verticales: el proyecto de reglamento de exención y las directrices explicativas de la Comisión», en *GJ*, núm. 203, 1999, p. 68; M.^a TERESA ORTUÑO BAEZA, «Acuerdos verticales y Derecho de la Competencia: Comentarios al Reglamento (CE) núm. 2790/1999, de la Comisión de 22 de diciembre de 1999, relativo a la aplicación del apartado 3 del art. 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas», en *Noticias de la Unión Europea*, núm. 204, 2002, p. 23; D. G. GOYDER, *EC Competition Law*, 2.^a ed., Oxford, Clarendon Press, 1993, p. 213. Hay un sector de la doctrina que se muestra crítico con la solución de la Comisión. Así, Fritz RITTNER, «Die Handelsvertreterpraxis nach dem neuen EG-Kartellrecht für Vertikalvereinbarungen», *Der Betrieb*, núm. 24, 2000, p. 1212; Ídem, «Ein neues Kartellrecht für Handelsvertreter?», en *Wirtschaft und Wettbewerb*, núm. 10, 1999, pp. 979 s.; Rainer RONIGER, *Das neue Vertriebskartellrecht: Kurzkommentar zur vertikalen EG-Gruppenfreistellungsverordnung*, Wien-München, Linde-Beck, 2000, p. 31, con relación a la inversión en la promoción de ventas, y SEELIGER, «EG-kartellrechtliche Probleme in Vertikalverhältnissen beim Vertrieb über das Internet», cit., 1178, quien apunta que pueden haber divergencias entre las Directrices y la jurisprudencia del TJCE en materia de agentes.

Con relación a la doctrina anterior de la Comisión y del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, véase Eduardo GALÁN CORONA, *Acuerdos restrictivos de la competencia*, Madrid, Montecorvo, 1977, pp. 162 ss.; Fernando MARTÍNEZ SANZ, «Distribución a través de agentes y Derecho de defensa de la competencia», en *Estudios de Derecho Mercantil. Homenaje al Profesor Justino F. Duque*, vol. II, Valladolid, Universidad de Valladolid, 1998, pp. 1078 ss., y en *RDM*, 1996, pp. 60 ss.

cado del producto del fabricante no se consideran restricciones de la competencia incompatibles con el art. 81.1 TCE.

Segundo, no existe acuerdo entre empresas, requisito esencial para la aplicación del art. 81.1 TCE, cuando el proveedor se limita a seleccionar a los distribuidores en función de la utilización de Internet. La razón es que se trata de un acto unilateral y no de un acuerdo⁹. Pero es necesario que el proveedor no imponga la selección a sus distribuidores; es decir, es indispensable que no les prohíba revender sus productos a empresarios que él haya rechazado o a los que él no hubiera suministrado. En el último caso, que será la hipótesis normal, existe un acuerdo o un comportamiento paralelo entre dos empresarios que deberá ser confrontado con la prohibición del art. 81.1 TCE. A primera vista, parecería que se trata de un acuerdo o práctica restrictivos, pues el fabricante está impidiendo a esos empresarios que puedan comercializar sus productos y competir con los distribuidores que están integrados en su red. Sin embargo, la doctrina sobre la distribución selectiva permite afirmar que es posible que esa práctica se considere compatible con la prohibición del art. 81.1 TCE.

En efecto, tanto la Comisión como el Tribunal de Luxemburgo han afirmado la compatibilidad de la distribución selectiva con el precepto en cuestión cuando los criterios de selección son objetivos, de naturaleza cualitativa, se refieren a la aptitud especial de los distribuidores, de su personal y de sus instalaciones en relación con el objeto de la distribución y se aplican de forma homogénea y sin discriminación¹⁰. Así, por ejemplo,

y Paz SOLER MASOTA, «Los acuerdos de agencia y el Derecho de la competencia», en *RGD*, núm. 608, 1995, pp. 5313 ss.

⁹ Resulta relevante la matización que extrae EMMERICH (Comentario al art. 85.1, en IMMENGA y MESTMÄCKER, *EG-Wettbewerbsrecht*, I, cit., pp. 147 s.) de la jurisprudencia de los órganos comunitarios: también se incluyen las medidas unilaterales de una de las partes contractuales cuando se concretan o ejecutan a través de las relaciones contractuales de las partes. Y pone diversos ejemplos relacionados con la distribución selectiva, como la negativa a suministrar a un distribuidor que reunía los requisitos exigidos para integrarse al sistema o para no prestar la garantía a los productos vendidos por los polizones. Con todo, esos actos unilaterales son, en verdad, acuerdos o prácticas concertadas porque cuentan siempre con la aceptación o aprobación de sus destinatarios. Por eso entran en conflicto con el art. 81.1, como reconoce el propio autor. Véase, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 17 de septiembre de 1985, *Ford v. Commission*, *Rec.*, 1985, pp. 2736 ss.

¹⁰ Entre las Decisiones de la Comisión véase, por ejemplo, las de 15 de diciembre de 1975, 76/159/CEE, *SABA (DOCE*, núm. L 28, de 3 de febrero de 1976); de 6 de enero de 1982, 82/267/CEE, *AEG Telefunken (DOCE*, núm. L 117, de 30 de abril de 1982, pp. 15 ss.); 18 de abril de 1984, 84/233/CEE, *IBM Personal Computer (DOCE*, núm. L 118, de 4 de mayo de 1984); de 10 de diciembre de 1984, 85/44/CEE, *Grohe (DOCE*, núm. L 19, de 23 de enero de 1985), en la que no consideró adecuada la distribución selectiva para sanitarios de baño. Respecto del TJCE, véase las Sentencias de 25 de octubre de 1977, A 26-76, *Metro SB-Großmärkte GMBH & Co. KG v. Comisión des Communautés européennes (Rec.*, 1977, p. 1875); 11 de diciembre de 1980 (A. 31/80), *NV L'Oréal et SA L'Oréal vs. PVBA «De Nieuwe AMCK» (Rec.*, 1980, p. 3775) y 6 de junio de 1981, Asunto 126/80, *Salonia/Poidomani e Giglio (Rec.*, 1981, p. 1563).

En la doctrina, Antoni FONT I RIBAS, *Mercado Común y distribución: la distribución exclusiva y selectiva a través de representantes y concesionarios*, Barcelona, Bosch, 1987; José María JIMÉNEZ-LAIGLESIA, «La distribución selectiva y las normas de competencia», en *Noticias CEE*, 1992, núm. 84,

se ha considerado que la exclusión de los distribuidores que hacen una promoción de ventas a través de la correspondencia no restringe la competencia cuando el producto exige un contacto directo e inmediato entre el comerciante y el consumidor¹¹. El mismo argumento podría aplicarse a Internet: no debería considerarse incompatible con el art. 81.1 TCE excluir del sistema a empresarios que utilizan Internet para promocionar los bienes o servicios cuando las características de éstos determinan que la red virtual no sea apta para su comercialización, o cuando la página *web* no reúna las prestaciones y requisitos que la distribución del producto requiere —por ejemplo, la posibilidad de asesoramiento constante—¹². Ahora bien, cabe tener en cuenta las características particulares de Inter-

pp. 32 ss.; Manuel BOTANA AGRA, «La distribución selectiva en el Derecho de la competencia. Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 25 de octubre de 1983: caso "AEG/Commission"», en *ADI*, vol. X, 1984-85, pp. 257 ss.; Carlos FERNÁNDEZ-LERGA, *Derecho de la competencia: Comunidad Europea y España*, Pamplona, Aranzadi, 1994, p. 252; EMMERICH, *Comentario al art. 85.1*, cit., pp. 244 ss.; Jens SCHULZE ZUR WIESCHE, *Lückenhafte Selektivvertriebssysteme im deutschen und europäischen Kartell- und Wettbewerbsrecht*, Berlin, Berlin Verlag, 2000, pp. 112 ss.; H. Peter VON STOEPHASIUS, Thomas JESTAEDT y Josef BUNTE, «Art. 81-Fallgruppen», en Eugen LANGEN y Hermann-Josef BUNTE, *Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht. Band 1*, 9.ª ed., Neuwied et al., Luchterhand, 2001, pp. 2031 ss.; D. G. GOYDER, *EC Competition Law*, 2.ª ed., Oxford, Clarendon Press, 1993, p. 244; Joanna GOYDER, *EC Distribution Law*, London, Chancery Law Publishing, 1992, p. 95, y Albrecht BACH, «Die Zukunft des selektiven Vertriebs in der EG. Zur Novellierung der Gruppenfestellungsverordnung für den Kfz.-Vertrieb», en *WuW*, 1995, p. 8.

¹¹ Por ejemplo, véase la Decisión de la Comisión de 10 de julio de 1985, 85/404/CEE, *Grundig* (DOCE, núm. L 233, de 30 de agosto de 1985).

¹² Cabe traer a colación el caso francés *P. F. Dermo-cosmetiques v. Alan B.* La sociedad había creado un sistema de distribución selectiva para sus productos cosméticos de lujo identificados con las marcas Klorane, A-Derma, Ducray, Avène, Galénic y Elancyl. Uno de sus distribuidores era el señor Alain B., con el que hizo tres contratos para la distribución de los productos Klorane, Avène, Ducray y A-Derma. El señor B. creó una página *web* para comercializar los productos Klorane y A-Derma. La sociedad fabricante lo demandó por haber vulnerado la prohibición de distribuir los productos por Internet que, a su entender, figuraba en las condiciones generales de los contratos de distribución.

En su *ordonnance de référé* de 15 de mayo de 1999 (www.juriscom.net/txt/jurisfr/ce/tepointoise199990415.htm), el Tribunal comercial de Pontoise desestimó la demanda al entender que no se había probado suficientemente la existencia de la prohibición y que ésta no parecía adecuada. Respecto al primer extremo, afirmó que la cláusula en cuestión sólo afectaba a los productos Klorane y se hallaba en un documento preimpreso, carente de firma y fecha, cuyo carácter contractual no estaba establecido. En cuanto al segundo, entendió que la distribución a través de Internet era equiparable a las modalidades de comercialización tradicionales que había venido utilizando el señor Alain B. Al respecto, véase el comentario de Yann DIETRICH y Alexandre MENAIS, «La distribution sélective à l'épreuve du commerce électronique», en *Juriscom.net*, mayo 1999, www.juriscom.net/pro/1/ce19990301.htm.

Un año y medio más tarde, el Tribunal de Apelación de Versailles derogó la decisión recurrida en su Sentencia de 2 de diciembre de 2000 (www.juriscom.net/txt/jurisfr/ce/caversailles19991202.htm). Prescindió de los temas contractuales y se centró exclusivamente en la adecuación de la distribución por Internet con las características del producto. Entendió que la distribución por Internet no permitía satisfacer la garantía de seguridad y salubridad que la comercialización de los productos exigía y que lesionaba la imagen de la red de distribución y de los productos. El Tribunal puso el acento en que el farmacéutico no podía resolver las dudas de los consumidores inmediatamente, sino que siempre transcurría un plazo y que además resultaba difícil apreciar las necesidades reales de los usuarios. Además, destacó el hecho de que no existía un contacto personal, sino que se realizaba a través del intercambio de imágenes en la pantalla de un ordenador; y que no hubiera una pre-

net; en especial, que la presentación de los productos es mejor que en el caso de las ventas por correspondencia, que permite la interacción con el cliente y, por lo tanto, que el distribuidor informe al consumidor y resuelva las dudas que puedan surgirle¹³. Consecuentemente, no es posible equiparar las ventas por correspondencia con la distribución a través de Internet, sino que la última disfruta de autonomía.

Por último, cabe significar que los acuerdos entre el proveedor y el comprador sobre la distribución por Internet acostumbrarán a tener como objeto o como efecto una restricción de la competencia. Así sucede cuando el fabricante se reserva la utilización de Internet para promover sus productos. Al prohibir a sus distribuidores utilizar ese medio les está limitando su libertad económica. Igual puede suceder cuando les impone determinados requisitos respecto de la utilización de Internet, aunque es más discutible. La razón de que la última hipótesis merezca un análisis casuístico es que los requisitos exigidos por el fabricante pueden ir dirigidos a verificar que el distribuidor cumple las exigencias legales sobre ventas fuera de establecimiento, protección de los consumidores y del derecho de intimidad, o el régimen de la transmisión de datos. En esos casos, no cabría pensar en una restricción de la competencia.

Los acuerdos sobre la distribución por Internet que tengan restricciones de la competencia no son necesariamente nulos e ineficaces. De un lado, los órganos de la competencia han ido suavizando la rigidez de la letra del art. 81.1 TCE. Los dos mecanismos principales han sido la regla *de minimis* y la doctrina de las restricciones accesorias. De otro, los acuerdos y prácticas restrictivos recuperan su validez y eficacia cuando se les concede una exención *ex art.* 81.3 TCE.

La regla *de minimis* exige que la restricción afecte sensiblemente a la competencia; es decir, el art. 81.1 TCE no se aplica cuando los efectos de la restricción sobre la competencia son nimios. El TJCE adoptó esa doctrina en el caso *Völk v. Vervaecke*¹⁴. Posteriormente la Comisión la

sentación estéticamente adecuada de los productos, de la que pudiera apreciarse su apariencia y la del envoltorio.

¹³ La doctrina rechaza esa equiparación. Así, MARTÍNEZ-LÓPEZ («Distribution sélective et Internet», en *Competition Policy Newsletter*, junio 2001, pp. 8 s.) argumenta que la venta por correspondencia clásica no ofrece la vitrina de presentación e interacción de Internet. Internet es un factor de progreso técnico que baja las barreras de acceso a un mercado y los costes de transacción; por lo tanto, puede dinamizar la competencia. Favorece la interpenetración económica entre Estados miembros querida por los Estados miembros y acerca la consecución del mercado único. Igualmente, DIETRICH y MENAIS («Réseau de distribution et vente sur Internet», *Juriscom.net*, 2 de junio de 2000) comentan que deberá analizarse caso por caso la adecuación de Internet a los productos objeto de distribución, dado que la red virtual permite ofrecer un consejo personalizado y una presentación adecuada. También rechaza la equiparación entre Internet y la venta por correspondencia Thibault VERBIEST, «Comment concilier la distribution sélective et Internet?», en *Juriscom.net*, 18 de febrero de 2000.

¹⁴ Sentencia de 9 de julio de 1969 (5/69), *Rec.*, 1969, p. 295. En respuesta a la cuestión prejudicial formulada por el *Oberlandesgericht* de Múnich, el Tribunal tenía que pronunciarse sobre la compatibilidad con el art. 81.1 TCE de un acuerdo de distribución exclusiva. El Tribunal afirmó que la eficacia de la prohibición exigía, entre otros requisitos, que las restricciones afecten de forma

ha plasmado en diversas Comunicaciones, la última de las cuales fue publicada el 22 de diciembre de 2001¹⁵. Para determinar los acuerdos que no generan efectos sensibles, se establecen unos umbrales según la cuota de mercado de las empresas participantes en el acuerdo; umbrales que varían en función de la existencia de competencia entre las partes del acuerdo¹⁶. Los acuerdos restrictivos entre competidores —reales o potenciales— no afectan sensiblemente a la competencia cuando su cuota de mercado es inferior al 10 por 100. Si no son competidores, el umbral se eleva hasta el 15 por 100. Ahora bien, en caso de duda, se presume que las partes son competidoras. El límite desciende hasta el 5 por 100 en caso de que se acumulen los efectos restrictivos de acuerdos similares, tanto si las partes son competidores como no competidores.

Con todo, existen determinadas restricciones que están siempre prohibidas y a las que no se les aplica la regla *de minimis*. De nuevo la Comisión distingue en función de la competencia existente entre las partes. En el caso de que sean competidores reales o potenciales, la excepción de los acuerdos *de minimis* no se aplica a los acuerdos de fijación de precios, de limitación de la producción o de las ventas ni al de reparto de mercados o clientes. Cuando las partes no compiten entre sí, las restricciones no amparadas por la regla *de minimis* son la de imponer al comprador los precios de venta o fijar el precio mínimo, la restricción del territorio en el que puede comercializar los productos —con determinadas excepciones—, la restricción de las ventas activas o pasivas a los minoristas integrados en un sistema de distribución selectiva, la prohibición de los suministros cruzados dentro de ese mismo sistema de distribución y la prohibición de que el proveedor suministre componentes que se van a incorporar a otros productos a terceros a los que el comprador no haya encomendado la reparación o mantenimiento de sus productos.

La lista negra adquiere una especial trascendencia en el caso de la distribución por Internet, pues puede provocar la exclusión de la apli-

sensible a la competencia existente en el mercado. «Consecuentemente, el acuerdo no cae bajo la prohibición del art. 85 [actual art. 81] cuando, habida cuenta de la débil posición de los participantes en el mercado de los productos de que se trate, perjudique el mercado de modo irrelevante».

¹⁵ *Comunicación de la Comisión relativa a los acuerdos de menor importancia que no restringen la competencia de forma sensible en el sentido del apartado 1 del art. 81 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (de minimis)*, publicada en *DOCE*, núm. C 368, 22 de diciembre de 2001, pp. 13-15. Al respecto, Alfonso Luis CALVO CARAVACA y Javier CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Mercado único y libre competencia en la Unión Europea*, Madrid, Colex, 2003, pp. 897 ss., y Luc PEEPERKORN, «New notice on agreements of minor importance (*de minimis* Notice)», en *Competition Policy Newsletter*, núm. 1, 2002, pp. 45 ss.

¹⁶ Al valorar la posición de mercado de las empresas en cuestión habrá que tomar en consideración el poder de control y sumar la cuota de las empresas controladas y controlantes. Así, en el caso de un grupo de empresas, se estará al poder del grupo y no de uno solo de sus integrantes.

Los acuerdos entre pequeñas y medianas empresas raramente afectarán al comercio entre Estados miembros. La Comisión recoge la definición de pequeñas y medianas empresas de la Recomendación 96/280/CE de la Comisión: menos de 250 trabajadores y que no tienen unos ingresos anuales superiores a 40 millones de euros o una cifra de balance total que no supera los 27 millones de euros.

cación de la regla *de minimis*. En efecto, como veremos con mayor detenimiento al analizar las restricciones prohibidas en el marco del Reglamento 2790/1999, la Comisión no admite, entre otras, las restricciones que afectan a las ventas pasivas; es decir, cuando el proveedor impide al distribuidor que satisfaga las demandas de clientes situados fuera del territorio asignado en exclusiva o del grupo que le ha sido asignado. La Comisión ha considerado que Internet es, como regla general, una forma de venta pasiva. Por lo tanto, será incompatible con la lista negra y no se beneficiará de la regla *de minimis*, el pacto por el que el proveedor se reserva la promoción de sus productos a través de Internet, o prohíbe a sus distribuidores que utilicen la red virtual para comercializar los bienes y servicios.

El segundo mecanismo de suavización de la aplicación del art. 81.1 TC es la licitud de las restricciones accesorias¹⁷. Se considera que determinados acuerdos, a pesar de restringir la competencia, son compatibles con la prohibición del art. 81.1 TCE porque resultan necesarios para conseguir la eficacia de la operación lícita en la que se insertan. Esa doctrina tiene su origen en los Estados Unidos de América y, en particular, en el criterio de la razonabilidad (*Rule of Reason*) con que se interpreta y aplica la sección 1 de la *Sherman Act*. Para paliar la rigidez de la prohibición de ese precepto, análogo al art. 81.1 TCE, la jurisprudencia creó el criterio de la razonabilidad¹⁸. La idea es que la compatibilidad de un acuerdo con la prohibición de los pactos restrictivos no puede valorarse exclusivamente en función de que limite o no la competencia, pues todo contrato es, en esencia, restrictivo de la competencia. Es necesario valorar cómo afecta el acuerdo o práctica en cuestión a la coyuntura económica del mercado; en particular, deben analizarse los efectos del acuerdo res-

¹⁷ Luis M.^a MIRANDA SERRANO, «Restricciones accesorias y prácticas colusorias (las *ancillary restraints* y el art. 81 del TCE. A propósito de algunas experiencias jurisprudenciales relativas a cesiones de empresas, franquicias y cooperativas)», en *Derecho de los Negocios*, núm. 122, 2000, pp. 1-31 ss.; F. Enrique GONZÁLEZ DÍAZ, «Some reflections on the notion of ancillary restraints under EC Competition Law», en *Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute*, 1995, pp. 325 ss., quien distingue dos categorías de restricciones que escapan a la prohibición del art. 81.1 TCE: las restricciones accesorias y los casos de riesgo comercial. Mientras que la *ratio* de las primeras es preservar el valor de la empresa, los segundos se justifican por el riesgo asumido por uno de los empresarios.

¹⁸ Sobre el criterio de la razonabilidad, véase Thomas ACKERMANN, *Art. 85, Abs. 1, EGV und die rule of reason*, Köln, Heymans, et al., 1997; Peter ULMER, «The rule of reason in Rahmen art. 85.1 EGV», en *RiW*, 1985, pp. 517-524; Ernst STEINDORFF, «Art. 85 and the rule of reason», *CMLRev.*, núm. 21, 1984, pp. 639 s.; Valentine KORAH, «From legal form toward economic efficiency - article 85.1 of the EEC Treaty in contrast to US antitrust», en *Antitrust Bulletin*, núm. 35, 1990, pp. 1009 ss.; Luis María MIRANDA SERRANO, «La *rule of reason* en el Derecho de la competencia: a propósito de la transmisión de empresas», en *Estudios Broseta, II*, pp. 2315 ss.; Ian FORRESTER y Christopher NORALL, «The laicization of Community Law: self-help and the rule of reason: how competition law is and could be applied», en *CMLR*, vol. 21, 1984, pp. 16 ss., y Okeoghene ODUDU, «A new economic approach to Article 81(1)?», en *ELR*, núm. 27.1, 2002, pp. 100 ss., donde se comenta la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 18 de septiembre de 2001 (T-112/99), *Métropole Télévision et al. v. Commission*. Sobre la evolución del criterio de la razonabilidad en los Estados Unidos, véase Carlos FERNÁNDEZ NÓVOA, «Un hito en la historia del Derecho de la competencia: centenario de la “Sherman Act”», en *Actas de Derecho Industrial, 1989-1990*, t. 13, pp. 675-679.

trictivo, en su integridad en la competencia¹⁹. Sólo cuando los aspectos negativos superan los positivos se prohíbe el acuerdo. La misma solución se aplica a las restricciones accesorias, que forman parte de la doctrina sobre el criterio de la razonabilidad. Se consideran compatibles con la sección 1 de la *Sherman Act*, pues permiten conseguir la eficacia de los acuerdos lícitos en los que se insertan.

La Comisión ha importado tímidamente esa doctrina y la ha aplicado esencialmente a los negocios de transmisión de empresa, a la franquicia, a las cooperativas y a la distribución selectiva²⁰. El fundamento de la licitud de las restricciones accesorias es doble: de un lado, los pactos accesorios siguen el régimen del contrato principal. De otro, esas restricciones son indispensables para conseguir la eficacia de acuerdos que son esencialmente lícitos y beneficiosos para la competencia y la economía²¹.

Cuatro son los requisitos para declarar la compatibilidad de una restricción accesorias con el art. 81.1 TCE. El primero es que se trate de una verdadera restricción de la competencia. El segundo es que sea accesorias respecto de la obligación principal; es decir, debe insertarse en una operación económica, de la que depende, y contribuir a su eficacia. En tercer lugar, es necesario que el acuerdo u operación principal sea lícito y beneficioso para la competencia y para la economía. Por último, sólo se consideran lícitas las restricciones que son necesarias para conseguir la eficacia del negocio principal; no si van más allá de lo necesario o razonable. *Id est*, la restricción debe ser proporcionada o razonable.

No es posible una respuesta general a la posibilidad de aplicar la doctrina de las restricciones accesorias a la distribución por Internet. Parece viable respecto de la selección de los revendedores en función del recurso a ese método de distribución. La aplicación de esa doctrina a la distribución selectiva, patrocinada por algún autor de reconocido prestigio, fundamenta esa afirmación²². Será necesario que la naturaleza de los productos y la configuración del sistema de distribución justifiquen

¹⁹ Con todo, existen determinadas restricciones que se consideran siempre prohibidas; por lo que no se procede a valorar su eficacia pro- o anticompetitiva. Se trata de la *per se rule*. Al respecto véase la bibliografía sobre el criterio de razonabilidad recogida *supra* en nota 18.

²⁰ Véase MIRANDA, *ult. op. cit.*, y GONZÁLEZ DÍAZ, «Some reflections on the notion of ancillary restraints under EC Competition Law», cit., pp. 331 ss., quien incluye también entre las hipótesis de restricciones accesorias la distribución selectiva (pp. 357 ss). Argumenta que la finalidad de la selección de los distribuidores y de la exclusión de los no seleccionados reside en la necesidad de proteger el valor añadido de los productos comercializados por los comerciantes integrados en el sistema.

²¹ En palabras de MIRANDA (*ult. op. cit.*, pp. 10 y 14), el fundamento estriba «en la superioridad del valor-interés empresa —organismo productivo de riqueza para el país, de salarios para los trabajadores, de beneficios para los empresarios e inversores y de bienes y servicios para los consumidores— (*rectius*, empresa productiva y eficiente) sobre el valor-interés libertad de competencia». El autor advierte que la principal diferencia con los Estados Unidos, es que la Comisión no realiza una ponderación concreta de los efectos positivos y negativos de una restricción, sino que se valora en abstracto.

²² Véase al respecto *supra* nota 20.

la exclusión de los empresarios que utilizan Internet para promover ventas; por ejemplo, porque exigen una relación personal y directa con los clientes que los revendedores no pueden o quieren prestar, o porque la presentación del producto a través del sitio *web* no permite ofrecer la imagen de calidad deseada o la información necesaria acerca de la utilización del producto o de las precauciones que deban adoptarse. En caso contrario, faltaría el último de los requisitos enunciados, ya que se trataría de una restricción desproporcionada o que no es estrictamente necesaria para conseguir la finalidad del acuerdo principal. Y cada vez será más difícil justificar que las características de los productos y del sistema de distribución no hacen aconsejable utilizar Internet, dadas las amplias posibilidades de la red, que permite incluir fotografías, sonidos, vídeos y un contacto casi inmediato entre el consumidor y el distribuidor.

También podría aceptarse la aplicación de la doctrina de las restricciones accesorias a la imposición de determinados requisitos y condiciones a los distribuidores sobre la elaboración de la página *web* y la promoción de los productos por Internet. Pero deberá tratarse de exigencias dirigidas a preservar la imagen de la red de distribución y de promoción de los productos, que no vayan más allá de lo estrictamente necesario para conseguir esa finalidad. Será, pues, necesario un examen detenido del alcance de las exigencias y condiciones a la luz de la configuración del sistema de comercialización y de la naturaleza de los productos²³. Mayores reparos genera la reserva de la utilización de Internet por parte del fabricante o la prohibición de los distribuidores de acudir a la red virtual. Sólo cuando las características de los bienes y servicios y de la distribución lo exijan podrá estimarse que esa restricción resulta esencial para preservar la imagen y la configuración del sistema de distribución. Pero, al igual que sucede con los criterios de selección, la evolución de Internet y las posibilidades que ofrece harán que esa situación sea excepcional²⁴. Además, no creemos que sea la medida más razonable ni proporcionada, salvo caso excepcionales como pueda ser la distribución de productos en que sea necesario un contacto directo.

La forma prevista para escapar a la prohibición de los acuerdos y prácticas restrictivos de la competencia es la exención. Como es de todos conocido, existen dos tipos de exenciones, las individuales y las por categoría. Los requisitos que se exigen a ambas son idénticos, y aparecen previstos en el art. 81.3 TCE. En primer lugar, el acuerdo deberá contribuir

²³ Cabe advertir, no obstante, que el Tribunal de Defensa de la Competencia español no se ha planteado esa posibilidad. En las dos ocasiones que se le ha presentado el problema ha optado por extender la exención individual del contrato a las exigencias y condiciones que el proveedor imponía a sus distribuidores respecto de la distribución por Internet. Véase *infra* III.8, donde abordamos el tema con mayor detalle.

²⁴ Por ejemplo, el diario *Libertad digital* informaba el 12 de marzo de 2003 que un informe de Christine STIX-HACKL, una de las abogadas generales del TJCE, consideraba que no estaba justificada la prohibición de vender a través de la red medicamentos que sólo se comercializan en farmacias. Esa prohibición constituía una restricción a la libre circulación de mercancías que no podía justificarse por razones de protección de la salud y de la vida de las personas.

a la mejora de la producción y distribución de los productos, o bien fomentar el progreso técnico y económico. Segundo, los usuarios deberán participar en los beneficios que se deriven de esos acuerdos. Tercero, las restricciones deberán ser indispensables para conseguir los objetivos perseguidos. Por último, pero no por eso menos importante, no deberán permitir eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos en cuestión.

El régimen de las exenciones experimentará un cambio significativo al entrar en vigor el Reglamento 1/2003, el 1 de mayo de 2004²⁵. Hasta esa fecha seguirá vigente el Reglamento 17/1962, que establece un régimen de autorización. Se caracteriza por la nulidad de los acuerdos y prácticas restrictivos hasta que no obtengan una exención. La única autoridad competente para valorar la concurrencia de los requisitos del art. 81.3 TCE es la Comisión. Aunque las autoridades de la competencia y los tribunales nacionales de los Estados miembros pueden aplicar los arts. 81.1 y 82 TCE, no pueden conceder exenciones individuales ni por categoría. Sólo la Comisión puede autorizar un acuerdo restrictivo. Además, es necesario que se haya notificado el acuerdo o la práctica en cuestión y los efectos retroactivos no pueden ir más allá de la fecha de notificación.

El Reglamento 1/2003 sustituye el régimen de autorización legal por el de exención legal. Los dos datos esenciales son que la exención de un acuerdo no exige su notificación previa y que las autoridades y los tribunales nacionales podrán aplicar el art. 81.3 TCE. Tal y como se desprende de su art. 1.2, los acuerdos y prácticas restrictivos serán válidos y eficaces cuando cumplan los requisitos del art. 81.3 TCE, «sin que sea necesaria decisión previa a tal efecto». La competencia para valorar la concurrencia de esos requisitos deja de corresponder en exclusiva a la Comisión. También las autoridades nacionales de la competencia, y en su caso los tribunales domésticos, podrán valorar la aplicación del art. 81.3 TCE (arts. 4 ss.). En caso de conflicto, prevalece la competencia de la Comisión frente a las autoridades nacionales (art. 11.6). Por último, merece destacarse que la Comisión podrá continuar emitiendo exenciones por categoría y dictando Comunicaciones en las que manifieste su política.

Hay dos Reglamentos de exención por categoría que tienen particular importancia respecto a la distribución por Internet: el Reglamento 2790/1999 y el Reglamento 1400/2002²⁶. Así lo demuestra el hecho de que la Comisión haya abordado ese tema al publicar sus Directrices

²⁵ Reglamento (CE) 1/2003, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre la competencia previstas en los arts. 81 y 82 del Tratado (DOCE, núm. L 1, de 4 de enero de 2003). Al respecto, Silke HOSSENFELDER y Martin LUTZ, «Die neue Durchführungsverordnung zu den Artikeln 81 und 82 EG-Vertrag», en *WuW*, núm. 2, 2003, pp. 118 ss.

²⁶ Reglamento (CE) 2790/1999 de la Comisión, de 22 de diciembre de 1999, relativo a la aplicación del apartado 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, pp. 21 ss.) y Reglamento (CE) 1400/2002 de la Comisión, de 31 de julio de 2002, relativo a la aplicación del apartado 3 del art. 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas en el sector de los vehículos de motor (DOCE, núm. L 203, de 1 de agosto de 2002, pp. 30 ss.).

sobre las normas. Igualmente, cabe tener en consideración que ambos Reglamentos se aplican a los acuerdos de distribución —en general, en el primer caso, y de vehículos a motor nuevos, en el segundo—.

B. DISTRIBUCIÓN POR INTERNET Y REGLAMENTO 2790/1999: ÁMBITO DE APLICACIÓN

Para poder disfrutar del beneficio de exención que otorga el Reglamento 2790/1999 es necesario que el acuerdo de distribución por Internet cumpla tres condiciones: debe entrar dentro del ámbito de aplicación, la cuota de mercado del vendedor no debe superar el 30 por 100 del mercado relevante y no debe incluir ninguna de las restricciones prohibidas por el art. 4 del Reglamento²⁷. Respecto del primer requisito, el art. 2 delimita el ámbito de aplicación del Reglamento. Se exoneran los acuerdos y prácticas restrictivas entre dos o más empresas que operen en diferentes niveles de la cadena de producción y distribución y que tengan por objeto la adquisición, venta o reventa de bienes y servicios. Los dos elementos esenciales son que las partes no compitan entre sí y que tengan por objeto la comercialización de bienes y servicios. En efecto, los acuerdos verticales, para los que está pensada la exención por categorías, se caracterizan porque las partes operan en niveles diferentes de la producción y distribución; por lo tanto, no son competidores. Cabe significar que el precepto exige que no sean competidores «a efectos del acuerdo»; es decir, respecto de los bienes o servicios objeto del contrato. Pero no obsta a la aplicación del Reglamento que las partes del acuerdo compitan en otros ámbitos. Por otra parte, el art. 2.4 introduce una excepción al extender la exención a los acuerdos entre competidores, siempre que cumplan alguno de los requisitos previstos en el mismo apartado; requisitos que excluyen los acuerdos entre fabricantes o entre grandes distribuidores.

En cuanto al objeto del acuerdo, el art. 2 incluye la adquisición, venta y reventa de bienes y servicios. Debe hacerse de nuevo dos precisiones, que representan las dos novedades introducidas respecto a las exenciones por categoría anteriores, a las que sustituyó el Reglamento 2790/1999. La primera es que se incluye la distribución de servicios, mientras que los Reglamentos 1983/1983, 1984/1983 y 4087/1988 se referían exclusivamente a bienes. Y la segunda es que se ha suprimido el requisito de la finalidad de reventa. A diferencia del régimen anterior, la nueva exen-

²⁷ Véase ORTUÑO BAEZA, «Acuerdos verticales y Derecho de la Competencia», cit., pp. 15 ss.; CANI FERNÁNDEZ VICIEN e IRENE MORENO-TAPIA RIVAS, «La nueva regulación comunitaria de las restricciones verticales», en *Derecho de los negocios*, núm. 125, 2001, pp. 28 ss.; CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Mercado único y libre competencia en la Unión Europea*, cit., pp. 967 ss.; M.ª ROCÍO QUINTÁNS EIRÁS, «Las Directrices sobre restricciones verticales complementarias del Reglamento 2790/99», en *ADI*, vol. XXI, 2000, pp. 1297 ss.; FRANCISCO HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, «El Reglamento (CE), núm. 2790/1999, de 22 de diciembre de 1999, sobre limitaciones verticales», en *ADI*, vol. XX, 1999, pp. 1467 ss. Véase una recopilación bibliográfica exhaustiva en CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, pp. 967 ss.

ción por categorías no requiere que el comprador adquiera los productos para su reventa. La importancia de esa previsión es que extiende la exención por categorías a todos los niveles de la distribución. También se eximen los acuerdos relativos a la transferencia o cesión de derechos de propiedad industrial e intelectual, siempre que éstos no constituyan el objeto principal del acuerdo o de la práctica y que estén relacionados con la distribución de bienes o productos²⁸. Esa previsión tiene gran importancia porque permite incluir el contrato de franquicia dentro del ámbito de aplicación de Reglamento 2790/1999.

El segundo requisito es la cuota de mercado del proveedor: el acuerdo vertical se beneficiará de la exención por categorías cuando la cuota de mercado del proveedor sea inferior al 30 por 100 del mercado relevante (art. 3). Cuando sea superior, deberá valorarse la compatibilidad de la restricción con la prohibición general del art. 81.1 y, en su caso, si merece una exención individual ex art. 81.3 TCE. Esa exigencia plasma el análisis económico de las restricciones verticales adoptado por la Comisión: «Cuanto más agresiva sea la competencia entre diversas marcas, habrá más posibilidades de que los efectos positivos de las restricciones verticales sobre la competencia y la eficiencia superen a los efectos anti-competitivos»²⁹. La previsión merece algunos comentarios. El primero es que deberá estarse a los arts. 9 y 10 al calcular la cuota de mercado. Segundo, ésta incluirá el volumen de ventas de todas las empresas vinculadas con el proveedor; empresas vinculadas que aparecen especificadas en el art. 11. Por último, se toma en consideración la cuota del comprador en lugar de la del vendedor cuando el acuerdo contiene una cláusula de suministro exclusivo (art. 3.2). La razón es que la inclusión de esa previsión en el contrato de distribución hace presumir que la parte fuerte de la relación es el comprador y que, por lo tanto, es él quien puede amenazar la competencia efectiva. De ahí que se le aplique el umbral para valorar la influencia de las restricciones verticales en la competencia.

El tercer requisito es que el acuerdo no contenga restricciones que privan del beneficio de exención; es decir, de las previstas en el art. 4.

²⁸ Y, en relación con Internet, Jochen B. BURRICHTER, «Vertical restraints and e-commerce», en *Annual proceeding of the Fordham Corporate Law Institute*, 2000, pp. 138 s.

²⁹ *Libro Verde*, cit., p. 16. La Comisión sigue la doctrina económica mayoritaria en la actualidad y, en particular, a P. REY y F. CABALLERO, «The implications of the economic analysis of vertical restraints», publicado por la DG II. Resultan también ilustrativos los artículos de Luc PEEPERKORN, «The Economics of Verticals», en *Competition Policy Newsletter*, núm. 2, 1998 (http://www.europa.eu.int/comm/competition/speeches/text/sp_en.html), en el que se exponen, entre otros extremos, las consecuencias económicas de diversas clases de restricciones verticales, y Steven C. SALOP, «Analysis of foreclosure in the EC Guidelines on vertical restraints», en *Annual proceeding of the Fordham Corporate Law Institute*, 2000, pp. 177 ss.

Las ideas principales son que las restricciones verticales pueden tener efectos positivos y negativos para la competencia. Pero es más probable que sean positivos cuando existe competencia entre las diversas marcas. Segunda, debe centrarse la atención en la repercusión de la restricción en el mercado más que en la forma del acuerdo. Tercera, la combinación de varias restricciones verticales no aumenta los efectos anticompetitivos, sino que puede beneficiar la eficiencia competitiva. Por último, acostumbran a ser más beneficiosas las restricciones que van acompañadas de inversiones significativas, cuya función es permitir o facilitar el acceso o la expansión en un mercado.

En efecto, la inclusión de cualquiera de esas restricciones, bien directa bien indirectamente, impide que el acuerdo pueda beneficiarse de la exención por categorías. En teoría, todavía podría obtener una exención individual *ex art.* 81.3 TCE. Sin embargo, la incompatibilidad esencial de esas restricciones con los objetivos perseguidos por el Derecho comunitario de la competencia determina que sea casi imposible que pueda darse esa solución, tal como ha advertido la Comisión. Diferente de esas restricciones es la prohibición de competencia, que disciplina el art. 5. Su inclusión en el contrato no le priva del beneficio de exención; simplemente esa obligación negativa es nula e ineficaz.

El tema de las restricciones prohibidas es el principal centro de atención en el análisis de la distribución por Internet. Debe analizarse si las cláusulas de ese acuerdo están comprendidas en la lista negra del art. 4, pues en ese caso la integridad del acuerdo queda desprovisto del beneficio de exención. Las dos primeras restricciones del precepto son clásicas, pues afectan a los objetivos esenciales del Derecho de la competencia. La letra *a)* prohíbe la determinación del precio de venta o la fijación del precio mínimo. Su *ratio* reside en que el precio es el principal instrumento competitivo. La segunda afecta al principio de integración del Mercado Común: se prohíbe la restricción del territorio o de los clientes a los que puede vender el comprador. Con todo, existen una serie de excepciones que deberán ser objeto de análisis particularizado. La tercera y cuarta restricción tienen también gran importancia para el tema que nos ocupa, pues se refieren a la distribución selectiva, que es uno de los sistemas de comercialización en los que mayor importancia puede tener la distribución por Internet. La última previsión del art. 4 tiene por objeto la limitación en la capacidad del proveedor de vender componentes como piezas sueltas a usuarios finales, reparadores o proveedores a los que el comprador no haya encargado la reparación o servicio posventa de sus productos.

Por último, es posible que se prive a un acuerdo del beneficio de exención pese a cumplir los requisitos anteriores. El Reglamento 2790/1999 prevé dos instrumentos que permiten dejar sin eficacia a la exención por categorías. El primero es la retirada del beneficio cuando un acuerdo específico no reúna los requisitos del apartado 3.º del art. 81 TCE. Los arts. 6 y 7 disciplinan ese instrumento y otorgan competencia a la Comisión y a las autoridades nacionales. El segundo es la declaración de inaplicación del Reglamento cuando existen redes paralelas de restricciones verticales similares que abarcan más del 50 por 100 del mercado de referencia. En ese caso, la competencia corresponde en exclusiva a la Comisión y la decisión, que adoptará la forma de Reglamento, no surtirá efecto hasta los seis meses posteriores a su adopción.

C. SIGUE: RÉGIMEN DE LAS RESTRICCIONES

A continuación vamos a analizar la compatibilidad de las restricciones más usuales que se pactan en la distribución por Internet con el Regla-

mento 2790/1999³⁰. En cuanto a las restricciones típicas, cabe recordar que la selección de los distribuidores en función de la utilización de la red virtual no siempre está prohibida. Como hemos dicho, no choca con el art. 81.1 TCE, ni adquiere eficacia la exención por categorías, cuando es un acto unilateral del creador del sistema, que no impone la selección a sus distribuidores. Es decir, los empresarios integrados en el sistema tienen libertad para suministrar los productos contractuales a revendedores a los que el proveedor se ha negado a suministrar.

En segundo lugar, la aplicación del régimen de la distribución selectiva permite afirmar que la selección en función del criterio de utilización de Internet puede considerarse compatible con el art. 81.1 TCE cuando la naturaleza del producto y las circunstancias de la distribución lo justifiquen³¹. En caso contrario, se considerarán restricciones de la competencia y precisarán de una exención para su validez y eficacia. El Reglamento 2790/1999 puede proporcionarles ese beneficio; es decir, aún en el caso de que los criterios de selección se consideren restrictivos e incompatibles con el art. 81.1 TCE, es posible que el acuerdo sea válido al disfrutar de la exención por categorías. En particular, el art. 4.b), cuya tercera excepción autoriza prohibir a los miembros de un sistema de distribución selectiva suministrar a distribuidores no autorizados. Para que esa norma tenga eficacia es necesario que se cumplan sus dos requisitos. El primero es que se trate de un sistema de distribución selectiva, por lo que debe entenderse prohibida para los demás tipos de distribución³². El segundo es que los comerciantes excluidos no estén autorizados. Es decir, no deben reunir los criterios específicos dispuestos por el organizador del sistema.

La cuestión es, pues, si puede considerarse no autorizado a un empresario por el simple hecho de utilizar Internet para promocionar los productos objeto de distribución³³. Cabe empezar señalando que no existe previsión alguna en el Reglamento acerca de los criterios de selección. A diferencia de la jurisprudencia comunitaria tradicional, no exige que

³⁰ Al respecto, PAUTKE y SCHULTZE, «Internet und Vertriebskartellrecht Hausaufgaben für die Europäische Kommission», cit., pp. 317-323; SEELIGER, «EG-kartellrechtliche Probleme in Vertikalverhältnissen beim Vertrieb über das Internet», cit., pp. 1174 ss., y Christopher VADIA y Anders GAHNSTRÖM, «EC Competition Law and the Internet», en *ECLR*, núm. 2, 2000, pp. 103 ss.

³¹ También identifica distribución por Internet con distribución selectiva, QUINTÁNS EIRAS, «Las Directrices sobre restricciones verticales, complementarias del Reglamento 2790/99», cit., p. 1308.

³² La característica esencial de la distribución selectiva es la exclusión del suministro de los bienes o servicios a los empresarios que no formen parte de la red por carecer de las características exigidas, no poder o no querer prestar los servicios preventiva y posventa. El proveedor se obliga a no suministrar a empresarios que no estén integrados en el sistema de distribución e impone la misma obligación a sus distribuidores. Así lo ha entendido también la Comisión cuando define la distribución selectiva en el art. 1.1.d) del Reglamento 2790/1999 como: «un sistema de distribución por el cual el proveedor se comprometa a vender los bienes o servicios contractuales, directa o indirectamente, sólo a distribuidores seleccionados sobre la base de criterios específicos, y los distribuidores se comprometan a no vender tales bienes o servicios a agentes no autorizados».

³³ En sentido afirmativo se pronuncia SEELIGER, *op. cit.*, p. 1182, quien comenta que la misma solución ha adoptado el Tribunal de Apelación de Versalles en la Sentencia 2 de diciembre de 1999 (<http://www.juriscor.net/jurisfr/fabre2.htm>).

sean cánones objetivos, de naturaleza cualitativa y que se apliquen de forma indiscriminada³⁴. Deja entera libertad al proveedor acerca de los criterios de selección³⁵. La misma idea aparece en los trabajos preparatorios, cuando se explica la voluntad de incluir en el Reglamento todas las formas de distribución y no imponer condiciones jurídicas que coarten la libertad de elección de los empresarios; condiciones entre las que pueden incluirse los requisitos de los sistemas de distribución. La única solución que se contempla en esos casos es retirar el beneficio de exención cuando el acuerdo no reúna los requisitos del art. 81.3 TCE (art. 6 del Reglamento 2790/1999).

Ahora bien, esa libertad halla un límite en las restricciones prohibidas por los arts. 4 y 5. Los preceptos establecen las restricciones que afectan a la esencia de la política comunitaria de la competencia y que en ningún caso se pueden permitir. Tal es así que formula de forma muy amplia la prohibición, de modo que alcanza también a las restricciones indirectas. Entendemos, pues, que también prohíbe los criterios de selección que chocan con la lista negra, pues resultaría incoherente admitir que el proveedor puede seleccionar a sus distribuidores en virtud de cierta práctica y después prohibirla. Así, por ejemplo, sería ilógico permitir que el proveedor seleccionara a sus revendedores en función de la disponibilidad a aceptar su política de precios y, a continuación, privar al acuerdo del beneficio de exención porque el fabricante impuso los precios a sus distribuidores. Y lo mismo sucede con Internet, en virtud de la ilicitud de la prohibición de las ventas pasivas. En efecto, el primer apartado del art. 4.b) permite al proveedor otorgar un territorio o unos clientes en exclusiva a sus distribuidores, siempre que no les prohíba atender los pedidos de clientes que se hallan fuera del territorio o del grupo asignado. Dado que Internet es, como regla general, una hipótesis de venta pasiva, el distribuidor deberá poder acudir a ese canal para promocionar y vender los productos. Y si el proveedor se lo prohíbe, el acuerdo pierde el beneficio de exención. Por la misma razón, entendemos que no podrá seleccionar a los distribuidores en función de que utilicen o no Internet para

³⁴ En ese sentido se pronuncia MARTÍNEZ-LÓPEZ, «Distribution sélective et Internet», cit., pp. 7 s. Destaca que la exención no está subordinada al control del carácter objetivo y adecuado de los criterios de selección ni a las propiedades del producto contractual. Se favorece así la utilización de la distribución selectiva para todo tipo de producto. A su entender, la contrapartida es que se permite utilizar Internet para promover las ventas: los distribuidores integrados tienen libre recurso a Internet.

³⁵ En esa dirección, SEELINGER, *op. cit.* 1183. En base al art. 4.c) afirma que no se puede prohibir la comercialización o publicidad por Internet a los distribuidores seleccionados. Pero caben excepciones, entre las que se encuentra, precisamente, la selección de los distribuidores en función de la utilización de la red, y la posibilidad de imponer unos mínimos de calidad. También VADJA y GAHNSTRÖM afirman la licitud de la selección de los competidores en virtud de la utilización de Internet. Sin embargo, recurren a un argumento diverso: equiparan Internet a la venta a distancia y aplican la jurisprudencia del TJCE y de la Comisión al respecto. A nuestro modesto entender, esa solución no tiene en cuenta la naturaleza de los productos a través de Internet ni la política económica subyacente al Reglamento 2790/1999, que permite las restricciones intramarca siempre que exista competencia intermarca. Véase su artículo «EC Competition Law and the Internet», cit., p. 105.

promover ventas, pues se tratará de un modo indirecto de imponer una restricción prohibida por el art. 4. Y, además, sería un sinsentido permitir al proveedor seleccionar a los revendedores en función del recurso a la red virtual para promover las ventas de sus productos y, a continuación, una vez admitidos en el sistema de distribución, no permitirle que les prohíba ese canal de ventas. La única excepción sería cuando los distribuidores dirigieran su sitio *web* a unos destinatarios singulares y pertenecientes al territorio o al grupo de clientes de otro distribuidor. Se trataría de una hipótesis de venta activa que el art. 4.b) sí permite restringir.

En conclusión, el proveedor podrá seleccionar a los distribuidores en función de la utilización de Internet cuando aparezca justificado por la naturaleza y características del producto y de la configuración del sistema, pues no se tratará de una restricción de la competencia incompatible con el art. 81.1 TCE. En cambio, cuando falte esa justificación, la selección estará prohibida: será incompatible con la prohibición general de los acuerdos y prácticas restrictivos y no podrá disfrutar del beneficio de exención por categorías, dado que se tratará de una restricción indirecta de la competencia prohibida por el art. 4.b).

Continuando con el tema de la prohibición de utilizar Internet, la Comisión se ha pronunciado específicamente al respecto en las Directrices sobre las restricciones verticales. Entiende que el art. 4.b) impide que el fabricante pueda reservarse la utilización de Internet y prohibir a sus distribuidores acudir a ese canal de ventas. En sus Directrices sobre las restricciones verticales afirma que «(l)os distribuidores deben gozar de plena libertad para valerse de Internet con objeto de anunciar o vender sus productos. Restringir a los distribuidores el uso de Internet sólo podría ser compatible con el Reglamento de Exención por Categorías en la medida en que la promoción o la venta en Internet condujese a la venta activa en los territorios o grupos de clientes exclusivos de otro distribuidor»³⁶. Y cabe recordar que la Comisión considera que Internet constituye, como regla general, una hipótesis de venta pasiva³⁷. La Comisión añade una previsión especial en caso de que se opte por un sistema de distribución

³⁶ DOCE, núm. C 291, de 13 de octubre de 2000, párr. 51, p. 12.

³⁷ Igualmente, MARTÍNEZ-LÓPEZ («Distribution sélective et Internet», cit., p. 8) considera que Internet puede ser considerado como un criterio de selección, pero no se puede prohibir ese canal a los distribuidores seleccionados. Respecto a la reserva de Internet por parte del proveedor, véase DIETRICH y MENAIS, «Réseau de distribution et vente sur Internet», cit. Afirman que esa práctica genera tres problemas. En primer lugar, el fabricante es el garante de la estanqueidad del sistema y puede encontrar dificultades para cumplir su obligación, ya que no le será fácil averiguar si los adquirentes de los productos a través de Internet son revendedores no autorizados o consumidores finales. El mismo tema analiza VERBIEST («Comment concilier la distribution sélective et Internet?», cit.); pero confía en que la firma electrónica podrá ser la solución, pues permitirá identificar a los compradores. En segundo término, la consideración de Internet como una forma de venta pasiva impide que el proveedor pueda prohibir a los distribuidores utilizar ese canal de ventas, so pena de perder el beneficio de exención. Y, por último, el proveedor que vende directamente a los consumidores finales a través de Internet tendrá problemas para conseguir que los distribuidores sigan prestando servicios preventiva y posventa.

selectiva. De un lado, justifica que el proveedor establezca determinadas exigencias respecto del sitio *web* a fin de conseguir unos mínimos de calidad. De otro, considera que el fabricante no puede, en ningún caso, reservarse para sí la exclusiva de Internet y que sólo podrá prohibir el recurso a ese canal de ventas «si existe una justificación objetiva».

La primera afirmación de la Comisión halla su fundamento en el art. 4.b). Como hemos visto, la primera excepción de esa norma permite al proveedor asignar a sus distribuidores territorios o grupos de clientes en exclusiva, siempre que les deje libertad para atender los pedidos ajenos a su territorio o grupo. Al constituir Internet, como regla general, una hipótesis de venta pasiva, el proveedor debe dejar a sus distribuidores libertad de acceder a la red virtual. Por lo tanto, no puede ni prohibirles utilizar ese canal de ventas ni reservárselo en exclusiva. La única excepción sería el caso en que el distribuidor empleara Internet para dirigirse individualmente a los clientes de un territorio o grupo reservados a otro distribuidor³⁸. Es decir, sería necesario que el distribuidor configurase Internet como una hipótesis de venta activa y que los clientes a los que se dirigiese específicamente hubieran sido reservados a otro distribuidor.

En el caso de la distribución selectiva, adquiere eficacia el art. 4.c), que considera ilícita la restricción tanto de las ventas activas como de las pasivas a los miembros minoristas de un sistema. Por lo tanto, tendrán libre acceso, en principio, a Internet para comercializar los productos dirigidos a los consumidores finales³⁹. No resulta eficaz la excepción prevista en el precepto y que otorga al fabricante: «la posibilidad de prohibir a un miembro del sistema que opere fuera de un lugar de establecimiento autorizado»⁴⁰. La razón es que no puede identificarse Internet con un «establecimiento», dado el carácter virtual y no físico de la red⁴¹. Ahora bien, cabe hacer dos precisiones. La primera es que el art. 4.c) va dirigido a los minoristas de un sistema de distribución selectivo. Por lo tanto,

³⁸ En sentido parecido, SEELINGER, «EG-kartellrechtliche Probleme in Vertikalverhältnissen beim Vertrieb über das Internet», cit., p. 1180. Suscribe la afirmación de la Comisión de que el proveedor no puede reservarse la promoción de ventas por Internet, y la argumenta en que no es posible delimitar los compradores por Internet como grupo de clientes, pues siempre podrán acudir a establecimientos físicos. Igualmente, VADJA y GAHNSTRÖM, «EC Competition Law and the Internet», cit., p. 104, quienes apuntan la posibilidad de que la distinción entre ventas activas y pasivas no sea adecuada para la promoción de productos por Internet.

³⁹ Además, el proveedor no podrá prohibir los suministros cruzados dentro del sistema, cuando haya optado por la distribución selectiva. Así lo dispone la letra d) del art. 4, que recoge una opinión uniforme en la doctrina.

⁴⁰ De esa previsión, PAUTKE y SCHULTZE (*op. cit.*, p. 322) derivan que un proveedor puede prohibir a un comprador distribuir por Internet cuando no dispone de un local de negocios, porque entienden que vender por Internet es operar fuera del lugar de establecimiento autorizado. Apoyan esa interpretación en que la existencia de un local de negocios debe ser considerado como una exigencia mínima de calidad, a la luz de las directrices.

⁴¹ Creemos que la misma solución adoptará la Comisión, pues al comentar la previsión alude a emplazamientos materiales (un local o establecimiento). Véase núm. 54 de las Directrices sobre las restricciones verticales. En cambio, BURRICHTER («Vertical restraints and e-commerce», cit., p. 146) se pronuncia en sentido contrario. El argumento es que, en las Directrices, la Comisión utiliza la expresión «*business premises*» en lugar de «*place of establishment*».

no afecta a los mayoristas, respecto de los que regirá la regla general del art. 4.b), por lo que podrá prohibírseles realizar una política de venta activa a través de Internet. Y la segunda es que la prohibición del art. 4.c) encuentra una excepción cuando la naturaleza de los productos y la configuración del sistema de distribución justifican la exclusión de Internet. En ese caso, el acuerdo no choca con el art. 81.1 TCE y, por lo tanto, no cobra eficacia el Reglamento 2790/1999, que se aplica exclusivamente cuando el acuerdo vertical contiene restricciones de la competencia que entran en el ámbito de aplicación del precepto citado.

En relación a las indicaciones y requisitos del sitio *web*, es necesario analizar su alcance para determinar si se trata de restricciones y si pueden disfrutar del beneficio de exención *ex* Reglamento 2790/1999. En efecto, en primer lugar, es necesario establecer si las indicaciones y exigencias entran dentro del ámbito de aplicación del art. 81.1 TCE. Deberá tratarse de verdaderas restricciones de la competencia a las que no pueda aplicarse la regla *de minimis* ni la doctrina de las restricciones accesorias. No será el caso, por ejemplo, de las exigencias del proveedor respecto de la configuración y contenido de la página *web* cuya finalidad es conseguir el cumplimiento de la normativa comunitaria e interna sobre las ventas fuera de establecimiento, sobre el tratamiento de datos, el respeto a la intimidad o la protección de los consumidores⁴². Tampoco entran dentro del ámbito de aplicación del precepto las hipótesis en las que el proveedor se limita a prestar asistencia técnica a los distribuidores respecto de la promoción de los productos. Igual sucederá con las destinadas a preservar la imagen de calidad del producto o del sistema de distribución y asegurarse de que los distribuidores prestan los servicios pre- y posventa. A pesar de que esas exigencias puedan limitar la libertad económica del distribuidor, su finalidad y alcance permitirán considerarlas restricciones accesorias y excluirlas del ámbito de aplicación del art. 81.1 TCE. Así lo ha defendido la propia Comisión al admitir que «es posible que el proveedor necesite niveles mínimos de calidad para el uso del sitio Internet con objeto de revender sus bienes, del mismo modo que el proveedor puede necesitar mínimos de calidad para una tienda o la publicidad y promoción en general».

Aun en el caso de que se trate de verdaderas restricciones incompatibles con el art. 81.1 TCE, podrán beneficiarse de la exención por categorías *ex* Reglamento 2790/1999. Bastará que no puedan equipararse con

⁴² El 13 de marzo de 2003 el periódico electrónico «Libertad digital» informó de que, según un estudio de la Asociación Internacional de Abogados, más del 60 por 100 de los sitios *web* comerciales europeos incumple la normativa comunitaria; sobre todo la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la Sociedad de la Información, en particular sobre el comercio electrónico en el Mercado Interior. Podía leerse: «El informe asegura que más del 60 por 100 de las páginas analizadas omite informar sobre los procedimientos de compra o contrato, el 44 por 100 de las páginas no protege los derechos de privacidad de los usuarios y sólo un 53 por 100 de páginas informa sobre los gastos de envío de los productos que se adquieren». Véase también de Pedro Alberto DE MIGUEL ASENSIO, *Derecho privado de Internet*, 3.ª ed., Madrid, Civitas, 2002, pp. 349 y 377 ss.

ninguna de las previsiones prohibidas por el art. 4. Pero cabe destacar la amplitud de la lista negra, pues comprende los acuerdos que tengan por objeto «directa o indirectamente, por sí solos o en combinación con otros factores bajo control de las partes» las restricciones previstas en ese precepto. Por eso, y a diferencia de lo que opina la Comisión, entendemos que la imposición del idioma en el que deberá redactarse la página *web* puede privar al acuerdo del beneficio de exención. La razón es que, además de la posible discriminación que se genere entre los distribuidores, un idioma minoritario impedirá que los consumidores de Estados o territorios donde no se habla ese idioma puedan conocer la promoción de ese distribuidor⁴³. A nuestro modesto entender, se estarán limitando las ventas pasivas del distribuidor.

D. DISTRIBUCIÓN DE VEHÍCULOS A MOTOR NUEVOS POR INTERNET: REGLAMENTO 1400/2002

El Reglamento 1400/2002 sigue las pautas del Reglamento 2790/1999 respecto de los acuerdos y prácticas que pueden beneficiarse de la exención por categorías⁴⁴. Es necesario que entren dentro de su ámbito de aplicación, que el poder de mercado del proveedor no supere un umbral determinado y que no contenga ninguna de las restricciones prohibidas por el art. 4. Ahora bien, el grado de complejidad y detalle es mucho mayor y, además, establece un contenido mínimo; es decir, exige que el contrato contenga determinadas previsiones.

El art. 2 establece el ámbito de aplicación. El Reglamento se aplica a las restricciones incluidas en acuerdos y prácticas verticales que tienen como objeto la comercialización de los vehículos a motor nuevos, piezas de recambio o servicios de reparación y mantenimiento. Al igual que el Reglamento 2790/1999, la exención está pensada para acuerdos en los que las partes operan en diferentes niveles de la cadena de producción y distribución, si bien se admiten excepcionalmente acuerdos entre competidores. El objeto del acuerdo puede ser vehículos a motor, definidos en el art. 1.1.n), recambios [art. 1.1.s)] y servicios de reparación y mantenimiento. Interesa destacar que el Reglamento 1400/2002 no impone ninguna forma de distribución, a diferencia de los Reglamentos 123/1985 y 1475/1995, que establecían un sistema mixto, selectivo-exclusivo. La nueva disciplina deja libertad al proveedor para configurar su red. Con todo, establece diversas precauciones para evitar las consecuencias perjudiciales

⁴³ En sentido parecido, BURRICHTER, «Vertical restraints and e-commerce», cit., p. 145. Cabe señalar que el Reglamento 2790/1999 no exige el trato homogéneo a los distribuidores. Pero la Comisión y el Tribunal de Justicia habían exigido la ausencia de discriminación para estimar que un sistema de distribución selectivo era compatible con la prohibición general del art. 81.1 TCE.

⁴⁴ Entró en vigor el 1 de octubre de 2002 (art. 12). Con todo, los acuerdos que no cumplan los requisitos de la nueva exención por categorías pero se ajustaban a los requisitos del Reglamento 1475/1995, no se considerarán incompatibles con el art. 81.1 TCE hasta el 30 de septiembre de 2003 (art. 10).

que pueden derivar de la combinación de los modelos ⁴⁵. Merece también mencionarse el hecho de que se haya roto el vínculo de necesidad que existía entre la distribución y los servicios posventa. Bajo el nuevo régimen, el distribuidor no necesitará llevar a cabo necesariamente servicios de reparación y mantenimiento, sino que podrá delegar esas prestaciones en un taller autorizado que haya contratado [art. 4.1.g)]. Asimismo, los talleres autorizados no están obligados a comercializar los vehículos, sino que pueden limitar su actividad a la reparación y al mantenimiento de los vehículos o a la distribución de recambios [art. 4.1.h)]. Y ese acuerdo quedará cubierto por la exención por categorías.

En cuanto al criterio para conceder la exención, sigue el paradigma del régimen general de los acuerdos verticales: adopta el canon de la cuota de mercado. La regla general es que el acuerdo se beneficia de la exención por categorías cuando la cuota del proveedor —o del comprador, en caso de que se haya pactado el suministro exclusivo— es inferior al 30 por 100 del mercado relevante ⁴⁶. Existen dos excepciones, pensadas ambas para la distribución selectiva. Cuando se utilizan criterios cuantitativos para seleccionar a los distribuidores, se aumenta en un 10 por 100 el umbral: el acuerdo quedará exento cuando la cuota del proveedor es inferior al 40 por 100. En cambio, si los criterios son cualitativos, se prescinde del umbral: el acuerdo se beneficia de la exención, cualquiera que sea la cuota del proveedor.

A diferencia de la disciplina general de las restricciones verticales, el Reglamento 1400/2002 exige que el acuerdo contenga determinadas previsiones (arts. 3.3 a 3.7). En primer lugar, el proveedor debe aceptar que la contraparte pueda ceder el contrato a otro miembro de la red de distribución. La segunda previsión tiene por objeto la resolución del contrato. Se exige que la causa de resolución del contrato sea objetiva y transparente y que el proveedor la notifique por escrito y de forma detallada. Además, se establecen unos plazos mínimos de preaviso. La última exigencia es que se establezca el derecho de cada una de las partes de recurrir a un experto independiente para resolver los litigios existentes. Existe también una lista negra, en la que aparecen las restricciones que privan al acuerdo del beneficio de exención (art. 4) o que, simplemente, se consideran nulas (art. 5). Se caracterizan por un gran detalle y complejidad, razón por la cual no es pertinente reproducirlas ni comentarlas en esta ocasión ⁴⁷.

En cuanto a las restricciones a la distribución por Internet sirven *mutatis mutandi* las consideraciones hechas respecto del régimen general de las restricciones verticales. La razón es la identidad de soluciones de los Reglamentos 2790/1999 y 1400/2002 en los extremos relevantes. Sin embargo, existe alguna diferencia importante y algunas matizaciones que

⁴⁵ Véase el considerando decimotercero.

⁴⁶ Respecto al cálculo de la cuota de mercado, *vid.* los arts. 8 y 9.

⁴⁷ Al respecto véase Carlos GÓRRIZ, «El nuevo Reglamento de exención en la distribución de vehículos a motor», en *La Ley. Unión Europea*, núm. 5.622, de 30 de septiembre de 2002.

conviene hacer. Con relación a la selección de los distribuidores y talleres de reparación en función de la utilización de Internet, la letra del Reglamento 1400/2002 invita a predicar la igualdad de soluciones con el Reglamento 2790/1999. En efecto, no existe ninguna exigencia particular respecto de los criterios de selección en materia de restricciones prohibidas⁴⁸. El art. 4.1.b).i) prohíbe limitar las ventas pasivas del distribuidor o taller al que se ha concedido un territorio o grupo de clientes exclusivo. La amplitud del alcance de esa previsión («directa o indirectamente, por sí solos o en combinación con otros factores que estén bajo el control de las partes») determina, a nuestro modesto entender, que afecte también a la selección de los miembros del sistema. Es decir, si no se puede prohibir a los distribuidores y talleres que vendan vehículos y recambios o presten servicios posventa a clientes situados fuera de su territorio o de su grupo, no parece lógico que se pueda denegar la admisión del sistema a un empresario por el simple hecho de llevar a cabo esa práctica⁴⁹.

Ahora bien, esa previsión sólo adquiere eficacia en caso de que el acuerdo entre dentro del ámbito de aplicación del art. 81.1 TCE. Por lo tanto, y al igual que sucediera con el régimen general de las restricciones verticales, no se considerará incompatible con ese precepto la selección de los distribuidores y la prohibición de suministrar a los no integrados cuando aparezca justificada por la naturaleza de los productos y la configuración del sistema. Y parece que ésa será la solución que adoptara la Comisión respecto de la distribución de automóviles nuevos por Internet⁵⁰. Es decir, permitirá que los fabricantes excluyan del sistema a los

⁴⁸ Es cierto que, al definir la distribución selectiva cualitativa [art. 1.1.h)], se exige que sean cualitativos, adecuados a la naturaleza de los productos distribuidos y aplicados homogéneamente. Pero eso no significa que no puedan beneficiarse de la exención por categorías los sistemas que emplean otro tipo de criterios. Simplemente se establece un umbral para poder disfrutar de la exención: un 40 por 100 en caso de utilización de criterios cuantitativos para el mercado de los vehículos a motor y el 30 por 100 en los demás casos. En cambio, en el caso anterior, desaparece el requisito del umbral; es decir, las restricciones presentes en un sistema de distribución selectiva cualitativa quedan amparadas por la exención del Reglamento 1400/2002, sea cual sea la cuota de mercado del proveedor.

⁴⁹ También favorecerá el recurso a Internet el hecho de que los distribuidores de automóviles y recambios no estén obligados a prestar personalmente los servicios de reparación y mantenimiento. Del art. 4.1.g) se desprende que podrán confiar esas operaciones a talleres autorizados, si bien serán responsables frente al proveedor y, según parece desprenderse del precepto, de los consumidores finales. Igual sucede con los talleres de reparación autorizados: no se les puede exigir que distribuyan automóviles [art. 4.1.h)]. Mas esas previsiones no van dirigidas a valorar los criterios de selección, sino que se refieren a distribuidores o talleres que ya han sido seleccionados.

⁵⁰ Así se pronunció en los trabajos preparatorios. La idea básica es que no debe obligarse a los fabricantes a integrar en el sistema a las nuevas formas de distribución; en particular Internet. La razón es que no proporcionan los servicios preventa y posventa que precisa la distribución de vehículos a motor nuevos, sino que se aprovechan de las prestaciones ofrecidas por los distribuidores tradicionales. Añade, además, que los consumidores tampoco están interesados en adquirir automóviles a través de la red. A su entender, los operadores de Internet se asimilan a los intermediarios que actúan por cuenta de los consumidores finales. De ahí que no imponga su integración en el sistema de distribución. Así en la nota explicativa al Proyecto de Reglamento (DOCE, núm. C 67, de 16 de marzo de 2002, p. 16) apunta que la exclusión «podría justificarse debido a que estos

distribuidores que acudan exclusivamente a Internet para promover los bienes y servicios⁵¹. El argumento que justifica esa política es que este tipo de empresarios no proporcionan los servicios preventa y posventa que la distribución de los vehículos y los recambios precisa, sino que se aprovechan de los ofrecidos por los demás distribuidores y talleres autorizados. Añade que tampoco los consumidores están interesados en adquirir vehículos nuevos a través de Internet (*sic*).

En relación con la reserva de Internet por parte del fabricante o la prohibición de los distribuidores y talleres de reparación de acudir a Internet para promover ventas y servicios, entendemos que resulta prohibida por el art. 4.1.b).i). El precepto permite conceder un territorio o grupo de clientes en exclusiva, siempre que el distribuidor o taller pueda dar respuesta a cualquier solicitud que le hagan. Por lo tanto, priva del beneficio de exención a los acuerdos que contengan prohibiciones de ventas pasivas. Y dado que Internet es esencialmente un canal pasivo para promover ventas, debe entenderse que la prohibición de acudir a él, o la reserva para el fabricante resultan incompatibles con el art. 4.1.b).i). El considerando decimoquinto apoya ese argumento, al establecer que los distribuidores y talleres autorizados a vender los productos del fabricante tendrán derecho a utilizar Internet⁵².

Y, al igual que sucede en el Reglamento 2790/99, el régimen se vuelve más restrictivo en el caso de la distribución selectiva. Los arts. 4.1.d) y e) privan a la integridad del acuerdo del beneficio cuando se restringen las ventas activas o pasivas a los minoristas pertenecientes a un sistema de distribución selectiva y respecto de los mercados en los que opere ese sistema. Por lo tanto, el proveedor no les podrá ni siquiera prohibir

distribuidores disponen de una mayor independencia que 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 que aconseje al consumidor. Cabría alegar que los consumidores pueden aprovechar toda esta infraestructura y después acabar dirigiéndose a un distribuidor por Internet para comprar su vehículo nuevo». Con todo, cabe advertir que la mayor autonomía de los distribuidores frente a los fabricantes de automóviles es uno de los objetivos perseguidos por la Comisión. Además, el recurso a Internet puede proporcionar una mayor integración de los mercados, disminuir los costes y facilitar la distribución multimarca, como ha reconocido la propia Comisión. Véase al respecto el Informe evaluador del Reglamento 1475/1995 [COM (2000) 743(01)], la nota explicativa al Proyecto de Reglamento 1400/2002 (DOCE, núm. C 67, de 16 de marzo de 2002, pp. 13 ss.) y el comentario al comunicado de prensa IP/02/1073, publicado como MEMO/02/174, de 17 de julio de 2002.

⁵¹ Y, siendo coherentes con el concepto de distribución selectiva, también podrá prohibir a los empresarios que estén integrados en su sistema suministrar vehículos y recambios a otros empresarios que utilicen Internet y no pertenezcan al sistema de distribución, siempre que se trate de un sistema de distribución selectivo [art. 4.1.b).iii]. Mas no se podrá prohibir el suministro a los empresarios integrados en la red. Así lo dispone el art. 4.1.c) al privar al acuerdo del beneficio de exención en caso de que se restrinjan los suministros cruzados entre distribuidores o talleres pertenecientes al sistema, aunque operen en diferentes niveles comerciales.

⁵² Y también la Comisión se ha pronunciado en la misma dirección. En la Guía al Reglamento 1400/2002 califica las páginas *web* como una herramienta de venta pasiva —si bien admite que puedan configurarse de tal modo que conviertan la venta en activa— y declara que no se puede restringir su uso; no se puede impedir que el concesionario utilice Internet en lugar de los medios tradicionales de celebrar contratos de venta.

utilizar Internet cuando las páginas *web* están destinadas a clientes pertenecientes al territorio o al grupo de otro distribuidor o taller. De nuevo surge la duda de si, en virtud de las disposiciones anteriores, se podría vetar a los distribuidores y talleres autorizados acudir a Internet, pues permiten al proveedor impedir a los miembros de su sistema de distribución selectiva operar desde un establecimiento no autorizado. Es decir, el argumento sería equiparar Internet con un establecimiento diferente del previsto en el contrato, de modo que promover ventas a través de la red virtual sería considerado como operar desde un establecimiento secundario no autorizado. A nuestro modesto entender, esa interpretación no es aceptable. Como hemos apuntado, no se puede equiparar Internet con un establecimiento mercantil, dado que no es un espacio físico. Se trata de un nuevo canal para transmitir información que permite promover la contratación, a semejanza de la publicidad por correo, por teléfono o por fax. Además, cabe tener en cuenta que el art. 5 declara nulas las cláusulas de localización. Es decir, prohíbe los pactos que limitan la capacidad del distribuidor de establecer un nuevo punto de venta o de entrega para los turismos y vehículos comerciales ligeros en una zona en la que se aplique la distribución selectiva [apartado 2.º, punto b)]⁵³. Análogamente, declara nulas las cláusulas que restrinjan la libertad de los talleres autorizados en relación con el lugar de establecimiento (apartado 3.º).

En cuanto a las indicaciones que pueda dar el proveedor respecto de la página o herramientas Internet, no existe previsión alguna en el Reglamento 1400/2002. Consecuentemente, sirven las mismas consideraciones que respecto del régimen general de los acuerdos verticales. Con todo, cabe recordar que el Reglamento 1400/2002 permite la distribución multimarca. Así se desprende de los arts. 5.1, que declara nula las obligaciones inhibitorias de la competencia, y 1.1.b), que define esa obligación negativa⁵⁴. Lo único que puede exigir el proveedor es que el distribuidor impida la confusión entre marcas y, por lo tanto, venda los vehículos en zonas diferentes de su sala de exposición. La aplicación de esa previsión a la distribución por Internet determina que el proveedor no puede exigir una página *web* específica para los vehículos de su marca. Simplemente podrá exigir que se configure y se presente la página de modo que evite la confusión. El considerando vigesimoséptimo refuerza el argumento positivo cuando advierte de la nulidad de la obligación de presentar la gama completa de los vehículos del proveedor «si tal obligación imposibilita o dificulta irrazonablemente la venta o exposición de vehículos producidos por empresas no vinculadas». Igual sucede con los servicios de reparación y mantenimiento. No se podrá prohibir a un taller auto-

⁵³ Pero debe tenerse en cuenta que esa previsión entrará en vigor el 1 de octubre de 2005, según el art. 12.2 del Reglamento 1400/2002. Y, por otra parte, afecta sólo a los turismos y a los vehículos comerciales ligeros, por lo que se podría imponer una cláusula restrictiva para los demás vehículos a motor nuevos.

⁵⁴ Véase también el considerando 27.

rizado que promueva a través de la red virtual sus servicios de reparación y mantenimiento para vehículos de proveedores competidores.

3. RESTRICCIONES A LA DISTRIBUCIÓN POR INTERNET EN EL MARCO DEL DERECHO ESPAÑOL DE LA COMPETENCIA

A. MARCO NORMATIVO: LA PROHIBICIÓN DEL ART. 1 LDC

Conviene empezar recordando la gran similitud existente entre el Derecho español de defensa de la competencia y el comunitario, dado que el primero deriva del segundo. A semejanza del art. 81.1 TCE, el art. 1 LDC prohíbe los acuerdos, decisiones colectivas y las prácticas concertadas que tengan por objeto o como efecto impedir, restringir o falsear la competencia en el mercado español. Al igual que en el Derecho comunitario, el legislador español y el Tribunal de Defensa de la Competencia han suavizado el alcance de esa prohibición⁵⁵. De un lado, el art. 1.3 LDC establece la regla *de minimis*: se permite que los órganos de defensa de la competencia no actúen o sobresean los procedimientos contra comportamientos que no afecten de forma significativa a la competencia⁵⁶. Con todo, la falta de precisión de esa norma afecta negativamente a la seguridad jurídica que debería ofrecer. En efecto, no exceptúa los acuerdos, recomendaciones y prácticas *de minimis*, sino que sólo permite que los órganos de la competencia no inicien o sobresean los procedimientos. Segundo, no establece ningún umbral ni criterio para determinar las conductas que no afectarán significativamente a la competencia. Y por último, no dispone nada sobre la existencia de restricciones que en ningún caso escapan a la prohibición, como sí especifica la Comunicación de la Comisión.

⁵⁵ Al igual que sucede en el Derecho comunitario, el Tribunal de Defensa de la Competencia ha afirmado que los acuerdos de agencia no quedan prohibidos por la regla general del art. 1 LDC. El argumento principal es que los agentes carecen de libertad económica para decidir cuando están comercializando los bienes y servicios del empresario. Por lo tanto, no estamos ante un verdadero acuerdo de empresas. El criterio que utiliza para calificar una relación como contrato de agencia es el riesgo. En las Resoluciones de 11 de julio de 2001 (Expte. 490/00), *Repsol*, y 30 de junio de 2001 (Expte. 493/00), *Cepsa*, se toman en consideración la distribución de los riesgos de los daños al producto objeto de distribución y del coste financiero. Igual sucede en la Resolución de 17 de mayo de 1993 (Expte. 43/93), *Renta 4*, en la que rechaza calificar la relación como franquicia ya que el supuesto franquiciado no asume el riesgo de la operación, razón por la cual le considera agente. También *vid.* la exposición de MARTÍNEZ SANZ, «Distribución a través de agentes y Derecho de defensa de la competencia», *cit.*, pp. 1071 ss.

⁵⁶ La regla *de minimis* fue introducida por el Real Decreto-ley 7/1996, de 7 de junio, sobre medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberalización de la actividad económica —modificada por la Ley 52/1999, de 28 de diciembre, de reforma de la Ley de Defensa de la Competencia—. La versión originaria de la Ley de Defensa de la Competencia se refería a los acuerdos de menor importancia; pero no los concebía como una excepción a la prohibición del art. 1, sino que permitía que fueran objeto de exención (art. 3.2). La introducción del nuevo apartado 3.º del art. 1 ha privado de sentido a esa previsión. Al respecto, véase Julio COSTAS COMESAÑA, «Los acuerdos de menor importancia en la Ley de Defensa de la Competencia», en *ADI*, vol. XV, 1993, p. 153, quien analiza y crítica el régimen anterior a la modificación de 1996.

El segundo instrumento utilizado para dulcificar el rigor del art. 1 LDC es la doctrina de las restricciones accesorias. A pesar de la defensa que de ella ha hecho la doctrina científica, ha tenido una aplicación limitada por parte del Tribunal de Defensa de la Competencia⁵⁷. El máximo exponente sería la Resolución *ICI Paints España*, en la que la autoridad administrativa valora la licitud y eficiencia de un pacto de no-competencia en virtud del negocio en el que se inscribe; en el caso, un contrato de compraventa de establecimiento mercantil⁵⁸. A pesar de que la prohibición restringe la competencia, el Tribunal afirma su compatibilidad con el art. 1 LDC, pues es necesaria para que el acuerdo principal sea eficaz —en el caso, para que el comprador consolide la clientela y las expectativas del establecimiento mercantil transmitido—.

El tercer instrumento es la exención de determinados acuerdos, decisiones y prácticas restrictivas. De la alternativa entre el sistema de autorización y el de exención legal, la Ley de Defensa de la Competencia optó por el primero. Al igual que el art. 81.3 TCE, prevé la posibilidad de conceder una exención para los acuerdos y prácticas restrictivas que reúnan los requisitos del art. 3.1, idénticos a los exigidos por el precepto comunitario. Asimismo, contempla también la posibilidad de emitir exenciones por categoría (art. 5)⁵⁹. Y el Consejo de Ministros ha aprobado el Real Decreto 378/2003, de 28 de marzo, que otorga una exención por categorías a los acuerdos verticales⁶⁰.

⁵⁷ Por ejemplo, Luis María MIRANDA SERRANO, «La *rule of reason* en el Derecho de la competencia: a propósito de la transmisión de empresas (Consideraciones en torno a la resolución del TDC en el asunto «ICI Paints España, s. A.»)», cit., pp. 2341 ss., y César A. GINER PARREÑO, «Art. 1 de la Ley de Defensa de la Competencia y *Rule of Reason* (El caso “ICI Paints España, s. A.”)», en *Derecho de los Negocios*, núm. 33, 1993, pp. 10 ss.

⁵⁸ Resolución de 2 de marzo de 1993 (Expte. 40/92), *ICI Paints España, s. A.* El TDC se pronuncia en el mismo sentido en la Resolución de 15 de septiembre de 1993 (Expte. 50/93), *Pentaserice*, en el que justifica la validez y licitud de una prohibición de competencia al resultar esencial para garantizar la transferencia al cesionario del valor comercial completo de los activos cedidos y no exceder de lo necesario para conseguir esa finalidad.

⁵⁹ No obstante, existen algunas diferencias entre el Derecho español y el comunitario en la materia. En primer lugar, establece una exención legal: no se aplica la prohibición del art. 1 a los acuerdos y prácticas que sean el resultado de la aplicación de una ley. El Tribunal ha matizado el alcance de la exención legal. Rechaza que sea suficiente que el acuerdo o práctica restrictiva cuente con el amparo en una previsión legal. Considera necesario que la Ley o el Reglamento estén regulando el funcionamiento de un mercado determinado y que autorice esa restricción en atención a los intereses generales protegidos por esas normas; y en las circunstancias y con los requisitos previstos en ellas. Al respecto, véase la Resolución de 26 de marzo de 2001 (Expte. 277/00), *Compra mínima COFAS*, en el que se rechaza la licitud de un aumento en la obligación de compra de los socios de una cooperativa, amparado en el art. 15 de la Ley de Cooperativas.

Y, segundo, se amplía el radio de los acuerdos y prácticas que pueden resultar eximidos. El art. 3.2 permite autorizar conductas que cumplan ciertos requisitos, diversos de los comentados con anterioridad. De ese modo, se pueden conceder exenciones, tanto individuales como por categorías, a restricciones que defiendan y promuevan las exportaciones, que aumenten el nivel social y económico de zonas deprimidas o que no afecten de modo significativo a la competencia.

⁶⁰ Real Decreto 378/2003, de 28 de marzo, por el que se desarrolla la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia en materia de exenciones por categorías, autorización singular y registro de defensa de la competencia (*BOE*, núm. 90, de 15 de abril). Sustituye al Real Decreto 157/1992, de 21 de febrero, que incorporaba al Derecho español los Reglamentos comunitarios de

En efecto, el art. 2.1 del Real Decreto 378/2003 autoriza los acuerdos verticales que se acomoden al régimen de los Reglamentos 2790/1999 y 1400/2002. Consecuentemente, los contratos de distribución que afecten sólo al mercado español podrán beneficiarse de la exención por categorías cuando cumplan los requisitos exigidos por los preceptos comunitarios.

exención por categorías. Su art. 1.1 autorizaba los acuerdos entre dos empresas que afectaran únicamente al mercado nacional cuando cumplieran las condiciones previstas en los Reglamentos 1983/83, de 22 de junio, para la distribución exclusiva; 1984/83, de 22 de junio, respecto de la compra exclusiva; 2349/84, de 23 de julio, y 556/90, de 30 de noviembre, en cuanto a la licencia de patentes y *know-how*; 123/85, de 12 de diciembre, para la distribución y servicio posventa de automóviles; 4087/88, de 30 de noviembre, respecto de la franquicia. Igualmente, el apartado 2.º del art. 1 reproducía la misma previsión respecto de los Reglamentos 417/85, de 19 de diciembre, y 418/85, de 19 de diciembre, con relación a acuerdos de especialización y de investigación y desarrollo.

La mayor parte de esos Reglamentos perdió su vigencia al transcurrir el tiempo de duración para el que fueron previstos. Surgió, por lo tanto, la duda acerca de la eficacia del Real Decreto español. El Tribunal de Defensa de la Competencia se pronunció en sentido contrario, privándole de vigencia práctica, en la Resolución de 23 de mayo de 1996 (A. 177/96), *La Casera*. Se le había solicitado que declarase que un contrato de franquicia podía acogerse a la exención por categorías dispuesta por el Real Decreto en conexión con los Reglamentos 240/1996 y 1983/1983, o bien que concediera una exención individual. El Tribunal rechazó que pudiera beneficiarse de la primera norma, ya que no existía ninguna remisión a la misma en el Real Decreto y éste no contemplaba los Reglamentos que hubieran sustituido a los que se refería (en particular, Reglamentos 2349/1984 y 556/1989). El argumento empleado fue que, al elaborar el Real Decreto, el Gobierno ya sabía que los Reglamentos comunitarios tenían una vigencia temporal limitada y no introdujo ninguna previsión al respecto: ni hizo una remisión general a las exenciones por categorías ni previó nada respecto a la pérdida de vigencia por el mero paso del tiempo o por su modificación. Igualmente consideró un «sinsentido» otorgar la exención si se cumplían los requisitos de cualquier Reglamento comunitario mencionado en el Real Decreto pero en la actualidad derogado. El Tribunal afirmó que la única solución viable era modificar el Real Decreto 157/1992. Mientras tanto, opinaba que sólo podría conceder exenciones individuales y estar a la normativa comunitaria para valorar si las restricciones merecían esa exención. En posteriores resoluciones el Tribunal aludió a los Reglamentos comunitarios de exención por categorías para apoyar su decisión. Se trató, con todo, de meras referencias, sin excesivo rigor ni gran peso en su decisión. Así, en la Resolución de 19 de septiembre de 2002 (A. 316/02), *Breguet*, se refirió al Reglamento 2790/1999 al valorar si los acuerdos de distribución selectiva constituían restricciones de la competencia incompatibles con el art. 1 LDC o el art. 81.1 TCE. El argumento no puede compartirse plenamente, ya que la norma comunitaria introduce una exención por categorías aplicable solamente a las restricciones que vulneran los preceptos citados. En cambio, el TDC lo utilizó para valorar si un acuerdo de distribución selectiva entraba dentro del ámbito de aplicación de los arts. 1 LDC y 81.1 TCE.

Compartimos la crítica de PINTOS AGER («La remisión a los Reglamentos comunitarios de exención en bloque», en *Indret*, núm. 3/2001, <http://www.indret.com>) a la doctrina del Tribunal de Defensa de la Competencia. Su interpretación del Real Decreto 157/1992 ha resultado desafortunada, pues le ha privado de eficacia y sentido, ha impedido incorporar automáticamente al Derecho español la evolución del Derecho comunitario derivado y no ha respetado la finalidad del Real Decreto. El autor citado entiende que, además, puede generar una sobrecarga de trabajo para las autoridades españolas, dado que todos los acuerdos que choquen con el art. 1 LDC son nulos y, por lo tanto, cualquier parte puede desvincularse de ellos sin necesidad de justa causa. Sería lógico que solicitasen exenciones individuales y que se produjera una avalancha, igual que ha sucedido en el Derecho comunitario.

Respecto del Real Decreto 157/1992, véase Juan Ignacio RUIZ PERIS, «Observaciones respecto a los Reglamentos nacionales de exención por categorías en el Derecho de la Competencia español», en *RGD*, núm. 576, 1992, pp. 8363 ss.; Ana M.ª TOBÍO RIVAS, «La exención por categorías en el Derecho español de la competencia: el RD 157/1992», en *Derecho de los Negocios*, núm. 24, 1992, pp. 23 ss., e ídem, «Exenciones por categorías, autorización singular y registro de defensa de la competencia en España», en *ADI*, 1991-1992, XIV, pp. 757 ss.

La Exposición de Motivos del Real Decreto justifica esa técnica en virtud de la coherencia económica y jurídica entre el Derecho comunitario y el español y por razones de seguridad jurídica. Sin embargo, no parece acertada. A nuestro modesto entender, la exención por categorías diseñada por el Real Decreto 378/2003 adolece de los mismos defectos que la del Real Decreto 157/1992, al que ha sustituido, y que fue justamente criticada por la doctrina⁶¹. En primer lugar, no parece que el expediente de la exención por categorías sea necesario en España, pues no se ha producido el volumen de solicitudes de exención individual que desbordó a la autoridad comunitaria de la competencia y obligó a buscar una solución. Como explica un estudioso del tema, su introducción en nuestro ordenamiento se debió a la presión de las organizaciones empresariales⁶². Segundo, la técnica remisora no es adecuada porque el art. 5 LDC exige al Gobierno que elabore las exenciones por categorías y, por lo tanto, que especifique las condiciones de aplicación. Es más, no pueden aplicarse automáticamente los Reglamentos comunitarios, sino que será necesario adaptar su contenido. Tercero, la incorporación de la normativa comunitaria no parece avalada por una experiencia suficiente. El Servicio de Defensa de la Competencia comentó que la nueva norma «se ha elaborado para adaptar nuestra normativa reglamentaria a los cambios recientes en la normativa comunitaria sobre la materia, a los cambios legislativos internos de los últimos años y para modernizarla introduciendo las mejoras técnicas aconsejadas por la experiencia adquirida»⁶³. Sin embargo, resulta difícil aceptar esa justificación, puesto que los nuevos Reglamentos suponen un giro de orientación de la política comunitaria de la competencia, a la que es ajena la española. Por último, los Reglamentos comunitarios obedecen a una realidad y a unas finalidades que no coinciden necesariamente con las españolas. Destacan, en particular, la consecución del Mercado Único y evitar su compartimentación en los diversos mercados nacionales.

⁶¹ Cabe destacar, empero, que el nuevo régimen español de exenciones por categorías intenta evitar los problemas que produjeron la ineficacia del Real Decreto 157/1992: de un lado, la remisión singular a Reglamentos específicos y, de otro, su pérdida de eficacia por el transcurso del tiempo de vigencia. Para ello exime los acuerdos que cumplan las disposiciones establecidas en determinados Reglamentos comunitarios, como el 2790/1999, «o en aquellos reglamentos comunitarios que le sustituyan».

En cuanto a la crítica del Real Decreto 157/1992, véase RUIZ PERIS, «Observaciones respecto a los Reglamentos nacionales de exención por categorías en el Derecho de la Competencia español», cit., pp. 8365 ss.; TOBÍO RIVAS, «La exención por categorías en el Derecho español de la competencia: el RD 157/1992», cit., pp. 25 ss.; ídem, «Exenciones por categorías, autorización singular y registro de defensa de la competencia en España», cit., pp. 758 s.; GINER, *Distribución y libre competencia*, pp. 520 s.; Jesús PINTOS, «La remisión a los Reglamentos comunitarios de exención en bloque», en *Indret*, núm. 3, 2001 (www.indret.com), quien comenta que se trata de un problema de técnica legislativa del Gobierno combinada con una aplicación defectuosa de los órganos administrativos (p. 9); así como José MASSAGUER, «Antitrust y licencia de patente y *know-how* tras la reforma del Derecho español de defensa de la competencia», en *Derecho de los Negocios*, núm. 19, 1992, pp. 21 ss., cuyas reflexiones sobre el régimen de la licencia de patentes y de *know-how* y el proyecto de Real Decreto 157/1992 resultan ilustrativas.

⁶² RUIZ PERIS, «Observaciones respecto a los Reglamentos nacionales de exención por categorías en el Derecho de la competencia español», cit., p. 8365.

⁶³ Véase http://www.mineco.es/dgdc/sdc/Nota_prensa_Materia_exenciones_por_categorias.htm.

B. RÉGIMEN DE LAS RESTRICCIONES EN LA DISTRIBUCIÓN POR INTERNET

La entrada en vigor de la nueva normativa sobre exenciones por categorías determinará que el régimen español de la distribución por Internet, en materia de defensa de la competencia, sea muy parecido al comunitario. Así, en cuanto a la selección de los distribuidores, no será admisible, en principio, la discriminación de aquellos que recurran a la red virtual para promover ventas. Como hemos visto, se tratará de una de las restricciones prohibidas por los Reglamentos 2790/1999 y 1400/2002, cuya inclusión en un acuerdo le privará del beneficio de exención por categorías. Ahora bien, se exceptúan los casos en que la exclusión está justificada por la naturaleza del producto y la configuración del sistema de comercialización. Puede hacerse una prospección de la solución que el Tribunal de Defensa de la Competencia dará a la luz de su doctrina sobre la distribución selectiva. Considera que ese tipo de distribución es compatible con el art. 1 LDC cuando cumple tres requisitos y no contiene otras restricciones que choquen con el precepto⁶⁴. El primer requisito es que los criterios de selección sean objetivos, tengan un carácter puramente cualitativo y respondan a la naturaleza de los productos distribuidos. Es decir, no todos los productos son adecuados para un sistema de distribución selectiva; es necesario que tengan unas características que haga necesaria la selección de los revendedores, pues no todos pueden o aceptan ofrecer los servicios preventa y posventa exigidos. Por ejemplo, el TDC ha afirmado que resultan apropiados para la distribución selectiva los perfumes, los cosméticos de lujo y los relojes de alta calidad. Además, es imprescindible que los criterios se adecuen a los productos y al sistema, en el sentido que deben servir para seleccionar a los distribuidores que pueden mantener la imagen de calidad del producto y del servicio. El segundo requisito es que no se pueden imponer exigencias desproporcionadas respecto de la finalidad perseguida —*id est*, lograr un comercio especializado eficiente y que garantice la venta de los productos en condiciones óptimas—. Y el tercero es que no se puede discriminar a los comerciantes; no puede exigírseles condiciones y requisitos diferentes ni aplicarles criterios de selección diversos.

Ahora bien, el Tribunal acostumbra a fallar que el sistema de distribución choca con el art. 1 LDC y examina si merece una exención indi-

⁶⁴ El origen de esa doctrina es la resolución de 14 de octubre de 1997 (Expte. 380/96), *Cosesa y Albesa*. El Tribunal ha seguido la misma orientación en las resoluciones de 19 de diciembre de 2002 (Expte. 327/02), *relojes Glashütte*; 19 de septiembre de 2002 (Expte. 316/92), *Breguet*; 23 de abril de 2001 (Expte. 281/00), *Azzaro*, en la que se afirma que la distribución selectiva no está prohibida «si el fabricante se limita, en la selección de vendedores de sus productos, a utilizar criterios simplemente cualitativos, proporcionados a la eficiencia que se pretende conseguir y no discriminatorios».

vidual⁶⁵. En efecto, desde el año 1997 en que sienta su doctrina sobre la distribución selectiva con la Resolución *Albesa y Cosesa*, en todos los casos ha encontrado alguna restricción adicional que provoca que el sistema de distribución caiga dentro de la prohibición del art. 1 LDC. Mas normalmente, autoriza esos acuerdos en virtud de los arts. 3 y 4 LDC.

Así las cosas, será necesario que las características del producto y del sistema de distribución determinen que no sea apta la distribución por Internet; por ejemplo, porque es necesario el contacto directo entre el comerciante y el consumidor, porque no se puede prestar el asesoramiento debido a través de la red virtual o ésta no permite ofrecer los servicios preventa y posventa que el producto precisa. Con todo, cabe advertir que cada vez serán menos los productos que cumplan esos requisitos, dada la capacidad y prestaciones de la red virtual, que cada día aumentan y se desarrollan cualitativamente.

Respecto de la obligación de los distribuidores de no utilizar Internet o de la reserva de la red a favor del fabricante, la importación del régimen comunitario determina su prohibición. La razón es, también, su incompatibilidad con las listas negras de los Reglamentos citados, como hemos dicho. No obstante, debe hacerse una matización. Debería aceptarse la prohibición de que los revendedores utilicen Internet cuando derive de la configuración del sistema de comercialización diseñado por el fabricante. El presupuesto tiene que ser la licitud de la selección de los distribuidores en función del recurso a Internet. Cuando se considere que la naturaleza del producto y las características del sistema justifican la exclusión de los que utilizan ese canal, deberá aceptarse que el fabricante impida a sus distribuidores recurrir a la red virtual, pues se trata de una consecuencia lógica del sistema configurado, igual que la prohibición de suministrar a los revendedores que promuevan los productos a través de ella. Mucho más difícil será justificar la reserva a favor del fabricante, pues no parece razonable que sólo él, y no sus distribuidores, posea la capacidad, conocimientos o instrumentos necesarios para comercializar los productos a través de Internet de forma apropiada.

Como no existen previsiones específicas respecto de las indicaciones y requisitos de elaboración de los sitios *web*, cabe traer a colación la posición del Tribunal de Defensa de la Competencia al respecto. La autoridad española ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre ese extremo en dos ocasiones⁶⁶. En ambos casos la cuestión era la misma: solicitar una autorización individual para la modificación de un contrato-tipo, que disfrutaba de una autorización singular. Y la modificación consistía en la adición de un anexo en el que se especificaban las condiciones que

⁶⁵ Así, Resolución TDC de 19 de septiembre de 2002 (Expte. 316/02), *Breguet*. Pero en el caso de los perfumes (Res. de 14 de octubre de 1997, *Cosesa y Albesa*), denegó la exención individual, ya que el fabricante había fijado los precios a los que debían vender los productos los distribuidores.

⁶⁶ Resolución de 16 de julio de 2001 (A. 265/99), *Distribución Selectiva Christian Dior* y Resolución de 25 de julio de 2002, A. 273/99, *Distribución Selectiva Carolina Herrera*.

debían reunir los sitios *web* de los distribuidores que deseaban comercializar los productos adquiridos a través de la red virtual.

La respuesta del Tribunal fue la misma en ambos casos: autorizó la modificación del programa en virtud del art. 4, ya que concurrían los requisitos del art. 3.1 LDC. Los argumentos fueron dos. El primero era que las condiciones exigidas para comercializar los productos por Internet no eran superiores a las impuestas para la venta en los locales físicos. Y esas exigencias tenían como objeto defender el prestigio de la red de distribución y de la marca: «tanto las características técnicas, como los criterios referentes al entorno de dicha “página”, al consejo interactivo, al universo de la marca Christian Dior en el “Sitio”, o a la modalidad de venta en tiempo real (art. 3), guardan coherencia con lo establecido en el contrato-tipo para mantener el prestigio de la marca que justifica su distribución selectiva». El segundo era que la modificación del contrato no introducía ninguna restricción nueva, sino que permitía utilizar un nuevo canal de distribución, basado en las nuevas tecnologías, que promovía la competencia⁶⁷.

La solución del Tribunal puede sorprender, al subrayar los efectos procompetitivos de la distribución por Internet y, al mismo tiempo, conceder una autorización singular en lugar de una certificación negativa. Existen dos circunstancias, empero, que justifican su decisión. Primero, tenía que pronunciarse sobre un anexo que modificaba un contrato que contenía restricciones de la competencia y al que había otorgado una exención individual. El Tribunal simplemente permitió la modificación del acuerdo principal; y lo hizo autorizando la modificación. Y segundo, el anexo imponía determinados límites a la configuración del sitio *web*, análogos a los exigidos respecto del establecimiento en el que se comercializaban los productos, que cercenaban la libertad del distribuidor.

4. CONCLUSIONES

La selección de los distribuidores en función de la utilización de Internet no se considera una restricción de la competencia cuando el creador del sistema no prohíbe a sus revendedores suministrar los productos a otros empresarios que recurran a la red virtual. En caso contrario, se tratará de una restricción de la competencia. Aun en ese caso, puede

⁶⁷ En palabras del Tribunal, la distribución por Internet «introduce un canal de distribución alternativo aprovechando las posibilidades de mejora que brindan las nuevas tecnologías de la comunicación en la comercialización de este tipo de productos, que puede tener efectos procompetitivos en los mercados sin que restrinja, tal y como está diseñado, la libertad de los distribuidores autorizados para establecer los precios a sus clientes (art. 4.6) ni la competencia entre ellos, que pueden seguir haciendo uso de su independencia de comportamiento, compitiendo tanto en precios como en otras condiciones. Se estimula, así, la productividad, la innovación comercial y la creatividad de la empresa que solicitó la autorización de una forma moderna de contratación que merece ser considerada para reforzar su capacidad para competir en el mercado, lo que, en último término, es positivo para la competencia y, por tanto, para el consumidor final».

escapar a la prohibición de los arts. 81.1 TCE y 1 LDC cuando la naturaleza de los productos y la configuración del sistema de distribución justifiquen la exclusión de los empresarios que promuevan ventas a través de Internet. Cuando falte esa justificación, estarán prohibidas y no disfrutarán del beneficio de exención que otorgan los Reglamentos 2790/1999 y 1400/2002, pues se tratará de restricciones indirectas de las ventas pasivas, prohibidas por sus arts. 4.b) y 4.1.b).i), respectivamente.

La prohibición a los distribuidores de utilizar Internet para promover ventas sólo será admisible cuando aparezca justificada por la naturaleza del producto o la configuración del sistema. También se les podrá prohibir acudir a ese canal de ventas cuando utilicen la red virtual para dirigirse a los clientes pertenecientes al territorio o al grupo concedido en exclusiva a otro distribuidor. Mas esa solución no será válida para los minoristas de un sistema de distribución selectiva.

La validez de las indicaciones del fabricante a los distribuidores acerca de la configuración del sitio *web* deberá decidirse caso por caso. No constituirán restricciones de la competencia las exigencias e indicaciones dirigidas a conseguir el respeto de la normativa existente. Cuando tengan por objeto preservar la imagen del producto y de la red de distribución debería considerarse que no entran dentro del ámbito de aplicación de las prohibiciones de los arts. 81.1 TCE y 1 LDC en virtud de la doctrina de las restricciones accesorias. En los demás casos, será fácil que se les conceda una exención individual o que se considere que disfrutan del beneficio de exención por categorías.

LOS PRECIOS DE ABOGADOS Y PROCURADORES FRENTE AL DERECHO DE LA COMPETENCIA: ¿UN FORMALISMO EXCESIVO? COMENTARIO DE LA STJCE ARDUINO (C-35/99) Y DE LA RTDC PROCURADORES (477/1999)

Francisco MARCOS

Profesor de Derecho Mercantil
Instituto de Empresa *

«En el mundo moderno no puede negarse que las actividades de los abogados desempeñan un papel importante en los intercambios comerciales, y que las actividades anticompetitivas de los abogados pueden producir una restricción de la competencia».

421 US, 773, 788 (1975), *Gooldfarb v. Virginia State Bar*.

1. INTRODUCCIÓN

Los abogados y los procuradores son profesionales que desempeñan un papel esencial en la administración de justicia. Su asistencia y representación a las partes en los litigios judiciales es preceptiva en la mayoría de los procesos porque se entiende que constituyen un valioso instrumento al servicio de su cliente y de la administración de justicia. La relevancia de su intervención es tal, especialmente en el caso de los abogados, que en muchos ordenamientos se configura como un derecho fundamental de las partes en un proceso judicial (derecho a la asistencia letrada) ¹.

* francisco.marcos.ie.edu. Se agradecen los comentarios y sugerencias de Nuria PUEBLA AGRAMUNT y de los participantes en el Seminario de Dret Civil de la Universitat Pompeu Fabra en el que el trabajo se presentó el 20 de febrero de 2003. Se agradece el apoyo de la *Ayuda para la realización de proyectos de I+D en el marco del Programa Plan Nacional de Investigación Científica, Desarrollo e Innovación Tecnológica 2000-2001*, BU2001-0777, que dirige el prof. Dr. José MASSAGUER FUENTES. Durante la realización de este trabajo, el autor fue profesor visitante en el Área de Derecho Mercantil de la Universitat Pompeu Fabra (Barcelona).

¹ Existe una cierta discrepancia entre los procesalistas sobre si la defensa o asistencia técnica constituye una garantía autónoma del derecho de defensa personal. Alex CAROCCA PÉREZ, *Garantía constitucional de la defensa procesal*, Barcelona, J. M. Bosch, 1998, pp. 492, 493 y 498, prefiere considerarlo como una mera forma de ejercicio del derecho fundamental de defensa, pero otros autores lo consideran como un derecho fundamental independiente [Juan MONTERO AROCA, en *Derecho*

La configuración de la abogacía y de la procuraduría como profesiones colegiadas tiene importantes consecuencias para el ejercicio de estas actividades. En efecto, sólo quienes cumplan determinados requisitos podrán ejercer esta actividad, para lo cual es imprescindible incorporarse a un colegio profesional. La incorporación al colegio otorga al profesional (abogado o procurador) un monopolio sobre el ejercicio de determinadas actividades (asistencia técnica o representación en juicio) y le obliga a cumplir las normas colegiales sobre aspectos variados del ejercicio de la profesión (precio, publicidad, organización, movilidad). Esas normas introducen importantes salvedades y limitaciones respecto del régimen general aplicable a otras actividades empresariales², que se justifican en la singularidad de la actividad profesional y en el interés público.

En los últimos años, la regulación de los colegios profesionales ha sido objeto de un profundo y minucioso examen por parte de las autoridades de defensa de la competencia para eliminar cualquier posible restricción a la libre competencia en los mercados de servicios profesionales³. Una de las prácticas profesionales más recurrentes, y que es considerada de mayor gravedad por el Derecho *antitrust*, es el establecimiento de baremos de precios por parte de las organizaciones profesionales⁴. Los colegios de abogados y procuradores se han mostrado siempre renuentes a abandonar este tipo de prácticas, que justifican como una garantía de lealtad en la competencia entre los profesionales y como una necesidad para la protección de los intereses de los clientes.

La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (en adelante, TJCE) de 19 de febrero de 2002 (C-35/99) enjuicia el baremo de precios obligatorios de los abogados italianos y constituye uno de los últimos pronunciamientos sobre este particular. En ella se afirma que la aprobación pública del baremo y el control de su aplicación por la autoridad pública permiten excluir la aplicación de las normas de defensa de la competencia. El TJCE otorga «inmunidad» al baremo y, de este modo, se abre una peligrosa brecha en la doctrina del TJCE en materia de la

Jurisdiccional (con Juan-Luis GÓMEZ COLOMER, Alberto MENTÓN REDONDO y Silvia BARONA VILLAR), 8.ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, p. 72].

² Véase el amplio análisis, con referencias, de OCDE, *Competition policy and the professions*, París, 1985; OCDE, *Competition in professional services*, 2000; y Duc NGUYEN-HONG, *Restrictions on Trade in professional Services*, Camberra (Australia), Productivity Commission Staff Research paper, agosto 2000.

³ En sede comunitaria, véanse Maria-Jose BICHO, «Professions libérales: aspects essentiels de l'action de la Commission en matière d'application de la concurrence», *EC Competition Policy Newsletter*, núm. 2, junio 1999, pp. 24-26, y José Carlos ENGRA y Edurne NAVARRO VARONA, «Derecho de la Competencia y Colegios Profesionales», *REDE*, núm. 3, julio-septiembre 2002, pp. 517-530.

⁴ Para un resumen de la jurisprudencia comunitaria sobre este punto véase Rafael PELLICER, *Colegios Profesionales y Derecho de la Competencia*, G. FERNÁNDEZ FARRERES (dir.), Civitas-Unión Profesional, 2002, pp. 186-189. La STJCE de 29 de noviembre de 2001 (C-221/99, Conte), que debería haberse pronunciado sobre los baremos de precios de los arquitectos italianos, no contiene ninguna consideración relevante sobre el particular.

intervención estatal en las infracciones del Derecho *antitrust*⁵, que debe valorarse muy negativamente.

Un planteamiento parecido al contenido en la STJCE de 19 de febrero de 2002, ha sido seguido, para un supuesto similar, por el Tribunal de Defensa de la Competencia (en adelante, TDC) en su Resolución de 16 de diciembre de 2000, al analizar el arancel de precios de los procuradores españoles. El paralelismo entre ellas es limitado y la lectura que debe hacerse de esta Resolución del TDC no puede ser tan negativa: el Tribunal parece verse abocado a considerar válido el arancel de precios de los procuradores, a pesar de que hubiera preferido decir lo contrario. Es la consecuencia de la aplicación de la (a la sazón) amplia exención prevista en el artículo 2 de la Ley de Defensa de la Competencia, cuyo ámbito ha sido drásticamente reducido por la Ley 52/1999. Desde entonces no cabe duda alguna sobre la nulidad de las prácticas restrictivas de la competencia introducidas a través de normas reglamentarias.

Este artículo comenta brevemente ambos pronunciamientos, examina los efectos de los baremos de precios y analiza críticamente la doctrina de la «acción del Estado».

2. EL CASO «ARDUINO»

A. HECHOS

Como ocurre en España, las normas en materia de postulación procesal en Italia exigen, con carácter general, que la defensa de los intereses de las partes en los procesos judiciales se realice por un abogado (*avvocato*)⁶.

De otro lado, como ocurre con otras profesiones, en Italia está prevista (en el propio Código Civil de 1942) la existencia de unas tarifas de precios, aprobadas por el poder público, que han de ser tenidas en cuenta a la hora de calcular la retribución del profesional⁷. Las tarifas son aprobadas

⁵ La doctrina es analizada con detalle y claridad por Julio BAQUERO CRUZ, *Entre competencia y libre circulación. El Derecho Constitucional Económico de la Comunidad Europea*, Madrid, Civitas, 2002, pp. 213-266. Véase también Manuel LÓPEZ ESCUDERO, «Intervencionismo estatal y Derecho Comunitario de la Competencia en la Jurisprudencia del TJCE», *RIE*, núm. 16/3, septiembre-diciembre 1989, pp. 725-763.

⁶ Véase artículo 82.2 y 3 del Código de Procedimiento Civil Italiano que, a estos efectos, es parecido a los artículos 436 y 438 de nuestra LOPJ (véanse también arts. 6 y 8 del EGAE y 23.1 y 31.1 de la LEC). En Italia la intervención de procurador (*procuratore*) ya no es necesaria desde la supresión de esta figura por la legge 24 febbraio 1997, núm. 27 (*Soppressione dell'albo dei procuratori legali e norme in materia di esercizio della professione forense*).

⁷ Véase artículo 2.233 del Código Civil Italiano de 1942. Véase también Enrico ESPOSITO, voz «Tariffa», en *Enciclopedia del Diritto*, t. XLIV, Milano, Giuffrè, 1992, p. 1; Alberto FIGONE, voz «Tariffe Professionali», en *Digesto delle Discipline Privatistiche* (Sezione Civile), XIX, Torino, UTET, 1999, pp. 278-282; Carlo GESSA y Paola TACCHI, «Tariffe Professionali», en *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Roma, Il Veltro, 1991, pp. 1-5.

por norma de rango legal o reglamentario emanada del ministro del ramo competente⁸, aunque no todas son de aplicación obligatoria, existiendo siempre algún margen para la libertad de pacto entre el profesional y su cliente⁹. En el concreto caso de los abogados, el Estatuto de la Abogacía italiano establece un sistema obligatorio de precios mínimos, que bianualmente aprueba el Ministro de Justicia a propuesta del *Consiglio Nazionale Forense* (CNF), y previo dictamen del Comité Interministerial de Precios y del Consejo de Estado¹⁰. El sistema de precios consiste en un baremo, que tiene un límite máximo y un límite mínimo. Existe una cierta libertad contractual siempre y cuando se respeten los mínimos de la tarifa¹¹. En determinados supuestos el cumplimiento y aplicación práctica del baremo queda confiada al órgano jurisdiccional (que excepcionalmente, y en atención al esfuerzo realizado, puede reducir o elevar la retribución del profesional)¹².

En el caso en cuestión, el Sr. Arduino es condenado penalmente por la violación del Código de Circulación y se le obliga a pagar los honorarios del abogado de la contraparte. A la hora de evaluar esas costas, el *Pretore* de Pinerolo se negó a aplicar la tarifa vigente¹³, y su sentencia fue casada por la *Corte Suprema di Cassazione* en Sentencias número 1.363, de 29 de abril y 6 de julio de 1998, que consideraban que la inaplicación de

⁸ El modelo es sustancialmente análogo al que existía en nuestro país respecto de los honorarios profesionales regidos por tarifas *ex art. 5.º* Ley 2/1974, con anterioridad a la LDC y a la Ley 7/1997 (en el sentido de que el Consejo General de Colegios propone y la Administración aprueba), véase Javier GÁLVEZ MONTES, «Colegios Profesionales y Tarifas de honorarios de ingenieros», *RAP*, núms. 100-102, enero-diciembre 1983, pp. 944-946.

⁹ Véanse Alessandro CATELANI, *Gli Ordini e i Collegi Professionali nel Diritto Pubblico*, Milano, Giuffrè, 1976, pp. 180-181 (§§ 96 y 97), y GESSA y TACCHI, en *Enciclopedia Giuridica Treccani*, núm. 2, junto a tarifas meramente supletorias —que sólo rigen en ausencia de pactos— conviven otras que son obligatorias.

¹⁰ Véanse artículos 57 y 58 del Real Decreto-ley núm. 1578, de 27 de noviembre de 1933. En la doctrina, ampliamente, Cesare RUPERTO, *Gli Onorari di Avvocato e di Procuratore*, 10.ª ed. (a cura di Alfio e Mario Finnochiario), Milano, Giuffrè, 1995, pp. 5-28, en la que se contiene la última tarifa con comentarios.

¹¹ Sobre el carácter inderogable de los precios máximos y mínimos fijados en la tarifa, véase Carlo PASSARELLI, «Imperatività delle tariffe professionali e nullità dei patti in deroga», *Giurisprudenza Italiana*, IV, 1989, pp. 216-220 (aunque respecto de un dottore commercialista). Véanse artículo 24.1 de la Ley núm. 794, de 13 de junio de 1942 —que reza «los honorarios y los derechos establecidos por las prestaciones de los procuradores y los honorarios mínimos establecidos por las prestaciones de los abogados son inderogables. Cualquier pacto en contrario es nulo»— y artículo 4.1 del Decreto Ministerial número 584/1994, de 5 de octubre —a tenor del cual «[l]os honorarios mínimos establecidos para las prestaciones del abogado y los derechos establecidos para las prestaciones del procurador son inderogables» (comentado por RUPERTO, *Gli Onorari di Avvocato e di Procuratore*, 10.ª ed., pp. 50-52). La libertad contractual al alza tiene el límite de la proporcionalidad de la cantidad y calidad del trabajo desarrollado, que establece el segundo inciso del artículo 2.233 del Código Civil, y que los colegios y los órganos jurisdiccionales se encargan de controlar.

¹² Véase artículo 60 del Real Decreto-ley número 1578, de 27 de noviembre de 1933 (reembolso de gastos de abogados en un procedimiento penal).

¹³ En aquella ocasión la acordada por el CNF el 25 de septiembre de 1994 y aprobada por el Ministro de Justicia mediante Decreto Ministerial núm. 585, de 5 de octubre de 1994 (*Gaceta Ufficiale*, núm. 247, de 21 de octubre de 1994).

la tarifa era ilegal¹⁴. En su nuevo análisis del caso, el *Pretore* de Pinerolo plantea varias cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea sobre si el baremo obligatorio de honorarios de los abogados italianos constituye un acuerdo restrictivo de la competencia de conformidad con el artículo 81 del TCE.

B. LA STJCE DE 19 DE FEBRERO DE 2002

Aunque las preguntas que el *Pretore* de Pinerolo elevó al TJCE se referían a la compatibilidad de los baremos obligatorios de abogados con el artículo 81 del TCE, en la medida que los baremos en cuestión son objeto de aprobación por el Ministerio de Justicia, el Abogado General y el TJCE reformularon las preguntas para referirse a la posible infracción del artículo 10 del TCE¹⁵, que obliga a los Estados miembros a abstenerse de adoptar «todas aquellas medidas que puedan poner en peligro la realización de los fines del presente Tratado», entre los que se encuentra la libre competencia en el mercado interior (arts. 81 a 89 del TCE).

Desde ese punto de partida, el Tribunal sostiene que la decisiva participación del Estado en la aprobación del baremo de honorarios, junto con el hecho de que la liquidación de los mismos se realizase por vía judicial ponen de relieve el carácter estatal de la normativa y de los mecanismos de aplicación y, por ello, no puede considerarse que se infrinjan los artículos 10 y 81 del TCE. A juicio del Tribunal, no se produce, a diferencia de lo que había ocurrido en 1998 en el caso de los agentes de aduanas italianos, una delegación «en operadores privados [de] la responsabilidad de adoptar decisiones en materia económica»¹⁶, que podría haber llevado a enjuiciar el supuesto de manera distinta¹⁷.

¹⁴ Algún órgano jurisdiccional italiano había hecho ya con anterioridad lo mismo que el Pretore de Pinerolo, en aplicación de la doctrina extraíble de la STJCE de 18 de junio de 1998 (C-35/96, CNSD), véase Sentencia de la Corte di Appello di Torino, 1.ª Sezione, de 11 de julio de 1998, núm. 791 (publicada en *Giur. Comm.*, 26.2-II, 1999, pp. 302-304). Las tarifas de los abogados y las de los agentes de aduanas constituían —en opinión del Tribunal turinés— supuestos muy similares: no había normas que obligasen a tener en cuenta el interés público, ni los miembros de la Comisión que elaboraba la tarifa eran independientes. Opina lo contrario Carlo IBBA, «Sulla riforma delle libere professioni», *Riv. Dir. Priv.*, núm. 1, 2000, p. 182.

¹⁵ § 42 de las Conclusiones del Abogado General en el caso Arduino.

¹⁶ § 43 de la sentencia Arduino. Otro tanto ocurría en los casos *Reiff* (tarifas de precios en el transporte por carretera a larga distancia en Alemania) y *Speditionsgesellschaft* (tarifas de precios en el tráfico fluvial comercial en Alemania), donde el Ministro Federal de Transportes encargado de aprobar las tarifas puede fijarlas por sí mismo si considera que las aprobadas por las Comisiones de Tarifas y de Fletes no respetan el interés público (STJCE de 17 de noviembre de 1993, C-185/1991, § 22, y de 9 de junio de 1994, C-153/93, § 21) y en el caso *Van Eycke* (STJCE de 21 de septiembre de 1998, C-267/86, § 19). En cambio, en el caso de los agentes de aduanas italianos (CNSD) «la legislación nacional controvertida deja totalmente en manos de operadores económicos privados la competencia de las autoridades públicas en materia de determinación de tarifas» (STJCE de 18 de junio de 1998, C-35/96, § 57). Véase también Conclusiones del Abogado General Cosmas de 12 de febrero de 1998 en el caso CNSD, §§ 100-106. Esta exigencia es una constante de la jurisprudencia comunitaria sobre supuestos similares (STJCE de 1 de octubre de 1998, C-38/87, *Autotransporti Librandi*, §§ 31,

El Tribunal se separa de la argumentación del Abogado General Léger, que hubiera llevado a un pronunciamiento diferente. En efecto, la medida que aprueba el baremo de honorarios es de carácter reglamentario, sin que quepa atribuírsela al CNF (que se limita a elaborar un proyecto de baremo sin fuerza vinculante). Naturalmente, el Abogado General y el Tribunal coinciden en este punto. Sin embargo, una vez sentado el carácter «público» del baremo, parecería razonable profundizar en las causas que motivan su elaboración y en los efectos que produce en el mercado. El Abogado General y el Tribunal divergen en sus planteamientos. El Tribunal parece conformarse con que no haya habido una renuncia por la autoridad pública de la facultad de aprobar el baremo y de controlar su aplicación, y además, de que se trate de una medida «adoptada en el marco de un procedimiento como el previsto por la legislación italiana»¹⁸.

La deferencia del Tribunal hacia la regulación italiana no es, en modo alguno, plausible. Máxime cuando reconoce que la organización profesional que elabora el baremo, y que lo hace en el cumplimiento de la ley, bien puede no regirse conforme al interés general¹⁹. Obsérvese que eso mismo ocurría en el caso de los agentes de aduanas italianos (CNSD) y, sin embargo, en aquel supuesto el baremo de precios fue considerado contrario a los artículos 10 y 81 del Tratado. El análisis del Tribunal es exageradamente formalista y pone en peligro los objetivos de la política comunitaria de la competencia: debería existir algún criterio, más allá de cómo se efectúe la delegación y el control por el Estado, que permita dilucidar en qué supuestos la fijación de precios a través de baremo está justificada y en cuáles no.

El Abogado General Léger considera que, junto al control efectivo de la elaboración del baremo por las autoridades italianas²⁰, es necesario que su aprobación, que tiene efectos muy restrictivos de la competencia²¹,

35 y 37; STJCE de 21 de septiembre de 1999, C-67/96, *Albany*, § 65; STJCE de 5 de octubre de 1995, C-96/94, *Spediporto*, §§ 21, 30 y 42).

En el caso CNSD, además, quedaba claro que la aplicación de la tarifa era competencia exclusiva del CNSD, con lo que la intervención del Estado era puramente formal (véase Conclusiones del Abogado General Cosmas en el caso CNSD, § 106; Decisión de la Comisión de 30 de junio de 1993 en el caso CNSD, §§ 42 y 47; y luego STPI de 30 de marzo de 2000, T-513/93 §§ 71, 72 y 74). Sobre este caso, véanse Bruno NASCIMBENE, «Tariffe professionali e norme sulla concorrenza fra giudice comunitario e giudice nazionale», *Contratto e Impresa/Europa*, 1997, pp. 482-490, y Ulla B. NEERGARD, «State Action and European Competition Rules: A New Path?», *Maastricht J. Eur. L.*, 1999, pp. 385-386.

¹⁷ §§ 69 y 71 (notas 70 y 72) de las Conclusiones del Abogado General en el caso Arduino.

¹⁸ § 44 de la sentencia Arduino.

¹⁹ Véanse §§ 37 a 39 de la sentencia Arduino. Circunstancia que en otros casos se ha demostrado muy relevante (tanto la composición del organismo privado proponente como el respeto a criterios de interés público, definidos por ley, en sus propuestas), véase *infra* nota 75.

²⁰ Véanse §§ 99 a 108 y 123 de las Conclusiones del Abogado General en el caso Arduino.

²¹ Véanse §§ 93 a 97 de las Conclusiones del Abogado General en el caso Arduino.

persiga un interés público²². Obviamente, esta apelación al interés público no puede convertirse en un recurso meramente nominal o retórico. En este caso, las singularidades de la contratación y prestación de servicios profesionales frente a otro tipo de servicios (asimetrías informativas y efectos externos)²³, permiten afirmar que pudiera existir un interés público en la garantía a los consumidores de una calidad elevada de los servicios de los abogados.

Los problemas de información y las imperfecciones del mercado de servicios de abogacía se producen especialmente en el segmento inferior del mercado, al que pertenecen los particulares que ocasionalmente consultan a un abogado, sobre todo cuando se trata de individuos con un poder adquisitivo bajo y con poca formación. La caracterización del servicio de abogacía como un «bien de confianza» (*credence good*), cuya calidad es de difícil evaluación por el potencial cliente tanto con anterioridad como con posterioridad a la prestación, ponen de relieve la debilidad de su posición y el riesgo de posibles abusos por parte del abogado.

Además, es evidente que, como ocurre con otros servicios profesionales (paradigmáticamente los servicios médicos y de salud), las consecuencias positivas o negativas de la prestación profesional trascienden la esfera del cliente²⁴. Los efectos externos son evidentes: unos servicios de abogacía de calidad redundarán en un mejor funcionamiento del sistema social y económico y, en su caso, en una más eficaz administración de la justicia; mientras que una prestación de baja calidad no sólo perjudicará al cliente y a sus intereses, sino también a la sociedad en general.

Evidentemente, que exista un interés público digno de tutela no siempre es suficiente. La garantía de la calidad de los servicios de abogacía constituye un objetivo que el Estado puede legítimamente perseguir, pero cuya consecución puede lograrse de diversas maneras. Las diferentes alternativas existentes deben enjuiciarse a efectos de elegir aquella más aceptable. Debe buscarse el mecanismo más adecuado para alcanzar dicho objetivo y debe, además, tratarse de una medida proporcionada al objetivo que se persigue. En efecto, los baremos de precios deben superar un test de necesidad y proporcionalidad para la consecución de ese objetivo²⁵. El Abogado General Léger considera que no superan ese test; su opinión sobre el particular no tiene desperdicio:

²² §§91 y 111 de las Conclusiones del Abogado General en el caso Arduino. Esta justificación en el interés público es diferente de los criterios de interés público que el TJCE exige que se tengan en cuenta en la fijación de la tarifa (véase *infra* nota 75).

²³ § 112 de las Conclusiones del Abogado General en el caso Arduino. Las Conclusiones del Abogado General Jacobs de 23 de marzo de 2000 en los casos C-180/98 a 184/98 (*Pavlov*) desarrollan ampliamente en §§ 71-92 el argumento sobre las singularidades del mercado de servicios profesionales en clave *antitrust*. Una aplicación a los abogados (con referencias) puede verse en Frank H. STEPHEN y James H. LOVE, «Regulation of Legal Profession», en B. BOUCKAERT y G. DE GEEST (eds.), *Encyclopedia of Law and Economics* vol. III, Cheltenham, Edward Elgar, 2000, pp. 989-990.

²⁴ Véase R. C. O. MATTHEWS, «The Economics of Professional Ethics: Should de Professions be more like Business», *Econ. J.*, núm. 101, 1991, p. 741, que —si bien relativiza los problemas informativos— destaca la singularidad de las externalidades de los servicios profesionales.

²⁵ § 115 de las Conclusiones del Abogado General en el caso Arduino.

«En primer lugar, creo que no existe una relación causal entre el nivel de los precios que se cobran y la calidad de los servicios prestados. No puedo ver cómo un sistema de precios obligatorios evitaría que los miembros de la profesión ofrecieran servicios inadecuados si, en cualquier caso, les falta cualificación, competencia o conciencia moral. En segundo lugar, la calidad de los servicios es —o debería ser— garantizada a través de medidas de distinto tipo, como las que regulan las condiciones de acceso a la profesión y la responsabilidad profesional de los abogados»²⁶.

Léger expresa aquí una idea bastante asentada en la doctrina²⁷, que el Tribunal descuida en la resolución de este asunto: los precios mínimos no impiden que se presten servicios de escasa calidad, que se prestarán a un precio superior al que se prestarían de no existir el baremo. El análisis del Tribunal sobre el particular es escueto y exageradamente formalista, ya que la mera intervención de la autoridad estatal permite excluir la aplicación de la normativa de la competencia del Tratado CE. Nada importa que la propuesta proceda de un órgano que representa exclusivamente los intereses de los abogados italianos, que —cabe pensar— difícilmente actuaría en interés público.

Hay que coincidir con el planteamiento del Abogado General Léger de que existen medidas de otro tipo, que suponen una injerencia menor en el funcionamiento del mercado, y que son más adecuadas para garantizar la calidad del servicio, principalmente el control de acceso y las acciones judiciales de responsabilidad profesional.

3. EL CASO «PROCURADORES»:

LA RTDC DE 16 DE DICIEMBRE DE 2000 (477/1999)

La Resolución del TDC de 16 de noviembre de 2000 examina un supuesto distinto al que era objeto de la sentencia del TJCE que se acaba de comentar, pero no es difícil encontrar una relación entre ambos pronunciamientos. En este caso se analizaba ante el órgano español el arancel de precios de los procuradores españoles que, como ocurre en Italia con los abogados, es elaborado por el colegio profesional y luego aprobado por el Ministerio de Justicia a través de una orden ministerial²⁸. De igual modo a lo ocurrido en la STJCE en el caso *Arduino*, la intervención de la autoridad pública en la elaboración del arancel es meramente formal, más aún si cabe que en aquel caso, sin que suponga un control de fondo sobre el mismo. El Ministerio de Justicia se limita a ratificar lo que el Consejo General de Procuradores le propone, ni más, ni menos.

Como el TJCE afirmara respecto de los baremos de los abogados italianos, nuestro TDC considera que el arancel de precios obligatorios de

²⁶ § 117 de las Conclusiones del Abogado General en el caso *Arduino*.

²⁷ Véanse, por ejemplo, § 69 de la Decisión 82/896/CEE, de 15 de diciembre de 1992 (UGAL/BNIC), § 41 de la Decisión 95/188/CEE, de 30 de enero de 1995 (COAPI).

²⁸ En este caso aprobado por el Real Decreto 1162/1991, de 22 de julio (y revisado por Orden del Ministerio de Justicia de 17 de mayo de 1994).

los procuradores no infringe la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, y es ajustado a derecho²⁹. Sin embargo, los fundamentos de esta decisión son muy distintos, como también lo es la filosofía que puede extraerse de la Resolución del TDC. En efecto, el Tribunal examina el arancel de precios obligatorios de los procuradores, y aunque lo considera una restricción de la libre competencia³⁰, pone de relieve cómo pudiera existir en aquel momento una cierta incertidumbre normativa que impidiera considerar derogada la Orden del Ministerio de Justicia de 17 de mayo de 1994 que actualizaba el arancel (que había sido aprobado en el RD 1162/1991, en ejecución del artículo 17 del RD 2046/1982). En este punto, las discrepancias entre los vocales fueron más que notorias, como lo acredita el voto particular discrepante que firman tres de ellos³¹. La opinión de la mayoría del Tribunal también contrastaba con la del Servicio de Defensa de la Competencia que, en su informe de 11 de noviembre de 1999, proponía, en primera instancia, sancionar al Consejo General de Procuradores, al considerar derogados los aranceles de precios de los procuradores por la Ley 7/1997, de 14 de abril (y antes el Real Decreto-ley 5/1996).

Existía, pues, una disparidad de criterio acerca de los efectos de la Ley 7/1997 sobre la normativa reglamentaria del arancel de los procuradores. La mayoría de los vocales no la consideraron derogada y, consecuentemente, la exención del artículo 2 de la Ley de Defensa de la Competencia operaba automáticamente, en la medida que la conducta prohibida gozaba de cobertura reglamentaria³².

La argumentación de la mayoría del Tribunal es discutible, ya que lo correcto hubiera sido considerar derogadas por la Ley 7/1997 las nor-

²⁹ Su resultado ha sido calificado de «sorprendente» por algún autor, véase José Manuel SERRANO CAÑAS, «Los profesionales liberales ante el nuevo Derecho de la Competencia», *Derecho de los Negocios*, núms. 130-131, julio-agosto 2001, p. 23.

³⁰ Véase Fundamento jurídico 2.º de la Resolución.

³¹ Véanse Fundamentos jurídicos 3.º y 4.º de la Resolución. La mayoría del TDC consideró que la Disposición Derogatoria de la Ley 7/1997, en la que faltaba una previsión expresa, no alcanzaba a las normas reglamentarias sobre los aranceles de los procuradores, realizando *de facto* una asimilación muy dudosa a los aranceles de Notarios y Registradores (cuya normativa, a diferencia de la de los procuradores, si era expresamente declarada vigente por la Ley 7/1997). En descargo de la mayoría, podría decirse que las referencias al sistema arancelario de los procuradores en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil (art. 242) y en la jurisprudencia introducen elementos difíciles de encajar si los aranceles de los procuradores debieran considerarse efectivamente derogados.

³² Sobre nuestro artículo 2 de la LDC, véanse Ricardo ALONSO SOTO, «La modificación de la Ley Española de Defensa de la Competencia», *Gaceta Jurídica de la CE y de la Competencia*, núm. 120, enero-febrero 1997, p. 3; Luis BERENGUER FUSTER, «Comentarios al artículo 2 de la Ley de Defensa de la Competencia», *Anuario de la Competencia 1997*, Madrid, Fundación Ico-Marcial Pons, 1998, pp. 139-172; Lluís CASES PALLARÉS, *Derecho administrativo de la defensa de la competencia*, Madrid, Marcial Pons-Escuela d'Administració Pública de Catalunya, 1995, pp. 381-400; Javier VICIANO PASTOR, *Libre competencia e intervención pública en la economía*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995, pp. 453-454 y 535-557 (este último comenta y analiza la doctrina del TDC sobre el particular, en la que el Tribunal asegura el carácter «reglamentario» de las normas que aprueban las prácticas restrictivas) y Marco ZAMBRINI, «El Tribunal de Defensa de la Competencia ante el fenómeno regulador (Análisis de algunas de las últimas Resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia)», *RGD*, núms. 625-626, octubre-noviembre 1996, pp. 11772-11779.

mas reglamentarias que establecían el arancel de los procuradores. Los indicios a favor de considerarla vigente eran francamente insuficientes. La mayoría yerra en este punto y, en consecuencia, no le queda más remedio que aplicar la exención prevista en el artículo 2.1 de la Ley 16/1989. Sin embargo, la decisión del Tribunal se acompaña de la recomendación al gobierno, en ejercicio de la prerrogativa que le reconoce el artículo 2.2 de la Ley 16/1989:

«de la supresión expresa de los Aranceles de los Procuradores, con las rectificaciones necesarias contenidas en la Ley procesal, por considerar a los mismos perturbadores del régimen de libre competencia establecido en la Ley en la misma medida que para otras profesiones contempladas en ella y sin que existan razones que justifiquen un trato distinto entre ellas o, en todo caso, la fijación de dichos aranceles con carácter de máximos (como se ha efectuado con otras profesiones), lo que redundaría, a la postre, en beneficio del usuario de los servicios que dichas profesiones prestan permitiendo, a la vez, el libre juego de la competencia por debajo de tales límites»³³.

En principio, a la vista del flamante Estatuto General de los Procuradores, aprobado por RD 1281/2002, de 5 de diciembre de 2002, las sugerencias del TDC no han sido atendidas por el Gobierno. El artículo 34 del nuevo texto mantiene el sistema arancelario en condiciones análogas a las del RD 1162/1992³⁴. Sirva en cualquier caso apuntar que, tras la modificación del artículo 2 de la Ley de Defensa de la Competencia por la Ley 52/1999, de 28 de diciembre, el sistema arancelario de los procuradores carece de la cobertura de una norma con rango de Ley, como se exige para excluir la aplicación de la prohibición de acuerdos y prácticas restrictivas de la competencia, con lo que debe considerarse ilegal³⁵.

4. LOS BAREMOS DE PRECIOS EN LOS MERCADOS DE ABOGADOS Y PROCURADORES

Como ocurre en otras profesiones, la intervención de los colegios en la fijación de los precios de los servicios que prestan los procuradores

³³ Fundamento jurídico 5.º de la Resolución.

³⁴ La inaplicación del arancel es considerada infracción muy grave (art. 65.1) y se sanciona con la expulsión del colegio [art. 68.1.b)]. El nuevo Estatuto prevé la posible modulación del arancel un 10 por 100 tanto al alza como a la baja, lo que para los procuradores supone la introducción «de “libre competencia” dentro de unas limitaciones razonables» [Lorenzo Christian Ruiz Martínez, «El nuevo Estatuto y los Aranceles», *Diario de Noticias La Ley*, especial febrero 2003 (nuevo Estatuto de los Procuradores), p. 4].

³⁵ Lo dice el propio Tribunal en el Fundamento jurídico 5.º de la Resolución. Véase también Germán Fernández Farreres, *Colegios Profesionales y Derecho de la Competencia*, Madrid, Civitas-Unión Profesional, 2002, pp. 142-143, y Francisco Marcos, «Sobre la ilegalidad del arancel de los Procuradores», *Diario Jurídico La Ley*, núm. 5.731, de 4 de marzo de 2003, p. 16.

y abogados ha sido una constante en la historia de estas organizaciones³⁶. El fenómeno se repite con asombrosa similitud en los diversos Estados³⁷. El establecimiento de tarifas o baremos de precios, junto con las restricciones a la libre publicidad y otras limitaciones a la organización de la actividad profesional, son medidas frecuentes en la normativa reguladora del ejercicio de la abogacía y la procuraduría, que obstaculizan de manera notable la libre competencia de los abogados y de los procuradores.

La fijación de precios por el colegio adopta diversas modalidades, todas ellas perjudiciales para la competencia entre profesionales. Tradicionalmente los colegios han establecido precios fijos obligatorios o mínimos, pero ahora los precios orientativos son predominantes³⁸.

La fijación de precios por los colegios y organizaciones profesionales recibe diversas justificaciones relacionadas con el interés público, pero ninguna de ellas es plausible.

Se argumenta, en primer lugar, que la fijación de precios por el colegio profesional constituye un mecanismo para proteger al público y garantizar una alta calidad de los servicios³⁹. El eco de este argumento se percibe claramente en una reciente *Resolución del Parlamento Europeo de 5 de abril de 2001, sobre escalas de honorarios y tarifas obligatorias para determinadas profesiones liberales, en particular los abogados, y sobre la función y la posición particulares de las profesiones liberales en la sociedad moderna*⁴⁰. Esta Resolución constituye una inmejorable muestra del poder y la eficacia

³⁶ Se trata de una estrategia abiertamente dirigida a controlar la oferta de sus servicios; véase, ampliamente, Richard L. ABEL, «Towards a Political Economy of Lawyers», *Wisc. L. Rev.*, 1981, pp. 1120-1130.

El origen gremial y el interés corporativo que presiden estas prácticas son claros; véanse William F. BROWN y Ralph CASSADY, JR., «Guild Pricing in the Service Trades», *Q. J. Econ.*, núm. 61/2, 1977, pp. 311-338, y J. A. C. GRANT, «The Gild Returns to America», *J. Politics*, núm. 4/3, agosto 1942, pp. 303-336 y 458-477.

³⁷ Véanse OCDE, *Competition policy and the professions*, pp. 64-66; STEPHEN y LOVE, *Encyclopedia of Law and Economics*, BOUCKAERT y DE GEEST (eds.), vol. III, pp. 999-1000; Michael G. FAURE, «Regulation of Attorneys in Belgium», *Regulation of Professions, A Law and Economics approach to the regulation of attorneys and physicians in the us, Belgium, The Netherlands, Germany and the UK*, M. FAURE, J. FINSINGER, J. SIEGERS y R. VAN DEN BERGH (eds.), Maklu, 1993, p. 98; Kees HELLINGMAN, «An Economic Analysis of the Regulation of Lawyers in the Netherlands», *Regulation of Professions*, pp. 167-169; Harald HERRMAN, «Regulation of Attorneys in Germany: Legal Framework and Actual Tendencies of Deregulation», *Regulation of Professions*, p. 228.

³⁸ Aunque estos últimos son considerados tan nocivos como el resto para la libre competencia (porque se piensa que generalmente los abogados seguirán las recomendaciones del colegio), la evidencia demuestra que los abogados no siguen necesariamente las orientaciones del colegio e introducen importantes descuentos. Véanse STEPHEN y LOVE, en *Encyclopedia of Law and Economics*, B. BOUCKAERT y G. DE GEEST (eds.), vol. III, pp. 999-1001 (con referencias); Edward SHINNICK y Frank H. STEPHEN, «Professional cartels and scale fees: chiselling on the celtic fringe», *Int'l Rev. L. & Econ.*, núm. 20, 2000, pp. 407-423.

³⁹ Para la formulación de este argumento y su refutación véase Roberto CORNETTA, «Tariffe Professionali e disciplina antitrust», *Foro It.*, 1992, IV, pp. 562-569.

⁴⁰ DOCE, núm. 21 E, de 24 de enero de 2002, pp. 364-366. Véase también el debate parlamentario, previo a la adopción de esa resolución, al hilo de la pregunta O-0008/01, formulada por el Comité de Asuntos Jurídicos y Mercado Interior, al Comisario Fischler.

de los grupos de interés (*lobbies*) —en este caso principalmente los representantes de la abogacía— ante las instituciones comunitarias. En ella se insta a los Estados miembros a establecer tarifas obligatorias de precios de los profesionales liberales cuando sea necesario para garantizar la alta calidad del servicio y proteger la confianza del consumidor, siempre y cuando la fijación se haga teniendo en cuenta los intereses generales, sin que en tal caso sean consideradas una práctica restrictiva la competencia.

En atención a los problemas de información que caracterizan los mercados de servicios profesionales y a los posibles perjuicios a determinados valores e intereses públicos, se acudiría al expediente de la fijación de precios como un instrumento para evitar las prestaciones de baja calidad que, de esta forma, quedarían automáticamente fuera del mercado. Además, se protegería a los consumidores, al proporcionarles información —con anterioridad a la prestación— sobre el precio del servicio que cobrará el profesional ⁴¹.

Se argumenta, por otra parte, que el carácter de bien público de los servicios de los abogados exige que éstos se presten a unos precios razonables. Al considerar que los servicios de estos profesionales constituyen un servicio de interés general se considera aconsejable que el Estado intervenga introduciendo límites a los posibles abusos en los precios (tanto al alza como a la baja), que se deriven de una competencia excesiva o de una ausencia de competencia. Es decir, se entiende que se han de evitar los posibles excesos en los precios, pero también hay que evitar que el precio sea demasiado bajo, para proporcionar a los abogados unos ingresos dignos, que les permitan ganarse la vida ⁴².

La caracterización que este argumento realiza del mercado de servicios profesionales es correcta, las imperfecciones existen por doquier: a los graves problemas de información se añaden los intereses y bienes públicos implicados en los servicios de abogacía. No es válida, en cambio, la receta que este argumento prescribe para paliar los indicados problemas ⁴³. El precio puede ser ciertamente un indicativo de calidad de la prestación, mas nada asegura que esto sea necesariamente así; y menos cuando se observa que las tarifas se configuran independientemente de los posibles indicios de calidad, en función de parámetros objetivos poco relacionados con la calidad o con el esfuerzo del profesional (v. gr., según la cuantía del asunto). La situación se agrava por la regulación restrictiva de la publicidad, que dificulta aún más la obtención de información por los potenciales clientes sobre los proveedores y sus servicios.

⁴¹ Véase Note: «A Critical Analysis of Bar Association Minimum Fee Schedules», *Harv. L. Rev.*, núm. 85, 1972, pp. 985-986.

⁴² Véase CATELANI, *Gli Ordini e i Collegi Professionali nel Diritto Pubblico*, pp. 181-182 (§ 92).

⁴³ Se produce una falta de correspondencia entre la intensidad de la regulación y las imperfecciones de mercado, ya que existen otros mecanismos mucho más adecuados para corregir esa situación (p. ej., transmitiendo información a los clientes), véase Bernardo BORTOLOTTI, «La competizione regolata nel mercato dei servizi professionali», en *Le professioni intellettuali tra liberalizzazione e nuova regolazione* (a cura di Stefano Zamagni), Milano, Egea-Giuffrè, 1999, p. 102.

De otro lado, al fijarse unos precios mínimos, se establece una suerte de barrera a la oferta y se expulsan del mercado a aquellos proveedores y clientes que con anterioridad a la instauración de la tarifa contratasen los servicios a precios más bajos, ya que en la nueva coyuntura se verán obligados a contratar a precios más elevados o a prescindir del servicio⁴⁴. La idea de que los proveedores de servicios de una menor calidad (que antes los prestaban a un precio más bajo)⁴⁵ se vean expulsados del mercado es discutible, ya que —con precios uniformes— las dificultades de distinguir la calidad de sus servicios serán quizás superiores, en cualquier caso se producirá un perjuicio a aquellos individuos de bajo poder adquisitivo que no pueden contratar los servicios de un abogado a los precios mínimos fijados por el colegio⁴⁶.

En la práctica existen y se utilizan otros controles e instrumentos más adecuados para alcanzar esos objetivos⁴⁷. Un buen control de acceso, que sólo permita entrar en el mercado a aquellos proveedores que cumplan unas condiciones mínimas, puede garantizar mejor ese resultado. En este caso, se presupone que las condiciones y requisitos impuestos a los proveedores de los servicios constituyen un indicio de una futura calidad de sus prestaciones profesionales. Otro tanto ocurre con la regulación y disciplina por el colegio de diversos aspectos de la prestación y del estatuto del profesional, que constituye un mecanismo más adecuado para proteger al cliente. Finalmente, el funcionamiento de las acciones judiciales de responsabilidad profesional constituye un poderoso correctivo de los posibles defectos de calidad de la prestación de los abogados.

Ciertamente, la aprobación de un baremo permite a los potenciales clientes estar informados con carácter previo sobre el coste del servicio, pero éste es un beneficio minúsculo frente a los perjuicios que conlleva la fijación de precios. En efecto, el mismo objetivo podría alcanzarse obligando a los profesionales a entregar un presupuesto y siendo más tolerantes con la utilización de la publicidad por los profesionales (incluida la publicidad sobre precios)⁴⁸.

⁴⁴ Véase *Harv. L. Rev.*, núm. 85, 1972, pp. 980-981. Véase también el interesante modelo de Walter GARCÍA-FONTES y Massimo MOTTA, «Quality of Professional Service under price floors», *Rev. Esp. Econ.*, monograf. «Regulación», 1995, pp. 165-189 (efecto perjudicial para el bienestar social de la fijación de un umbral mínimo en los precios).

⁴⁵ Véanse BROWN y CASSADY, *Quart. J. Econ.*, núm. 61, 1947, p. 332, y nota *infra* p. 58.

⁴⁶ Con el riesgo adicional de que intenten satisfacer ellos mismos esas necesidades, lo cual puede perjudicar sus derechos y los de quienes con ellos se relacionen.

⁴⁷ Véase Elisabetta CODAZZI, «Le professioni intellettuali alla svolta dell'Europa: tariffe professionali, impresa e società alla luce di nuovi percorsi interpretativi», *Giur. Comm.*, núm. 26-II, 1999, p. 312. Como los controles de acceso al mercado y la reserva de actividad, véase José MASSAGUER FUENTES, «La regulación de los servicios profesionales (un análisis de racionalidad económica y legitimidad *antitrust*)», *Iuris*, núm. 3, diciembre 1994, pp. 106-109; FRANCISCO CABRILLO, «La aplicación de las normas de defensa de la competencia al ejercicio de las profesiones colegiadas», *Anuario de la Competencia 1997* (Fundación ICO-Marcial Pons), Madrid, 1997, p. 131. Sostiene, en cambio, que se trata de mecanismos que persiguen finalidades diversas IBBA, *Riv. Dir. Priv.*, núm. 1/2000, pp. 182-183.

⁴⁸ Véase TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA, *Informe sobre el libre ejercicio de las Profesiones*, Madrid, junio 1992, p. 60. Sobre la entrega de un presupuesto del servicio véase *Avis du*

Junto al argumento anterior, de corte paternalista, se sostiene, en segundo lugar, que la fijación de precios por el colegio evita los abusos de competencia y la competencia desleal entre los profesionales. Este argumento es flexible y sirve también para defender las restricciones a la publicidad en el mercado de servicios profesionales. No es difícil responder a este argumento, que propone alcanzar la lealtad en la competencia, a base de suprimir la competencia misma⁴⁹.

El precio es, sin duda, la principal herramienta con la que los proveedores de servicios profesionales pueden competir y compiten en el mercado⁵⁰. Si se fijan los precios, la competencia en precios no existe y, presumiblemente, se competiría en calidad y en otras condiciones de prestación del servicio. Evidentemente, ningún interés público justifica la eliminación de la competencia en precios, que provocará un funcionamiento económico insatisfactorio e ineficiente del mercado, agravado por las dificultades para evaluar la calidad de las prestaciones del profesional⁵¹. En efecto, es difícil que la posible «competencia en calidades» tenga mucha fuerza. En principio, nada asegura que esa competencia

Conseil national de la consommation sur l'information du consommateur dans le secteur des honoraires des avocats (Bulletin Officiel de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des fraudes, núm. 1, de 23 de enero de 2001).

Incluso los precios orientativos pueden desempeñar esa función si pretenden informar sobre el precio habitual que los abogados suelen cobrar por ciertos servicios (recopilados *ex post*), sin que exista ningún indicio sobre su obligatoriedad [en este sentido véanse *Decisions del Conseil de la Concurrence*, núms. 97D07 (*Ordre des avocats au barreau du Pau*), 97D08 (*Ordre des avocats au barreau du Bayonne*) 97D09 (*Ordre des avocats au barreau du Bergerac*), todas de 18 de febrero de 1997]. Cuando los baremos de precios orientativos presenten ciertos elementos que indiquen su normatividad, el *Conseil de Concurrence* francés no ha dudado en considerar que existía fijación de precios: *Decisions* núm. 97D30, *relative à des pratiques en matière d'honoraires mises en oeuvre par le barreau du Clermont-Ferrand* y núm. 97D29, *relative à des pratiques en matière d'honoraires mises en oeuvre par le barreau des Hautes-Alpes* (las dos de 14 de mayo de 1997; núm. 98D02, *relative à des pratiques en matière d'honoraires mises en oeuvre par le barreau d'Aurillac*, de 7 de enero de 1998; núm. 98D01, *relative à des pratiques en matière d'honoraires mises en oeuvre par le barreau des Alpes de Haute-Provence*, de 7 de enero de 1998; núm. 98D05, *relative à des pratiques en matière d'honoraires mises en oeuvre par le barreau de Colmar*, de 14 de enero de 1998; núm. 98D06, *relative à des pratiques en matière d'honoraires mises en oeuvre par le barreau de Grenoble*, de 14 de enero de 1998; núm. 98D07, *relative à des pratiques en matière d'honoraires mises en oeuvre par le barreau de Marseille*, de 14 de enero de 1998; núm. 00D52, *relative à des pratiques en matière d'honoraires mises en oeuvre par le barreau de Nice*, de 15 de enero de 2001; núm. 01D35, *relative à des pratiques en matière d'honoraires mises en oeuvre par le barreau de Bordeaux*, de 6 de julio de 2001 (aunque, en este último caso, sin sanción por prescripción de la infracción).

⁴⁹ Se trata de una constante de la regulación y disciplina del ejercicio profesional por los colegios, véase Carlo M. CIPOLLA, «Le professioni nel lungo andare», *Le tre rivoluzioni e altri saggi di storia economica e sociale*, Bologna, Il Mulino, 1989, pp. 236-277.

⁵⁰ Véanse W. KIP VISCUSI, John M. VERNON, Joseph E. HARRINGTON, Jr., *Economics of Antitrust and Regulation*, 3.ª ed., MIT Press, Cambridge (Mass.), London, 2000, p. 37 (en términos más generales); BROWN y CASSADY, *Quart. J. Econ.*, núm. 61, 1947, pp. 328-329.

⁵¹ Véanse, específicamente sobre los abogados, Jeremy COOPER, «What is Legal Competence?», *Modern L. Rev.*, núm. 54, 1991, pp. 112-121; Douglas E. ROSENTHAL, «Evaluating the Competence of Lawyers», *L. & Soc'y Rev.*, núm. 11, 1976, pp. 257-285; Rick J. CARLSON, «Measuring the Quality of Legal Services: An Idea Whose Time Has not come», *L. & Soc'y Rev.*, núm. 11, 1976, pp. 287-317, y G. Howland BLACKISTON, «A Road Map for Quality in Legal Services», *Emory L. J.*, núm. 43, 1994, pp. 507-517.

en calidades vaya a producirse, y si esto no es así no parece fundado limitar la competencia a aspectos o circunstancias accesorias de la prestación, sin justificación alguna. En el fondo, lo que parece que buscan los colegios y organizaciones profesionales es una asignación de prestaciones por criterios distintos de la «simple» competencia, para diferenciar el servicio profesional de una mera mercancía⁵². Pero este objetivo, que podría inspirar diversas actuaciones perfectamente legítimas de los colegios, difícilmente se consigue a través de la fijación de precios, que produce además importantes distorsiones en los incentivos de los propios profesionales⁵³. En efecto, el establecimiento de unos precios artificiales por el colegio, elimina el principal elemento del proceso concurrencial, reduce el posible incentivo de los profesionales a reducir los costes de su prestación (que no se verá reflejado en un precio más atractivo para sus clientes) y disuade de la innovación en las prestaciones (que tampoco podrá trasladarse al precio de los servicios)⁵⁴.

Se afirma también, en fin, que a través de la fijación de precios se protege al propio profesional, garantizándole unos ingresos mínimos⁵⁵, evitando los posibles abusos derivados de una dependencia excesiva de sus clientes⁵⁶. Este argumento tiene dos vertientes. Se trata, por un lado, de defender la subsistencia y dignidad de los profesionales, asegurándoles unos ingresos mínimos. En principio, no parece que existan razones de peso que justifiquen esta decisión (o por lo menos que excluyan de su campo de aplicación a otros colectivos).

Por otro lado, se trataría de prevenir los posibles conflictos de intereses relacionados con los precios de los servicios profesionales. Como

⁵² Véase Pedro FRAILE BALBÍN, *La retórica contra la competencia en España (1875-1975)*, Madrid, Fundación Argentaria-Visor, 1988, pp. 87-88. La debilidad de esta argumentación contrasta con el considerable éxito de las doctrinas corporativistas en la supresión de la competencia en los servicios profesionales (*id.*, p. 89).

⁵³ Véase § 43 de la Decisión 95/188/CEE de 30 de enero de 1995 (COAPI).

⁵⁴ Las innovaciones, según los casos, podrían llevar tanto a un encarecimiento como a un abaratamiento de los servicios.

⁵⁵ Véanse *Harv. L. Rev.*, núm. 85, 1972, p. 982, y Robert N. CORLEY y Richard J. ARNOULD, «Professional Fee Schedules and the Sherman Act», *Amer. Bus. L. J.*, núm. 13, 1975, p. 41. Este argumento se suele utilizar de forma combinada con el de la calidad del servicio (sólo los profesionales bien remunerados podrán prestar un servicio de calidad aceptable), véase BROWN y CASSADY, *Quart. J. Econ.*, núm. 61, 1947, p. 319.

En general, los profesionales piensan, erróneamente, que existe una relación de causalidad entre la mayor reputación, el prestigio del colectivo profesional y su nivel de ingresos [Andrew ABBOTT, «Status and Status Strain in the Professions», *American J. Sociology*, núm. 86/4, 1981, p. 821], lo que podría justificar una regulación de los precios por el colegio, dirigida a garantizar unos precios mínimos y unos ingresos mínimos a los profesionales. En la práctica los ingresos no pueden considerarse la causa de la reputación, sino al revés, son consecuencia de una mayor reputación (*id.*, p. 829).

⁵⁶ Véanse Organismo Unitario dell'Avvocatura Italiana, «Antitrust: la posizione dell'Avvocatura sulla indagine avviata dall'Autorità Garante», *Riv. Dir. Priv.*, núm. 3/1996, p. 618 (aunque se utiliza también el argumento de la calidad); FRANCISCO VICENT CHULIÁ, «La fijación de tarifas de honorarios por los colegios profesionales y la Ley de Defensa de la Competencia (Comentario a las resoluciones del Pleno del TDC de 10 y 16 de octubre y 12 de noviembre de 1990)», *RGD*, núm. 558, marzo 1991, p. 1551.

es obvio, no puede negarse que los potenciales problemas de independencia del abogado existen desde el mismo momento que —entre otras cosas— su retribución procede de quien contrata sus servicios, pero eso ocurre en muchas actividades económicas sin que se acuda a la fijación de precios como solución. Es más, parece que se trata de cuestiones que no tienen nada que ver entre sí. La independencia del abogado no se garantiza o fortalece mediante la fijación de precios. En efecto, dentro del privilegiado estatuto de los abogados, existen otras normas legales y deontológicas más adecuadas para resolver los posibles problemas de falta de independencia del profesional y de conflicto de intereses.

Los argumentos en defensa de los baremos de precios de abogados y de otros profesionales son, pues, poco convincentes. Por si fuera poco, los estudios empíricos existentes corroboran los efectos perniciosos de la fijación de precios en los mercados de servicios profesionales, demuestran que se provoca una distorsión en el funcionamiento del mercado, presumiblemente reducen la demanda, sin que se puedan constatar efectos positivos en la calidad de los servicios. En el concreto caso de los abogados, los efectos negativos de los baremos de precios han sido bien acreditados por varios estudios. La distorsión que produce la intervención del colegio estableciendo unos precios mínimos es considerable, pues tiende a elevar el precio de los servicios de abogacía, e incluso consigue aquello que —en teoría— pretendía evitar: la supervivencia de abogados de baja calidad⁵⁷.

A la vista de lo anterior no sorprende que las autoridades de la competencia hayan anulado los baremos de precios de abogados y de otros profesionales al considerarlos una restricción no justificada de la competencia, reafirmando el principio de libertad de pactos entre el cliente y el profesional para la fijación de los precios del servicio. Otro tanto ha ocurrido con otras restricciones a la libre competencia contenidas en los estatutos profesionales. En general, esta aplicación indiscriminada a los colegios profesionales y a sus miembros de la normativa *antitrust*, ha permitido poner de relieve la falta de adaptación de su régimen jurídico y de la realidad institucional de las profesiones a las nuevas funciones que éstas desempeñan hoy en día⁵⁸ y la necesidad de reflexionar sobre su situación y su regulación, estableciendo controles y mecanismos que fiscalicen su funcionamiento⁵⁹.

De este modo, en los dos Estados a los que se refieren las resoluciones que se comentan en este trabajo (Italia y España) las autoridades de

⁵⁷ Véase Richard J. ARNOULD, «Pricing Professional Services: Case Study of the Legal Services Market Industry», *Southern Econ. J.*, núm. 38, 1972, pp. 495-507. Con menos indicios en Richard J. ARNOULD y Thomas S. FRIEDLAND, «The effect of fee schedules on the legal services industry», *J. Human Res.*, núm. 12/2, 1977, pp. 258-265.

⁵⁸ Véase Guido ALPA, «Dalle professioni liberali alle imprese di servizi: le nuove professionalità tra libertà dei privati e interesse pubblico», *Econ. Dir. Terziario*, núm. 2, 1990, pp. 275-299, esp. 279, 282-283 y 285.

⁵⁹ Véase José M.^a BAÑO LEÓN, «El ejercicio de las profesiones tituladas y los colegios profesionales», *Revista Galega de Administración Pública*, núm. 24, 2000, pp. 46-48.

defensa de la competencia han anulado los baremos de precios por considerarlos una restricción intolerable de la libre competencia en el mercado de servicios profesionales⁶⁰.

En Italia, la *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, que es el órgano administrativo encargado de aplicar el Derecho *antitrust*, se ha pronunciado en repetidas ocasiones en contra de las tarifas obligatorias de diversos profesionales⁶¹, mas a pesar de la sólida fundamentación de sus decisiones⁶², éstas han sido revocadas por los órganos jurisdiccionales⁶³. La aprobación por la autoridad pública⁶⁴ de las decisiones

⁶⁰ También en Francia desde 1982 las autoridades de defensa de la competencia han condenado a los colegios de abogados por aprobar baremos indicativos y facultativos de precios (condenas que han sido confirmadas por los tribunales) véase Bernard BLANCHART, «L'avocat et l'argent», B. BEIGNIER, B. BLANCHART y J. VILLACÈQUE (dirs.), *Droit et déontologie de la profession d'avocat*, Paris, Presses Universitaires de France, 2002, pp. 268-269, y nota *supra* p. 59; en Portugal (véase, sobre auditores, *Conselho da Concorrência, proceso núm. 2/2000, práticas anticoncorrenciais no mercado dos serviços prestados pelos técnicos oficiais de contas exercendo a su actividade em regime independente*); y en Estados Unidos desde *Goldfarb v. Virginia State Bar*, 421 us, 733 (1975) [aunque *us v. Real Estate Boards*, 339 us 485 (1950) había sostenido lo mismo respecto de los agentes de la propiedad inmobiliaria, no era una línea jurisprudencial sólida ni constante por el efecto de la exención a la aplicación del Derecho de la competencia a los profesionales (*learned profession exemption*), sobre la cual véase *The Schooner Nymph*, 18 F. Cas. 506 (C. C. D. Me 1834) y *us v. Oregon State Medical Society*, 343 us, 326 (1952)]. Sobre la evolución en los Estados Unidos de Norteamérica, véase Robert N. CORLEY y Richard J. ARNOULD, «Professional Fee Schedules and the Sherman Act», *Amer. Bus. L. J.*, núm. 13, 1975, pp. 21-43, que analiza los obstáculos que han debido superarse para alcanzar esa solución.

⁶¹ Véase *Provvedimento* núm. 2.550 (I101 y I101B) *Tariffe Amministratori di Condomini* de 14 de diciembre de 1994 (*Bolletino AGCM*, núm. 50/1994, pp. 7-19), aunque en este caso no existía aprobación estatal de las tarifas, y algunas eran sólo orientativas, pero la *Autorità* es rotunda al indicar la fijación de precios mínimos es un medio inútil e ineficaz para garantizar la calidad de las prestaciones (§ 31, en p. 16). En la *segnalazione* de 27 de octubre de 1998, sobre la propuesta de ley que regula la profesión de odontólogo (*Disciplina della professione di odontoiatra*), sostiene que la fijación de precios mínimos obligatorios no es un instrumento idóneo para garantizar la calidad y que sólo produce una subida en los precios (*Bolletino AGCM*, núm. 42, de 2 de noviembre de 1998, pp. 29-30).

Véase también *Provvedimento*, núm. 6.601 (I 220) *Consigli Nazionali dei Ragioneri e Periti Commerciali e dei Dottori Commercialisti* de 16 de noviembre de 1998 (*Bolettino AGCM*, núm. 48, de 14-12-98, pp. 5-49); *Provvedimento* núm. 9.076 (I 340), *Federazione Regionali Ordini Architetti e Ingegneri del Veneto*, de 9 de enero de 2001 (*Bolletino AGCM*, núm. 1-2, de 22 de enero de 2001, pp. 5-14), pendiente de decisión por la *Autorità* (sobre la imposición de condiciones de graduación de las reducciones de tarifas previstas en la ley para los contratos con los entes públicos: un máximo del 20 por 100, que supone una fijación de un precio mínimo rígido), y *Provvedimento*, núm. 11.970 (I 502), *Guardia di Finanza/Federazione italiana agenti immobiliari professionali* (*Bolletino AGCM*, núm. 19, de 26 de mayo de 2003, pp. 5-11) pendiente de decisión por la *Autorità* (sobre imposición de precios mínimos y máximos y pactos de exclusividad en el mercado de la intermediación inmobiliaria, presumiblemente restrictivos de la competencia). Recientemente, en ejercicio de las facultades que le reconoce la *legge* 287/1990 en el artículo 21 (el 2.2 de la LDC española) la *Autorità* propuso la liberalización de las tarifas de los *Raccomandatori Marittimi* (*Bolletino AGCM*, núm. 4, de 10 de febrero de 2003, pp. 63-64).

⁶² Véase *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, Indagine Conoscitiva nel Settore degli ordini e collegi professionali*, Suppl. núm. 1 al *Bolletino*, núm. 40, 1997.

⁶³ La decisión de la *Autorità* en el caso de los *Consigli Nazionali dei Ragioneri e Periti Commerciali e dei Dottori Commercialisti* (referida en nota 62 *supra*) fue anulada por la sentencia del Tribunal Administrativo Regional (TAR) de Lazio, 1.ª Sección, núm. 466, de 28 de enero de 2000, que se publica en *Giur. Comm.* 27-II (2000), pp. 640-649 (al considerar que el baremo en cuestión

colegiales que restringen la competencia (véase *infra* IV), que en el caso de la fijación de precios está prevista en el Código Civil, junto con cierta confusión respecto del estatuto de las organizaciones profesionales y sobre la aplicación a éstas y a sus miembros de la legislación de defensa de la competencia hacen que, en la práctica al menos, la cuestión no se halle resuelta en aquel país. La cuestión se enturbia aún más tras el pronunciamiento del TJCE en el caso Arduino⁶⁵.

En España, a diferencia de lo que ocurre en Italia, donde diversas normas de rango legislativo legitiman la adopción de baremos de precios por los colegios profesionales, después de la Ley 7/1997 no existe ningún fundamento legal que apoye la existencia de una excepción al régimen general de libre competencia que inspira la Ley de Colegios profesionales⁶⁶.

5. LA DOCTRINA DE LA «ACCIÓN DEL ESTADO»: ¿UN FORMALISMO EXCESIVO?

Los pronunciamientos de las autoridades de defensa la competencia sobre la fijación de precios por los colegios y organizaciones profesionales han chocado frecuentemente con el obstáculo de que la práctica objeto de enjuiciamiento se encontraba amparada por una norma legal o reglamentaria o había sido aprobada por el poder público⁶⁷. Se supone que la intervención pública está presidida por una justificación en el interés general, que legitima la restricción de la competencia. Éste es el fundamento sobre el que se construye tanto la sentencia del TJCE como la Resolución del TDC que se comentan.

era, una vez aprobado por la autoridad pública, una norma reglamentaria exclusivamente imputable a aquélla, que la *Autorità* no puede enjuiciar, *id.*, esp. pp. 646-648).

⁶⁴ Véase Aldo FRIGNANI, *Diritto antitrust italiano. Commento a la legge 10 ottobre 1990*, núm. 287 (a cura di Roberto Pardolesi, A. Patroni Griffi e L-C. Ubertazzi), vol. 1, Bologna, Zanichelli, 1993, p. 130.

⁶⁵ En misma fecha que resolvía el caso Arduino, el TJCE decidía el caso Wouters (C-309/99), sobre un supuesto distinto, pero en la que el Tribunal legitima una amplia discrecionalidad de los Estados miembros en la regulación del ejercicio la abogacía en «interés público», véase Francisco MARCOS, «¿La última palabra sobre las sociedades profesionales entre abogados y auditores? Comentario de la STJCE de 19 de febrero de 2002 en el asunto Wouters (C-309/99)», en *Diario La Ley*, núm. 5.512 (jueves, 26 de marzo de 2002), pp. 1-6.

⁶⁶ Véanse OCDE, *The role of competition policy in regulatory reform in Spain*, núms. 22-23 (§§ 84-85), y Francisco MARCOS, «La lucha contra las restricciones a la libre competencia en el mercado de servicios profesionales», *Gaceta Jurídica de la UE y de la Competencia* (núm. 219, mayo-junio de 2002), pp. 22-35.

⁶⁷ El carácter cuasi-oficial y el apoyo legislativo a las restricciones de la competencia por las organizaciones profesionales, es una diferencia notable respecto de los gremios medievales, véanse BROWN y CASSADY, *Quart. J. Econ.*, núm. 61, 1947, pp. 3312-3314, y GRANT, *J. Politics*, núms. 4/3 (agosto 1942), pp. 324-325. Esas normas provocan una grave contradicción valorativa con el resto de la regulación legal en la que se insertan, son ilícitas desde el punto de vista del Derecho de la competencia (*illicitud interna*), pero esa ilicitud decae por la conformidad con otras normas del Ordenamiento (*licitud externa*), véase Jesús ALFARO ÁGUILA-REAL, «Competencia desleal por infracción de normas», *RDM*, núm. 202, 1991, pp. 667-669.

La situación en el Derecho interno español no es problemática, ya que tras la Ley 52/1999 la exención por el poder público de las conductas restrictivas sólo podrá realizarse por normas de rango legal⁶⁸, y ello indudablemente reduce el campo de los supuestos posibles y elimina cualquier discrecionalidad sobre el particular por parte de la Administración⁶⁹. El Derecho español, por tanto, elimina el juego de la posible «acción del Estado» restrictiva de la competencia que no se encuentre amparada por una norma de rango legal⁷⁰.

Sin embargo, la situación es muy distinta en otros Estados miembros de la Comunidad Europea, en los que su legislación interna no limita la posibilidad de las autoridades públicas de autorizar a través de normas de rango legal y reglamentario restricciones a la competencia⁷¹. Es tanto en el ámbito comunitario como en esos Estados en los que puede operar con amplitud la doctrina de la «acción del Estado», permitiendo que subsistan restricciones a la competencia con amparo estatal.

La doctrina de la «acción del Estado» es de origen estadounidense, pero ha sido aplicada por el TJCE en multitud de sentencias desde 1977⁷². En ellas, como también lo ha hecho el Tribunal Supremo de los Estados Unidos⁷³, el TJCE ha ido extrayendo una serie de elementos o indicios, que permiten distinguir las genuinas «intervenciones estatales» de las que no son sino, pura y simplemente, delegaciones de la autoridad pública

⁶⁸ Otro tanto ocurre en Portugal, donde el artículo 1.3 del *Decreto-Lei núm. 371 de 29 de outubro*, establece «[e]xceptuam-se do âmbito de aplicação deste diploma as restrições da concorrência decorrentes de lei especial».

⁶⁹ Es, además, una exigencia del sistema económico constitucional (ex art. 38 de la Constitución), véase VICIANO PASTOR, *Libre competencia e intervención pública en la economía*, pp. 115-206; ZAMBRINI, *RGD*, núms. 625-626, 1996, pp. 11765-11766.

⁷⁰ E incluso en este supuesto, «sin perjuicio de la eventual aplicación de las disposiciones comunitarias en materia de defensa de la competencia» (art. 2.1). Véanse BAÑO, *Revista Galega de Administración Pública*, núm. 24, 2000, p. 42; BERENGUER, *Anuario de la Competencia*, 1997, pp. 165-166.

⁷¹ Así, en Francia, el artículo 10 de la *Ordonnance n.º 86-1243 du 1er décembre 1986 modifiée relative à la liberté des prix et de la concurrence* permite, incluso, la exclusión del ejercicio abusivo del dominio.

⁷² Neergaard considera artificial la construcción que el TJCE hace en su jurisprudencia de la doctrina fundada en los artículos 10, 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea y cree que la combinación de esos preceptos no constituye un fundamento para anular medidas estatales [NEERGAARD, *Maastricht Journal of European & Comparative Law*, núm. 6/4, 1999, p. 392], debiendo conservar los Estados la competencia en materia de regulación económica, a la vista de la poca legitimidad de esa usurpación por parte de la Comunidad (íd., p. 394).

⁷³ En los Estados Unidos se trata de una doctrina muy formalista, en la que lo relevante es la intervención del Estado y nada más [John H. SHENEFIELD, «The Parker v. Brown State Action Doctrine and the New Federalism of Antitrust», *Antitrust L. J.*, núm. 51, 1982, pp. 337-347]. Por ello, se exige que cualquier posible restricción de la competencia se «articule claramente y se afirme expresamente como política del Estado» [*California Retail Liquor Dealers Association v. Midcal Aluminium, Inc.*, 445, US, 97 (1980)] y «sea “supervisada activamente” por el propio Estado» (íd. en 105). Véanse CORLEY y ARNOULD, *Amer. Bus. L. J.*, núm. 13, 1975, p. 38, y CASES PALLARÉS, *Derecho Administrativo de Defensa de la Competencia*, pp. 593-656. Existe una presunción fuerte de interés público en la acción de los Estados que autorizan la restricción de la competencia, véase Steven SMERANO, «Demystifying Antitrust State Action Doctrine», *Harv. J. L. & Pub. Pol'y.*, núm. 24, 2000, pp. 203-282. Respecto de las organizaciones profesionales, véase Dennis R. BARTHOLOMEW, «Antitrust, the States, and the Professions», *Villanova L. Rev.*, núm. 29, 1984, p. 135.

a sujetos u operadores privados. Es preciso comprobar que el poder público está detrás de la práctica restrictiva de la competencia cuya inmunidad se pretende. Los perfiles de la doctrina del Tribunal se aprecian con claridad en los supuestos de fijación de precios, en los que un organismo privado «colabora» con la Administración en la elaboración de los baremos de precios. Puede atenderse a varias circunstancias de cómo se efectúa esa colaboración para saber cuál es el grado de participación y control por parte del Estado: composición del organismo, criterios de actuación, supervisión estatal, etc. El TJCE ha enjuiciado con benevolencia los acuerdos de fijación de precios aprobados por la autoridad pública, cuando los organismos que preparaban la propuesta no estaban compuestos exclusivamente de los operadores afectados⁷⁴ o cuando, a pesar de que así fuera, resultaba claro que decidirían de acuerdo con el interés público⁷⁵. Otro tanto ocurre con los criterios de actuación del organismo; el Tribunal ha mostrado su deferencia hacia aquellos supuestos en los que una norma establecía los criterios o parámetros de intervención pública que el organismo debía considerar en la fijación de los precios. En fin, el Tribunal sólo considera legitimadas las restricciones a la competencia cuando se trata de intervenciones que no suponen una mera delegación a los operadores privados de la facultad de fijar precios, sin existir control público de ninguna clase. El análisis del Tribunal es, pues, fundamentalmente formalista, sin examinar las razones que justifican la autorización por el Estado de determinadas conductas o prácticas restrictivas de la competencia: exclusivamente comprueba que el Estado ha controlado la elaboración del baremo de precios y sólo ocasionalmente se ha detenido a comprobar si su elaboración se realizó conforme a criterios de interés público o si el Estado controla su aplicación en la práctica, aunque estas exigencias no han pasado de ser meramente nominales⁷⁶.

Ni uno solo de los indicios o elementos que la doctrina de la «acción del Estado» exige estaban presentes en los baremos de precios enjuiciados en *Arduino*. El organismo privado que elabora el baremo (el CNF) está compuesto exclusivamente por abogados, que intervienen principalmente en el interés de los profesionales⁷⁷. Ninguna norma establece los criterios conforme a los cuales se ha de preparar el baremo, sin que tampoco se especifique la necesidad de que el interés público presida su elaboración. Y sólo en supuestos residuales está previsto el control público de la aplicación del baremo mediante la intervención de los órganos jurisdiccionales. Por ello, la solución final es francamente sorprendente. El supuesto era tan claro como el de los baremos de precios de los agentes

⁷⁴ Véanse STJCE de 30 de enero de 1985, C-123/83, *BNIC c. Clair*, §§ 17-18; STJCE de 1 de octubre de 1998, C-38/87, *Autotransporti Librandi*, §§ 29 y 39; STPI de 30 de marzo de 2000, T-513/93, *CNSD*, §§ 54, 55 y 62; Conclusiones del Abogado General Cosmas en el caso *CNSD*, § 67.

⁷⁵ Véanse STJCE de 1 de octubre de 1998, C-38/87 (*Autotransporti*), §§ 46 y 47; STJCE de 17 de noviembre de 1993, C-185/91 (*Reiff*) §§ 18 y 24. Véase también nota 16 *supra*.

⁷⁶ Estos controles sólo servirían para descartar aquellos supuestos en los que existen indicios claros de «captura» de la autoridad estatal por ciertos grupos de interés, tras *Arduino* cabe dudar que sea así.

⁷⁷ BAQUERO CRUZ, *Entre competencia y libre circulación*, p. 261, y nota 453.

de aduanas italianos, que el propio Tribunal enjuiciase en 1998, llegando a la solución contraria. ¿Cómo es posible?

La jurisprudencia del TJCE sobre la doctrina de la «acción del Estado» toma un peligroso giro en el caso *Arduino*, en el que pierden su valor la mayoría de los elementos o indicios que el Tribunal venía utilizando en el pasado⁷⁸. Después de *Arduino*, bastará con que la autoridad pública ratifique o apruebe las decisiones restrictivas de la competencia del organismo privado, con eso es suficiente.

Lo anterior no hace más que poner de relieve la debilidad conceptual y el formalismo de la construcción intelectual de la doctrina de la «intervención del Estado»⁷⁹, que justifica una reformulación de la misma, a la luz de un análisis de razonabilidad, necesidad y proporcionalidad de las prácticas enjuiciadas, que no ponga todo el peso en la intervención de la autoridad pública⁸⁰. En modo alguno puede ser suficiente la aprobación o ratificación de la autoridad pública para escapar de la aplicación de las normas *antitrust*.

Se hace necesario establecer requisitos o condiciones de fondo que permitan controlar la aplicación de la doctrina de la intervención estatal y es preciso establecer claras limitaciones formales a su puesta en funcionamiento. Cualquier autorización estatal, sin más, no puede servir para justificar la exclusión de la aplicación del Derecho de la competencia interno o comunitario (y sobre todo respecto de este último)⁸¹.

En primer lugar, es necesario profundizar en el análisis de las concretas prácticas restrictivas de la competencia, para ver si se justifican en algún interés público concreto, si son necesarias y proporcionadas en orden a alcanzar ese objetivo⁸². Obviamente, ello hace que el análisis del TJCE se complique y que sus decisiones sean más intervencionistas,

⁷⁸ Tímidamente, BAQUERO CRUZ, *Entre competencia y libre circulación*, p. 254.

⁷⁹ Véanse LUC GYSELEN, «Anticompetitive State Measures Under the EC Treaty: Towards a Substantial Legality Standard», *Eur. L. Rev. Competition CheckList*, 1993, CC62; LUC GYSELEN, «State Action and the Effectiveness of the EEC Treaty's Competition provisions», *CMLR*, núm. 26, 1989, pp. 54-60.

⁸⁰ BAQUERO CRUZ, *Entre competencia y libre circulación*, pp. 257-258, propone un control de razonabilidad «suave» para evitar anular «en exceso el margen de maniobra de las autoridades públicas», que le llevaría —siguiendo a la doctrina norteamericana— a analizar los intereses y razones que están detrás cada medida, para ver qué tipo de legitimidad democrática está detrás de la misma.

⁸¹ La libre competencia en el mercado interior europeo es un objetivo cualificado de las normas *antitrust* del Tratado de la Comunidad Europea, en la medida que constituye, junto con las normas sobre libre circulación, el principal instrumento para alcanzar una verdadera integración, véase BAQUERO CRUZ, *Entre competencia y libre circulación*, pp. 139, 148 y 172-181.

⁸² Véanse GYSELEN, *Eur. L. Rev. Competition CheckList*, 1993, CC70 y CC88 (a la *Cassis de Dijon*); BERENQUER en *Anuario de la Competencia 1997*, p. 164, sugiere que sería algo así como exigir los requisitos del artículo 3 LDC a los supuestos previstos en el artículo 2.1 (en el plano comunitario la norma equivalente sería el artículo 81.3 del Tratado de la Comunidad Europea). La AGCM italiana realiza un análisis de esta naturaleza en clave del artículo 8.2 de la legge 287/90 (véase *Provvedimento*, núm. 2.550 (I 101 y I 101B), *Tariffe Amministratori di Condomini* de 14 de diciembre de 1994 (*Bolletino ACGM*, núm. 50/1994, pp. 34-35).

pero ello parece imprescindible y más coherente con los objetivos de la libre competencia y de la integración de los mercados europeos⁸³.

En el caso de los baremos de precios, como el Abogado General Léger observó en sus conclusiones y como este trabajo ha intentado poner de relieve, las imperfecciones del mercado de servicios profesionales (sean abogados, sean procuradores) no se corrigen a través de la fijación de precios⁸⁴. Se trata de un mecanismo que en nada ayuda a mejorar el funcionamiento del mercado de la abogacía. Incluso suponiendo que no se trata de un mecanismo que lastra el funcionamiento del mercado, al impedir el libre juego de la principal variable concurrencial (con múltiples costes) —lo cual es más que discutible— no proporciona ningún beneficio relevante a los consumidores de servicios profesionales (salvo, en su caso, a los propios proveedores del servicio)⁸⁵.

En efecto, si lo que se pretende es garantizar ciertos estándares de calidad de los servicios de abogacía y una amplia disponibilidad de los servicios a precios razonables, existen medidas más adecuadas y proporcionadas⁸⁶ para asegurar una calidad mínima de los servicios y satisfacer la demanda de los consumidores. Los controles de acceso (especialmente en la medida que exigen una formación especializada), las normas y procedimientos colegiales de control y las acciones judiciales por responsabilidad del profesional constituyen mecanismos mucho más adecuados para alcanzar tales objetivos.

De otro lado, parece aconsejable establecer una limitación formal al funcionamiento de esta exención. Su carácter excepcional exige limitar su ámbito de aplicación a las conductas autorizadas por normas de rango de ley. Sería algo así como «trasladar» el artículo 2.1 de la LDC al ámbito comunitario. Sólo los Parlamentos nacionales, en el marco de sus respectivos procesos legislativos, estarían legitimados para efectuar esa ponderación de intereses que supone la introducción de restricciones a la competencia que sean necesarias para alcanzar objetivos legítimos⁸⁷. Diversas razones avalarían este planteamiento.

En primer lugar, al limitar los supuestos de autorización se excluye la posibilidad de que los gobiernos, que pueden ser más fácilmente cap-

⁸³ Véase GYSELEN, *Eur. L. Rev. Competition CheckList*, 1993, CC72-CC73.

⁸⁴ La solución propuesta supone la no aplicación de criterios rígidos (de exclusión *per se* de determinadas prácticas genéricas), sino un análisis de efectos externos, costes de alternativas disponibles para su tratamiento y problemas de asimetría de información, véase Benito ARRUNADA, «Colegios profesionales y diseño institucional», J. C. JIMÉNEZ (ed.), *Regulación de la Competencia en la Economía Española*, Madrid, Civitas, 1995, pp. 69-71.

⁸⁵ Véase AGCM, *Segnalazione* (AS 163), de 5 de febrero de 1999, *Riordino delle Professioni Intelletuali* (*Bolletino AGCM*, núm. 4/1999, de 15 de febrero, p. 55), incluidos los baremos de precios orientativos.

⁸⁶ El TJCE sí realizó, en cambio, un análisis de necesidad y proporcionalidad en *Wouters* (véanse BAQUERO CRUZ, *Entre competencia y libre circulación*, pp. 252-253, y MARCOS, *Diario La Ley*, núm. 5.512, de 28 de marzo de 2002, p. 2).

⁸⁷ O más bien, incluso, debería rechazarse esta posibilidad, como entiende FRANCISCO VICENT CHULIA, «Poderes públicos y Derecho de la Competencia», *RGD*, núm. 583, abril 1993, p. 3337.

turados por los intereses privados (en este caso de los colegios y organizaciones profesionales), autoricen mediante normas reglamentarias conductas o prácticas restrictivas de la competencia⁸⁸. Las autorizaciones deberían superar el procedimiento legislativo, con la mayor transparencia que ello supone, que permite —en teoría— que la opinión pública tome conocimiento de las excepciones a la libre competencia introducidas por el poder legislativo y las razones que las justifican.

Además, de esta forma, y la jurisprudencia norteamericana ha abundado mucho sobre este punto⁸⁹, al limitar la excepción a las normas de rango de ley se aseguraría son regulaciones que se fundan en el genuino interés del pueblo y que representan la voluntad de los ciudadanos, garantizando que gozan del respaldo de la soberanía popular⁹⁰.

6. CONCLUSIÓN

Tras analizar la Sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de febrero de 2002 (C-35/99—Arduino) y ponerla en relación con la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia español de 16 de diciembre de 2000 (477/1999, Procuradores) se han examinado los efectos negativos que los baremos de precios obligatorios producen en los mercados de servicios de abogacía y procuraduría. No hay razones que justifiquen la fijación de precios en esos mercados, que deben desaparecer como lo han hecho otras restricciones a la competencia entre los profesionales. El trabajo critica ambas resoluciones y su fundamentación en la doctrina de la «acción del Estado» y propone una formulación de esta doctrina que limite la posibilidad de que el Estado autorice conductas o prácticas restrictivas de la competencia a aquellos supuestos estrictamente necesarios para proteger un interés público concreto, sólo cuando las restricciones sean adecuadas y proporcionadas a ese objetivo, y siempre que la autorización se realice a través de una norma con rango de ley. En los mercados de servicios profesionales existen mecanismos más adecua-

⁸⁸ Podría parecer que se produce una cierta incoherencia con el régimen de exenciones previsto en los artículos 4 y 5 de la LDC, ya que a través de ellos el Gobierno podría autorizar prácticas o categorías de prácticas restrictivas de la competencia, pero se trata de supuestos que han de encajar en ciertas categorías establecidas («contribuir a mejorar la producción o la comercialización de bienes o servicios» o «encontrarse justificados por la situación económica general y el interés público»), que además han de cumplir con los requisitos del artículo 3 de la LDC (en el mismo sentido, BERENGUER en *Anuario de la Competencia* 1997, núm. 163, y CASES PALLARÉS, *Derecho Administrativo de Defensa de la Competencia*, p. 400).

⁸⁹ Véase CASES PALLARÉS, *Derecho Administrativo de Defensa de la Competencia*, pp. 602-603, 650-651 y 655-656.

⁹⁰ En otro caso, la búsqueda de la presunta legitimidad democrática de las medidas puede resultar muy compleja (véase BAQUERO CRUZ, *Entre Competencia y Libre circulación*, pp. 248-249). Véanse Robert P. INMAN y Daniel L. RUBINFELD, «Making Sense of the Antitrust State-Action Doctrine: Balancing Political Participation and Economic Efficiency in Regulatory Federalism», *Tex. L. Rev.*, núm. 75, mayo 1997, pp. 1203-1299, y William H. PAGE, «Interest Groups, Antitrust and State Regulation: Parker v. Brown in the Economic Theory of Legislation», *Duke L. J.*, 1987, pp. 618-668. *Contra* SMERANO, *Harv. J. L. & Pub. Pol'y*, núm. 24 (200), pp. 263-64 y 278-281.

dos que la fijación de los precios para salvaguardar la calidad del servicio y proteger a los consumidores.

BIBLIOGRAFÍA

- AAVV, *Diritto antitrust italiano. Commento a la legge 10 ottobre 1990, n. 287* (a cura di Roberto Pardolesi, A. Patroni Griffi e L.-C. Ubertazzi), 2 volúmenes, Zanichelli, Bologna, 1993.
- AAVV, *Derecho Jurisdiccional*, 8.^a ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.
- ABBOTT, Andrew, «Status and Status Strain in the Professions», *American J. Sociology*, núm. 86/4, 1981, pp. 819-835.
- ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús, «Competencia desleal por infracción de normas», *RDM*, núm. 202, 1991, pp. 669-671.
- ALONSO SOTO, Ricardo, «La modificación de la Ley Española de Defensa de la Competencia», *Gaceta Jurídica de la CE y de la Competencia*, núm. 120, enero-febrero 1997, pp. 1-3.
- ARNOULD, Richard J., «Pricing Professional Services: Case Study of the Legal Services Market Industry», *Southern Econ. J.*, núm. 38, 1972, pp. 495-507.
- ARNOULD, Richard J., y FRIEDLAND, Thomas S., «The effect of fee schedules on the legal services industry», *J. Human Res.*, núm. 12/2, 1977, pp. 258-265.
- ARRUÑADA, Benito, «Colegios profesionales y diseño institucional», en J. C. JIMÉNEZ (ed.), *Regulación y Competencia en la Economía Española*, Madrid, Civitas, 1995, pp. 65-75.
- AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO, *Indagine conoscitiva nel settore degli ordini e collegi professionali*, 1997.
- BAQUERO CRUZ, Julio, *Entre competencia y libre circulación. El Derecho Constitucional Económico de la Comunidad Europea*, Madrid, Civitas, 2002.
- BARTHOLOMEW, Dennis R., «Antitrust, the States, and the Professions», *Villanova L. Rev.*, núm. 29, 1984, pp. 115-149.
- BERENGUER FUSTER, Luis, «Comentarios al artículo 2 de la Ley de Defensa de la Competencia», *Anuario de la Competencia 1997*, Madrid, Fundación ICO-Marcial Pons, 1998, pp. 139-172.
- BLACKISTON, Howland G., «A Road Map for Quality in Legal Services», *Emory L. J.*, núm. 43, 1994, pp. 507-517.
- BLANCHART, Bernard, «L'avocat et l'argent», en B. BEIGNIER, B. BLANCHART y J. VILLACÈQUE (dirs.), *Droit et déontologie de la profession d'avocat*, Paris, Presses Universitaires de France, 2002, pp. 265-346.
- BORTOLOTTI, Bernardo, «La competizione regolata nel mercato dei servizi professionali», en *Le professioni intellettuali tra liberalizzazione e nuova regolazione* (a cura di Stefano Zamagni), Milano, Egea-Giuffrè, 1999, pp. 97-119.
- BROWN, William F., y CASSADY, Jr., Ralph, «Guild Pricing in the Service Trades», *Q. J. Econ.*, núm. 61/2, 1977, pp. 311-338.
- CABRILLO, Francisco, «La aplicación de las normas de defensa de la competencia al ejercicio de las profesiones colegiadas», *Anuario de la Competencia 1997*, Madrid, Fundación ICO-Marcial Pons, 1997, pp. 125-137.
- CALKINS, Stephen, «California Dental Association: Not a Quick Look But Not the Full Monty», *Antitrust L. J.*, núm. 67, 2000, pp. 495-597.
- CARLSON, Rick J., «Measuring the Quality of Legal Services: An Idea Whose Time Has not come», *L. Soc'y Rev.*, núm. 11, 1976, pp. 287-317.

- CARLTON, Dennis W., y PERLOFF, J., *Modern Industrial Organization*, 2.^a ed., Londres-Nueva York, Harper Collins, 1994.
- CARROCA PÉREZ, Alex, *Garantía constitucional de la defensa procesal*, Barcelona, J. M. Bosch, 1998.
- CASES PALLARÉS, Lluís, *Derecho administrativo de la defensa de la competencia*, Madrid, Marcial Pons-Escuela d'Administració Pública de Catalunya, 1995.
- CATELANI, Alessandro, *Gli Ordini e i Collegi Professionali nel Diritto Pubblico*, Milano, Giuffrè, 1976.
- CIPOLLA, Carlo M., «Le professioni nel lungo andare», en *Le tre rivoluzioni e altri saggi di storia economica e sociale*, Bologna, Il Mulino, 1989, pp. 236-277.
- CODAZZI, Elisabetta, «Le professioni intellettuali alla svolta dell'Europa: tariffe professionali, impresa e società alla luce di nuovi percorsi interpretativi», *Giur. Comm.*, núm. 26-II, 1999, pp. 304-314.
- COOPER, Jeremy, «What is Legal Competence?», *Modern L. Rev.*, núm. 54, 1991, pp. 112-121.
- CORLEY, Robert N., y ARNOULD, Richard J., «Professional Fee Schedules and the Sherman Act», *Amer. Bus. L. J.*, núm. 13, 1975, pp. 21-43.
- CORNETTA, Roberto, «Tariffe Professionali e disciplina antitrust», *Foro It.*, IV, 1992, pp. 562-569.
- DOMBERGER, Simon, y SHERR, Avrom, «The impact of competition on pricing and quality of legal services», *Int'l Rev. L. & Econ.*, núm. 7/1, 1987, pp. 41-56.
- ESPOSITO, Enrico, «Tariffa», en *Enciclopedia del Diritto*, XLIV, Milano, Giuffrè, 1992, pp. 1-3.
- FIGONE, Alberto, «Tariffe Professionali», en *Digesto delle Discipline Privatistiche (sez. Civile)*, XIX, Torino, UTET, 1999, pp. 278-282.
- FRAILE BALBÍN, Pedro, *La retórica contra la competencia en España (1875-1975)*, Madrid, Fundación Argentaria-Visor, 1988.
- FAURE, Michael G., «Regulation of Attorneys in Belgium», en M. FAURE, J. FINSINGER, J. SIEGERS y R. VAN DEN BERGH (eds.), *Regulation of Professions, A Law and Economics approach to the regulation of attorneys and physicians in the US, Belgium, The Netherlands, Germany and the UK*, Maklu, 1993, pp. 89-123.
- GÁLVEZ MONTES, Javier, «Colegios Profesionales y Tarifas de honorarios de ingenieros», *RAP*, núm. 100-102, enero-diciembre 1983, pp. 935-948.
- GARCÍA-FONTES, Walter, y MOTTA, Massimo, «Quality of Professional Service under price floors», *Rev. Esp. Econ.*, monograf. «Regulación», 1995, pp. 165-189.
- GESSA, Carlo, y TACCHI, Paola, «Tariffe Professionali», en *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Roma, Il Veltro, 1991.
- GRANT, J. A. C., «The Gild Returns to America», *Journal of Politics*, núm. 4, 1942, pp. 303-336 y 458-477.
- GYSELEN, Luc, «State Action and the Effectiveness of the EEC Treaty's Competition provisions», *CMLR*, núm. 26, 1989, pp. 33-60.
- «Anticompetitive State Measures Under the EC Treaty: Towards a Substantial Legality Standard», *Eur. L. Rev. Competition Checklist*, 1993, CC55-CC106.
- HADFIELD, Gillian K., «The Price of Law: How the Market for Lawyers Distorts the Justice System», *Michigan Law Rev.*, núm. 98, 2000, pp. 953-1006.
- HELLINGMAN, Kees, «An Economic Análisis of the Regulation of Lawyers in the Netherlands», en FAURE, FINSINGER, SIEGERS y VAN DEN BERGH (eds.), *Regulation of Professions, A Law and Economics approach to the regulation of attor-*

neys and physicians in the us, Belgium, The Netherlands, Germany and the UK, pp. 147-193.

HERRMAN, Harald, «Regulation of Attorneys in Germany: Legal Framework and Actual Tendencies of Deregulation», en FAURE, FINSINGER, SIEGERS y VAN DEN BERGH (eds.), *Regulation of Professions, A Law and Economics approach to the regulation of attorneys and physicians in the us, Belgium, The Netherlands, Germany and the UK*, pp. 225-247.

HUNTER, Bruce A., «Comment. Trade Regulations-Antitrust Laws-Prices-Professions-Medical Profession-Maximum Fee Agreements by Physicians are Per se Violations of the Sherman Act-Arizona v. Maricopa County medical Society», 102 S. Ct. 2466, 1982, *Cincinnati L. Rev.*, núm. 52, 1983, pp. 253-266.

IBBA, Carlo, «Sulla riforma delle libere professioni», *Riv. Dir. Priv.*, 1/2000, pp. 165-184 (también publicado en los *Studi economico-giuridici*, vol. LVIII, 1999-2000, in memoria di Lino Salis-II, Annali della Facoltà di Giurisprudenza della Università di Cagliari, Torino, Giappichelli, 2000).

INMAN, Robert P., y RUBINFELD, Daniel L., «Making Sense of the Antitrust State-Action Doctrine: Balancing Political Participation and Economic Efficiency in Regulatory Federalism», *Tex. L. Rev.*, núm. 75, mayo 1997, pp. 1203-1299.

KRONMAN, Anthony, «Legal Professionalism», *Fla. St. U. L. Rev.*, núm. 27, 1999, pp. 1-7.

LANG, John Temple, «European Community Competition Law and Member State Action», *Nw. J. Int'l L. & Bus.*, núm. 10, 1989, pp. 114-132.

LATHAM, Robert J., y SCHECHTER, Mark C., «The Price of the Legal Service Industry: Minimum Fee Schedules and Price Discrimination», *Antitrust Bull.*, núm. 24, spring 1979, pp. 43-62.

LOPATKA, John E., «Antitrust and Professional Rules: A Framework for Analysis», *San Diego L. Rev.*, núm. 28, 1991, pp. 301-386.

LÓPEZ ESCUDERO, Manuel, «Intervencionismo estatal y Derecho Comunitario de la Competencia en la Jurisprudencia del TJCE», *Revista de Instituciones Europeas*, núm. 16/3, septiembre-diciembre 1989, pp. 725-763.

LUECK, Dean; OLSEN, Reed, y RANSOM, Michael, «Market and Regulatory Forces in the Pricing of Legal Services», *J. Regulatory Economics*, núm. 7, 1995, pp. 63-83.

MARCOS, Francisco, «¿La última palabra sobre las sociedades profesionales entre abogados y auditores? Comentario de la STJCE de 19 de febrero de 2002 en el asunto Wouters (C-309/99)», en *Diario La Ley*, jueves, 26 de marzo de 2002 (*Revista jurídica española La Ley* 3-2002, D-89, 1726-1733).

— «La lucha contra las restricciones a la libre competencia en el mercado de servicios profesionales», *Gaceta Jurídica de la UE y de la Competencia*, núm. 219, mayo-junio de 2002, pp. 22-35.

— «Sobre la ilegalidad del arancel de los Procuradores», *Diario Jurídico La Ley*, núm. 5.731, 4 de marzo de 2003, p. 14.

MASSAGUER FUENTES, José, «La regulación de los servicios profesionales (un análisis de racionalidad económica y legitimidad antitrust)», *Iuris*, núm. 3, diciembre 1994, pp. 85-120.

MILO, Giulia, «Libera concorrenza, tariffe e disciplina pubblicistica delle professioni intellettuali», *Riv. Dir. Pubbl. Com.*, 1995, pp. 195-213.

MORGAN, Thomas D., «The Impact of Antitrust Law on the Legal Profession», *Fordham L. Rev.*, 1998, pp. 415-444.

- NASCIMBENE, Bruno, «Tariffe professionali e norme sulla concorrenza fra giudice comunitario e giudice nazionale», *Contratto e Impresa/Europa*, 1997, pp. 482-490.
- NEERGARD, Ulla B., «State Action and European Competition Rules: A New Path?», *Maastricht J. Eur. L.*, 1999, pp. 380-396
- NGUYEN-HONG, Duc, *Restrictions on Trade in professional Services*, Productivity Commission Staff Research paper, Camberra (Australia), agosto 2000.
- Note: «A Critical Analysis of Bar Association Minimum Fee Schedules», *Harv. L. Rev.*, núm. 85, 1972, pp. 970-993.
- Note: «The applicability of the Sherman Act to legal practice and other “non-commercial... activities...”», *Yale L. J.*, núm. 82, 1972, pp. 313-337.
- OCDE, *Competition policy and the professions*, Paris, 1985.
- *The role of competition policy in regulatory reform in Spain*, 2000.
- *Competition in professional services*, 2000.
- PAGE, William H., «Interest Groups, Antitrust and State Regulation: Parker v. Brown in the Economic Theory of Legislation», *Duke L. J.*, 1987, pp. 618-668.
- PASSARELI, Carlo, «Imperatività delle tariffe professionali e nullità dei patti in deroga», *Giurisprudenza Italiana*, 1989, IV, pp. 216-220.
- PATERSON, Alan, FARMER, Lindsay; STEPHEN, Frank, y LOVE, James, «Competition and the Market for Legal Services», *J. L. & Soc’y*. 15/4, winter, 1988, pp. 361-373.
- ROSENTHAL, Douglas E., «Evaluating the Competence of Lawyers», *L. Soc’y Rev.*, núm. 11, 1976, pp. 257-285.
- RUPERTO, Cesare, *Gli Onorari di Avvocato e di Procuratore*, 10.^a ed. (a cargo de Alfio y Mario Finocchiaro), Milano, Giuffrè, 1995.
- SHENEFIELD, John H., «The Parker v. Brown State Action Doctrine and the New Federalism of Antitrust», *Antitrust L. J.*, núm. 51, 1982, pp. 337-347.
- SHINNICK, Edward, y STEPHEN, Frank H., «Professional cartels and scale fees: chiselling on the celtic fringe», *Int’l Rev. L. & Econ.*, núm. 20, 2000, pp. 407-423.
- SMERANO, Steven, «Demystifying Antitrust State Action Doctrine», *Harv. J. L. & Pub. Pol’y*, núm. 24, 2000, pp. 203-282.
- SPURR, Stephen P., «How the Market Solves an Assignment Problem: The Matching of Lawyers with Legal Claims», *J. Labor Econ.*, núm. 5, 1982, pp. 502-532.
- STEPHEN, Frank H., y LOVE, James H., «Regulation of Legal Profession», en B. BOUCKAERT y G. DE GEEST (eds.), *Encyclopedia of Law and Economics* vol. III, Cheltenham, Edward Elgar, 2000, pp. 987-1017.
- TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA, *Informe sobre el libre ejercicio de las Profesiones*, Madrid, junio 1992.
- VICENT CHULIÁ, Francisco, «La fijación de tarifas de honorarios por los colegios profesionales y la Ley de Defensa de la Competencia (Comentario a las resoluciones del Pleno del TDC de 10 y 16 de octubre y 12 de noviembre de 1990)», *RGD*, núm. 558, marzo 1991, pp. 1535-1557.
- «Poderes públicos y Derecho de la competencia», *RGD*, núm. 586, abril 1993, pp. 3313-3378.
- VICIANO PASTOR, Javier, *Libre competencia e intervención pública en la economía*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995.
- VIGORITI, Vincenzo, «L’avvocatura in Italia: Inquietudini e Speranze», *Riv. Diritto Civile*, 1990-I, pp. 649-659.

KIP VISCUSI, W.; VERNON, John M., y HARRINGTON, Jr., Joseph E., *Economics of Antitrust and Regulation*, 3.^a ed., London, MIT Press, Cambridge (Mass.), 2000.

VIVAS TESÓN, Inmaculada, «Notas en torno a los honorarios de abogados», *Rev. D. Patrimonial*, núm. 4, 2000, pp. 189-200.

WILKINS, David B., «Who Should regulate lawyers», *Harv. L. Rev.*, núm. 105, 1992, pp. 799-887

ZAMBRINI, Marco, «El Tribunal de Defensa de la Competencia ante el fenómeno regulador (Análisis de algunas de las últimas Resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia)», *RGD*, núm. 625-626, octubre-noviembre 1996, pp. 11163-11781.

SERVICIO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
MINISTERIO DE ECONOMÍA Y CONSEJO
DE MINISTROS

TERCERA PARTE

PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA

RESOLUCIONES
Y SENTENCIAS DICTADAS

El presente volumen es el resultado de la labor de los servicios de Defensa de la Competencia del Ministerio de Economía y Consejo de Ministros, que desde el año 1981, en virtud de la Ley 15/1981, de 1 de mayo, de Defensa de la Competencia, se ha dedicado a la defensa de la competencia en el ámbito de la Unión Europea. El presente volumen recoge las resoluciones y sentencias dictadas por el Servicio de Defensa de la Competencia en el período comprendido entre el 1 de enero de 1981 y el 31 de diciembre de 1981.

Este volumen recoge todas las resoluciones y sentencias dictadas por el Servicio de Defensa de la Competencia en el período comprendido entre el 1 de enero de 1981 y el 31 de diciembre de 1981. El presente volumen recoge las resoluciones y sentencias dictadas por el Servicio de Defensa de la Competencia en el período comprendido entre el 1 de enero de 1981 y el 31 de diciembre de 1981. El presente volumen recoge las resoluciones y sentencias dictadas por el Servicio de Defensa de la Competencia en el período comprendido entre el 1 de enero de 1981 y el 31 de diciembre de 1981.

El presente volumen recoge las resoluciones y sentencias dictadas por el Servicio de Defensa de la Competencia en el período comprendido entre el 1 de enero de 1981 y el 31 de diciembre de 1981. El presente volumen recoge las resoluciones y sentencias dictadas por el Servicio de Defensa de la Competencia en el período comprendido entre el 1 de enero de 1981 y el 31 de diciembre de 1981.

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 2002 se confirma 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 menos de 191, a 183, a 127, a 122 y, en este último año, a menos de cien expedientes. Concretamente, en el año 2002, han entrado en el SDC únicamente 94 expedientes, lo que significa volver a las magnitudes de inicios de los años noventa.

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. No obstante, podemos destacar en este año 2002 un leve aumento de los expedientes iniciados de oficio, después de varios años de progresivo declive (cuadro 1b, *infra*). Podría vincularse este cambio de tendencia al incremento de facultades que la reforma de 1999 trajo consigo (*vid.* Lluís CASES, «La competencia en España», *Anuario de la Competencia 1999*).

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:

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 2002. Las informaciones y las cifras se han extraído de la *web* del Servicio de Defensa de la Competencia.

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
2002	122	70	2	23	95

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
2002	73,7	2,1	24,2

B. SALIDA DE EXPEDIENTES

El número de expedientes que ha concluido el SDC en el año 2002 ha descendido todavía más respecto de los cuatro años anteriores, pasando de 119 a 102, en lugar de los algo más de 200 del año 1998 (*infra*, cuadro 1c). Como ya se ha observado en cuanto a las entradas de expedientes, 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. Para una valoración de la actividad del SDC en relación con las prácticas restrictivas, nos remitimos a la contribución de Fernando JIMÉNEZ LATORRE en este mismo *Anuario*.

A continuación se muestra la evolución de la salida de expedientes con indicación del año; el contenido de la resolución del SDC en función de si es de archivo (AR.), acumulación (AC.), sobreseimiento (SOB.) o enviados al TDC (TDC), y el total.

Cuadro 1c: Salidas de expedientes (valores absolutos)

Año	AR.	AC.	SOB.	TDC	Total
1989	6	6	17	19	48
1990	26	6	5	52	89
1991	17	12	8	27	64
1992	39	20	21	31	111
1993	58	15	30	39	142
1994	59	2	19	68	148
1995	55	5	16	63	139
1996	79	13	24	66	182
1997	95	15	19	67	196
1998	119	10	30	53	212
1999	111	9	26	60	206
2000	82	6	27	51	166
2001	53	4	16	46	119
2002	39	4	17	42	102

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 2002 las proporciones básicas de 2000,

con leves variaciones que en algunos casos permiten considerar que ya no se trata de un cambio coyuntural. En particular, cabe destacar el relativo aumento de los expedientes enviados al TDC, que en este último año se ha producido en detrimento de los archivos.

Cuadro 1d: Salidas de expedientes (valores porcentuales)

Año	AR	AC	SOB	TDC
1995	39,5	3,5	11,5	45,3
1996	43,4	7,1	13,1	36,2
1997	48,4	7,6	9,6	34,1
1998	56,1	4,7	14,1	25
1999	53,8	4,3	12,6	29,1
2000	49,4	3,6	16,3	30,7
2001	44,5	3,4	13,4	38,7
2002	38,2	3,9	16,7	41,2

2. CONCENTRACIONES

El número de operaciones de concentración de empresas notificadas voluntariamente ha aumentado sensiblemente en el año 2002, habiéndose alcanzado el máximo histórico de 100 operaciones de concentración notificadas en una anualidad. Con ello se recupera la tendencia alcista iniciada tras el tirón en 1999, año en el que se produjo el cambio normativo consistente en hacer obligatoria la notificación, después del bache del año pasado.

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: total de notificaciones y número de expedientes remitidos al TDC (segunda fase del procedimiento)

Año	E.NOT.	E.I.OFI.	E.TDC	E.P.I.OFI.
1990	8	0	3	0
1991	11	0	0	0

Año	E.NOT.	E.I.OFI.	E.TDC	E.P.I.OFI.
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	—
2002	100	—	9	—

Se indica junto al número de notificaciones (NOT) los datos cuantitativos sobre las decisiones en la primera fase del procedimiento (M): autorizaciones tácitas (AT), remisiones al TDC (RTDC) u otras competencia del Ministro (M) y, en su caso, en la segunda fase del procedimiento, esto es, cuando concurre una resolución del Consejo de Ministros (CM) indicando si hay o no oposición (Op/NoOp) o si hay condiciones para la operación (C). Para una valoración de la actividad del SDC en relación con las operaciones de concentración, nos remitimos a la contribución de Fernando JIMÉNEZ LATORRE en este mismo *Anuario*. Véase, asimismo, 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
2002	100	83	8 (1)	9	0	6	3

¹ 2, desestimiento de las partes; 1, remisión a la Comisión, y 5, archivo.

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA *

1. MARCO GENERAL DE LA ACTIVIDAD DEL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

En el año 2002 se ha producido una sensible recuperación en el número absoluto de resoluciones dictadas por el TDC. Tras el importante descenso del año pasado con una disminución de 40 expedientes (casi un 40 por ciento), las 119 resoluciones dictadas en el año 2002 nos acercan a las cifras de los dos primeros años del nuevo milenio y rompen la tendencia a la baja.

Este repunte no es uniforme en tanto en cuanto está concentrado en la importante recuperación del número de autorizaciones singulares y de los recursos contra el archivo de las actuaciones.

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; INC., incidentales 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
2002	25	2	43	41	8	—	119

* En este *Anuario 2002* se han incluido las informaciones disponibles en el servidor telemático del Tribunal de Defensa de la Competencia (<http://www.tdcompetencia.org/index.htm>). En la fecha de entrega a imprenta del *Anuario* todavía no se habían publicado todas las resoluciones adoptadas en el año 2002 en el *Boletín Oficial del Ministerio de Economía*.

En función del porcentaje los distintos tipos de resoluciones son los siguientes:

<i>Año</i>	<i>E.S.</i>	<i>M.C.</i>	<i>A.S.</i>	<i>R.A.A.</i>	<i>R.S.E.</i>
1996	14,95	4,67	38,31	29,90	12,04
1997	10,66	7,33	30,66	42,66	8,66
1998	17,74	3,22	22,58	38,70	17,74
1999	27,77	0,79	33,33	31,74	6,34
2000	23,58	1,62	28,45	36,58	9,75
2001	29,27	1,22	25,60	31,71	12,20
2002	21	1,68	36,14	34,46	6,72

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	—
2002	21	1,68	36,14	34,46	6,72	—

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>
09-01-02	1730	A305/01	Tarjetas Pago Iberia/Bancos	A.S.
11-01-02	1617	r464/00v	Funerarias Castellón	R.A.A.
17-01-02	1618	510/01	Fujifilm	E.S.

<i>Fecha</i>	<i>Núm.</i>	<i>Exped.</i>	<i>Referencia</i>	<i>Materia</i>
17-01-02	1619	512/01	Sociedades Arquitectos	E.S.
21-01-02	1620	R450/00	Prensa Cataluña	R.A.A.
21-01-02	1621	r457/00	Meroil	R.A.A.
23-01-02	1718	A190/96	Morosos Consignatarios Buques Barcelona (Prórroga)	A.S.
25-01-02	1623	511/01	Vale Music/SGAE	E.S.
28-01-02	1719	A311/01	Morosos Informáticos Menorca	A.S.
01-02-02	1625	r495/95	Couriers/Correos	R.A.A.
08-02-02	1731	31/92	Distribución Maquinaria Jardinería (Prórroga)	A.S.
21-02-02	1627	r494/01	Novotec	R.A.A.
01-03-02	1732	A309/01	Información Estadística FENIL	A.S.
04-03-02	1629	MC33/01	3M España	M.C.
05-03-02	1733	A306/01	Comercialización Aceite	A.S.
06-03-02	1631	509/01	Esquí Navacerrada	E.S.
07-03-02	1632	r481/01	Confederación Hidrográfica del Tajo	R.A.A.
14-03-02	1633	513/01	TURBOGAS/REPSOL	E.S.
14-03-02	1634	R451/00	AENA/ALDEASA	R.A.A.
21-03-02	1636	r311/98	Ayuntamientos Gran Canaria	R.A.A.
21-03-02	1635	MC34/02	Fedifar	M.C.
21-03-02	1637	R502/01	Colegios Médicos	R.A.A.
01-04-02	1638	514/01	IBERIA	E.S.
01-04-02	1640	r472/01	Gestores Inmobiliarios/Administradores de Fincas	R.A.A.
01-04-02	1734	A303/01	MOROSOS FONCALOR	A.S.
03-04-02	1643	516/01	Mercacórdoba	E.S. + A.S.
03-04-02	1642	R483/01	SERMEPA	R.A.A.
09-04-02	1735	A296/01	Anuario Videográfico	A.S.
10-04-02	1646	r500/01	Fitosanitarios Galicia	R.A.A.
11-04-02	1736	A291/01	Tasas Intercambio VISA	A.S.
15-04-02	1740	A165/96	Morosos Empresarios Automoción (Prórroga)	A.S.
16-04-02	1650	r496/01	Christian Dior	R.A.A.
16-04-02	1649	r478/01	Confederación Hidrográfica del Júcar	R.A.A.
26-04-02	1652	r458/00	Consejería de Educación de Canarias	R.A.A.
29-04-02	1655	518/01	Internautas/Telefónica	E.S.
29-04-02	1741	A198/96	Morosos Administradores Fincas Barcelona-Lleida (Prórroga)	A.S.
29-04-02	1656	r465/01	Freixenet/Codorniu	R.A.A.
29-04-02	1742	A289/00	INSTALECTRA	A.S.

<i>Fecha</i>	<i>Núm.</i>	<i>Exped.</i>	<i>Referencia</i>	<i>Materia</i>
30-04-02	1657	519/01	Asoc. ETI/Colegios APIS	E.S.
10-05-02	1658	R501/01	Mutualidades/ASISA	R.A.A.
13-05-02	1659	R509/02V	UCE/Autopistas OF. 06/02 del Servicio	R.A.A.
21-05-02	1660	R484/01	Fábricas Celulosa	R.A.A.
23-05-02	1661	R489/01	REPSOL/CEPSA/BP	R.A.A.
24-05-02	1662	R490/01	Propiedad Inmobiliaria	R.A.A.
27-05-02	1665	R522/02V	Gas Castilla y León	R.A.A.
27-05-02	1664	R516/02V	Colegio de Abogados Vigo	R.A.A.
30-05-02	1666	521/01	Agentes Propiedad Inmobiliaria	E.S.
31-05-02	1665	R473/01V	Floristerías/Tanatorios	R.A.A.
31-05-02	1668	520/01	DISARED	E.S.
07-06-02	1743	395/97	Vacunas antigripales (Ejecución de Sentencia de la Audiencia Nacional)	E.S.
07-06-02	1714	r527/02v	Storage 2	R.A.A.
12-06-02	1688	538/02	Transportes Pamplona (Auto)	E.S.
12-06-02	1713	R466/01	Benetton	R.A.A.
12-06-02	1711	A208/97	Morosos Pequeños Electrodomésticos (Prórroga)	A.S.
12-06-02	1693	r485/01	Embarcaciones Recrero Lanzarote	R.A.A.
13-06-02	1676	A302/01	Registro de morosidad EXPERIAN	A.S.
14-06-02	1677	A19/90	Distribución Toshiba (Prórroga)	A.S.
17-06-02	1678	r510/02	Registradores de la Propiedad	R.A.A.
19-06-02	1712	r493/01	Centros Deportivos Castellón	R.A.A.
28-06-02	1744	404/97	Marmolistas Madrid (Ejecución de Sentencia de la Audiencia Nacional)	E.S.
08-07-02	1751	A305/01	Tarjetas Pago Iberia/Bancos (Auto sobre aclaración de Resolución)	A.S.
10-07-02	1708	A204/97	Morosos Materiales de Construcción (Prórroga)	A.S.
10-07-02	1679	A218/97	Morosos Publicidad Granada (Prórroga)	A.S.
11-07-02	1690	A193/96	Morosos Bombas Fluidos (Prórroga)	A.S.
11-07-02	1670	524/01	Fabricantes de Hormas	E.S.
16-07-02	1698	r518/02v	Fabricación Muebles Cocina	R.A.A.
16-07-02	1671	523/01	Repsol Baleares	E.S.
18-07-02	1715	A214/97	Morosos Alquiladores Maquinaria (Prórroga)	A.S.
18-07-02	1699	r523/02v	Forwarding/Ibertrade	R.A.A.
22-07-02	1706	A185/96	Morosos Asociación Española de Fabricantes de Tuberías Plásticas (ASETUB) (Prórroga)	A.S.

<i>Fecha</i>	<i>Núm.</i>	<i>Exped.</i>	<i>Referencia</i>	<i>Materia</i>
22-07-02	1697	r508/02v	Pepsi-Cola/Coca-Cola	R.A.A.
22-07-02	1672	438/98	Interflora (Resolución para Ejecución de Sentencia de la Audiencia Nacional)	E.S.
25-07-02	1680	A273/99	Distribución Selectiva Carolina Herrera (Modificación)	A.S.
26-07-02	1712	r493/01	Centros Deportivos Castellón	R.A.A.
09-09-02	1681	A298/01	Farmacéuticos Badajoz	A.S.
09-09-02	1704	327/93	RAI (Prórroga)	A.S.
15-09-02	1682	A304/01	Pagos por Móvil	A.S.
16-09-02	1683	A295/01	MAPFRE-CAJA MADRID	A.S.
19-09-02	1684	A316/02	Distribución Selectiva Breguet	A.S.
23-09-02	1702	r533/02v	Gas Natural Castilla y León	R.A.A.
27-09-02	1709	r511/02	Motor Aluche/Mutua Madrileña	R.A.A.
27-09-02	1696	r498/01	Visa/4B/American Express	R.A.A.
01-10-02	1703	R537/02	Ananpeoo/DIASA	R.A.A.
01-10-02	1694	r486/01	Empresas Mensajería	R.A.A.
04-10-02	1700	r525/02v	Manos Limpias-ASEPEYO	R.A.A.
07-10-02	1673	525/01	Mercasevilla/Pescados	E.S.
10-10-02	1674	526/01	Certificados de Defunción	E.S.
10-10-02	1701	r528/02v	Líneas Marítimas Estrecho	R.A.A.
14-10-02	1692	r474/01	Lapidería Funeraria	R.A.A.
18-10-02	1685	A225/97	Morosos Animales Compañía (Prórroga)	A.S.
21-10-02	1686	A227/97	Morosos AFONVI (Prórroga)	A.S.
21-10-02	1695	r497/01	Gases Licuados	R.A.A.
21-10-02	1675	527/01	REPSOL BUTANO	E.S.
22-10-02	1710	A121/95	Morosos Tintes Imprimir (Prórroga)	A.S.
22-10-02	1725	r507/01	Franquicia Cafés Jamaica	R.A.A.
31-10-02	1753	A323/02	Registro Morosos INFOTEL	A.S.
31-10-02	1691	A98/94	Morosos Materiales Aislantes (Prórroga)	A.S.
31-10-02	1689	A310/01	Reglamento Mediadores Seguros	A.S.
04-11-02	1705	A141/95	Morosos Báculos Alumbrado (Prórroga)	A.S.
12-11-02	1716	531/02	Intermediación Inmobiliaria	E.S.
13-11-02	1707	A210/97	Morosos ATFRIE (Prórroga)	A.S.
13-11-02	1739	R524/02	Funerarias Vigo	R.A.A.
14-11-02	1754	A7/90	UNESPA (Resolución Incidental de Ejecución de Sentencia)	R.A.A.
25-11-02	1717	A315/02	Morosos Artículos Deportivos	A.S.
26-11-02	1746	529/01	Administradores de Fincas	E.S.

<i>Fecha</i>	<i>Núm.</i>	<i>Exped.</i>	<i>Referencia</i>	<i>Materia</i>
27-11-02	1687	A297/01	VISA/4B/EURO 6000	A.S.
27-11-02	1755	r499/01	Colegio Notarial Cataluña	R.A.A.
29-11-02	1756	378/96	Asentadores de Pescado (Resolución incidental de ejecución de Sentencia)	E.S.
11-12-02	1726	A191/96	Morosos Fabricantes Automoción (Prórroga)	A.S.
12-12-02	1757	A140/95	MOROSOS ANFALUM (Prórroga)	A.S.
12-12-02	1720	41/92	N.R.G. Comunicaciones (Prórroga)	A.S.
13-12-02	1758	294/91	Aceites (Ejecución de Sentencias de Audiencia Nacional y Tribunal Supremo)	E.S.
18-12-02	1721	530/01	FAVI/NATURGAS	E.S.
19-12-02	1722	A319/02	Código Publicidad Tabaco	A.S.
19-12-02	1723	A299/01	Etiquetas Seguridad Febe	A.S.
19-12-02	1724	A327/02	Distribución selectiva relojes Glashütte	A.S.
20-12-02	1728	r526/02v	Spain Pharma/Smithkline	R.A.A.
20-12-02	1762	R503/01	Estaciones de Servicio	R.A.A.
20-12-02	1727	r519/02v	Alcaldía Lucena del Cid	R.A.A.

2. PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA

A. EXPEDIENTES SANCIONADORES

El número de expedientes sancionadores que ha resuelto el TDC en el año 2002 se ha mantenido muy cercano al de los dos años precedentes, con un leve aumento, pues se han resuelto 25 frente a los 24 del año anterior. Debe, por tanto, señalarse una tendencia a la estabilidad del número de expedientes.

Como en el año anterior, todos los expedientes sancionadores instruidos en el año 2002 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 500/00.

Fecha	Exped.	Conducta	Dec.	Multa 10.1 LDC	Multa 10.3 LDC
17-01-02	510/01 Denuncia	Artículo 81.1 del Tratado de la Unión Europea. Actividades tendentes a limitar las exportaciones paralelas.	N.E.		
17-01-02	512/01 Denuncia	Art. 1. Normativa que condiciona la restricción colegial a requisitos de control de las sociedades por arquitectos: restringe la competencia entre arquitectos y limita la creación de empresas de arquitectos capaces de competir en el mercado.	N.E.		
25-01-02	511/01	Art. 6. Abuso de posición de dominio por imponer el cobro a los productores fonográficos no integrados en AFYVE de cantidades notablemente más elevadas que a los pertenecientes a dicha Asociación en la utilización del mismo repertorio para la producción de fonogramas destinados a la venta al público y uso privado.	E.	125.000 €	
06-03-02	509/01	Art. 6. Establecimiento de privilegios a favor de una Escuela, en detrimento de la denunciante.	E.	3.000 €	
14-03-02	513/01	Art. 6. Negativa a ceder información (censo de usuarios) a los competidores en el mercado conexo del mercado principal que domina.	E.	300.000 €	
01-04-02	514/01	Art. 6. Implantación de un sistema de retribución a las agencias de viajes y de descuentos de fidelidad.	E.	700.000 €	
03-04-02	516/01	Art. 6. Imposición unilateral de sistema de facturación y pago: sistema que supone la constitución de un registro. Se solicitó autorización singular.	E.	No multa. Autorización singular sometida a requisitos	
29-04-02	518/01	Art. 6. Privilegiar temporalmente el acceso indirecto de su filial al bucle local e inducir a los clientes a preferir los servicios de su filial.	E.	900.000 €	
30-04-02	519/01	Art. 7. Publicación de anuncios que contienen informaciones falsas.	E.	75.000 €	

<i>Fecha</i>	<i>Exped.</i>	<i>Conducta</i>	<i>Dec.</i>	<i>Multa 10.1 LDC</i>	<i>Multa 10.3 LDC</i>
30-05-02	521/01	Art. Campaña de desprestigio.	E.	75.000 € a cada uno de los 6 Colegios infractores	
31-05-02	520/01	Art. 1. Contrato de distribución exclusiva de carburantes: cláusulas contrarias: duración, exclusiva, precios, derecho de inspección, prohibición de otras actividades.	E.	300.000 €	
07-06-02	395/97	Resolución incidental para ejecutar sentencia firme de la Audiencia Nacional.			
12-06-02	538/02	Art. 1. Acuerdo para el establecimiento de un sistema de pago con elementos de exclusividad.		Auto: TDC no admite a trámite el expediente y lo devuelve al Servicio	
28-06-02	404/97	Resolución incidental para exigir pago de multa impuesta por Resolución estimatoria firme que fue recurrida ante la Audiencia Nacional.			
11-07-02	524/01	Art. 1. Publicación de tarifas unificadas para los productos fabricados por empresas de una Asociación.	E.	40.000 €	
16-07-02	523/01	Art. 1. Fijación de precios de venta. Prácticas ya imputadas en expediente anterior.	N.E.		
22-07-02	438/98	Resolución para ejecutar Sentencia firme de la Audiencia Nacional que estima parcialmente Resolución del Tribunal.			
07-10-02	525/01	Art. 6. Imposición de condiciones comerciales y de servicios y fijación de precios (comisión por el adelanto del pago) a los mayoristas.	E.	12.000 €	
10-10-02	526/01	Art. 6. Distribución y venta de certificados médicos oficiales a un precio superior al establecido por la Organización Médica Colegial.	E.	12.020 € a cada uno de los 16 Colegios y 6.010 € al de Girona	
21-10-02	527/01	Art. 1. Contrato de franquicia con cláusula de prohibición de suministro de productos equivalentes. Cláusula negra.	E.	1.200.000 € + 300.000 €	

Fecha	Exped.	Conducta	Dec.	Multa 10.1 LDC	Multa 10.3 LDC
12-11-02	531/02	Art. 7. Actos de desprestigio contra los competidores.	E.	75.000 € a 2 Colegios y 50.000 € a cada uno de los otros 6 Colegios	
26-11-02	529/01	Actos de publicidad engañosa y denigratoria.	E.	No multa	
29-11-02	378/96	Resolución incidental para ejecutar sentencia firme de la Audiencia Nacional.			
13-12-02	294/91	Resolución para ejecutar sentencia firme de la Audiencia Nacional.			
18-12-02	530/01	Art. 6. Realización de campaña publicitaria que ofrecía a los usuarios el servicio de revisión obligatoria y de inspección a precios inferiores a los del mercado.	N.E.		

El análisis de estas resoluciones de expedientes sancionadores puede sintetizarse en las siguientes consideraciones:

Si en los años anteriores los expedientes iniciados de oficio eran claramente minoritarios (aproximadamente, un 16 por ciento de los expedientes sancionadores), en el año 2002 todos los expedientes sancionadores tienen origen en una denuncia.

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 25 resoluciones (de las cuales cinco son resoluciones incidentales para la ejecución de sentencia y una es un auto de no admisión a trámite de un expediente informado negativamente por el SDC) se considera en cuatro que no existe acreditación.

En cuanto a las multas, cabe señalar, por segundo año consecutivo, 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 €
2002	5.053.330 €		5.053.330 €

B. MEDIDAS CAUTELARES

El año 2002 vuelve a confirmar también la estabilización en este capítulo, si bien aumentan de una a dos las resoluciones sobre medidas cautelares.

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>
04-03-02	MC33/01	Software de información sanitaria	Se acuerda excluir a SIGESA de la obligación de cumplir las medidas cautelares dictadas en 2001	
21-03-02	MC34/02	Mayoristas distribuidores de especialidades farmacéuticas	Acuerda la no procedencia de las medidas cautelares propuestas por el servicio	

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 2002 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):

Año	RES. FINAL	SOL. PRO.	MOD. AUT.	REV.
1997	39	2	9	1
1998	17	5	5	1
1999	23	19		
2000	16	17	2	
2001	9	9	2	
2002	21	21	1	

Es patente el importante aumento del número de expedientes resueltos concernientes a autorizaciones singulares. Sin embargo, una gran parte de ellos son relativos a registros de morosos.

a) *Resolución final sobre primera solicitud*

El TDC ha dictado, en el año 2002, 21 resoluciones finales en expedientes de autorización singular. A estas resoluciones hay que añadir un auto sobre aclaración de resolución, de 8 de julio de 2002, expediente A 305/01, que aclara que la autorización singular concedida mediante resolución de 9 de enero de 2002 es para un período de cinco años.

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.

Fecha	Exped.	Conducta	Decisión	Límite temporal
09-01-02	A305/01	Constitución de una empresa común para la emisión y comercialización de medios de pago y de determinadas tarjetas de pago.	Autorización.	5 años
28-01-02	A311/01	Registro de morosos.	Autorización.	5 años
01-03-02	A309/01	Elaboración de un plan de recogida de datos agregados relativo a los precios y volúmenes de leche comercializados por comunidades autónomas.	No procede la autorización por no estar el acuerdo incurso en el art. 1.1 LDC.	

<i>Fecha</i>	<i>Exped.</i>	<i>Conducta</i>	<i>Decisión</i>	<i>Límite temporal</i>
05-03-02	A306/01	Constitución de una empresa en participación para la comercialización de aceite de oliva con el fin de evitar el hundimiento del precio de este producto.	No autorizar. Intimación al cese de la práctica.	5 años
01-04-02	A303/01	Registro de morosos.	Autorización.	5 años
03-04-02	516/01	Sistema informático para la gestión de la facturación y cobro.	Autorización.	5 años
09-04-02	A296/01	Elaboración y publicación de un anuario del sector videográfico español.	Autorización.	3 años
11-04-02	A291/01	Acuerdo para el establecimiento de las tasas de intercambio a aplicar entre las entidades de crédito que forman parte de VISA ESPAÑA en las operaciones de pago mediante tarjeta.	Aceptar el desistimiento de VISA ESPAÑA. Interesar al SDC la instrucción de un E.S.	
29-04-02	A289/00	Acuerdo de la Asociación de Empresarios para dar publicidad de una tarifa orientativa de precios de los servicios de reparación de electrodomésticos.	No autorizar.	
13-06-02	A302/01	Registro de morosos.	Autorización.	5 años
09-09-02	A298/01	Código deontológico aplicable a la actuación profesional de los colegios de la provincia.	No procede la autorización por no estar el acuerdo incurso en el art. 1.1 LDC.	
15-09-02	A304/01	Creación de un estándar técnico común para la activación de los medios de pago a través de la telefonía móvil y pacto de precios de referencia para los operadores de telefonía móvil.	Autorización.	5 años (estándar técnico) 1 año (acuerdo sobre precios)
16-09-02	A295/01	Acuerdo marco regulador de la alianza empresarial estratégica de ambas entidades.	Autorización.	5 años
19-09-02	A316/02	Contrato tipo de distribución selectiva en el mercado español de relojes Breguet.	Autorización.	5 años

<i>Fecha</i>	<i>Exped.</i>	<i>Conducta</i>	<i>Decisión</i>	<i>Límite temporal</i>
31-10-02	A323/02	Registro de morosos.	Autorización.	5 años
31-10-02	A310/01	Reglamento de actuación de los mediadores de seguros titulados expertos en peritación judicial.	No procede la autorización por no estar el acuerdo incurso en el art. 1.1 LDC.	
25-11-02	A315/02	Registro de morosos.	Autorización.	5 años
27-11-02	A297/01	Acuerdo de cooperación para la prevención y represión del fraude en operaciones de pago mediante tarjeta.	No autorizar.	
19-12-02	A319/02	Código de autorregulación de la publicidad de los productos del tabaco en España.	Autorización.	5 años
19-12-02	A299/01	Recomendación no vinculante a los asociados de la Federación a fin de que no atiendan las peticiones de las empresas de distribución sobre incorporación en origen de las etiquetas de seguridad en las botellas.	No autorizar.	
19-12-02	A327/02	Contrato tipo de distribución selectiva en el mercado español de relojes Glashütte.	Autorización.	5 años

Como en el ejercicio anterior, los registros de morosos ya no constituyen la principal materia sobre la que versan las resoluciones autorizatorias del TDC. Este año existe una mayor diversidad de materias planteadas, destacando el sometimiento al TDC de diversas conductas no susceptibles de autorización.

En el caso de las autorizaciones otorgadas, en casi todos los casos 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 2002 marcan un claro cambio de signo frente a la tendencia a la baja de los expedientes resueltos de los años anteriores. 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).

Año	AUT.	N. AUT.	DES.	N. LDC	EXP. SAN.
1997	28	4	1	5	1
1998	10	2	1	4	
1999	16	3	3	1	
2000	9	2		5	
2001	6		1	2	
2002	13	4	1	3	

Estos datos determinados en porcentaje ofrecen los siguientes resultados:

Año	AUT.	N. AUT.	DES.	N. LDC	EXP. SAN.
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	
2002	61,90	19,05	4,76	14,29	

b) *Solicitud de prórroga*

El TDC ha dictado un número importante de resoluciones relativas a solicitudes de prórroga de autorizaciones en su día otorgadas. El incremento de las solicitudes de prórrogas es cuantitativamente equivalente al de nuevas autorizaciones. En concreto, ha dictado, en 2002, 21 resoluciones, que en su casi totalidad versan sobre registros de morosos (17 de las 21 resoluciones dictadas). 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. En todos los casos el TDC ha concedido la prórroga, siempre para un plazo de cinco años, excepto en un caso que lo ha hecho sólo para seis meses.

<i>Fecha</i>	<i>Exped.</i>	<i>Conducta</i>	<i>Decisión</i>	<i>Límite temporal</i>
23-01-02	A190/96	Registro de morosos.	Prórroga.	5 años
08-02-02	31/92	Contrato-tipo de distribución selectiva de maquinaria de jardinería.	Prórroga.	5 años
15-04-02	A165/96	Registro de morosos.	Prórroga.	5 años
29-04-02	A198/96	Registro de morosos.	Prórroga.	5 años
12-06-02	A208/97	Registro de morosos.	Prórroga.	5 años
14-06-02	A19/90	Contrato-tipo de distribución autorizada de productos informáticos.	Prórroga.	5 años
10-07-02	A218/97	Registro de morosos.	Prórroga.	5 años
10-07-02	A204/97	Registro de morosos.	Prórroga.	5 años
11-07-02	A193/96	Registro de morosos.	Prórroga.	5 años
18-07-02	A214/97	Registro de morosos.	Prórroga.	5 años
22-07-02	A185/96	Registro de morosos.	Prórroga.	5 años
09-09-02	327/93	Registro de Aceptaciones Impagadas.	Prórroga.	6 meses
18-10-02	A225/97	Registro de morosos.	Prórroga.	5 años
21-10-02	A227/97	Registro de morosos.	Prórroga.	5 años
22-10-02	A121/95	Registro de morosos.	Prórroga.	5 años
31-10-02	A98/94	Registro de morosos.	Prórroga.	5 años
04-11-02	A141/95	Registro de morosos.	Prórroga.	5 años
13-11-02	A210/97	Registro de morosos.	Prórroga.	5 años
11-12-02	A191/96	Registro de morosos.	Prórroga.	5 años
12-12-02	41/92	Contrato tipo de distribución de productos de ofimática.	Prórroga.	5 años
12-12-02	A140/95	Registro de morosos.	Prórroga.	5 años

c) *Modificación de autorizaciones anteriormente otorgadas*

Fecha	Exped.	Conducta	Decisión	Límite temporal
25-7-02	A 273/99	Contrato-tipo de distribución selectiva de productos cosméticos de la marca Carolina Herrera. Incorporación al expediente de un «Anexo Internet» que tiene por objeto que los distribuidores autorizados que deseen desarrollar la oferta de los productos vía Internet puedan llevarla a cabo siempre respetando determinadas condiciones.	Autorización.	

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, si bien con un sensible repunte este año. Este repunte debe ser matizado si se tiene en cuenta que de los 41 recursos contra actos del SDC y diversos R.A.A. sólo 28 son relativos a acuerdos de archivo.

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

Las resoluciones de recursos contra el archivo de actuaciones son 28 en el ejercicio 2002, de las cuales 26 son resoluciones finales mientras que las dos restantes ordenan el desarchivo del expediente. 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>
21-01-02	r457/00	Supuesta venta a pérdida por área de servicio abanderada de la empresa petrolífera Meroil.	Desestimación.
01-02-02	r495/01	Facturación del servicio «Correo Urgente Internacional» sin repercutir al usuario el IVA correspondiente.	Desestimación.
21-02-02	r494/01	Realización de actividades supuestamente incompatibles con la condición de organismo de control autorizado para la inspección de maquinaria.	Desestimación.
07-03-02	r481/01	No sometimiento a concurso público del contrato de adjudicación de las obras del trasvase de Picadas a Toledo que discurren por la CA de Madrid.	Desestimación.
21-03-02	r311/98	Concesión gratuita de suelo para la construcción de viviendas de protección oficial en régimen especial para su venta a una sociedad de cuyo capital social es propietario único el Gobierno Autónomo de Canarias.	Resolución para ejecución de Sentencia estimatoria de recurso contra resolución del TDC de archivo. Se ordena al SDC el desarchivo.
01-04-02	r472/01	Remisión de cartas y publicación de anuncios en la prensa de contenido presuntamente desleal (sector inmobiliario).	Estimación parcial.
10-04-02	r500/01	Cooperativas ganaderas que presuntamente actúan como establecimientos detallistas abiertos al público en general, a pesar de estar sólo capacitadas para dispensar medicamentos a sus asociados.	Desestimación.
16-04-02	r496/01	Presunta negativa de suministro de artículos textiles de la marca CHRISTIAN DIOR.	Desestimación.
16-04-02	r478/01	Exclusión por la Confederación Hidrográfica del Tajo de profesionales legalmente capacitados del acceso a la elaboración de proyectos para la construcción de una planta de compostaje.	Desestimación.
26-04-02	r458/00	Implantar unilateralmente y obligar al uso de programas informáticos en los centros de enseñanza dependientes de la Consejería de Educación del Gobierno de Canarias.	Desestimación.
29-04-02	r465/01	CODORNIU denuncia a FREIXENET por presunta comercialización de botellas de cava que incumplen la normativa legal.	Desestimación.
10-05-02	r501/01	Acuerdos de diversas mutualidades en relación a los servicios de odontología que presuntamente infringen los arts. 1 y 6 LDC.	Desestimación.

<i>Fecha</i>	<i>Exped.</i>	<i>Conducta</i>	<i>Decisión</i>
21-05-02	r484/01	Establecimiento, desde una posición de dominio de demanda, de precios para la madera de eucalipto que no se corresponden con la evolución del precio en el mercado de la pasta de celulosa.	Estimación parcial.
23-05-02	r489/01	Reducción de la diferencia entre los precios del gasóleo en estación de servicio y los aplicados a los suministros a instalaciones de las empresas de transporte.	Desestimación.
24-05-02	r490/01	Publicación de anuncios y declaraciones en la prensa de contenido presuntamente desleal (sector inmobiliario).	Desestimación.
27-05-02	R516/02V	Publicación de declaraciones del Colegio de Abogados de Vigo que la demandante considera que atentan contra la libre competencia.	Desestimación.
12-06-02	r485/01	Venta a pérdida de cursos de preparación básica del título de Patrón de Embarcaciones de Recreo.	Estimación.
17-06-02	r510/02	Prohibición del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de que cualquier Registrador califique los documentos que han de inscribirse por ley en el Registro de otra plaza.	Desestimación
19-06-02	r493/01	Ofrecer cursos de aeróbic en instalaciones públicas a precios supuestamente predatorios instrumentados mediante tasas y en horarios similares a los practicados por centros deportivos privados del mismo municipio.	Estimación parcial.
26-07-02	r493/01	Ofrecer cursos de aeróbic en instalaciones públicas a precios supuestamente predatorios instrumentados mediante tasas y en horarios similares a los practicados por centros deportivos privados del mismo municipio.	Se declara que no procede la petición de aclaración de la Resolución TDC de 19-06-03.
27-09-02	r511/02	Conductas presuntamente prohibidas de la Mutua Madrileña de Automovilistas.	Aceptación del desistimiento.
27-09-02	r498/01	Presuntas prácticas anticompetitivas en relación con las diversas tasas aplicadas al uso de tarjetas de crédito.	Desestimación.
01-10-02	r486/01	Establecimiento por la Embajada de EEUU en España de listas cerradas de agencias de mensajería.	Desestimación.
14-10-02	r474/01	Supuestas prácticas desleales contrarias a la competencia por vender sus productos, la asociación Nacional de Marmolistas del Arte Funerario y Afines, a precios predatorios.	Desestimación.

<i>Fecha</i>	<i>Exped.</i>	<i>Conducta</i>	<i>Decisión</i>
21-10-02	r497/01	Ofrecer a los miembros de la Asociación de Empresas Distribuidoras de Gases Licuados del Petróleo servicios en materia de seguridad en el transporte de gases licuados a precios por debajo del coste.	Desestimación.
22-10-02	r507/01	Imposición contractual abusiva de un proveedor que suministra café y otros productos a más elevado precio y menor calidad a los franquiciados de la cadena.	Desestimación.
14-11-02	A7/90	Presuntas prácticas restrictivas de la Asociación de Anestesiólogos y Reanimadores Valencianos, consistentes en solicitar del Colegio de Médicos de Valencia la aprobación de unos honorarios mínimos.	Resolución para ejecución de Sentencia estimatoria de recurso contra resolución del TDC de archivo. Se ordena al SDC el desarchivo.
27-11-02	r499/01	Notario denuncia a la Junta Directiva del Ilustre Colegio de Notarios de Cataluña por incoación de un expediente sancionador.	Desestimación.

A continuación se puede apreciar respecto a los tres ejercicios anteriores el número de expedientes en los distintos tipos de resoluciones: desestimación del recurso (N. EST.); estimación del recurso (EST.), declaración de inadmisibilidad (INAD.); y desistimiento del recurrente (DES.):

<i>Año</i>	<i>N. EST.</i>	<i>EST.</i>	<i>INAD.</i>	<i>DES.</i>
1997	41	14	7	2
1998	39	8	1	
1999	32	6	1	1
2000	40	3	2	
2001	16	9		1
2002	20	6	1	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	

<i>Año</i>	<i>N. EST.</i>	<i>EST.</i>	<i>INAD.</i>	<i>DES.</i>
1999	80	15	2,5	2,5
2000	88,88	6,66	4,44	
2001	61,54	34,61		3,85
2002	71,42	21,42	3,58	3,58

En un porcentaje más elevado todavía que en el ejercicio anterior, el TDC desestima el recurso y mantiene el mismo criterio que el SDC.

B. RECURSOS CONTRA EL SOBRESEIMIENTO DE EXPEDIENTES

En el año 2002, con ocho resoluciones, se vuelve a disminuir la cifra de los dos años anteriores, igualando la estadística de 1999.

A continuación se relacionan estas resoluciones con indicación de su fecha, el número de expediente, la conducta cuestionada y la decisión del TDC:

<i>Fecha</i>	<i>Exped.</i>	<i>Conducta</i>	<i>Decisión</i>
21-01-02	R450/00	Presunta concertación de las empresas editoras de LA VANGUARDIA y EL PERIÓDICO para limitar la distribución de sus publicaciones.	Desestimación.
14-03-02	R451/00	Presunto abuso de posición de dominio de AENA en el desarrollo de actividades comerciales en los aeropuertos.	Desestimación.
21-03-02	R502/01	Distribución y venta de los certificados médicos oficiales por determinados Colegios Médicos a precio superior al establecido por la Organización Médica Colegial.	Desestimación.
03-04-02	R483/01	Normas de exclusión de establecimientos considerados fraudulentos en sus relaciones derivadas del uso de tarjetas de crédito.	Desestimación.
12-06-02	R466/01	Fijación de precios y condiciones comerciales, así como limitación o control de la distribución para los productos de la marca BENETTON.	Desestimación.
01-10-02	R537/02	Presuntas prácticas anticompetitivas por empresa distribuidores de productos de alimentación.	Recurso extemporáneo.

<i>Fecha</i>	<i>Exped.</i>	<i>Conducta</i>	<i>Decisión</i>
13-11-02	R524/02	Presuntas conductas de desprestigio por la Empresa Mixta de Servicios Mortuorios de Vigo que ostenta una posición de dominio.	Desestimación.
20-12-02	R503/01	Aplicación por diversas empresas petrolíferas, de forma simultánea y de modo temporalmente uniforme, de precios iguales para todos sus respectivos carburantes distribuidos en estaciones de servicio.	Declarar la caducidad del expediente.

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
2002	6		2	

Estos datos corresponden a los siguientes porcentajes:

<i>Año</i>	<i>N. EST.</i>	<i>EST.</i>	<i>INAD.</i>	<i>DES.</i>
1997	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
2002	75		25	

Cabe advertir que el porcentaje de recursos estimados por el TDC es nulo.

4. CONCENTRACIONES

Se indican a continuación los siste casos en que, durante el año 2002, el TDC ha emitido dictamen respecto de una operación de concentración.

<i>Exped.</i>	<i>Partes</i>	<i>Dictamen</i>
C69/02	Logista/Burgal	Con condiciones.
C70/02	Caprabo/Enaco	Con condiciones.
C71/02	IER	No oposición.
C72/02	Dana Automoción, S. A./Gkn Ayra Cardan, S. A.	No oposición.
C73/02	Deloitte/Andersen	No oposición.
C74/02	Sogecable/Vía Digital	Con condiciones.
C75/02	Acciona/Trasmediterránea	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
2002		4	3	7

AUDIENCIA NACIONAL

La Sección Sexta de la Audiencia Nacional, que conoce de los recursos contencioso-administrativos interpuestos contra las resoluciones del TDC, ha dictado 46 sentencias en 2002. Esta cifra supone un leve descenso respecto al ejercicio precedente (49 sentencias en 2001), pero todavía claramente por encima de las estadísticas de los últimos años del siglo pasado (en 1998, 31 sentencias; en 1999, 18 sentencias, y en 2000, 33 sentencias).

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>
10-01-2002	12-06-1998 Desestimación del recurso contra el acuerdo del sdc de sobreseimiento parcial	Supuesto abuso de posición de dominio denunciado por Antena 3 contra diversas cadenas de televisión, derivado de la existencia de financiación mixta y de la existencia de desdoblamientos de las señales de las televisiones autonómicas.	Confirma Res. TDC
10-01-2002	10-07-1997 Expediente sancionador	Aceptación de la calificación del TDC sobre ilegalidad del mecanismo de fijación de precios y el sistema de reparto de mercados de la Asociación de Desmotadoras, que recurre únicamente la cuantía de la multa invocando buena fe e incorrecta cuantificación de la misma.	Confirma Res. TDC
11-01-2002	23-02-2000 Desestimación del recurso contra el acuerdo del sdc de archivo	Supuesta fijación de precios de los carburantes por parte de los grandes operadores del mercado y supuesto abuso de posición de dominio en cuanto a la recomendación de precios	Confirma Res. TDC
16-01-2002	30-09-1998 11-11-1998 Expediente sancionador	Resolución que aprecia una concertación de precios por varias empresas farmacéuticas y resolución posterior para corregir error material en cuanto a cifra de negocios. Se solicita la nulidad de la segunda resolución, se invoca la inexistencia de concertación y, subsidiariamente, que la multa es desproporcionada.	Estima parcialmente el recurso: se confirma la primera Res. TDC y se anula la segunda

<i>Fecha</i>	<i>Resolución TDC</i>	<i>Materia</i>	<i>Decisión</i>
22-01-2002	01-04-1998 Desestimación del recurso contra el acuerdo del SDC de sobreseimiento parcial	Supuesta práctica restrictiva consistente en fijación de precios en contratos de suministro exclusivo bajo la forma de comisión mercantil y de contrato de suministro exclusivo con empresarios independientes, ambos suscritos por estaciones de servicio con CEPSA.	Inadmisibilidad del recurso en cuanto a pretensión de nulidad de los contratos. Se desestima íntegramente en cuanto a los contratos en régimen de comisión. Se estima parcialmente en cuanto a los contratos de compra exclusiva, ordenando el desarchivo de la denuncia
25-01-2002	25-05-1999 Expediente sancionador	Abuso de posición de dominio del Cementerio Jardín de Alcalá de Henares por imponer precios no equitativos. Actor considera mala determinación del mercado relevante y diferencia de precios justificada.	Confirma Res. TDC
25-01-2002	03-06-1997 Expediente sancionador	Práctica de varias industrias lácteas consistente en elaborar y difundir una recomendación de precios. La actora fue exculpada por el TDC que sólo la sanciona por haber hecho una recomendación posterior, hecho que no le había sido imputado por el SDC en la instrucción.	Confirma Res. TDC
28-01-2002	31-03-1998 Expediente sancionador	Publicación y difusión entre los colegiados (Colegio de Arquitectos de Canarias) de un cuadro de precios de referencia y determinación de honorarios.	Confirma Res. TDC
31-01-2002	03-06-1997 Expediente sancionador	48 empresas agrícolas acuerdan precios base e idénticas bonificaciones y penalizaciones por calidad de leche en las compras de leche de vaca realizadas con los ganaderos. Recurso de una de las empresas.	Confirma Res. TDC
12-02-2002	03-06-1997 Expediente sancionador	48 empresas agrícolas acuerdan precios base e idénticas bonificaciones y penalizaciones por calidad de leche en las compras de leche de vaca realizadas con los ganaderos. Recurso de una de las empresas.	Confirma Res. TDC
12-02-2002	03-06-1997 Expediente sancionador	48 empresas agrícolas acuerdan precios base e idénticas bonificaciones y penalizaciones por calidad de leche en las compras de leche de vaca realizadas con los ganaderos. Recurso de una de las empresas.	Confirma Res. TDC
04-03-2002	10-06-1997 Expediente sancionador	21 empresas de la Asociación de desmotadoras de algodón acuerdan un mecanismo de fijación de precios máximos. Denegación de autorización. Recurso de una de las empresas.	Confirma Res. TDC
13-03-2002	10-09-1998 Expediente sancionador	Concertación de precios de las vacunas antigripales con las que se concurría a los concursos convocados por el Servicio Andaluz de la Salud.	Confirma Res. TDC

<i>Fecha</i>	<i>Resolución TDC</i>	<i>Materia</i>	<i>Decisión</i>
20-03-2002	13-07-1998 Expediente sancionador	Acuerdo de la Asociación Española de Cajas Rurales de respeto del ámbito territorial originario de cada Caja.	Confirma Res. TDC
21-03-2002	10-06-1997 Expediente sancionador	21 empresas de la Asociación de desmotadoras de algodón acuerdan un mecanismo de fijación de precios máximos. Denegación de autorización. Recurso de varias de las empresas.	Confirma Res. TDC
22-03-2002	19-11-1998 Expediente sancionador	Publicación de anuncio con informaciones inexactas sobre las facultades de intermediarios inmobiliarios.	Confirma Res. TDC
04-04-2002	16-11-1998 Archivo	Archivo parcial de las actuaciones en relación con supuestas prácticas restrictivas por AENA y ALDEASA en las concesiones de tiendas en aeropuertos.	Confirma Res. TDC
12-04-2002	19-11-1998 Expediente sancionador	Recomendación a los API de no contratar sus servicios con otros intermediarios profesionales y publicación de anuncios por los Colegios con informaciones inexactas	Confirma Res. TDC
19-04-2002	03-06-1997 Expediente sancionador	48 empresas agrícolas acuerdan precios base e idénticas bonificaciones y penalizaciones por calidad de leche en las compras de leche de vaca realizadas con los ganaderos. Recurso de una de las empresas.	Confirma Res. TDC
26-04-2002	03-06-1999 Expediente sancionador	No acreditación de discriminación para la instalación de transformadores eléctricos de media y baja tensión.	Confirma Res. TDC
29-04-2002	26-03-1999 Expediente sancionador	Abuso de posición de dominio: negativa injustificada de suministro de energía eléctrica.	Confirma Res. TDC
29-04-2002	29-09-1999 Expediente sancionador	Abuso de posición de dominio: negativa injustificada de suministro de energía eléctrica.	Confirma Res. TDC
29-04-2002	03-12-1999 Expediente sancionador	Elaboración y difusión de una recomendación colectiva a las estaciones de servicios de rechazo de las comisiones propuestas por las empresas petrolíferas.	Confirma Res. TDC
06-05-2002	30-09-1998 Expediente sancionador	Concertación de precios de las vacunas antigripales con las que se concurría a los concursos convocados por el Servicio Andaluz de la Salud.	Confirma Res. TDC
08-05-2002	21-01-1999 Expediente sancionador	Abuso de posición de dominio: imposición de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, de exclusividad y de vinculación de servicios.	Confirma parcialmente Res. TDC (anulación extremo sobre multa)
14-05-2002	29-07-1999 Expediente sancionador	Presuntas conductas que implican competencia desleal en el transporte sanitario. No se acreditan.	Confirma Res. TDC
20-05-2002	03-06-1997 Expediente sancionador	48 empresas agrícolas acuerdan precios base e idénticas bonificaciones y penalizaciones por calidad de leche en las compras de leche de vaca realizadas con los ganaderos. Recurso de una de las empresas.	Confirma Res. TDC
30-05-2002	03-06-1997 Expediente sancionador	48 empresas agrícolas acuerdan precios base e idénticas bonificaciones y penalizaciones por calidad de leche en las compras de leche de vaca realizadas con los ganaderos. Recurso de una de las empresas.	Confirma Res. TDC

<i>Fecha</i>	<i>Resolución TDC</i>	<i>Materia</i>	<i>Decisión</i>
03-06-2002	29-01-1997 Expediente sancionador	Presuntas prácticas prohibidas de los fabricantes de automóviles en relación con las placas de matrículas que han de adquirir los concesionarios. No hay conductas tipificadas.	Confirma Res. TDC
06-06-2002	03-06-1997 Expediente sancionador	48 empresas agrícolas acuerdan precios base e idénticas bonificaciones y penalizaciones por calidad de leche en las compras de leche de vaca realizadas con los ganaderos. Recurso de una de las empresas.	Confirma Res. TDC
12-06-2002	14-06-1999 Auto revocando archivo	Presuntas conductas tendentes a impedir las importaciones paralelas de productos parafarmacéuticos.	Confirma Auto TDC
21-06-2002	19-11-1999 Expediente sancionador	Abuso de posición de dominio de Colegio oficial de arquitectos consistente en la negativa de visado en tanto no se afianzara el pago de honorarios a un profesional anterior.	Confirma parcialmente Res. TDC (anulación extremo sobre multa)
01-07-2002	30-09-1998 11-11-1998 Expediente sancionador	Concertación de precios de las vacunas antigripales con las que se concurría a los concursos convocados por el Servicio Andaluz de la Salud. Recurso de una de las empresas.	Confirma Res. TDC 30-09-1998 Anula Res. TDC 11-11-1998 (corr. err. multa)
04-07-2002	15-04-1999 Expediente sancionador	Concertación de precios de venta del azúcar para usos industriales. Recurso de una de las empresas.	Confirma Res. TDC
08-07-2002	18-02-1999 Expediente sancionador	Cierre durante dos días de casi la mitad de los puntos de venta de Segovia. Conducta no constitutiva de infracción.	Confirma Res. TDC
08-07-2002	4-03-1999 Expediente sancionador	Recomendación del Consejo General del Notariado para la inclusión en el mecanismo compensatorio de honorarios de las escrituras otorgadas por entidades financieras. Conducta no constitutiva de infracción.	Confirma Res. TDC
12-09-2002	30-09-1998 Expediente sancionador	Concertación de precios de las vacunas antigripales con las que se concurría a los concursos convocados por el Servicio Andaluz de la Salud. Recurso de una de las empresas.	Confirma Res. TDC
13-09-2002	15-04-1999 Expediente sancionador	Concertación de precios de venta del azúcar para usos industriales. Recurso de una de las empresas.	Confirma Res. TDC
02-10-2002	7-07-1999 Expediente sancionador	Abuso de posición de dominio consistente en la denegación de ampliación de potencia eléctrica.	Confirma Res. TDC
09-10-2002	5-05-1999 Expediente sancionador	Abuso de posición dominante consistente en ofrecer regalos a los abonados de la empresa suministradora de electricidad competidora que cambiasen de compañía a su favor.	Confirma Res. TDC
09-10-2002	7-05-1999 Sobrescimito	Presunta competencia desleal de RENFE por venta a precios por debajo de su coste.	Confirma Res. TDC
23-10-2002	13-07-1998 Archivo	Presunta competencia desleal de la Universidad Politécnica de Valencia por contratación de proyectos y dirección de obras.	Confirma Res. TDC
20-11-2002	25-10-1999 Expediente sancionador	Reparto de mercado de empresas distribuidoras de electricidad.	Confirma Res. TDC

<i>Fecha</i>	<i>Resolución TDC</i>	<i>Materia</i>	<i>Decisión</i>
27-11-2002	22-07-1999 Expediente sancionador	Prácticas restrictivas por parte de la Unión de Criadores de Lidia: imposición de obligaciones vinculadas y de no venta.	Confirma parcialmente Res. TDC (anulación extremo multa para separar sanción a cada infracción)
04-12-2002	21-06-1999 Sobreseimiento	Presunta competencia desleal derivada de la utilización de uva prohibida para la producción de cava.	Confirma Res. TDC
12-12-2002	11-12-1998 Expediente sancionador	Fijación del precio de venta al público de los alimentos dietéticos infantiles.	Confirma parcialmente Res. TDC (anulación de la identificación del expediente con el nombre de Sandoz)

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 nuevo aumento de la importancia relativa de las sentencias que confirman la resolución dictada por el TDC, pues de las 46 sentencias 40 son confirmatorias. Las seis restantes se reparten en una sentencia de inadmisibilidad del recurso y seis de estimación parcial, la mayoría de ellas en relación al 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:

	2002		2001		2000		1999		1998	
	<i>Núm.</i>	<i>%</i>	<i>Núm.</i>	<i>%</i>	<i>Núm.</i>	<i>%</i>	<i>Núm.</i>	<i>%</i>	<i>Núm.</i>	<i>%</i>
Confirma Res. TDC	40	86,70	42	85,7	22	66,7	16	89,0	25	80,7
Confirma parcialmente Res. TDC	6	13,00	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	1	0,03	2	4,1	—	—	1	5,5	1	3,2

TRIBUNAL SUPREMO

Se hacen constar a continuación las Sentencias del Tribunal Supremo en las que se invoca o aplica el Derecho de la competencia. Como en los años anteriores la mayoría de las decisiones han sido dictadas por la Sala de lo Contencioso-administrativo en resolución de recursos contra sentencias o autos de la Audiencia Nacional dictadas a su vez en vía de recurso contra actos administrativos en la materia. El número de decisiones de la Sala de lo Civil disminuye de cinco a tres.

1. SENTENCIAS DICTADAS POR LA SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

<i>Fecha</i>	<i>Resolución</i>	<i>Materia</i>	<i>Decisión</i>
Auto 25-01-2002	Recurso de casación contra sentencia de la Audiencia Nacional.	Auto que resuelve la concurrencia de causa de inadmisibilidad del recurso consistente en el valor insuficiente de la pretensión (valor calculado a partir importe de la multa impuesta en la Resolución del TDC).	Inadmisión del recurso de casación.
Auto 18-02-2002	Recurso de casación contra sentencia de la Audiencia Nacional.	Auto que resuelve la concurrencia de causa de inadmisibilidad del recurso consistente en el valor insuficiente de la pretensión (valor calculado a partir importe de la multa impuesta en la Resolución del TDC).	Inadmisión del recurso de casación.
Sentencia 08-03-2002	Recurso de casación contra sentencia de la Audiencia Nacional.	Recurso interpuesto por las siete sociedades del sector oleícola declaradas autoras de una conducta prohibida en materia de competencia contra sentencia de la Audiencia Nacional desestimatoria del recurso.	Desestimación del recurso de casación.
Sentencia 08-03-2002	Recurso de casación contra sentencia de la Audiencia Nacional.	Recurso interpuesto por dos sociedades del sector oleícola declaradas autoras de una conducta prohibida en materia de competencia contra sentencia de la Audiencia Nacional desestimatoria del recurso.	Estimación del recurso de casación y desestimación del recurso contencioso-administrativo.
Sentencia 25-03-2002	Recurso de casación contra auto de la Audiencia Nacional.	Recurso interpuesto por el Abogado del Estado contra el auto que decreta la suspensión de la resolución del TDC en cuanto a la publicación de la resolución.	Desestimación del recurso de casación.
Auto 15-04-2002	Recurso de queja contra auto de la Audiencia Nacional	Auto que acuerda no haber lugar a tener por preparado el recurso de casación contra auto de suspensión de resolución del TDC.	Estimación del recurso de queja.

<i>Fecha</i>	<i>Resolución</i>	<i>Materia</i>	<i>Decisión</i>
Sentencia 22-04-2002	Recurso de casación contra sentencia de la Audiencia Nacional.	Recurso interpuesto por el Ad. Gral. del Estado contra sentencia estimatoria del recurso interpuesto por Telefónica contra resolución del TDC que declaraba acreditado un abuso de posición dominante.	Desestimación del recurso de casación.
Sentencia 22-04-2002	Recurso de casación contra auto de la Audiencia Nacional.	Recurso interpuesto por Telefónica contra auto de medidas cautelares que acordaba la suspensión de la resolución condenatoria del TDC (recurrida ante la Audiencia Nacional) condicionada a la presentación de una caución.	Desestimación del recurso de casación.
Sentencia 24-04-2002	Recurso de casación contra auto de la Audiencia Nacional.	Recurso contra auto que ordena la ejecución provisional de la sentencia de la Audiencia Nacional (desarchivo de la denuncia presentada contra REPSOL, BP y CEPSA, ante el SDC), a la espera de que se resuelva el recurso de casación.	Desestimación del recurso de casación.
Sentencia 29-04-2002	Recurso de casación contra autos de la Audiencia Nacional.	Recurso interpuesto por ANGED contra auto estimatorio de suspensión de resolución condenatoria del TDC (fijación precios venta de alimentos infantiles).	Desestimación del recurso de casación.
Sentencia 29-04-2002	Recurso de casación contra auto de la Audiencia Nacional.	Recurso interpuesto por ANGED contra auto estimatorio de suspensión de resolución condenatoria del TDC (fijación precios venta de alimentos infantiles).	Desestimación del recurso de casación.
Sentencia 30-04-2002	Recurso de casación contra auto de la Audiencia Nacional.	Recurso interpuesto por el Ad. Gral. del Estado contra auto que ordena la suspensión de la resolución del TDC y que resuelve el recurso de súplica interpuesto por la empresa sancionada (Asociación Española de Cajas Rurales).	Desestimación del recurso de casación.
Sentencia 08-05-2002	Recurso de casación contra auto de la Audiencia Nacional.	Recurso interpuesto por Nestlé contra auto desestimatorio de suspensión de resolución condenatoria del TDC.	Desestimación del recurso de casación.
Sentencia 22-05-2002	Recurso de casación contra sentencia de la Audiencia Nacional.	Recurso interpuesto por UNESPA contra sentencia desestimatoria del recurso interpuesto contra resolución del TDC confirmatoria del archivo de la denuncia presentada contra el Colegio de Médicos de Valencia.	Estimación del recurso de casación, declarándose anulada la resolución del TDC y ordenándose el desarchivo.
Auto 31-05-2002	Recurso de casación contra sentencia de la Audiencia Nacional	Recurso interpuesto por el Colegio de Aparejadores y Arquitectos de Madrid.	Se archiva el recurso por falta de legitimidad.
Sentencia 22-06-2002	Recurso de casación contra sentencia de la Audiencia Nacional.	Recurso interpuesto por la Asociación de Industriales Marmolistas contra sentencia desestimatoria del recurso interpuesto contra resolución del TDC confirmatoria del archivo de la denuncia presentada contra OCASO.	Estimación del recurso de casación, declarándose anulada la resolución del TDC y ordenándose el desarchivo.
Sentencia 08-07-2002	Recurso de casación contra sentencia de la Audiencia Nacional.	Recurso interpuesto por el As. Nac. de Asentadores de Pescado de Mercados contra sentencia desestimatoria del recurso interpuesto contra resolución del TDC que declaraba acreditada una conducta prohibida.	Inadmisión del recurso de casación (cuantía insuficiente de la pretensión).

<i>Fecha</i>	<i>Resolución</i>	<i>Materia</i>	<i>Decisión</i>
Sentencia 15-07-2002	Recurso de casación contra sentencia de la Audiencia Nacional.	Recurso interpuesto por sociedad del sector oleícola declarada autora de una conducta prohibida en materia de competencia contra sentencia de la Audiencia Nacional desestimatoria del recurso.	Desestimación del recurso de casación
Sentencia 07-10-2002	Recurso de casación contra sentencia de la Audiencia Nacional.	Recurso interpuesto por el As. de Empresarios de Hostelería de Gijón contra sentencia desestimatoria del recurso interpuesto contra resolución del TDC que declaraba acreditada una conducta prohibida.	Inadmisión del recurso de casación (cuantía insuficiente de la pretensión).
Sentencia 17-10-2002	Recurso de casación contra auto de la Audiencia Nacional.	Recurso interpuesto por el FECSA-Enher contra auto que niega la suspensión de la resolución del TDC y que resuelve el recurso de súplica interpuesto por la empresa sancionada.	Desestimación del recurso de casación.
Sentencia 14-11-2002	Recurso de casación contra auto de la Audiencia Nacional.	Recurso interpuesto por el Ad. Gral. del Estado contra auto que ordena la suspensión de la resolución del TDC que condena a empresa farmacéutica.	Estimación del recurso de casación y desestimación de la solicitud de suspensión.
Sentencia 29-11-2002	Recurso de casación contra auto de la Audiencia Nacional.	Recurso interpuesto por el ASNEF-EQUIFAX contra auto que niega la suspensión de la resolución del TDC por la que se renueva autorización singular para registro de morosos.	Desestimación del recurso de casación.
Sentencia 02-12-2002	Recurso de casación contra auto de la Audiencia Nacional.	Recurso interpuesto por Telefónica contra auto de medidas cautelares que acordaba la suspensión parcial de la resolución condenatoria del TDC (recurrida ante la Audiencia Nacional).	Desestimación del recurso de casación.
Sentencia 09-12-2002	Recurso de casación contra auto de la Audiencia Nacional.	Recurso interpuesto por empresa farmacéutica contra auto de medidas cautelares que acordaba la suspensión parcial de la resolución condenatoria del TDC (recurrida ante la Audiencia Nacional).	Desestimación del recurso de casación.
Sentencia 12-12-2002	Recurso de casación contra auto de la Audiencia Nacional.	Recurso interpuesto por FECSA-Enher contra auto de medidas cautelares que acordaba la suspensión parcial de la resolución condenatoria del TDC (recurrida ante la Audiencia Nacional).	Desestimación del recurso de casación.

Además, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo ha dictado dos sentencias y un auto en relación con la correspondiente operación de concentración.

<i>Fecha</i>	<i>Resolución</i>	<i>Materia</i>	<i>Decisión</i>
Sentencia 01-04-2002	Recurso contra Acuerdo del Consejo de Ministros.	Recurso contra el Acuerdo del Consejo de Ministros mediante el que se ordena que no se proceda a la operación de concentración consistente en la fusión de SALCAI y UTINSA. Mediante auto se había acordado la suspensión del Acuerdo.	Estimación del recurso y declaración de nulidad del Acuerdo del Consejo de Ministros.

<i>Fecha</i>	<i>Resolución</i>	<i>Materia</i>	<i>Decisión</i>
Sentencia 02-04-2002	Recurso contra Acuerdo del Consejo de Ministros.	Recurso contra el Acuerdo del Consejo de Ministros mediante el que se subordinaba a determinadas condiciones la operación de concentración mediante adquisición de Blindados del Norte. Se recurren dos de las condiciones impuestas.	Estimación del recurso y anulación de las dos condiciones recurridas.
Auto 25-09-2002	Auto de ejecución de sentencia.	Auto relativo a la sentencia parcialmente estimatoria del recurso contra Acuerdo del Consejo de Ministros por el que no se oponía, bajo determinadas condiciones, a la concentración de Antena 3 y la SER.	Se ordena la resolución de los negocios en los que se instrumentó la operación de concentración.

2. SENTENCIAS DICTADAS POR LA SALA DE LO CIVIL

<i>Fecha</i>	<i>Resolución</i>	<i>Materia</i>	<i>Decisión</i>
08-05-2002	Recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Audiencia Provincial de Madrid 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 para pacto de exclusividad en relación con el uso de un local abierto al público. El Tribunal Supremo considera que las normas invocadas no guardan relación alguna con las cuestiones planteadas.	Desestimación del recurso de casación.
Sentencia 24-06-2002	Recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Audiencia Provincial de Castellón de la Plana 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 para pacto de exclusividad en relación con un negocio de hamburguesería en un centro comercial. El Tribunal Supremo considera que las normas invocadas no guardan relación alguna con las cuestiones planteadas.	Desestimación del recurso de casación.
Sentencia 30-10-2002	Recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Audiencia Provincial de Madrid 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 exclusividad de suministro a favor de Repsol. El Tribunal Supremo evoca expediente abierto ante el SDC.	Desestimación del recurso de casación.

COMISIÓN EUROPEA *

1. DECISIONES DE APLICACIÓN DE LOS ARTS. 81 Y 82 TCE

A. NUEVOS ASUNTOS

El volumen de asuntos nuevos registrados en la Comisión en el año 2001 ha seguido por tercer año consecutivo la línea descendente con que se rompió la tendencia contraria de los tres ejercicios anteriores. En concreto han sido 284 nuevos asuntos, frente a los 297 de 2000, por tanto, muy lejos de los 509 de 1998. La reducción del número de nuevos asuntos debe atribuirse, básicamente, a que las nuevas normativas sobre exenciones han reducido los casos en que se requiere la notificación.

A continuación se exponen las cifras relativas a nuevos asuntos desde el año 1992 al 2001, con indicación de su origen (iniciativa de la Comisión, denuncia, notificación) y el total:

<i>Año</i>	<i>Iniciativa Comisión</i>	<i>Denuncia</i>	<i>Notificación</i>	<i>Total</i>
2001	74	116	94	284
2000	84	112	101	297
1999	77	149	162	388
1998	101	192	216	509

* En este *Anuario 2002* no se han podido incluir las estadísticas relativas a las Decisiones de aplicación de los arts. 81 y 82 TCE del ejercicio 2002, por no estar éstas todavía disponibles en el servidor telemático de la DG de competencia. Se han incorporado las estadísticas del año 2001 publicadas en el *XXXI Informe sobre la política de la competencia*. Además de estas estadísticas relativas al ejercicio anterior, se recogen en el presente *Anuario* las decisiones formales sancionadoras adoptadas por la Comisión en el año 2002, en base a las informaciones disponibles en el servidor telemático de la DG de competencia (http://europa.eu.int/comm/competition/antitrust/cases/index_by_event_2002.html).

Las informaciones relativas a las ayudas públicas se han extraído del *Registro de ayudas estatales* y del *Marcador de ayudas estatales*, a los que se accede a través del servidor telemático de la DG de competencia (respectivamente, http://europa.eu.int/comm/competition/state_aid/register/ y http://europa.eu.int/comm/competition/state_aid/scoreboard/index_es.html).

Las estadísticas relativas a las operaciones de concentración se han extraído del servidor telemático de la DG de competencia (<http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/cases/stats.html>).

Año	Iniciativa Comisión	Denuncia	Notificación	Total
1997	101	177	221	499
1996	94	168	209	471
1995	46	145	368	559
1994	16	140	236	392
1993	27	111	266	404
1992	43	110	246	399

B. RESOLUCIÓN DE EXPEDIENTES

En 2001 ha disminuido, por segunda vez, el número de expedientes resueltos. Este descenso a 387 expedientes resueltos (frente a los 400 de 2000 y a los 582 de 1999) no obsta para que la Comisión afirme en el punto 30 del *XXXI Informe sobre la política de la competencia* que en el año 2001 ha habido un número récord de asuntos sobre cárteles tratados.

El desdoblamiento entre decisiones formales e informales arroja las siguientes cifras:

Año	Decisiones formales	Procedimiento informal	Total
2001	54	324	387
2000	38	362	400
1999	68	514	582
1998	42	539	581
1997	27	490	517
1996	21	365	388
1995	14	419	433
1994	33	525	558
1993	14	734	748
1992	34	1.090	1.124

C. DECISIONES FORMALES SANZIONADORAS DEL AÑO 2002

Fecha	Exped.	Referencia	Conducta	Decisión	Public.
11-06-2002	36.571	Club Lombard	Red de comités de cartel de bancos que abarcaba todo Austria y todos los productos y servicios bancarios.	Imposición de multas a ocho bancos austriacos por un total de 124,26 millones €. Reducción de la multa en atención a la cooperación brindada por las empresas.	IP/02/844
02-07-2002	37.519	Methionine/po	Cártel de 3 empresas para la fijación de precios de la metionina (ácido que se utiliza en piensos).	Imposición de multas a Degussa AG (118 millones) y a Nipón Soda Company Ltd (9 millones). Plena inmunidad a Aventis (antes Rhône-Poulenc) por haber revelado el cartel y por colaboración.	IP/02/976
24-07-2002	36.700	po/Industrial and medical gases	Cártel en Holanda de siete productores para el suministro de varios gases con el fin de mantener precios elevados.	Imposición de multas por un total de 25,72 millones €. Reducción de multa a alguna de las empresas por colaboración.	do L82, de 0-1-04-2003 IP/02/1139
30-10-2002	36.321	Omega/Nintendo+1	Acuerdo colusorio del fabricante nipón de videojuegos Nintendo y siete de sus distribuidores oficiales en Europa para impedir la comercialización a bajo precio.	Imposición de multa a Nintendo (149 millones €) y a los siete distribuidores (unos 17 millones € en total).	IP/02/1584
30-10-2002	37.784	Fine art Auction Houses+2	Práctica colusoria de las dos principales casas de subastas del mundo, Christie's y Sotheby's, consistente en la fijación de comisiones y otras condiciones de las transacciones.	Imposición de multa a Sotheby's de 20,4 millones €, mientras que Christie's queda exenta de multa al haber sido la primera en aportar pruebas cruciales.	IP/02/1585
27-11-2002	37.152	po/Plasterboard	Cártel de cuatro empresas en el mercado de las placas de yeso, con el fin de evitar una guerra de precios.	Imposición de multas a las cuatro empresas: Lafarge (249,6 millones €), BPB (138,6 millones €), Knauf (85,6 millones €) y Gyproc Benelux (4,32 millones €). Reducción de multa a alguna de las empresas por colaboración.	IP/02/1744
27-11-2002	37.978	po/Methylglucamine	Acuerdo de precios y de reparto de mercados en el sector de producto químico entre Aventis Pharma SA, Rhône-Pulenc Biochimie SA y Merk KgaA.	Multa a Aventis Pharma SA y Rhône-Pulenc Biochimie SA de 2,85 millones €. Plena inmunidad a Merk por haber revelado el cartel y por colaboración.	IP/02/1746

<i>Fecha</i>	<i>Exped.</i>	<i>Referencia</i>	<i>Conducta</i>	<i>Decisión</i>	<i>Public.</i>
17-12-2002	37.956	po/Rond à béton	Cártel de ocho empresas del mercado de redondo para cemento armado en Italia, con objeto de fijar los precios.	Imposición de multas por un total de 85 millones €. Reducción de multa a una de las empresas por colaboración.	IP/02/1908
17-12-2002	37.667	Speciality graphite/po	Dos cárteles paralelos de fijación de precios en el mercado de los grafitos especiales.	Imposición de multas por un total de 60,6 millones € a siete empresas. Reducción de multa a alguna de las empresas por colaboración.	IP/02/1906
17-12-2002	37.671	po/Food flavour enhancers	Cártel para la fijación de precios y reparto de clientela de los potenciadores de sabor para alimentos formado por las empresas japonesas Takeda y Ajinomoto y las surcoreanas Cheil Jedang y Daesang Corp.	Multa a Ajinomoto (15,54 millones €), Cheil Jedang (2,74 millones €) y Daesang Corp. (2,28 millones €). Plena inmunidad a Takeda por haber revelado el cártel y por colaboración.	IP/02/1907

2. DECISIONES RELATIVAS A AYUDAS PÚBLICAS

A. NUEVOS ASUNTOS

La Comisión ha registrado en el año 2001 569 nuevos asuntos, lo que supondría volver exactamente a la cifra del año 1999. Sin embargo, el dato que más destaca es la importancia creciente de los expedientes iniciados a partir de denuncias presentadas por particulares, apartado iniciado en el año 2000, que ha incrementado su importancia relativa en el ejercicio siguiente.

<i>Año</i>	<i>Total expedientes iniciados</i>	<i>Notif.</i>	<i>No notif.</i>	<i>Existentes</i>	<i>Denuncias</i>
2001	569	322	46	49	152
2000	663	473	86	10	94
1999	569	469	98	2	—
1998	444	342	97	5	—
1997	656	515	140	1	—
1996	644	550	91	3	—
1995	803	680	113	10	—

B. RESOLUCIÓN DE EXPEDIENTES

En cuanto a las decisiones adoptadas por la Comisión, mantiene el incremento constante desde el año 1998, alcanzándose en el ejercicio 2002 la mayor cifra de expedientes resueltos.

<i>Año</i>	<i>Expedientes resueltos</i>
2002	759
2001	651
2000	656
1999	475
1998	460
1997	502
1996	474
1995	619

Sigue un cuadro de desglose por países. En el último ejercicio, España ha visto un poco reducido el número de expedientes, manteniéndose, no obstante, en el grupo de países que más casos tiene. Concretamente sólo se halla superada por Alemania e Italia.

<i>Estado miembro</i>	<i>1996</i>	<i>1997</i>	<i>1998</i>	<i>1999</i>	<i>2000</i>	<i>2001</i>	<i>2002</i>
Austria	48	32	18	26	33	37	23
Bélgica	14	11	22	21	28	24	24
Dinamarca	12	16	9	5	11	23	18
Alemania	143	194	154	122	117	148	161
Grecia	3	5	9	2	10	17	23
España	62	53	36	79	115	127	102
Finlandia	14	8	8	17	24	10	19
Francia	48	38	27	47	62	75	93
Irlanda	2	2	2	19	20	20	21
Italia	64	63	77	62	115	78	136
Luxemburgo	3	1	3	3	4	2	4
Países Bajos	37	33	38	31	55	43	43
Portugal	10	15	15	18	18	15	29
Suecia	7	10	14	15	15	5	11
Reino Unido	7	21	18	18	28	45	52
UNIÓN EUROPEA	474	502	460	475	656	671	759

Estas mismas estadísticas con indicación del contenido de la decisión de la Comisión y sólo en relación con los tres últimos ejercicios:

		Autorización sin objecciones	Finalización del procedimiento mediante			Decisiones negativas en porcentaje del total
			Decisión positiva	Decisión condicional	Decisión negativa	
Austria	2000	31	2	—	—	—
	2001	36	1	—	—	—
	2002	23	0	—	—	—
Bélgica	2000	23	—	—	5	17,9
	2001	21	2	—	3	11,5
	2002	22	—	—	2	8,3
Dinamarca	2000	11	—	—	—	—
	2001	23	—	—	—	—
	2002	18	—	—	—	—
Alemania	2000	95	9	1	12	10,3
	2001	123	11	—	14	9,5
	2002	126	11	1	23	14,3
Grecia	2000	9	—	—	1	10,0
	2001	16	1	—	—	—
	2002	21	—	—	2	8,7
España	2000	104	3	—	8	6,9
	2001	112	3	—	12	9,4
	2002	91	4	1	6	5,9
Finlandia	2000	22	2	—	—	—
	2001	9	1	—	—	—
	2002	18	—	—	1	5,3
Francia	2000	58	—	—	4	6,5
	2001	68	3	—	4	5,3
	2002	87	3	1	2	2,2
Irlanda	2000	17	2	—	1	5,0
	2001	20	—	—	—	—
	2002	21	—	—	—	—
Italia	2000	92	7	1	15	13,0
	2001	61	9	1	7	9,0
	2002	113	13	1	9	6,6
Luxemburgo	2000	4	—	—	—	—
	2001	2	—	—	—	—
	2002	2	—	—	2	50,0
Países Bajos	2000	48	1	1	5	9,1
	2001	38	3	—	2	4,7
	2002	40	1	—	2	4,7
Portugal	2000	16	1	—	1	5,6
	2001	15	—	—	—	—
	2002	21	4	—	4	13,8
Suecia	2000	13	1	—	1	6,7
	2001	5	—	—	—	—
	2002	11	—	—	—	—
Reino Unido	2000	28	—	—	—	—
	2001	42	3	—	—	—
	2002	49	2	1	—	—
UNIÓN EUROPEA	2000	571	28	4	53	8,1
	2001	591	37	1	42	6,3
	2002	663	38	5	53	7,0

3. DECISIONES RELATIVAS A CONCENTRACIONES

A. NOTIFICACIONES RECIBIDAS

Se confirma la ruptura observada el año pasado en la progresión constante sin inflexión que se constataba desde 1994. La disminución del número de notificaciones recibidas es todavía más significativa (de 345 notificaciones en el año 2000 a 335 en el año 2001 y a 279 en el año 2002, esto es una disminución del 14 por ciento en dos años).

Año	1991	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002
Número de notificaciones recibidas	63	60	58	95	110	131	172	235	292	345	335	279

B. DECISIONES FINALES

La Comisión ha adoptado 273 decisiones finales en materia de concentraciones durante el año 2002. Esta cifra supone una importante disminución (335 en el año 2001), tras el importante incremento de año 2000, que nos vuelve a situar en las estadísticas de finales de la década de los noventa (270 en el año 1999). Esta tendencia a la baja coincide con la evolución de las estadísticas correspondientes a las notificaciones recibidas.

De las cifras que a continuación se muestran destaca que el número de decisiones de prohibición de la operación ha disminuido al mínimo, pues la Comisión no se ha opuesto a ninguna de las operaciones sobre las que se ha pronunciado.

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	2002
6.1.a)	Fuera del ámbito de aplicación	5	9	4	5	9	6	4	6	1	1	1	1
6.1.b)	Compatible con el mercado común	47	43	78	90	109	118	207	236	293	299	240	
6.1.b)	Compatible con el mercado común con condiciones	3	4	—	2	3	—	2	12	19	28	13	10

REG. 4064/89	Contenido de la decisión	1991	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002
6.1.b)	Compatible con el mercado común y remisión parcial a los Estados miembros	—	1	—	1	—	—	6	3	1	4	6	9
9.3.b)	Remisión total a los Estados miembros	—	—	1	—	—	3	1	1	3	2	1	4
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	2
8.2	Compatible con el mercado común con condiciones	3	3	2	2	3	3	7	5	8	12	10	5
8.3	Prohibiciones	1	—	—	1	2	3	1	2	1	2	5	—
8.4	Restablecer la competencia efectiva	—	—	—	—	—	—	2	—	—	—	—	2
	Total decisiones finales	60	61	57	91	109	125	142	238	270	345	340	273

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 2002 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://curia.eu.int/es/transitpage.htm>).

Fecha	Asunto	Partes	Materia
31-1-2002	T-54/99	max.mobil Telekommunikation Service GmbH/Comisión de las Comunidades Europeas	Art. 82, apartado 3, del Tratado CE. Importe de los cánones impuestos por la República de Austria a los operadores GSM. Denuncia. Desestimación parcial de la denuncia. Admisibilidad - Infracción de los arts. 82 del Tratado CE y 86 del Tratado CE. Motivación.
28-2-2002	T-308/94	Cascades, s. A./Comisión de las Comunidades Europeas	Competencia. Art. 81, apartado 1, del Tratado CE. Imputabilidad de la conducta infractora. Multa. Recurso de casación. Devolución al Tribunal de Primera Instancia. Igualdad de trato. Fuerza de cosa juzgada.
28-2-2002	T-354/94	Stora Kopparbergs Bergslags / Comisión de las Comunidades Europeas	Competencia. Art. 81, apartado 1, del Tratado CE. Imputabilidad de la conducta infractora. Multa. Recurso de casación. Devolución al Tribunal de Primera Instancia.
28-2-2002	T-395/94	Atlantic Container Line AB y otros / Comisión de las Co- munidades Europeas	Competencia. Conferencias marítimas. Reglamento (CEE) núm. 4056/86. Campo de aplicación. Exención por categoría. Reglamento (CEE) núm. 1017/68. Exención individual.
28-2-2002	T-86/95	Compagnie générale maritime y otros / Comisión de las Co- munidades Europeas	Competencia. Conferencias marítimas. Transporte multimodal. Reglamento (CEE) núm. 4056/86. Campo de aplicación. Exención por categoría. Reglamento (CEE) núm. 1017/68. Exención individual. Multa.
28-2-2002	T-18/97	Atlantic Container Line AB y otros / Comisión de las Co- munidades Europeas	Competencia. Conferencias marítimas. Acuerdo relativo a la fijación de precios del transporte terrestre en el marco del transporte combinado. Reglamento (CEE) núm. 1017/68. Notificación. Exención. Admisibilidad.

<i>Fecha</i>	<i>Asunto</i>	<i>Partes</i>	<i>Materia</i>
7-3-2002	T-95/99	Satellimages TV 5, s. a. / Comisión de las Comunidades Europeas	Recurso de anulación. Competencia. Denuncia. Escrito de la Comisión dirigido al denunciante. Acto interlocutorio. Inadmisibilidad.
20-3-2002	T-9/99	HFB Holding für Fernwärmetechnik Beteiligungsgesellschaft mbH & Co. KG, HFB Holding für Fernwärmetechnik Beteiligungsgesellschaft mbH, Verwaltungsgesellschaft mbH, Isoplus Fernwärmetechnik Vertriebsgesellschaft mbH, Isoplus Fernwärmetechnik Gesellschaft mbH, Isoplus Fernwärmetechnik GmbH / Comisión de las Comunidades Europeas	Competencia. Prácticas colusorias. Tubos de calefacción urbana. Art. 81 del Tratado CE. Boicot. Multa. Directrices para el cálculo de las multas. Excepción de ilegalidad. Irretroactividad. Derecho de defensa. Comunicación sobre la cooperación.
20-3-2002	T-15/99	Brugg Rohrsysteme GmbH / Comisión de las Comunidades Europeas	Competencia. Prácticas colusorias. Tubos de calefacción urbana. Art. 81 del Tratado CE. Boicot. Multa. Directrices para el cálculo de las multas. Irretroactividad. Confianza legítima.
20-3-2002	T-16/99	Lögstör Rör (Deutschland) GmbH / Comisión de las Comunidades Europeas	Competencia. Prácticas colusorias. Tubos de calefacción urbana. Art. 81 del Tratado CE. Boicot. Acceso al expediente. Multa. Directrices para el cálculo de las multas. Irretroactividad. Confianza legítima.
20-3-2002	T-17/99	KE KELIT Kunststoffwerk GmbH / Comisión de las Comunidades Europeas	Competencia. Prácticas colusorias. Tubos de calefacción urbana. Art. 81 del Tratado CE. Multa. Igualdad de trato. Directrices para el cálculo de las multas. Irretroactividad.
20-3-2002	T-16/99	Dansk Rørindustri AS / Comisión de las Comunidades Europeas	Competencia. Prácticas colusorias. Tubos de calefacción urbana. Art. 81 del Tratado CE. Boicot. Multa. Directrices para el cálculo de las multas.
20-3-2002	T-23/99	LR af 1998 AS / Comisión de las Comunidades Europeas	Competencia. Prácticas colusorias. Tubos de calefacción urbana. Art. 81 del Tratado CE. Infracción continuada. Boicot. Acceso al expediente. Multa. Directrices para el cálculo de las multas. Irretroactividad. Confianza legítima.
20-3-2002	T-28/99	Sigma Technologie di rivestimento Srl / Comisión de las Comunidades Europeas	Competencia. Prácticas colusorias. Tubos de calefacción urbana. Art. 81 del Tratado CE. Prueba de la participación en un acuerdo global. Multa.
20-3-2002	T-31/99	ABB Asea Brown Boveri Ltd / Comisión de las Comunidades Europeas	Competencia. Prácticas colusorias. Tubos de calefacción urbana. Art. 81 del Tratado CE. Principio de buena administración. Multa. Directrices para el cálculo de las multas. Confianza legítima.
20-3-2002	T-175/99	UPS Europe, s. a. / Comisión de las Comunidades Europeas	Competencia. Abuso de posición dominante. Servicio postal. Servicios de interés económico general. Utilización de ingresos obtenidos en un mercado reservado. Adquisición del control conjunto de una empresa presente en el mercado no reservado. Motivación.

Fecha	Asunto	Partes	Materia
21-3-2002	T-131/99	Michael Hamilton Shaw, Timothy John Falla / Comisión de las Comunidades Europeas	Competencia. Contratos de suministro de cerveza. Exención individual. Art. 81, apartado 3, del Tratado CE.
21-3-2002	T-231/99	Colin Joynson / Comisión de las Comunidades Europeas	Competencia. Contratos de suministro de cerveza. Exención individual. Art. 81 CE, apartado 3.
6-6-2002	T-342/99	Airtours plc / Comisión de las Comunidades Europeas	Competencia. Reglamento (CEE) núm. 4064/89. Decisión por la que se declara la incompatibilidad de una operación de concentración con el mercado común. Recurso de anulación. Mercado pertinente. Concepto de posición dominante colectiva. Prueba.
8-10-2002	T-185/00, T-216/00, T-299/00 y T-300/00	Métropole télévision, s. a. (M6); Antena 3 de Televisión, s. a.; Gestevisión Telecinco, s. a.; SIC - Sociedade Independente de Comunicação, s. a. / Comisión de las Comunidades Europeas	Competencia. Decisión de exención. Derechos de televisión. Sistema de Eurovisión. Art. 81 CE, apartados 1 y 3. Error manifiesto de apreciación.
22-10-2002	T-77/02	Schneider Electric, s. a. / Comisión de las Comunidades Europeas	Competencia. Reglamento (CEE) núm. 4064/89. Decisión por la que se ordena la separación de empresas. Art. 8, apartado 4, del Reglamento núm. 4064/89. Ilegalidad de la Decisión por la que se declara incompatible con el mercado común una concentración. Ilegalidad consiguiente de la Decisión de separación.
22-10-2002	T-310/01	Schneider Electric, s. a. / Comisión de las Comunidades Europeas	Competencia. Reglamento (CEE) núm. 4064/89. Decisión por la que se declara la incompatibilidad de una operación de concentración con el mercado común. Recurso de anulación.
25-10-2002	T-80/02	Tetra Laval bv / Comisión de las Comunidades Europeas	Competencia. Reglamento (CEE) núm. 4064/89. Decisión por la que se ordena la separación de empresas. Art. 8, apartado 4, del Reglamento núm. 4064/89. Ilegalidad de la Decisión por la que se declara una concentración incompatible con el mercado común. Ilegalidad consiguiente de la Decisión de separación.
25-10-2002	T-5/02	Tetra Laval bv / Comisión de las Comunidades Europeas	Competencia. Reglamento (CEE) núm. 4064/89. Decisión por la que se declara incompatible con el mercado común una concentración. Derecho de defensa. Efectos horizontales y verticales. Efectos de conglomerado previsibles. Apalancamiento. Competencia potencial. Efecto general de refuerzo.
20-11-2002	T-251/00	Lagardère sca y Lagardère sca / Comisión de las Comunidades Europeas	Competencia. Reglamento (CEE) núm. 4064/89. Modificación de una Decisión por la que se declara la compatibilidad de una operación de concentración con el mercado común. Restricciones necesarias y directamente relacionadas con la realización de la operación de concentración («Restricciones accesorias»). Recurso de anulación. Admisibilidad. Actos recurribles. Interés para ejercitar la acción. Seguridad jurídica. Confianza legítima. Motivación.

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>
30-1-2002	T-54/99	Desestimar los recursos.
28-2-2002	T-308/94	Fijar en 13.538.000 euros la cuantía de la multa impuesta a la demandante por el art. 3 de la Decisión 94/601/CE de la Comisión, de 13 de julio de 1994, relativa a un procedimiento de aplicación del art. 85 del Tratado CE (IV/C/33.833 - Cartoncillo).
28-2-2002	T-354/94	Fijar en 4.670.000 euros la cuantía de la multa impuesta a la demandante por el art. 3 de la Decisión 94/601/CE de la Comisión, de 13 de julio de 1994, relativa a un procedimiento de aplicación del art. 85 del Tratado CE (IV/C/33.833 - Cartoncillo).
28-2-2002	T-395/94	1) Anular el art. 5 de la Decisión 94/980/CE de la Comisión, de 19 de octubre de 1994, relativa a un procedimiento de aplicación del art. 85 del Tratado CE (IV/34.446 - Trans Atlantic Agreement). 2) Desestimar el recurso en todo lo demás.
28-2-2002	T-86/95	1) Anular el art. 5 de la Decisión 94/985/CE de la Comisión, de 21 de diciembre de 1994, relativa a un procedimiento de aplicación del art. 85 del Tratado CE (IV/33.218 - Far Eastern Freight Conference) en la medida en que impone una multa a las partes demandantes. 2) Desestimar el recurso en todo lo demás.
28-2-2002	T-18/97	Declarar la inadmisibilidad del recurso.
7-3-2002	T-95/99	Declarar la inadmisibilidad del recurso.
20-3-2002	T-9/99	1) Anular los arts. 3, letra <i>d</i>), y 5, letra <i>d</i>), de la Decisión 1999/60/CE de la Comisión, de 21 de octubre de 1998, relativa a un procedimiento con arreglo al art. 85 del Tratado CE (IV/35.691/E-4: Cartel en el mercado de los tubos preaislados), en lo que respecta a HFB Holding für Fernwärmetechnik Beteiligungsgesellschaft mbH & Co. KG y a HFB Holding für Fernwärmetechnik Beteiligungsgesellschaft mbH, Verwaltungsgesellschaft. 2) Desestimar el recurso en todo lo demás.
20-3-2002	T-15/99	Desestimar el recurso.
20-3-2002	T-16/99	Desestimar el recurso.
20-3-2002	T-17/99	Desestimar el recurso.
20-3-2002	T-21/99	1) Anular el art. 1 de la Decisión 1999/60/CE de la Comisión, de 21 de octubre de 1998, relativa a un procedimiento con arreglo al art. 85 del Tratado CE (IV/35.691/E-4: Cartel en el mercado de los tubos preaislados), en la medida en que declara que la demandante infringió las disposiciones del art. 85, apartado 1, del Tratado mediante su participación en el cartel en el período comprendido entre abril y agosto de 1994. 2) Desestimar el recurso en todo lo demás.
20-3-2002	T-23/99	Desestimar el recurso.
20-3-2002	T-28/99	1) Anular el art. 1 de la Decisión 1999/60/CE de la Comisión, de 21 de octubre de 1998, relativa a un procedimiento con arreglo al art. 85 del Tratado CE (IV/35.691/E-4: Cartel en el mercado de los tubos preaislados), en la medida en que declara que la demandante cometió una infracción del art. 85, apartado 1, del Tratado al participar, además de en una infracción de dichas disposiciones en el mercado italiano, en un cartel que abarcaba todo el mercado común.

Fecha	Asunto	Pronunciamiento
		2) Anular el art. 3, letra i), de la Decisión en la medida en que impone a la demandante una multa cuyo importe se calculó partiendo de la base de que esta última había participado en el cartel que abarcaba todo el mercado común y había decidido deliberadamente continuar cometiendo la infracción. 3) Reducir a 300.000 euros el importe de la multa impuesta a la demandante por el art. 3, letra i), de la Decisión. 4) Desestimar el recurso en todo lo demás.
20-3-2002	T-31/99	1) Reducir a 65.000.000 de euros el importe de la multa impuesta a la demandante por el art. 3, letra a), de la Decisión 1999/60/CE de la Comisión, de 21 de octubre de 1998, relativa a un procedimiento con arreglo al art. 85 del Tratado CE (IV/35.691/E-4: Cartel en el mercado de los tubos preaislados). 2) Desestimar el recurso en todo lo demás.
20-3-2002	T-175/99	Desestimar el recurso.
21-3-2002	T-131/99	Desestimar el recurso.
21-3-2002	T-231/99	Desestimar el recurso.
6-6-2002	T-342/99	Anular la Decisión C (1999) 3022 def. de la Comisión, de 22 de septiembre de 1999, por la que se declara una concentración incompatible con el mercado común y con el Acuerdo EEE (asunto núm. IV/M.1524-Airtours/First Choice).
8-10-2002	T-185/00, T-216/00, T-299/00 y T-300/00	Anular la Decisión 2000/400/CE de la Comisión, de 10 de mayo de 2000, relativa a un procedimiento con arreglo al art. 81 del Tratado CE (asunto IV/32.150 Eurovisión).
22-10-2002	T-77/02	Anular la Decisión C (2002) 360 final de la Comisión, de 30 de enero de 2002, por la que se ordena la separación de empresas (asunto COMP/M. 2283 Schneider-Legrand).
22-10-2002	T-310/01	Anular la Decisión C (2001) 3014 final de la Comisión, de 10 de octubre de 2001, por la que se declara una concentración incompatible con el mercado común y con el funcionamiento del Acuerdo EEE (asunto COMP/M.2283. Schneider-Legrand).
25-10-2002	T-80/02	Anular la Decisión de la Comisión de 30 de enero de 2002, adoptada con arreglo al art. 8, apartado 4, del Reglamento (CEE) núm. 4064/89 del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas, por la que se establecen medidas para el restablecimiento de una competencia efectiva (asunto COMP/M.2416. Tetra Laval/Sidel).
25-10-2002	T-5/02	Anular la Decisión C (2001) 3345 final de la Comisión, de 30 de octubre de 2001, por la que se declara una concentración incompatible con el mercado común y con el Acuerdo EEE (asunto COMP/M. 2416. Tetra Laval/Sidel).
20-11-2002	T-251/00	Anular la Decisión de la Comisión de 10 de julio de 2000, por la que se modifica la Decisión de la Comisión de 22 de junio de 2000, que declara compatibles con el mercado común y el funcionamiento del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo determinadas operaciones de concentración (asuntos COMP/IV40. Canal + /Lagardère y COMP/IV47. Canal + /Lagardère/Liberty Media).

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>
11-3-2002	T-3/02.1	Schlüsselverlag J. S. Moser GmbH, J. Wimmer Medien GmbH & Co. KG, Styria Medien AG, Zeitungs- und Verlags-Gesellschaft mbH, Eugen Ruß Vorarlberger Zeitungsverlag und Druckerei GmbH, «Die Presse» Verlags-Gesellschaft mbH, «Salzburger Nachrichten» Verlags-Gesellschaft mbH und Co. KG / Comisión europea	Control de las operaciones de concentración. Recurso por omisión. Definición de posición. Inadmisibilidad manifiesta.
30-5-2002	T-52/00.1	Coe Clerici Logistics SpA / Comisión europea	Intervención. Arts. 115, apartado 1, y 116, apartado 6, del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Primera Instancia. Petición de confidencialidad.
9-7-2002	T-312/01.1	Jungbunzlauer AG / Comisión europea	Recurso de anulación. Recurso que queda sin objeto. Sobreseimiento. Decisión sobre costas.

A continuación se relacionan los anteriores Autos con indicación de su pronunciamiento.

<i>Fecha</i>	<i>Asunto</i>	<i>Pronunciamiento</i>
11-3-2002	T-3/02.1	Declarar la inadmisibilidad manifiesta del recurso.
30-5-2002	T-52/00.1	1) Se admite la intervención de la Autorità Portuale di Ancona en el asunto T-52/00 en apoyo de las pretensiones de la Comisión. 2) La parte coadyuvante podrá presentar sus observaciones durante la fase oral, basándose en el informe para la vista que le será comunicado. 3) No procede pronunciarse sobre la petición de tratamiento confidencial.
9-7-2002	T-312/01.1	Sobreseer el presente recurso.

2. NORMAS RELATIVAS A AYUDAS PÚBLICAS

Se relacionan a continuación las Sentencias dictadas por el TPI durante el año 2002 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://curia.eu.int/es/transitpage.htm>).

<i>Fecha</i>	<i>Asunto</i>	<i>Partes</i>	<i>Materia</i>
30-1-2002	T-212/00	Nuove Industrie Molisane Srl / Comisión de las Comunidades Europeas	Ayudas de Estado. Decisión por la que se declara una ayuda compatible con el mercado común. Recurso de anulación. Empresa beneficiaria. Interés en ejercitar la acción. Inadmisibilidad.

<i>Fecha</i>	<i>Asunto</i>	<i>Partes</i>	<i>Materia</i>
30-1-2002	T-35/99	Keller SpA, Keller Meccanica SpA / Comisión de las Comunidades Europeas	Ayudas de Estado. Empresas que operan en el sector de la construcción de material rodante ferroviario. Empresas sometidas a un régimen de administración extraordinario. Ayudas a las regiones de Sicilia y Cerdeña. Préstamos bonificados. Ayudas existentes o nuevas. Alcance de las decisiones que aprueban los regímenes controvertidos. Ayudas de salvamento y reestructuración de empresas en crisis. Directrices de la Comisión. Art. 92 del Tratado CE (actualmente art. 87 CE, tras su modificación). Obligación de motivación.
26-2-2002	T-323/99	Industrie Navali Meccaniche Affini SpA (INMA), Italia Investimenti SpA (Itainvest) / Comisión de las Comunidades Europeas	Ayudas de Estado. Construcción naval. Concepto de ayudas. Falta de motivación.
28-2-2002	T-155/98	Société internationale de diffusion et d'édition (SIDE) / Comisión de las Comunidades Europeas	Ayudas de Estado. Ayuda de funcionamiento. art. 92, apartados 1 y 3, letra d), del Tratado CE [actualmente art. 87 CE, apartados 1 y 3, letra d), tras su modificación]. Requisitos de una excepción a la prohibición enunciada en el art. 92, apartado 1, del Tratado. Mercado de referencia. Ayudas a la exportación en el sector del libro.
28-2-2002	Acumulados T-227/99 y T-134/00	Kvaerner Warnow Werft / Comisión de las Comunidades Europeas	Ayudas de Estado. Construcción naval. Antigua RDA. Directivas 90/684/CEE y 92/68/CEE. Límite de capacidad. Composición de la Comisión. Relevo de funciones de un miembro de la Comisión. Elección de miembros de la Comisión al Parlamento Europeo.
6-3-2002	T-127/99, T-129/99 y T-148/99	Territorio Histórico de Álava Diputación Foral de Álava, Comunidad Autónoma del País Vasco, Gasteizko Industria Lurra, s. A., Daewoo Electronics Manufacturing España, s. A. / Comisión de las Comunidades Europeas	Ayudas de Estado. Concepto de ayudas de Estado. Medidas fiscales. Carácter selectivo. Justificación por la naturaleza o la economía del sistema fiscal. Compatibilidad de la ayuda con el mercado común.
6-3-2002	T-168/99	Territorio Histórico de Álava Diputación Foral de Álava / Comisión de las Comunidades Europeas	Ayudas de Estado. Decisión de incoar el procedimiento previsto en el art. 88 CE, apartado 2. Requerimiento de suspensión del pago de una supuesta ayuda.
6-3-2002	T-92/00 y T-103/00	Territorio Histórico de Álava Diputación Foral de Álava, Ramondín, s. A. Ramondín Cápsulas, s. A. / Comisión de las Comunidades Europeas	Ayudas de Estado. Concepto de ayuda de Estado. Medidas fiscales. Carácter selectivo. Justificación por la naturaleza o la economía del sistema fiscal. Desviación de poder.
30-4-2002	T-195/01 y T-207/01	Government of Gibraltar / Comisión de las Comunidades Europeas	Ayudas de Estado. Normativas fiscales. Ayudas existentes o ayudas nuevas. Incoación del procedimiento de investigación formal previsto en el art. 88 CE, apartado 2.

<i>Fecha</i>	<i>Asunto</i>	<i>Partes</i>	<i>Materia</i>
14-5-2002	T-126/99	Graphischer Maschinenbau GmbH / Comisión de las Comunidades Europeas	Ayudas de Estado. Ayuda a la reestructuración. Recurso de anulación. Errores manifiestos de apreciación.
11-7-2002	T-152/99	Hijos de Andrés Molina, s. a. (HAMSA) / Comisión de las Comunidades Europeas	Ayudas de Estado. Recurso de anulación. Ayudas concedidas con arreglo a regímenes generales de ayudas aprobados por la Comisión. Ayudas de salvamento y reestructuración de una empresa en crisis. Criterio del inversor privado. Condonación de deudas. Error manifiesto de apreciación. Afectación de los intercambios entre Estados miembros.
17-10-2002	T-98/00	Linde AG / Comisión de las Comunidades Europeas	Ayuda de Estado. Concepto. Transacción comercial normal. Operador razonable en una economía de mercado.
23-10-2002	Asuntos acumulados T-346/99, T-347/99 y T-348/99	Territorio Histórico de Álava — Diputación Foral de Álava, Territorio Histórico de Guipúzcoa — Diputación Foral de Guipúzcoa, Territorio Histórico de Vizcaya — Diputación Foral de Vizcaya / Comisión de las Comunidades Europeas	Ayudas de Estado. Decisión de incoación del procedimiento previsto en el art. 88 CE, apartado 2. Recurso de anulación. Admisibilidad. Medida fiscal. Carácter selectivo. Confianza legítima. Desviación de poder.
23-10-2002	Acumulados T-269/99, T-271/99 y T-272/99	Territorio Histórico de Álava — Diputación Foral de Álava, Territorio Histórico de Guipúzcoa — Diputación Foral de Guipúzcoa, Territorio Histórico de Vizcaya — Diputación Foral de Vizcaya / Comisión de las Comunidades Europeas	Ayudas de Estado. Decisión de incoación del procedimiento previsto en el art. 88 CE, apartado 2. Recurso de anulación. Admisibilidad. Medida fiscal. Carácter selectivo. Confianza legítima. Desviación de poder.
5-12-2002	T-114/00	Aktionsgemeinschaft Recht und Eigentum Ev / Comisión de las Comunidades Europeas	Ayudas de Estado. Programa de adquisición de tierras agrícolas y forestales en la antigua República Democrática Alemana. No iniciación del procedimiento formal de examen previsto en el art. 88 CE, apartado 2. Régimen de ayudas. Recurso de anulación. Asociación. Admisibilidad.

A continuación se relacionan las anteriores Sentencias con indicación de su pronunciamiento.

<i>Fecha</i>	<i>Asunto</i>	<i>Pronunciamiento</i>
30-1-2002	T-212/00	Declarar la inadmisibilidad del recurso.
30-1-2002	T-35/99	Desestimar el recurso.
26-2-2002	T-323/99	Anular la Decisión 2000/262/CE de la Comisión, de 20 de julio de 1999, relativa a la ayuda estatal concedida por Italia al astillero INMA.
28-2-2002	T-155/98	Anular el art. 1, última frase, de la Decisión 1999/133/CE de la Comisión, de 10 de junio de 1998, relativa a la ayuda estatal en favor de la Coopérative d'exportation du livre français (CELF).

Fecha	Asunto	Pronunciamiento
28-2-2002	Acumulados T-227/99 y T-134/00	Anular la Decisión 1999/675/CE de la Comisión, de 8 de julio de 1999, relativa a las ayudas estatales concedidas por la República Federal de Alemania en favor de Kvaerner Warnow Werft GmbH, modificada por la Decisión 2000/416/CE de la Comisión, de 29 de marzo de 2000, relativa a la ayuda estatal de Alemania a favor de Kvaerner Warnow Werft GmbH (1999), y la Decisión 2000/336/CE de la Comisión, de 15 de febrero de 2000, relativa a la ayuda estatal concedida por Alemania a Kvaerner Warnow Werft GmbH.
6-3-2002	T-127/99, T-129/99 y T-148/99	<ol style="list-style-type: none"> 1) En el asunto T-129/99, procede declarar la inadmisibilidad del recurso en la medida en que tiene por objeto la anulación del art. 1, letras <i>d</i>) y <i>e</i>), de la Decisión 1999/718/CE de la Comisión, de 24 de febrero de 1999, relativa a la ayuda estatal concedida por España en favor de Daewoo Electronics Manufacturing España, s. A. (Demesa), y del art. 2, apartado 1, letra <i>b</i>), de la misma Decisión. 2) En los asuntos T-129/99 y T-148/99, anular el art. 1, letra <i>a</i>), de la Decisión 1999/718. 3) En los asuntos T-129/99 y T-148/99, anular el art. 1, letra <i>b</i>), de la Decisión 1999/718. 4) En los asuntos T-129/99 y T-148/99, anular el art. 1, letra <i>c</i>), de la Decisión 1999/718, en la medida en que excluye los equipos valorados en 1.803.036,31 euros de los costes subvencionables amparados por el régimen de ayudas Ekimen. 5) En los asuntos T-127/99 y T-148/99, anular el art. 1, letra <i>e</i>), de la Decisión 1999/718. 6) En los asuntos T-129/99 y T-148/99, anular el art. 2, apartado 1, letra <i>a</i>), de la Decisión 1999/718, en la medida en que se refiere al art. 1, letras <i>a</i>) y <i>b</i>), de la misma Decisión, y en la medida en que ordena al Reino de España que exija a Demesa el reembolso de las ayudas relativas a la parte anulada del art. 1, letra <i>c</i>), de la misma Decisión. 7) En los asuntos T-127/99 y T-148/99, anular el art. 2, apartado 1, letra <i>b</i>), de la Decisión 1999/718, en la medida en que se refiere al art. 1, letra <i>e</i>), de la misma Decisión. 8) Desestimar los recursos en todo lo demás.
6-3-2002	T-168/99	Sobresseer el presente asunto.
6-3-2002	T-92/00 y T-103/00	Desestimar los recursos.
30-4-2002	T-195/01 y T-207/01	<ol style="list-style-type: none"> 1) En el asunto T-195/01, anular la Decisión SG (2001) D/289755 de la Comisión, de 11 de julio de 2001, por la que se incoa el procedimiento previsto en el art. 88 CE, apartado 2, en relación con la normativa de Gibraltar en materia de sociedades exentas. 2) En el asunto T-207/01, desestimar el recurso.
14-5-2002	T-126/99	<ol style="list-style-type: none"> 1) Anular la Decisión 1999/690/CE de la Comisión, de 3 de febrero de 1999, relativa a la ayuda estatal que Alemania tiene previsto conceder a Graphischer Maschinenbau GmbH, Berlín, en la medida en que declara incompatible con el mercado común y prohíbe la concesión de la parte de la ayuda prevista que exceda de 4,435 millones de DEM. 2) Desestimar el recurso en todo lo demás.
11-7-2002	T-152/99	<ol style="list-style-type: none"> 1) Anular el art. 1, apartado 3, de la Decisión 1999/484/CE de la Comisión, de 3 de febrero de 1999, relativa a las ayudas estatales concedidas por el Gobierno español a la empresa Hijos de Andrés Molina, S. A. (HAMSA). 2) Anular el art. 3 de la Decisión 1999/484, en la medida en que obliga al Reino de España a recuperar las ayudas de Estado concedidas en forma de condonación de deudas por organismos estatales. 3) Desestimar el recurso en cuanto al resto.

Fecha	Asunto	Pronunciamiento
17-10-2002	T-98/00	Anular los arts. 2 y 3 de la Decisión 2000/524/CE de la Comisión, de 18 de enero de 2000, relativa a la ayuda estatal concedida por Alemania a Linde AG.
23-10-2002	Asuntos acumulados T-346/99, T-347/99 y T-348/99	Desestimar los recursos.
23-10-2002	Acumulados T-269/99, T-271/99 y T-272/99	Desestimar los recursos.
5-12-2002	T-114/00	Desestimar la excepción de inadmisibilidad.

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://curia.eu.int/es/transitpage.htm>).

Fecha	Asunto	Partes	Materia
4-4-2002	T-198/01 R.1	Technische Glaswerke Ilmenau GmbH / Comisión de las Comunidades Europeas	Procedimiento de medidas provisionales — Admisibilidad — Ayudas de Estado — Obligación de recuperación — <i>Fumus boni iuris</i> — Urgencia — Ponderación de intereses.
25-6-2002	T-34/02 R.1	Le Levant 001 y otros / Comisión de las Comunidades Europeas	Procedimiento de medidas provisionales — Ayudas de Estado — Ayudas vinculadas a la construcción y a la transformación navales concedidas como ayudas al desarrollo — Recuperación — Confianza legítima — <i>Fumus boni iuris</i> — Urgencia.
27-11-2002	T-291/01.1	Dessauer Versorgungs-und Verkehrsgesellschaft y otros / Comisión de las Comunidades Europeas	Recurso por omisión — Recurso que queda sin objeto — Sobreseimiento — Decisión sobre las costas.
3-12-2002	T-181/02 R.1	Neue Erba Lautex GmbH Webe- rei und Veredlung y Freistaat Sachsen / Comisión de las Comunidades Europeas	Recurso de casación. Ayudas de Estado. Ayudas concedidas en los nuevos Länder. Ayudas de salvamento y de reestructuración. Obligación de recuperación. Urgencia. Balance de los intereses.

A continuación se relaciona la anterior Sentencia con indicación del pronunciamiento del Tribunal de Primera Instancia.

Fecha	Asunto	Pronunciamiento
4-4-2002	T-198/01 R.1	1) Suspender hasta el 17 de febrero de 2003 la ejecución del art. 2 de la Decisión 2002/185/CE de la Comisión, de 12 de junio de 2001, relativa a la ayuda de Estado que Alemania tiene previsto conceder en favor de Technische Glaswerke Ilmenau GmbH. 2) Esta suspensión está sometida a las siguientes condiciones: en primer lugar, que la demandante presente, a más tardar el 5 de agosto de 2002, en la Secretaría del Tribunal de Primera Instancia y a la Comisión, un informe provisional sobre su situación financiera a 1 de julio de 2002; en segundo lugar, que devuelva al avs la cantidad de 256.000 euros, a más tardar el 31 de diciembre de 2002, y presente en la Secretaría del Tribunal de Primera Instancia y a la Comisión un documento acreditativo del pago de dicha devolución en el plazo de una semana a partir de ésta, y en tercer lugar, que presente en la Secretaría del Tribunal de Primera Instancia y a la Comisión, a más tardar el 31 de enero de 2003, un informe sobre su situación financiera a 31 de diciembre de 2002.
25-6-2002	T-34/02 R.1	Desestimar la demanda de medidas provisionales.
27-11-2002	T-291/01.1	Desestimar el recurso.
3-12-2002	T-181/02 R.1	Desestimar el recurso.

Fecha	Asunto	Partes	Materia
2002-001	T-198/01	Comisión de la Comunidad Europea - demandante Technische Glaswerke Ilmenau GmbH - demandado	Ayuda de Estado - Decisión 2002/185/CE de la Comisión de 12 de junio de 2001
2002-002	T-34/02	Comisión de la Comunidad Europea - demandante Technische Glaswerke Ilmenau GmbH - demandado	Medidas provisionales - Decisión 2002/185/CE de la Comisión de 12 de junio de 2001
2002-003	T-291/01	Comisión de la Comunidad Europea - demandante Technische Glaswerke Ilmenau GmbH - demandado	Recurso de apelación - Decisión 2002/185/CE de la Comisión de 12 de junio de 2001
2002-004	T-181/02	Comisión de la Comunidad Europea - demandante Technische Glaswerke Ilmenau GmbH - demandado	Recurso de apelación - Decisión 2002/185/CE de la Comisión de 12 de junio de 2001

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 2002 en aplicación de las normas de la competencia aplicables a las empresas. Se indica su fecha; su asunto; las partes intervinientes; la materia sobre la que versa. No hacemos constar la publicación en la Recopilación, a pesar de ser la oficial, ya que se produce con retraso y sería incompleta. La totalidad de las resoluciones puede consultarse en el *web* del TJCE (<http://curia.eu.int/es/transitpage.htm>).

Fecha	Asunto	Partes	Materia
22-1-2002	C-218/00	Cisal di Battistello Venanzio & C. Sas / Istituto nazionale per l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro (INAIL)	Competencia. Artículos 81, 82 y 86 del Tratado CE. Afiliación obligatoria a una entidad aseguradora de accidentes laborales. Calificación como empresa de una entidad aseguradora de accidentes laborales.
19-2-2002	C-35/99	Manuele Arduino / Compagnia Assicuratrice RAS SpA	Cuestión prejudicial. Baremo obligatorio de honorarios de abogado. Acuerdo del Consejo nacional de colegios de abogados. Aprobación por el Ministerio de Justicia. Artículos 10 y 81 del Tratado CE.
19-2-2002	T-309/99	J. C. J. Wouters, J. W. Savelbergh, Price Waterhouse Belastingadviseurs bv / Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten	Colegio profesional. Colegio nacional de abogados. Regulación del ejercicio de la profesión por el Colegio. Prohibición de colaboración integrada entre abogados y auditores. Artículo 81 del Tratado CE. Asociación de empresas. Restricción de la competencia. Justificaciones. Artículo 82 del Tratado CE. Empresa o asociación de empresas. Artículos 43 y 49 del Tratado CE. Aplicabilidad. Restricciones. Justificaciones.
15-10-2002	Asuntos acumulados C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P, C-251/99 P, C-252/99 P y C-254/99 P	Limburgse Vinyl Maatschappij NV (LVM), DSM NV et DSM Kunststoffen BV, Montedison SpA, Elf Atochem SA, Degussa AG, Enichem SpA, Wacker-Chemie GmbH, Hoechst AG, Imperial Chemical Industries plc (ICI) / Comisión de las Comunidades Europeas	Recurso de casación. Competencia. Policloruro de vinilo (PVC). Artículo 81, apartado 1, del Tratado CE. Anulación de una Decisión de la Comisión. Nueva Decisión. Actos anteriores a la primera Decisión. Fuerza de cosa juzgada. Principio <i>non bis in idem</i> . Prescripción. Plazo razonable. Motivación. Acceso al expediente. Procedimiento justo. Secreto profesional. Autoinculpación. Vida privada. Multas.

<i>Fecha</i>	<i>Asunto</i>	<i>Partes</i>	<i>Materia</i>
22-10-2002	C-94/00	Rouquette Frères SA / Directeur général de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes	Derecho de la competencia. Artículo 14, apartados 3 y 6, del Reglamento núm. 17. Decisión de la Comisión por la que se ordena una verificación. Asistencia de las autoridades nacionales. Interpretación de la sentencia de 21 de septiembre de 1989, Hoechst/Comisión. Principios generales. Protección contra las intervenciones arbitrarias o desproporcionadas de los poderes públicos en el ámbito de actividad privada de una persona jurídica. Alcance del control que incumbe al órgano jurisdiccional competente para autorizar medidas coercitivas contra empresas. Deber de información de la Comisión. Cooperación leal.
24-10-2002	C-82/01 P	Aéroports de Paris / Comisión de las Comunidades Europeas	Recurso de casación. Competencia. Transporte aéreo. Gestión de aeropuertos. Abuso de posición dominante. Tasas discriminatorias.

A continuación se relacionan las anteriores sentencias con indicación de su pronunciamiento.

<i>Fecha</i>	<i>Asunto</i>	<i>Pronunciamiento</i>
22-1-2002	C-218/00	El concepto de empresa, en el sentido de los artículos 81 y 82 del Tratado CE, no se refiere a una entidad, como el Istituto nazionale per l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro (INAIL), a la que la ley encomienda la gestión de un régimen de seguro de accidentes laborales y enfermedades profesionales.
19-2-2002	C-35/99	Los artículos 10 y 81 del Tratado CE no se oponen a que un Estado miembro adopte una medida legislativa o reglamentaria que aprueba, basándose en un proyecto elaborado por un consejo de colegios de abogados, un baremo que fija los límites mínimos y máximos para los honorarios de los miembros de la profesión, cuando dicha medida estatal se adopta en el marco de un procedimiento como el previsto por el Real Decreto-ley 1578, de 27 de noviembre de 1933, en su versión modificada.
19-2-2002	C-309/99	<ol style="list-style-type: none"> 1) Un reglamento sobre la colaboración entre abogados y otras profesiones liberales como el Samenwerkingsverordening 1993 (Reglamento de 1993 sobre la colaboración), adoptado por un organismo como el Nederlandse Orde van Advocaten (Colegio de Abogados de los Países Bajos), debe considerarse una decisión adoptada por una asociación de empresas a efectos del artículo 8, apartado 1, del Tratado CE. 2) Una normativa nacional como el Samenwerkingsverordening 1993, adoptada por un organismo como el Nederlandse Orde van Advocaten, no infringe el artículo 85, apartado 1, del Tratado, dado que dicho organismo pudo considerar razonablemente que tal normativa, a pesar de los efectos restrictivos de la competencia que le son inherentes, era necesaria para el buen ejercicio de la abogacía tal y como está organizada en el Estado miembro de que se trata. 3) Un organismo como el Nederlandse Orde van Advocaten no constituye ni una empresa ni una asociación de empresas a efectos del artículo 82 del Tratado CE. 4) Los artículos 43 y 49 del Tratado CE no se oponen a una normativa nacional como el Samenwerkingsverordening 1993, que prohíbe toda colaboración integrada entre abogados y auditores, dado que se pudo considerar razonablemente que era necesaria para el buen ejercicio de la abogacía tal y como está organizada en el país de que se trata.

Fecha	Asunto	Pronunciamiento
15-10-2002	Asuntos acumulados C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P, C-251/99 P, C-252/99 P y C-254/99 P	<p>1) Anular parcialmente la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas de 20 de abril de 1999, Limburgse Vinyl Maatschappij y otros/Comisión (asuntos acumulados T-305/94 a T-07/94, T-313/94 a T-316/94, T-318/94, T-325/94, T-328/94, T-329/94 y T-335/94), en la medida en que desestimó el nuevo motivo formulado por Montedison s.p.a. basado en la vulneración de su derecho de acceso al expediente de la Comisión; y no dio respuesta al motivo formulado por Montedison s.p.a. basado en la atribución definitiva al juez comunitario de la facultad de imponer sanciones tras la decisión de la Comisión.</p> <p>2) Desestimar los recursos de casación en todo lo demás.</p> <p>3) Desestimar el recurso de Montedison s.p.a., por cuanto se basa, por un lado, en el motivo basado en la vulneración de su derecho de acceso al expediente de la Comisión y, por otro lado, en el motivo basado en la atribución definitiva al juez comunitario de la facultad de imponer sanciones tras la decisión de la Comisión.</p>
22-10-2002	C-94/00	<p>1) En virtud del principio general del Derecho comunitario que establece una protección contra las intervenciones de los poderes públicos en la esfera de actividad privada de una persona física o jurídica que sean arbitrarias o desproporcionadas, incumbe a un órgano jurisdiccional nacional, competente en virtud del Derecho interno para autorizar la práctica de operaciones de inspección e incautación en los locales de empresas sospechosas de haber infringido las normas sobre competencia, examinar si las medidas coercitivas solicitadas a raíz de una solicitud de asistencia formulada por la Comisión con arreglo al artículo 14, apartado 6, del Reglamento núm. 17 del Consejo, de 6 de febrero de 1962, Primer Reglamento de aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado, son arbitrarias o desproporcionadas en relación con el objeto de la verificación ordenada. Sin perjuicio de la aplicación de las disposiciones de Derecho interno que regulan la aplicación de las medidas coercitivas, el Derecho comunitario se opone a que el control ejercido por dicho órgano jurisdiccional nacional en relación con la fundamentación de las citadas medidas vayan más allá de lo exigido por el principio general mencionado.</p> <p>2) El Derecho comunitario obliga a la Comisión a procurar que dicho órgano jurisdiccional nacional disponga de todos los elementos necesarios para permitirle ejercer el control que le incumbe. A este respecto, las informaciones proporcionadas por la Comisión deben incluir, en principio:</p> <ul style="list-style-type: none"> — una descripción de las características esenciales de la infracción objeto de sospecha, a saber, como mínimo, la indicación del supuesto mercado de referencia y de la naturaleza de las restricciones de competencia que infunden sospechas; — explicaciones acerca de la forma en que se presume que la empresa objeto de las medidas coercitivas está implicada en la referida infracción; — explicaciones que pongan de manifiesto de manera detallada que la Comisión dispone de elementos e indicios materiales importantes que la llevan a sospechar que la empresa afectada ha incurrido en dicha infracción; — una indicación lo más precisa posible de qué es lo que se busca y de los elementos sobre los que debe versar la verificación, así como una indicación de las facultades conferidas a los investigadores comunitarios, y — en el supuesto de que la asistencia de las autoridades nacionales sea solicitada por la Comisión con carácter preventivo, para vencer, en su caso, la oposición de la empresa de que se trata, explicaciones que permitan al referido órgano jurisdiccional nacional asegurarse de que, de no autorizarse con carácter preventivo las medidas coercitivas, la determinación de los hechos infractores estaría condenada al fracaso o resultaría considerablemente dificultada. <p>3) Por el contrario, el órgano jurisdiccional nacional no puede exigir la transmisión de elementos e indicios que figuran en el expediente de la Comisión y en los que se basan las sospechas de ésta.</p>

<i>Fecha</i>	<i>Asunto</i>	<i>Pronunciamiento</i>
		<p>4) Cuando el citado órgano jurisdiccional considere que las informaciones comunicadas por la Comisión no cumplen las exigencias mencionadas, no puede, sin incumplir lo dispuesto en los artículos 14, apartado 6, del Reglamento núm. 17 y 10 del Tratado CE, limitarse a denegar la solicitud que le ha sido formulada. En tal caso, dicho órgano jurisdiccional está obligado a informar a la Comisión o a la autoridad nacional que se haya dirigido a él a petición de ésta, a la mayor brevedad posible, de las dificultades que haya encontrado, solicitando, en su caso, las aclaraciones que le permitan ejercer el control que le incumbe. Solamente después de que obren en su poder tales aclaraciones eventuales, o en el supuesto de que la Comisión no atienda su solicitud, el órgano jurisdiccional nacional está legitimado para denegar la concesión de la autorización solicitada, si no pudiese deducirse, con arreglo a las informaciones de que dispone, la inexistencia de carácter arbitrario y el carácter proporcionado en relación con el objeto de la verificación de las medidas coercitivas previstas.</p> <p>5) Las informaciones que debe proporcionar la Comisión al citado órgano jurisdiccional pueden proceder tanto de la propia decisión por la que se ordena la verificación como de la solicitud dirigida a las autoridades nacionales con arreglo al artículo 14, apartado 6, del Reglamento núm. 17, o incluso de una respuesta, aunque sea verbal, a una pregunta que haya sido formulada por dicho órgano jurisdiccional.</p>
24-10-2002	C-82/01 P	Desestimar el recurso.

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>
27-2-2002	C-480/01 PR-1	Commerzbank AG / Comisión europea	Recurso de casación. Auto del presidente del Tribunal de primera instancia dictado en el marco de un procedimiento de medidas cautelares. Parte interesada. Improcedencia.
27-2-2002	C-477/01 PR-1	Reisebank AG / Comisión europea	Recurso de casación. Auto del presidente del Tribunal de primera instancia dictado en el marco de un procedimiento de medidas cautelares. Parte interesada. Improcedencia.
4-11-2002	C-481/01 P-1	NDC Health Corporation y NDC Health GmbH & Co. KG / IMS Health Inc., Comisión europea y AzyX Deutschland GmbH Geopharma Information Services	Recurso de casación. Auto de medidas provisionales. Medidas provisionales adoptadas por la Comisión. Urgencia. Ponderación de los intereses en conflicto. Competencia. Abuso de posición dominante. Derechos de autor. Sistema de datos sobre la evolución de las ventas de productos farmacéuticos.

A continuación, se relacionan los anteriores autos con indicación de su pronunciamiento.

<i>Fecha</i>	<i>Asunto</i>	<i>Pronunciamiento</i>
27-2-2002	C-480/01 PR-1	Desestimar el recurso de casación.
27-2-2002	C-477/01 PR-1	Desestimar el recurso de casación.
4-11-2002	C-481/01 P-1	Desestimar el recurso de casación.

2. NORMAS RELATIVAS A AYUDAS PÚBLICAS

Se relacionan a continuación las sentencias dictadas por el TJCE durante el año 2002 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://curia.eu.int/es/transitpage.htm>).

<i>Fecha</i>	<i>Asunto</i>	<i>Partes</i>	<i>Materia</i>
7-3-2002	C-310/99	República Italiana / Comisión de las Comunidades Europeas	Ayudas de Estado. Directrices sobre ayudas al empleo. Acciones dirigidas a fomentar el empleo de los jóvenes y a la transformación de contratos temporales en indefinidos. Reducción de las cargas sociales de la seguridad social.
21-3-2002	C-36/00	Reino de España / Comisión de las Comunidades Europeas	Ayudas de Estado. Reglamento (CE) núm. 1013/97. Ayudas en favor de astilleros de titularidad pública. Declaración de compatibilidad de ayudas en favor de astilleros de titularidad pública españoles. Incumplimiento de los requisitos. Recuperación.
16-5-2002	C-482/99	República Francesa / Comisión de las Comunidades Europeas	Ayudas de Estado. Artículo 87 CE, apartado 1. Ayudas concedidas por la República Francesa a la empresa Stardust Marine. Decisión 2000/513/CE. Fondos estatales. Imputabilidad al Estado. Inversor prudente en una economía de mercado.
16-5-2002	C-321/99 P	Associação dos Refinadores de Açúcar Portugueses (ARAP), Alcântara Refinarias. Açúcares SA, Refinarias de Açúcar Reunidas SA (RAR) / Comisión de las Comunidades Europeas República Portuguesa DAI. Sociedade de Desenvolvimento Agro-Industrial SA	Recurso de casación. Ayudas de Estado. Política agrícola común. Azúcar. Ayuda concedida en ejecución de un régimen general de ayudas de Estado aprobado por la Comisión. Contribución de un Estado miembro a la financiación de un proyecto subvencionable por la sección Orientación del Fondo Europeo de Orientación y de Garantía Agrícola. Ayuda a la formación profesional.
13-6-2002	C-382/99	Reino de los Países Bajos / Comisión de las Comunidades Europeas	Ayudas de Estado. Comunicación de la Comisión sobre las ayudas de minimis. Estaciones de servicio. Impuestos especiales. Riesgo de acumulación de las ayudas. Confianza legítima. Principio de seguridad jurídica. Obligación de motivación.
18-6-2002	C-242/00	República Federal de Alemania / Comisión de las Comunidades Europeas	Ayudas de Estado. Proyectos de ayudas. Decisión de la Comisión por la que se declara una ayuda compatible con el mercado común. Acto no lesivo. Ayudas regionales. Definición de las regiones beneficiarias.

<i>Fecha</i>	<i>Asunto</i>	<i>Partes</i>	<i>Materia</i>
18-6-2002	C-398/00	Reino de España / Comisión de las Comunidades Europeas	Ayudas de Estado. Proyectos notificados. Inexistencia de decisión de la Comisión en el plazo de dos meses. Plazo de quince días laborables para incoar el procedimiento de investigación formal. Métodos de cómputo.
2-7-2002	C-499/99	Comisión de las Comunidades Europeas / Reino de España	Incumplimiento de Estado. Ayudas de Estado. Ayudas concedidas a las empresas del grupo Magefesa. Decisiones 91/1/CEE.
19-9-2002	C-113/00	Reino de España / Comisión de las Comunidades Europeas	Ayudas de Estado. Agricultura. Ayudas en favor de las producciones hortícolas con destino a la transformación industrial en Extremadura. Artículo 87 CE, apartados 1 y 3, letras a) y c). Ayudas de escasa cuantía. Inexistencia de observaciones de los interesados. Ayudas de funcionamiento. Ayudas relativas a productos sujetos a una organización común de mercados. Restricciones a la libre circulación de mercancías. Motivación.
19-9-2002	C-114/00	Reino de España / Comisión de las Comunidades Europeas	Ayudas de Estado. Agricultura. Ayudas en forma de bonificaciones del tipo de interés de los préstamos de campaña con vencimiento no superior al año. Artículo 87 CE, apartados 1 y 3, letras a) y c). Comunicación 96/C-44/02 sobre los préstamos a corto plazo con bonificaciones de intereses en el sector agrario (créditos de gestión). Ayudas de escasa cuantía. Inexistencia de observaciones de los interesados. Ayudas de funcionamiento. Ayudas relativas a productos sujetos a una organización común de mercados. Restricciones a la libre circulación de mercancías. Motivación.
26-9-2002	C-351/98	Reino de España / Comisión de las Comunidades Europeas	Ayudas de Estado. Repercusión en la competencia y los intercambios entre Estados miembros. Regla de minimis. Directrices sectoriales y directrices sobre ayudas en favor del medio ambiente. Ayuda horizontal con repercusión sectorial.
3-10-2002	C-394/01	República Francesa / Comisión de las Comunidades Europeas	Ayudas de Estado. Ayuda al desarrollo. Buque Le Levant explotado en San Pedro y Miquelón. Recurso de anulación de la Decisión de la Comisión relativa a la ayuda estatal concedida por la República Francesa.
12-12-2002	C-5/01	Reino de Bélgica / Comisión de las Comunidades Europeas	Tratado CEEA. Ayudas otorgadas por los Estados. Anulación de la Decisión 2001/198/CEEA de la Comisión, de 15 de noviembre de 2000, relativa a la ayuda estatal concedida por Bélgica a la empresa siderúrgica Cockerill Sambre SA.
12-12-2002	C-456/00	República Francesa / Comisión de las Comunidades Europeas	Recurso de anulación. Ayudas de Estado. Organización común de mercados. Vino. Medidas a favor de la reconversión del viñedo de la región de Carente.
12-12-2002	C-209/00	Comisión de las Comunidades Europeas / República Federal de Alemania	Incumplimiento de Estado. Medida ejecutada por la República Federal de Alemania a favor del banco Westdeutsche Landesbank Girozentrale (WestLB). Absorción del Wohnungsbauförderungsanstalt des Landes Nordrhein-Westfalen (WIA) por el WestLB. Aumento de los fondos propios del WestLB resultante de dicha absorción. Remuneración del Land accionista único del WIA. Decisión 2000/392/CE de la Comisión. Obligación de recuperación de la ayuda ilegal. Incumplimiento.

En el cuadro siguiente puede observarse el pronunciamiento de cada una de las sentencias dictadas (sin referencia a las costas procesales).

Fecha	Asunto	Pronunciamiento
17-3-2002	C-310/99	Desestimar el recurso.
21-3-2002	C-36/00	Desestimar el recurso.
16-5-2002	C-482/99	Anular la Decisión 2000/513/CE de la Comisión, de 8 de septiembre de 1999, relativa a las ayudas concedidas por Francia a la empresa Stardust Marine.
16-5-2002	C-321/99 P	Desestimar el recurso de casación principal. Desestimar la adhesión de la Comisión a la casación.
13-6-2002	C-382/99	Desestimar el recurso.
18-6-2002	C-242/00	Desestimar el recurso.
18-6-2002	C-398/00	Anular la Decisión de la Comisión, de 17 de agosto de 2000, notificada al Reino de España mediante el escrito SG (2000) D/106322, de 22 de agosto de 2000, de incoar el procedimiento de investigación formal de la compatibilidad con el Tratado CE de las ayudas concedidas a la empresa Santana Motor, SA, en relación con todas las medidas objeto de la misma salvo el aval bancario concedido en junio de 1998.
2-7-2002	C-499/99	<p>1) Declarar que el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 249 CE, párrafo cuarto, así como de los artículos 2 y 3 de las Decisiones 91/1/CEE y 1999/509/CE, por un lado, al no haber adoptado las medidas necesarias para dar cumplimiento a la Decisión 91/1/CEE de la Comisión, de 20 de diciembre de 1989, relativa a las ayudas concedidas por el Gobierno español y los consejos de gobierno de varias Comunidades Autónomas españolas a Magefesa, fabricante de artículos de menaje de acero inoxidable y de pequeños aparatos electrodomésticos, en la medida en que declaró ilegales e incompatibles con el mercado común determinadas ayudas concedidas a las empresas Industrias Domésticas, SA (Indosa), Manufacturas Gur, SA (GURSA), Manufacturas Inoxidables Gibraltar, SA (MIGSA), y Cubertera del Norte, SA (Cunosa), y a la Decisión 1999/509/CE de la Comisión, de 14 de octubre de 1998, relativa a la ayuda otorgada por España a las empresas del grupo Magefesa y sus empresas sucesoras, en la medida en que declaró ilegales e incompatibles con el mercado común determinadas ayudas concedidas a las empresas GURSA, MIGSA y Cunosa, y, por otro lado, al no haber informado a la Comisión, dentro de los plazos señalados, de las medidas adoptadas para la ejecución de la Decisión 1999/509, en la medida en que declaró ilegales e incompatibles con el mercado común determinadas ayudas concedidas a la empresa Indosa.</p> <p>2) Desestimar en todo lo demás el recurso de la Comisión de las Comunidades Europeas.</p>
19-9-2002	C-113/00	Desestimar el recurso.
19-9-2002	C-114/00	Desestimar el recurso.
26-9-2002	C-351/98	Anular los artículos 3 y 4 de la Decisión 98/693/CE de la Comisión, de 1 de julio de 1998, relativa al régimen español de ayudas a la compra de vehículos industriales Plan Renove Industrial (agosto de 1994-diciembre de 1996).
3-10-2002	C-394/01	Desestimar el recurso.
12-12-2002	C-5/01	Desestimar el recurso.
12-12-2002	C-456/00	Desestimar el recurso.
12-12-2002	C-209/00	Declarar que la República Federal de Alemania ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 249 CE y del artículo 3 de la Decisión 2000/392/CE de la Comisión, de 8 de julio de 1999, relativa a una medida ejecutada por la República Federal de Alemania en favor de Westdeutsche Landesbank Girozentrale, al no atenerse a dicha Decisión.

También hay que reseñar la adopción de los siguientes autos adoptados en aplicación de las normas sobre control de ayudas públicas:

<i>Fecha</i>	<i>Asunto</i>	<i>Partes</i>	<i>Materia</i>
25-4-2002	C-323/00 P	DSG Dradenauer Stahlgesellschaft GmbH / Comisión de las Comunidades Europeas, República Federal de Alemania, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte	Recurso de casación. CECA. Ayudas de Estado a empresas siderúrgicas.
18-10-2002	C-232/02 PR-1	Comisión europea / Technische Glaswerke Ilmenau GmbH	Recurso de casación. Auto del Presidente del Tribunal de Primera Instancia dictado en un procedimiento sobre medidas provisionales. Ayudas de Estado. Obligación de recuperación. Suspensión de la ejecución
5-11-2002	C-321/01 P-1	Irish Sugar plc / Comisión europea	Recurso de casación. Ayudas de Estado. Acta de adhesión de la República de Austria. Declaración conjunta núm. 31 anexa al acta final del Tratado de adhesión de la República de Austria.

A continuación se relacionan los anteriores autos con indicación de su pronunciamiento.

<i>Fecha</i>	<i>Asunto</i>	<i>Pronunciamiento</i>
25-4-2002	C-323/00 P	Desestimar el recurso de casación.
18-10-2002	C-232/02 PR-1	Desestimar el recurso de casación.
5-11-2002	C-321/01 P-1	Desestimar el recurso de casación.

LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

LEGISLACIÓN ESTATAL

CUARTA PARTE

NOVEDADES NORMATIVAS

— La Ley 20/02 de 21 de febrero, de la Competencia del Estado y las Comunidades Autónomas, por la que se reforma el TRLRHA, de 20 de febrero de 2002, en sus arts. 134 y 135.

— La Ley 1/02 de 15 de febrero, de modificación de la Ley 1/95 de 15 de febrero, de las competencias estatales de las Comunidades Autónomas, por la que se reforma el TRLRHA, de 21 de febrero de 1995.

— La Ley de Competencias desarrolla el marco de actuación de competencias asignadas por el Tribunal Constitucional, y prevé la atribución del artículo 134 del TRLRHA, de las competencias de las Comunidades Autónomas. También, una modificación de competencias de carácter general de las Comunidades Autónomas en materia de Justicia y de enseñanza pública en el Consejo de Galicia de la Comunidad y mediante una modificación de competencias propias. Con el fin de precisar la aplicación respecto de la legislación estatal de defensa de la competencia, se prevé que el Tribunal de Defensa de la Competencia podrá comparecer en calidad de tercero, en los procedimientos formativos ante los órganos competentes.

— Ley 12/02, de 30 de octubre, sobre Medida Fidej. Acreditación y el Orden Social (Ley 12/02, de 31 de diciembre de 2002, p. 1000).

— Esta Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2003 incluye, entre otras, el capítulo de gastos de política económica, que comprende los recursos de inversión de carácter público, destinados a los proyectos más urgentes y más eficaces respecto del programa del Gobierno, en sus distintos niveles, en que se va desarrollando su gestión.

— En su texto, esta Ley modifica la Ley 14/98, de 27 de julio, de acceso de la Competencia en dos puntos relativos a la tramitación de los expedientes.

— En su texto, esta Ley modifica, por un lado, las reglas que aplican a la tramitación, respectivamente, de los expedientes de los servicios postales y de los telecomunicaciones.

LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

1. LEGISLACIÓN ESTATAL

— Ley 1/2002, de 21 febrero, sobre Coordinación de las Competencias del Estado y las Comunidades Autónomas (*BOE* de 22 de febrero de 2002, núm. 46, p. 7148).

Esta Ley responde a la necesidad de establecer el marco legal para el desarrollo de las competencias ejecutivas de las Comunidades Autónomas reconocidas por la Sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de noviembre de 1999.

La Ley de Coordinación desarrolla el criterio de atribución de competencias configurado por el Tribunal Constitucional, a saber, la afectación del mercado autonómico, disponiendo determinadas limitaciones. También crea mecanismos de resolución de conflictos a través de una Junta Consultiva en materia de Conflictos y de coordinación mediante el Consejo de Defensa de la Competencia y mediante unos mecanismos de información recíproca. Con el fin de procurar la aplicación uniforme de la legislación material de defensa de la competencia, se prevé que el Servicio de Defensa de la Competencia podrá comparecer, en calidad de interesado, en los procedimientos tramitados ante los órganos autonómicos.

— Ley 52/2002, de 30 diciembre, sobre Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social (*BOE* núm. 313, de 31 de diciembre de 2002, p. 46086).

Esta Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2003 establece determinados objetivos de política económica, cuya consecución hace necesario o conveniente la aprobación de diversas medidas normativas que permiten una mejor y más eficaz ejecución del programa del Gobierno, en los distintos ámbitos en que aquél desenvuelve su acción.

Por un lado, esta Ley modifica la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia en dos puntos referidos a la tramitación de los expedientes.

Por otro lado, esta Ley contiene previsiones sectoriales que afectan a la competencia, concretamente, referentes al sector eléctrico, de los servicios postales y de las telecomunicaciones.

CAPÍTULO II

De la organización (...)

Art. 84. Modificación de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia

Se modifican los siguientes preceptos de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia:

Uno. Se añade un nuevo segundo párrafo al apartado 1 del art. 56, con la siguiente redacción:

«Cuando el Tribunal de Defensa de la Competencia devuelva un expediente por estimación de un recurso contra un Acuerdo de sobreseimiento o para la práctica de las diligencias previstas en el art. 39 de esta Ley, el Servicio de Defensa de la Competencia dispondrá de un plazo máximo de seis meses, a contar desde la notificación de la Resolución del Tribunal, para practicar la instrucción complementaria que resulte necesaria para completar el esclarecimiento de los hechos y determinar responsabilidades».

Dos. Se modifica el apartado 4 del art. 48, quedando con la siguiente redacción:

«4. Cumplido el trámite anterior, el Tribunal resolverá dentro de los diez días siguientes, sin que pueda exceder de tres meses el tiempo que transcurra desde la interposición del recurso hasta que se dicte y notifique la Resolución. Cuando se interponga un recurso contra un Acuerdo de sobreseimiento o de archivo del Servicio de Defensa de la Competencia, el plazo máximo para dictar y notificar la Resolución del recurso no podrá exceder de doce meses desde la fecha de interposición».

CAPÍTULO III

De los procedimientos administrativos (...)

Art. 92. Modificación de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico

Se modifican los siguientes preceptos de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico:

Uno. Se modifica el apartado 1 del art. 34 de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, que queda redactado de la siguiente forma:

«1. El operador del sistema, como responsable de la gestión técnica del sistema, tendrá por objeto garantizar la continuidad y seguridad del suministro eléctrico y la correcta coordinación del sistema de producción y transporte. El operador del sistema ejercerá sus funciones en coordinación con el operador del mercado, bajo los principios de transparencia, objetividad e independencia. Actuará como operador del sistema una sociedad mercantil de cuyo accionariado podrá formar parte cualquier persona física o jurídica siempre que la suma de su participación directa o indirecta en el capital de esta sociedad no supere el 3 por 100 del capital social o de los derechos de voto de la entidad, no pudiendo sindicarse estas accio-

nes a ningún efecto. A efectos de computar la participación en dicho accionariado, se atribuirán a una misma persona física o jurídica, además de las acciones u otros valores poseídos o adquiridos por las entidades pertenecientes a su mismo grupo, tal y como éste se define en el art. 4 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, aquellas cuya titularidad corresponda:

a) A aquellas personas que actúen en nombre propio pero por cuenta de aquélla, de forma concertada o formando con ella una unidad de decisión. Se entenderá, salvo prueba en contrario, que actúan por cuenta de una persona jurídica o de forma concertada con ella los miembros de su órgano de administración.

b) A los socios junto a los que aquélla ejerza el control sobre una entidad dominada, conforme a lo previsto en el art. 4 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores. En todo caso, se tendrá en cuenta tanto la titularidad dominical de las acciones y demás valores como los derechos de voto que se disfruten en virtud de cualquier título. Los derechos de voto correspondientes a las acciones u otros valores que posean las personas que participen en el capital de dicha sociedad excediendo de los porcentajes máximos señalados en este precepto quedarán en suspenso hasta tanto no se adecue la cifra de participación en el capital o en los derechos de voto, estando legitimada para el ejercicio de las acciones legales tendentes a hacer efectivas las limitaciones impuestas en este precepto la Comisión Nacional de Energía. La sociedad que actúe como operador del sistema desarrollará sus actividades de gestión técnica y de transporte con la adecuada separación contable».

Dos. Se modifica el apartado 1 de la Disposición Transitoria novena de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, que queda redactada de la forma siguiente:

«1. Red Eléctrica de España, Sociedad Anónima», ejercerá las funciones atribuidas en la presente Ley al operador del sistema y al gestor de la red de transporte. La adecuación de las participaciones sociales a lo dispuesto en el art. 34.1 deberá realizarse en un plazo máximo de 12 meses desde la entrada en vigor de la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, mediante la transmisión de acciones o, en su caso, de derechos de suscripción preferente. Dentro del plazo citado deberán modificarse los estatutos sociales para introducir la limitación de participación máxima establecida en dicho artículo. La limitación de la participación máxima a que se refiere el art. 34.1 no será aplicable a la participación correspondiente a la Sociedad Estatal de Participaciones Industriales, que mantendrá una participación en el capital de “Red Eléctrica de España, Sociedad Anónima”, de, al menos, el 25 por 100 hasta el 31 de diciembre del año 2003, manteniendo posteriormente, en todo caso, una participación del 10 por 100. A las transmisiones de elementos patrimoniales derivadas de la aplicación de esta norma les será aplicable el régimen fiscal de las transmisiones de activos realizadas en cumplimiento de disposiciones con rango de Ley de la normativa de defensa de la competencia».

CAPÍTULO IV

Acción administrativa en materia de Servicios Postales

Art. 106. Modificación de la Ley 24/1998, de 13 de julio (RCL 1998, 1736), del Servicio Postal Universal y de Liberalización de los Servicios Postales

Se modifican los siguientes preceptos de la Ley 24/1998, de 13 de julio, del Servicio Postal Universal y de Liberalización de los Servicios Postales:

Uno. Se introducen tres nuevos apartados, 1, 2 y 3, al art. 5 de la Ley 24/1998, del Servicio Postal Universal y de Liberalización de los Servicios Postales, con la siguiente redacción:

«1. Los usuarios podrán presentar reclamaciones ante los operadores postales en los casos de pérdida, robo, deterioro o incumplimiento de las normas de calidad del servicio, o cualquier otra cuestión relacionada con el régimen de prestación de los servicios postales.

2. Para la tramitación de las reclamaciones de los usuarios, los operadores postales establecerán procedimientos:

a) Transparentes, de modo que en cada punto de atención al usuario sean exhibidas, de forma visible y detallada, las informaciones que permitan tener conocimiento de los trámites a seguir para ejercer el derecho a la reclamación.

b) Sencillos, de modo que sean de fácil comprensión, y

c) Gratuitos.

3. Los operadores postales deberán comunicar a la Subsecretaría de Fomento los procedimientos a que se refiere el apartado 2 anterior».

Dos. Se modifica la numeración de los actuales apartados 1, 2, 3 y 4 del art. 5 de la Ley 24/1998, del Servicio Postal Universal y de Liberalización de los Servicios Postales, que pasarán a ser los apartados 4, 5, 6 y 7, respectivamente.

Tres. Se cambia la denominación del Título II de la Ley 24/1998, del Servicio Postal Universal y de Liberalización de los Servicios Postales, que queda con el siguiente tenor: «TÍTULO II. Régimen general de prestación de los Servicios Postales».

Cuatro. Se modifica el apartado 1 del art. 7 de la Ley 24/1998, del Servicio Postal Universal y de Liberalización de los Servicios Postales, que pasa a tener la siguiente redacción:

«1. Para la prestación de servicios postales se requerirá la previa obtención del título habilitante que, según el tipo de servicio que se pretenda prestar, puede consistir en una autorización administrativa general o en una autorización administrativa singular, tal y como se establece en este Título, incluso para aquellos operadores que actúen en nombre, representación o por cuenta de otro u otros operadores postales que estén en posesión del correspondiente título habilitante».

Cinco. Se modifica el art. 11 de la Ley 24/1998, del Servicio Postal Universal y de Liberalización de los Servicios Postales, que queda redactado como a continuación se indica:

«Art. 11. Ámbito de las autorizaciones administrativas singulares. Se requerirá autorización administrativa singular para la prestación de los servicios postales incluidos, conforme al art. 15.2, en el ámbito del servicio postal universal»

Seis. Se da nueva redacción al apartado 1 del art. 13 de la Ley 24/1998, del Servicio Postal Universal y de Liberalización de los Servicios Postales, que queda redactado de la siguiente manera:

«Los interesados en llevar a cabo un servicio postal incluido en el ámbito del servicio postal universal dirigirán sus solicitudes, con la documentación exigible, al Ministerio de Fomento. En la solicitud, los interesados deberán hacer constar su compromiso de asumir el cumplimiento de las condiciones a las que se refiere el artículo anterior y acreditar el pago de las correspondientes tasas».

Siete. Se da nueva redacción al apartado 4 del art. 15 de la Ley 24/1998, del Servicio Postal Universal y de Liberalización de los Servicios Postales, quedando el texto final de la siguiente manera:

«4. El servicio postal universal incluirá, igualmente, la prestación de los servicios accesorios de certificado y de valor declarado. Los servicios de certificado y de valor declarado permiten, en los envíos postales a que se refiere el apartado 2 del presente artículo otorgar una mayor protección al usuario frente a los riesgos de deterioro, robo o pérdida, mediante el pago al operador de una cantidad predeterminada a tanto alzado, en el primer caso, o de una cantidad proporcional al valor que unilateralmente les atribuya el remitente, en el segundo».

Ocho. Se modifica la letra B) del apartado 1 del art. 18 de la Ley 24/1998, del Servicio Postal Universal y de Liberalización de los Servicios Postales, con la siguiente redacción:

«B) La recogida, la admisión, la clasificación, la entrega, el tratamiento, el curso, el transporte y la distribución de los envíos interurbanos, certificados o no, de las cartas y de las tarjetas postales, siempre que su peso sea igual o inferior a 100 gramos. A partir del 1 de enero de 2006, el límite de peso se fija en 50 gramos. Para que cualquier otro operador pueda realizar este tipo de actividades, respecto a los envíos interurbanos, el precio que habrá de percibir de los usuarios deberá ser, al menos, tres veces superior al correspondiente a los envíos ordinarios de la primera escala de peso de la categoría normalizada más rápida, fijado para el operador encargado de la prestación del servicio postal universal. A partir del 1 de enero de 2006, el precio será, al menos, dos veces y media superior. Los envíos nacionales o transfronterizos de publicidad directa, de libros, de catálogos y de publicaciones periódicas, sin perjuicio de lo establecido en el art. 15.3, no formarán parte de los servicios reservados.

El intercambio de documentos no podrá reservarse».

Nueve. Se modifica la letra C) del apartado 1 del art. 18 de la Ley 24/1998, del Servicio Postal Universal y de Liberalización de los Servicios Postales, con la siguiente redacción:

«C) El servicio postal transfronterizo de entrada y de salida de cartas y tarjetas postales, en los mismos términos de precio, peso y fecha esta-

blecidos en el apartado B). Se entiende por servicio postal transfronterizo, a los efectos de esta Ley, el procedente de otros Estados o el destinado a éstos».

Diez. Se da nueva redacción al apartado 2 del art. 18 de la Ley 24/1998, del Servicio Postal Universal y de Liberalización de los Servicios Postales, con el siguiente tenor:

«2. La relación de servicios reservados, determinada en el apartado anterior, podrá ser revisada por el Gobierno, mediante Real Decreto, en el marco de las previsiones contenidas en las normas comunitarias».

Once. Se crea un nuevo art. 24 bis de la Ley 24/1998, del Servicio Postal Universal y de Liberalización de los Servicios Postales, con el tenor que se indica a continuación:

«Art. 24 bis. Financiación cruzada

1. Se prohíbe la financiación cruzada de servicios universales del sector no reservado con ingresos generados por servicios del sector reservado, excepto en la medida en que resulte absolutamente indispensable para la realización de las obligaciones específicas de servicio universal vinculadas al ámbito competitivo.

2. La Subsecretaría de Fomento deberá garantizar la correcta aplicación de lo establecido en el apartado anterior, adoptando las medidas al efecto, que podrán incluir la realización de auditorías».

Doce. Se cambia la denominación de la sección 2.^a del capítulo V del Título III de la Ley 24/1998, del Servicio Postal Universal y de Liberalización de los Servicios Postales, por la siguiente: «SECCIÓN 2.^a PRECIOS».

Trece. Se da nueva redacción al art. 30 de la Ley 24/1998, del Servicio Postal Universal y de Liberalización de los Servicios Postales, que queda de la siguiente forma:

«Art. 30. Precios de los servicios postales reservados

1. Las contraprestaciones económicas derivadas de la realización de servicios reservados atribuidos al operador al que se encomienda la prestación del servicio postal universal tendrán la naturaleza de precios privados de carácter fijo en su cuantía.

2. El régimen jurídico de los precios a los que se refiere el presente artículo será el de precios autorizados por el Ministerio de Fomento, previo informe del Consejo Asesor Postal y aprobación de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos.

3. Las propuestas de modificación de los precios a los que se refiere el presente artículo deberán ir acompañadas de una Memoria económico-financiera que justifique el grado de cobertura financiera de los costes correspondientes y el importe de los precios propuestos.

4. Estarán exentos del pago de precios por la prestación del servicio postal universal reservado:

a) Los remitentes de cecogramas.

b) Los remitentes de envíos a los que la Unión Postal Universal confiera tal derecho, con el alcance establecido en los instrumentos internacionales que hayan sido ratificados por España».

Catorce. Se da nueva redacción al art. 31 de la Ley 24/1998, del Servicio Postal Universal y de Liberalización de los Servicios Postales, quedando redactado de la siguiente forma:

«Art. 31. Precios de los servicios postales no reservados

1. Los precios de los servicios postales no reservados, que lleve a cabo el operador al que se encomienda la prestación del servicio postal universal y cualquier otro operador en competencia, serán fijados libremente de acuerdo con las reglas del mercado. No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, para los servicios incluidos en el ámbito del servicio postal universal que preste el operador al que se le encomienda, podrán fijarse precios máximos por el Ministerio de Fomento, que, en cualquier caso, habrán de ajustarse a los principios de precio asequible, orientación a costes y no discriminación, y serán únicos para todo el territorio nacional. Asimismo, el Gobierno podrá fijar los criterios para la determinación de los precios de los servicios incluidos en el servicio postal universal. Estos criterios habrán de garantizar que los precios que se establezcan sean asequibles.

2. Los operadores a los que se refiere este artículo deberán comunicar a la Subsecretaría de Fomento cualquier modificación en los precios con quince días de antelación a su aplicación. Asimismo, deberán comunicarla al Consejo de Consumidores y Usuarios a través del Instituto Nacional de Consumo».

Quince. Se introducen dos nuevos artículos, el 31 bis y el 31 ter, a la Ley 24/1998, de 13 de julio, del Servicio Postal Universal y de Liberalización de los Servicios Postales, con el contenido que se indica a continuación:

«Art. 31 bis. Tarifas especiales

Cuando se apliquen tarifas especiales, tales como a los servicios a las empresas, a los remitentes de envíos masivos o a los preparadores del correo de varios clientes, los proveedores del servicio universal deberán respetar los principios de transparencia y no discriminación por lo que se refiere a las tarifas y a las condiciones asociadas. Dichas tarifas deberán tener en cuenta los costes evitados en relación con los servicios ordinarios que incluyen la totalidad de las prestaciones ofrecidas para la recogida, transporte, clasificación y entrega de envíos postales individuales y aplicarse, junto con las condiciones correspondientes, tanto respecto a terceros, como a la relación de éstos con los proveedores universales que prestan servicios equivalentes. Tales tarifas se propondrán también a los clientes particulares que utilicen estos servicios en condiciones similares».

«Art. 31 ter. Descuentos

1. En relación con los servicios postales reservados se podrán aplicar descuentos, siempre que la cantidad satisfecha cubra suficientemente el coste de los servicios afectados. Estos descuentos se efectuarán en función del volumen de los envíos que entregue un mismo usuario y del ahorro que suponga para el operador que presta el servicio postal universal la composición de los destinos, o el que, de forma previa a su transporte o distribución, aquél los clasifique y ordene, o los deposite en determinados lugares de admisión. En todo caso, estos descuentos deberán respetar los principios de accesibilidad general y no discriminación.

2. Los descuentos que se efectúen en relación con las tarifas de los servicios no reservados englobados en el servicio postal universal deberán respetar el carácter accesible de los que se fijen, con carácter general, para todos los usuarios la fijación se hará en función de condiciones objetivas, tanto de calidad técnica como económica, transparentes y no discriminatorias, sin perjuicio de lo dispuesto en los arts. 15 y siguientes de esta Ley».

Dieciséis. Se modifica el art. 37 de la Ley 24/1998, del Servicio Postal Universal y de Liberalización de los Servicios Postales, que quedará con la siguiente redacción:

«Art. 37. Facultades del Gobierno, del Ministerio y de la Subsecretaría de Fomento

1. Corresponde al Gobierno la elaboración de las previsiones para la ordenación y desarrollo del sector postal y, en particular, la aprobación del Plan de prestación del servicio postal universal y del Contrato-programa a los que se refiere el art. 20, así como garantizar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la presente Ley.

2. El Ministerio de Fomento propondrá al Gobierno la política de desarrollo del servicio postal universal y asegurará su ejecución. Corresponde, igualmente, al Ministerio de Fomento, en los términos de la presente Ley, el otorgamiento de los títulos habilitantes para la prestación de los servicios postales. Asimismo, el Ministerio de Fomento, en coordinación con el Ministerio de Asuntos Exteriores, propondrá la política a seguir en las organizaciones postales internacionales y en las relaciones que se mantengan con los organismos y las entidades nacionales, en materia de comunicaciones postales internacionales.

3. A la Subsecretaría de Fomento le compete la adopción de las medidas necesarias en orden a asegurar la prestación del servicio postal universal y garantizar el cumplimiento de las normas que regulan el funcionamiento del mercado postal, así como las funciones de regulación, ordenación, inspección, régimen sancionador, control de calidad de los servicios, resolución de controversias y reclamaciones y gestión de las tasas postales. Estas funciones serán ejercidas por el órgano regulador postal adscrito a la citada Subsecretaría de Fomento».

Diecisiete. Se modifica el segundo párrafo del apartado 2 del art. 38 de la Ley 24/1998, del Servicio Postal Universal y de Liberalización de los Servicios Postales, que queda redactado de la siguiente forma:

«El Consejo informará, en todo caso y con carácter previo, sobre la modificación de la cuantía de las tasas y de los precios regulados en la presente Ley».

Dieciocho. Se da nueva redacción al apartado 1 del art. 39 de la Ley 24/1998, del Servicio Postal Universal y de Liberalización de los Servicios Postales, quedando con el siguiente tenor:

«1. Serán competencias de la Subsecretaría de Fomento la inspección de los servicios postales que se regulan en la presente Ley y la aplicación del régimen sancionador».

Diecinueve. El párrafo a) del apartado 2 del art. 41 de la Ley 24/1998, del Servicio Postal Universal y de Liberalización de los Servicios Postales, queda redactado de la siguiente forma:

«a) El incumplimiento de las condiciones de prestación y de financiación establecidas para la realización del servicio postal universal, que haga que éste resulte gravemente comprometido».

Veinte. Se da nueva redacción al art. 47 de la Ley 24/1998, del Servicio Postal Universal y de Liberalización de los Servicios Postales, con el siguiente tenor:

«Art. 47. Competencia sancionadora

La competencia para la imposición de las sanciones corresponderá:

Al Subsecretario de Fomento para las infracciones graves y muy graves. Sus resoluciones pondrán fin a la vía administrativa. Al Subdirector general de Regulación de Servicios Postales o al órgano al que se atribuyan las competencias en materia postal dentro de la Subsecretaría de Fomento para las infracciones leves. Contra sus resoluciones procederá recurso de alzada».

CAPÍTULO V

Acción administrativa en materia de Telecomunicaciones, Audiovisual y de la Sociedad de la Información

Art. 107. Modificación de la Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones

Se modifica el párrafo I) del núm. 2 del apartado dos del art. 1 de la Ley 12/1997, de Liberalización de las Telecomunicaciones, que queda con la siguiente redacción:

«I) El ejercicio de la potestad sancionadora por el incumplimiento de las instrucciones dictadas para salvaguardar la libre competencia en el mercado de las telecomunicaciones y de los acuerdos y resoluciones que adopte en ejecución de las funciones públicas que se le atribuyen, así como por el incumplimiento de los requerimientos de información formulados por la Comisión en el desarrollo de sus funciones. En los procedimientos que se inicien como resultado de denuncia por parte del Ministerio de Ciencia y Tecnología, el órgano instructor, antes de formular la oportuna propuesta de resolución, someterá el expediente a informe de

dicho Ministerio. La propuesta de resolución deberá ser motivada si se separa de dicho informe». El resto del apartado y artículo queda con la misma redacción.

Art. 108. Modificación del Real Decreto-ley 7/2000, de 23 de junio, de Medidas Urgentes en el Sector de las Telecomunicaciones, modificado por el art. 87 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social

Se modifica el art. 2 del Real Decreto-ley 7/2000, de 23 de junio, de Medidas Urgentes en el Sector de las Telecomunicaciones, modificado por el art. 87 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social.

Uno. Se modifica el párrafo segundo del art. 2 del Real Decreto-ley 7/2000, de Medidas Urgentes en el Sector de las Telecomunicaciones, que quedará redactado de la forma siguiente: «La Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos establecerá, a propuesta conjunta de los Ministerios de Economía y de Ciencia y Tecnología, y previo informe de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, los precios de la primera oferta de referencia a los que se refiere el párrafo anterior, correspondiente a ambas modalidades de acceso al bucle de abonado, así como los relativos a la primera oferta del servicio mayorista de alquiler de bucle virtual de abonado».

Dos. Se añaden dos nuevos párrafos al art. 2 del Real Decreto-ley 7/2000, de Medidas Urgentes en el Sector de las Telecomunicaciones, con la siguiente redacción: «Asimismo, los operadores dominantes de redes públicas telefónicas fijas proporcionarán a otros operadores un servicio mayorista de alquiler de bucle virtual de abonado, de forma que éstos puedan facturar a sus clientes las llamadas y servicios prestados por los citados operadores dominantes y la cuota mensual por la disponibilidad de la línea telefónica. El Ministerio de Ciencia y Tecnología, previo informe de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, establecerá las condiciones en que se proveerá el servicio mayorista de alquiler de bucle virtual de abonado, así como, en su caso, otros servicios que permitan que los abonados del servicio telefónico fijo reciban una única factura que agrupe los conceptos señalados en el párrafo anterior junto a los servicios prestados por operadores alternativos a los operadores dominantes».

Art. 109. Modificación de la Ley 41/1995, de 22 de diciembre, de Televisión Local por Ondas Terrestres

Se modifican los siguientes preceptos de la Ley 41/1995, de 22 de diciembre, de Televisión Local por Ondas Terrestres:

Uno. Se modifica el art. 1 de la Ley 41/1995, de Televisión Local por Ondas Terrestres, que queda con la redacción siguiente:

«Art. 1. Objeto

Esta Ley tiene por objeto la regulación del régimen jurídico del servicio de televisión local por ondas terrestres. Se entiende por tal exclusivamente a los efectos de Ley aquella modalidad de televisión consistente en la emisión o transmisión, con tecnología digital, de imágenes no permanentes dirigidas al público sin contraprestación económica directa por medio de ondas electromagnéticas propagadas por una estación transmisora terrenal en el ámbito territorial señalado en el art. 3 de esta Ley».

Dos. Se modifica el art. 3 de la Ley 41/1995, de 22 de diciembre, que queda con la redacción siguiente:

«Art. 3. Número de concesiones de cobertura local

1. Corresponderá al Gobierno la aprobación del Plan Técnico Nacional de la Televisión Digital Local, a la vista de las solicitudes presentadas por las Comunidades Autónomas y teniendo en cuenta las frecuencias disponibles, que se determinarán respetando el derecho al acceso equitativo de todas ellas a los recursos de espectro, la compatibilidad radioeléctrica entre Comunidades adyacentes, así como las limitaciones derivadas de la coordinación radioeléctrica internacional. El Plan Técnico Nacional de la Televisión Digital Local determinará los canales múltiples necesarios y los ámbitos de cobertura de dichos canales múltiples destinados a la difusión de los servicios de televisión local.

2. El Plan reservará canales múltiples, con capacidad para la difusión de, al menos, cuatro programas de televisión digital, para atender las necesidades de cada una de las capitales de provincia y autonómicas, y de cada uno de los municipios con una población de derecho superior a 100.000 habitantes si la capacidad del espectro lo permite.

3. Cuando la Comunidad Autónoma correspondiente hubiera solicitado coberturas para municipios de menor población, siempre que existan frecuencias disponibles, el Plan podrá reservar canales múltiples para atender conjuntamente las necesidades de varios municipios colindantes cuya población de derecho total sea superior a 25.000 habitantes o cuya cobertura incluya a todos los municipios en un radio de, al menos, 25 kilómetros».

Tres. Se modifica el art. 4 de la Ley 41/1995, de 22 de diciembre, que queda con la redacción siguiente: «Art. 4. Ámbito territorial de cobertura. El ámbito de cobertura de cada canal múltiple reservado para la cobertura local será el establecido en cada caso en el Plan Técnico Nacional de la Televisión Digital Local».

Cuatro. Se modifica el apartado 4 del art. 7 de la Ley 41/1995, de 22 de diciembre, que queda redactado de la manera siguiente:

«4. El control de la formación de cadenas y emisión en cadena en las televisiones locales por ondas terrestres corresponde a las Comunidades Autónomas, salvo en el supuesto de que la formación de cadenas o la emisión en cadena se realice en el territorio o en localidades de más de una Comunidad Autónoma, en cuyo caso el control corresponderá a la Administración General del Estado».

Cinco. Se añade un nuevo apartado, el 5, al art. 7 de la Ley 41/1995, de 22 de diciembre, que queda redactado de la manera siguiente:

«5. La Comunidad Autónoma competente y, en el supuesto de que se realice en el territorio o en localidades de más de una Comunidad Autónoma, la Administración General del Estado podrán autorizar, previa conformidad de los plenos de los municipios afectados, y a solicitud de los gestores del servicio, emisiones en cadena en atención a características de proximidad territorial y de identidades sociales y culturales de dichos municipios».

Seis. Se modifica el art. 9 de la Ley 41/1995, de 22 de diciembre, que queda con la redacción siguiente:

«Art. 9. *Modo de gestión*

1. Una vez aprobado en el Plan Técnico Nacional de la Televisión Digital Local, la reserva de frecuencia para la difusión de un canal múltiple de televisión local en una determinada demarcación, los municipios incluidos dentro de la misma podrán acordar la gestión por sí de un programa de televisión local con tecnología digital, dentro del múltiple correspondiente a esta demarcación. La decisión de acordar la gestión directa de un programa de televisión digital deberá haber sido adoptada por el pleno de la corporación municipal. En el supuesto de que el ámbito de cobertura del canal múltiple comprenda varios términos municipales, el programa reservado para la gestión directa municipal será atribuido conjuntamente a los municipios incluidos en dicho ámbito de cobertura que así lo hubieran solicitado.

2. Los restantes programas disponibles para la difusión del servicio de televisión local serán adjudicados por las Comunidades Autónomas de acuerdo con lo previsto en el art. 13 de esta Ley.

3. En ambos casos, corresponde a las Comunidades Autónomas el otorgamiento de las correspondientes concesiones para la prestación del servicio».

Siete. Se modifica el art. 17 de la Ley 41/1995, de 22 de diciembre, que queda redactado de la manera siguiente:

«Art. 17. *Ejercicio de las competencias sancionadoras*

La Administración General del Estado ejercerá su competencia sancionadora de acuerdo con lo previsto en esta Ley en lo que se refiere a las infracciones cometidas por los operadores de televisión local por ondas terrestres cuyos efectos excedan del ámbito territorial de una Comunidad Autónoma, así como de acuerdo con lo previsto en el art. 82 de la Ley General de Telecomunicaciones, en lo que se refiere a las infracciones que, en cualquier supuesto, puedan cometerse contra la normativa reguladora de aspectos técnicos y de protección del espectro radioeléctrico».

Ocho. Se modifica el art. 20 de la Ley 41/1995, de 22 de diciembre, que queda redactado como sigue:

«Art. 20. *Número de estaciones transmisoras*

Será precisa autorización previa del Secretario de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información cuando, para obtener la cobertura completa de toda la zona de servicio, fuera necesaria la instalación de más de una estación. El plazo para otorgar la autorización a la que se refiere este apartado y para notificar la resolución será de tres meses».

Nueve. Se modifica el art. 21 de la Ley 41/1995, de 22 de diciembre, que queda redactado como sigue:

«Art. 21. *Características técnicas*

Corresponde a la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información del Ministerio de Ciencia y Tecnología establecer las características técnicas de las estaciones de televisión local, así como aprobar los proyectos técnicos de las instalaciones. Los proyectos técnicos de las instalaciones, que deberán cumplir las características técnicas establecidas por la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información, se presentarán ante el órgano competente de la Comunidad Autónoma, para su remisión por ésta a la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información para su aprobación. Ésta tendrá un plazo de tres meses para examinar el proyecto y notificar la resolución».

Diez. La Disposición Transitoria única de la Ley 41/1995, de 22 de diciembre, pasa a ser Disposición Transitoria primera, y se añade una Disposición Transitoria segunda, con la siguiente redacción:

«Disposición Transitoria segunda. Plan Nacional de la Televisión Digital Local y procedimiento de concesiones.

1. El plazo para la presentación de solicitudes por las Comunidades Autónomas, a que se refiere el art. 3.1, comenzará el 1 de enero de 2003, y finalizará el 31 de marzo de dicho año.

2. Dentro de los siete meses siguientes al plazo de finalización de presentación de solicitudes, el Gobierno aprobará el Plan Nacional de la Televisión Digital Local.

3. El plazo para determinar el modo de gestión de los canales asignados a los municipios y agrupaciones de municipios, a que se refiere el art. 9.1, será de tres meses, a contar desde la aprobación del Plan Nacional de la Televisión Digital Local.

4. Finalizado dicho plazo, las Comunidades Autónomas dispondrán de cinco meses para la convocatoria de los concursos y adjudicación de las concesiones».

Art. 110. Modificación del art. 19 de la Ley 10/1988, de 3 de mayo, de Televisión Privada

Se da nueva redacción al art. 19 de la Ley 10/1988, de 3 de mayo, de Televisión Privada, que pasa a tener el siguiente contenido:

«1. Las personas físicas o jurídicas que participen en el capital de una sociedad concesionaria de un servicio público de televisión de ámbito estatal no podrán participar en ninguna otra sociedad concesionaria de un servicio público de televisión, sea cual sea su ámbito de cobertura.

2. Las personas físicas o jurídicas que participen en el capital de una sociedad concesionaria de un servicio público de televisión de ámbito autonómico o local podrán participar en el capital de otras sociedades concesionarias de estos mismos ámbitos, siempre que la población de la demarcación cubierta por sus emisiones no exceda de los límites que se determinarán reglamentariamente, procurando el necesario equilibrio entre el pluralismo informativo y la libertad de acceso a medios de comunicación. No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, no podrá participarse en el capital de más de una sociedad concesionaria de un servicio público de televisión cuyo ámbito de cobertura sea coincidente. En caso de participarse en el capital de una sociedad concesionaria de un servicio público de televisión de ámbito autonómico, no podrá participarse en el capital de otra sociedad concesionaria de un servicio público de televisión de ámbito local cuyo ámbito de cobertura esté comprendido en el de la televisión autonómica.

3. Lo dispuesto en el presente artículo se aplicará a cualquier forma de participación en el capital de las sociedades concesionarias de servicios públicos de televisión, sea directa, indirecta o a través de una o varias personas físicas o jurídicas interpuestas y sea cual sea la participación que se ostente en dichas sociedades.

4. En todo caso, será de aplicación lo dispuesto en la Ley 16/1989, de 19 de julio, de Defensa de la Competencia».

Art. 111. Modificación de la Ley 10/1988, de 3 de mayo, de Televisión Privada. Régimen transitorio de aplicación de incompatibilidades

Se adiciona una nueva Disposición Transitoria tercera a la Ley 10/1988, de 3 de mayo, de Televisión Privada, con el siguiente contenido:

«Disposición Transitoria tercera. Régimen transitorio de aplicación de las incompatibilidades previstas en el art. 19.

Las personas físicas o jurídicas que, en el momento de entrada en vigor de la presente Ley, incumplan los límites impuestos en el art. 19, deberán adecuar las participaciones de las que sean titulares en el capital de las sociedades concesionarias de servicios públicos de televisión, de cualquier ámbito territorial, a los límites que en dicho precepto se establece, en el plazo de un año, contado desde el 1 de enero de 2003. Transcurrido el plazo indicado sin que se haya efectuado la citada adecuación, será de aplicación el régimen sancionador o de extinción de la concesión, previsto al efecto».

Art. 112. Modificación del art. 17.1.b) de la Ley 10/1988, de 3 de mayo, de Televisión Privada

Se da nueva redacción al art. 17.1.b) de la Ley 10/1988, de 3 de mayo, de Televisión Privada, que pasa a tener el siguiente contenido:

«b) Por incumplimiento de los requisitos establecidos por los arts. 18 y 19 de la presente Ley, siempre que, en este último caso, la vulneración del art. 19 sea imputable al socio mayoritario, o que, de otro modo, ostente el control de la sociedad concesionaria. En otro caso será de aplicación lo señalado en el capítulo IV de la presente Ley».

Art. 113. Modificación del art. 24.2 de la Ley 10/1988, de 3 de mayo, de Televisión Privada

Se añade un párrafo *h)* al art. 24.2 de la Ley 10/1988, de 3 de mayo, de Televisión Privada, con el siguiente contenido:

«*h)* El incumplimiento de lo previsto en el art. 19 de la presente Ley por aquellos socios de las entidades concesionarias que no tengan la condición de mayoritarios, o no ostenten, de cualquier otro modo, el control de la sociedad concesionaria».

Art. 114. Modificación de la Ley 31/1987, de 18 de diciembre, de Ordenación de las Telecomunicaciones, en relación con la radiodifusión sonora

Uno. Se modifica el párrafo *a)* del apartado dos de la Disposición Adicional sexta de la Ley 31/1987, de 18 de diciembre, de Ordenación de las Telecomunicaciones, que pasa a tener la siguiente redacción:

«*a)* La concesión se otorgará por un plazo de diez años y se renovará sucesivamente por períodos iguales, salvo que el titular haya incumplido alguna de las obligaciones esenciales de la concesión o haya sido condenado mediante sentencia firme por vulnerar algún derecho fundamental. Lo dispuesto en este apartado se entiende sin perjuicio de las condiciones impuestas por el ordenamiento respecto de los títulos habilitantes para el uso del dominio público radioeléctrico».

— Real Decreto 1434/2002, de 27 diciembre, por el que se regulan las actividades de transporte, distribución, comercialización, suministro y procedimientos de autorización de instalaciones de gas natural (*BOE* de 31 de diciembre de 2002, núm. 313, p. 46346).

La Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, en su Título IV, establece las bases para introducir la competencia en el sector gasista, así como un nuevo modelo de mercado. En su Disposición Final segunda, la citada Ley establece que el Gobierno, en el ámbito de sus competencias, aprobará mediante Real Decreto las normas de desarrollo de dicha Ley.

El presente Real Decreto tiene por objeto establecer el régimen jurídico aplicable a las actividades de regasificación, almacenamiento, transporte, distribución y comercialización de gas natural para su suministro por canalización, y a las relaciones entre los distintos sujetos que las desarrollan, estableciendo las medidas necesarias encaminadas a garantizar esta actividad de interés económico general a todos los consumidores finales, sin perjuicio de las competencias que correspondan a las Comu-

nidades Autónomas y Ciudades de Ceuta y Melilla. Asimismo, establece el régimen de autorización correspondiente a todas las instalaciones vinculadas a las actividades de gas, competencia de la Administración General del Estado y el procedimiento de inscripción en los distintos registros administrativos previstos en la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos. Lo dispuesto en este Real Decreto será asimismo de aplicación a la distribución de los gases combustibles a que hace referencia el art. 56 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos.

— Real Decreto 1099/2002, de 25 octubre, por el que se modifica y desarrolla el Real Decreto 1371/2000, de 19 de julio de 2000 (RCL 2000\1631, 2326), por el que se modifica y desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Economía (BOE de 26 de octubre de 2002, núm. 257, p. 37630).

Este Real Decreto dispone que la Secretaría de Estado de Economía, bajo la superior dirección del Ministro de Economía, ejercerá, entre otras, las competencias relativas a la defensa de la libre competencia y que estará integrada por diversos órganos directivos, entre los cuales, la Dirección General de Defensa de la Competencia. Además, se adscriben al Ministerio de Economía, a través de la Secretaría de Estado de Economía, diversos organismos públicos, entre los cuales, el Tribunal de Defensa de la Competencia. Finalmente, se regula la mencionada Dirección General en los términos siguientes:

«Art. 3. Dirección General de Defensa de la Competencia

1. A la Dirección General de Defensa de la Competencia le corresponden todas las facultades y funciones que la Ley 16/1989, de 17 de julio (RCL 1989, 1591), de Defensa de la Competencia, atribuye al Servicio de Defensa de la Competencia.

2. El Director General de Defensa de la Competencia ostenta la condición de Director del Servicio de Defensa de la Competencia.

3. La Dirección General de Defensa de la Competencia se estructura en las siguientes Subdirecciones Generales:

a) Subdirección General de Concentraciones, con las funciones que la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, atribuye al Servicio de Defensa de la Competencia en relación con el control de las concentraciones económicas, así como las relaciones con la Unión Europea en dicha materia.

b) Subdirección General sobre Conductas Restrictivas de la Competencia, con las funciones que la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, atribuye al Servicio de Defensa de la Competencia en materia de acuerdos y prácticas restrictivas o abusivas, así como las relaciones con la Unión Europea en estas materias.

c) Subdirección General de Asuntos Jurídicos y Relaciones Institucionales, con las siguientes funciones: Las de asesoramiento jurídico en

la aplicación y desarrollo de la normativa de competencia; las de cooperación y colaboración con Comunidades Autónomas, órganos reguladores sectoriales y organismos extranjeros e instituciones internacionales, y las que la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, atribuye al Servicio de Defensa de la Competencia en materia de estudios e informes».

— Real Decreto 777/2002, de 26 julio, por el que se establece la estructura orgánica del Ministerio de Economía (BOE de 27 de julio de 2002, núm. 179, p. 27816; rect. BOE de 30 de julio de 2002, núm. 181, p. 28014).

El Real Decreto 680/2002, de 12 de julio, por el que se modifica la estructura del Ministerio de Economía, ha suprimido la Secretaría de Estado de Economía, de la Energía y de la Pequeña y Mediana Empresa, y ha creado la Secretaría de Estado de Economía y la Secretaría de Estado de Energía, Desarrollo Industrial y de la Pequeña y Mediana Empresa. Debe, en consecuencia, dotarse al citado Departamento de una organización básica que le permita continuar, sin solución de continuidad, el desarrollo de las competencias y funciones que le corresponden. El presente Real Decreto acomete la tarea de establecer una organización y estructura básica del Ministerio de Economía acorde con las nuevas Secretarías de Estado antes citadas.

«Art. 1. *Estructura básica del Ministerio de Economía*

El Ministerio de Economía se estructura en los siguientes órganos superiores y directivos:

1. La Secretaría de Estado de Economía, de la que dependen los siguientes órganos directivos:

a) La Dirección General de Política Económica, que asume las competencias hasta ahora atribuidas a la Secretaría General de Política Económica y Defensa de la Competencia, salvo las relativas a Defensa de la Competencia, así como las de la Dirección General de Políticas Sectoriales, con excepción de las correspondientes a Incentivos Regionales.

(...)

d) La Dirección General de Defensa de la Competencia, que asume la competencia que en materia de Defensa de la Competencia está atribuida a la Secretaría General de Política Económica y Defensa de la Competencia.

(...)

Art. 2. *Adscripción de organismos, entes públicos y órganos colegiados*

1. Quedan adscritos al Ministerio de Economía los siguientes organismos y entes públicos:

(...)

b) A través de la Secretaría de Estado de Economía, el Tribunal de Defensa de la Competencia, en los términos establecidos en la Ley

16/1989, de 17 de julio (RCL 1989, 1591), de Defensa de la Competencia, modificada por el art. 63 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre (RCL 2001, 3248 y RCL 2002, 1348, 1680), de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social.

(...)

Disposición Adicional Segunda

Supresión de órganos. Quedan suprimidos los siguientes órganos directivos:

a) La Secretaría General de Política Económica y Defensa de la Competencia».

— Real Decreto que desarrolla la *Ley 15/2001, de 9 de julio*, de Fomento y Promoción de la Cinematografía y del Sector Audiovisual, en lo relativo a las medidas de fomento para la producción de películas y para la realización de coproducciones que reúnan las condiciones que se estipulen reglamentariamente. El Real Decreto recuerda que la citada Ley atribuye al Instituto de la Cinematografía y de las Artes Audiovisuales la función de velar por la libre competencia en la producción, distribución y exhibición cinematográfica y poner en conocimiento del Servicio de Defensa de la Competencia los actos, acuerdos, prácticas y conductas que presenten indicios de resultar contrarios a la legislación vigente de defensa de la competencia.

— Resolución de 7 de octubre de 2002 de la Secretaría de Estado de Energía, Desarrollo Industrial y de la Pequeña y Mediana Empresa sobre delegación de competencias en favor de sus Direcciones Generales (*BOE* de 12 de octubre de 2002, núm. 245, p. 36123).

Como consecuencia de los Reales Decretos 680/2002 y 777/2002, resulta imprescindible proceder a adaptar las diversas normas reglamentarias de delegación de competencias actualmente vigentes en función de los nuevos órganos superiores y centros directivos creados en los Reales Decretos ya citados. En concreto, la desaparición de la antigua Secretaría General de Política Económica y Defensa de la Competencia, obliga a reordenar algunas competencias que aquélla tenía delegadas y proceder a su delegación a las Direcciones Generales dependientes de la Secretaría de Estado. Por otra parte, dicho cambio orgánico aconseja introducir algunos cambios en los baremos económicos utilizados anteriormente por la Resolución de 4 de agosto de 2000 (celebración de Convenios, contratación, gestión económica), ya que ahora se delegan dichas competencias a favor de todas las Direcciones Generales. Por otra parte, dado que ya se han delegado a favor del Subsecretario de Economía, en Resolución separada, la competencia para resolver recursos y conflictos de atribuciones, puede entenderse sin efecto las delegaciones contenidas en la Resolución de 4 de agosto de 2000, de la Secretaría de Estado de Economía, de la Energía y de la Pequeña y Mediana Empresa, de dele-

gación de competencias a favor del Subsecretario de Economía, Secretario general de Política Económica y Defensa de la Competencia y Directores generales dependientes de la Secretaría de Estado, así como de la Resolución de 2 de febrero de 2001, que modifica la anterior.

La Resolución dispone:

«Cuarto. A la entrada en vigor de la presente Resolución quedarán sin efecto las delegaciones de competencias contenidas en la Resolución de 4 de agosto de 2000 (RCL 2000, 1866) de la Secretaría de Estado de Economía, de la Energía y de la Pequeña y Mediana Empresa, de delegación de competencias a favor del Subsecretario de Economía, Secretario general de Política Económica y Defensa de la Competencia y Directores generales dependientes de la Secretaría de Estado, en la Resolución de 2 de febrero de 2001 (RCL 2001, 446) que modifica la anterior, así como aquellas otras que se opongan a lo dispuesto en la presente Resolución».

— Orden ECO/2498/2002, de 3 de octubre, del Ministerio de Economía, sobre delegación de competencias a favor de distintos órganos del Departamento (BOE de 10 de octubre de 2002, núm. 243, p. 35868).

Como consecuencia de los Reales Decretos 680/2002 y 777/2002, resulta imprescindible proceder a adaptar las diversas normas reglamentarias de delegación de competencias actualmente vigentes en función de los nuevos órganos superiores y centros directivos creados en los Reales Decretos ya citados.

Por tanto, no se trata en este caso de establecer nuevas delegaciones, sino de adaptar las ya existentes a la nueva estructura. En la reforma organizativa llevada a cabo destaca la división de la antigua Secretaría de Estado de Economía, de Energía y de la PYME, en dos nuevas Secretarías de Estado, una de Economía y otra de Energía, Desarrollo Industrial y PYME. A ello se añade la desaparición de la antigua Secretaría General de Política Económica y Defensa de la Competencia, así como la creación de una nueva Dirección General de Competencia y otra de Desarrollo Industrial e Incentivos Regionales.

Esta Orden dispone que no se delegan en el Secretario de Estado de Economía las competencias que correspondan al Ministro de Economía en virtud de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia, y sus disposiciones de desarrollo.

— Acuerdo de 2 de julio de 2002, del Consejo General del Poder Judicial (BOE de 19 de julio de 2002, núm. 172, p. 26744, por el que se ordena hacer público el Acuerdo de la Sala de Gobierno de la Audiencia Nacional, en su reunión de 10 de junio de 2002, por el que se aprueba la modificación de las normas de reparto de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la mencionada Audiencia).

Este Acuerdo establece el reparto por materias entre las diversas Secciones de la Audiencia Nacional, correspondiendo a la Sección Sexta,

entre otros, los recursos interpuestos contra actuaciones del Tribunal de Defensa de la Competencia.

2. LEGISLACIÓN AUTONÓMICA

Decreto 222/2002, de 27 de agosto, por el cual se crean los órganos de defensa de la competencia de la Generalitat de Catalunya (DOGC núm. 3711, de 2 de septiembre de 2002, p. 15471).

Este Decreto regula la creación de la Dirección General de la Competencia del Departamento de Economía, a la que corresponde la instrucción de los expedientes, y del Tribunal Catalán de Defensa de la Competencia, que tiene atribuidas competencias resolutorias y consultivas.

LEGISLACIÓN COMUNITARIA

— XXXI Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la política de competencia (2001), aprobado por la Comisión el 29 de abril.

Este Informe hace un balance de la actividad de la Comisión sobre este tema durante el año 2001. Durante este año, la Comisión prosiguió la modernización de las normas y prácticas en el ámbito de los acuerdos, los abusos de posición dominante, las concentraciones y las ayudas estatales, y siguió prestando mucha atención a la apertura de los mercados en los que la competencia no es aún completa, garantizando al mismo tiempo condiciones iguales para todos y manteniendo los servicios de interés general. En el ámbito de las concentraciones, la acción de la Comisión se vio condicionada por el contexto de mundialización y complejidad creciente de los asuntos, lo que sin duda se incrementará después de la ampliación hacia el Este de Europa, y lo que, por lo tanto, ha requerido un nuevo estudio en profundidad del Reglamento sobre las concentraciones. En cuanto a ayudas estatales, la transparencia ha mejorado claramente, según el informe, gracias a la aprobación de los indicadores de las ayudas estatales y la apertura al público de un registro de ayudas estatales en línea. La modernización ha proseguido también mediante la aprobación de nuevas normas sobre ayudas estatales al capital-inversión, así como mediante una revisión de las normas relativas a las ayudas al empleo, las ayudas para investigación y desarrollo y las ayudas para los grandes proyectos regionales de inversión. La Comisión señala, por otra parte, una disminución del número total de asuntos, lo cual representa una tendencia global que refleja la ligera disminución de los asuntos en el ámbito de los acuerdos y los abusos de posición dominante, la primera disminución de los asuntos de concentración desde hace varios años y una reducción sensible del número de asuntos sobre ayudas estatales (http://europa.eu.int/comm/competition/annual_reports/2001/).

— Comunicación de la Comisión relativa a determinados aspectos del tratamiento de los asuntos de competencia resultantes de la expiración del Tratado CECA (DOCE, núm. C 152, de 26 de junio de 2002, pp. 5 y ss.).

Tras la expiración del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero el 23 de julio de 2002, los sectores anteriormente cubiertos por el Tratado CECA, así como las normas de procedimiento

y el derecho derivado resultantes de éste se someterán a las normas del Tratado CE. En esta Comunicación, la Comisión explica que se han preparado tanto este vencimiento como las modificaciones que lo acompañan, y que las modificaciones materiales y procesales no plantearán, pues, problemas importantes. Muestra así, en una primera sección, las principales diferencias entre los dos regímenes (CECA y CE), incluida la competencia exclusiva de la Comisión en virtud de las normas CECA, independientemente de cualquier concepto de límite máximo, contrariamente a las normas del Tratado CE; en una segunda sección, la Comisión trata de los problemas específicos planteados por la transición entre los dos regímenes, en particular, a nivel procesal para los asuntos sometidos antes de la expiración efectiva del Tratado, pero también de la falta de pérdida del beneficio de exención a causa de normas similares, de la menor severidad del Tratado CE frente a las empresas mixtas si se compara con el Tratado CECA, y finalmente de la consideración de la fecha de concesión de una ayuda para apreciar su compatibilidad con el mercado común en materia de ayudas estatales.

1. ACUERDOS ENTRE EMPRESAS

A. DISPOSICIONES GENERALES

— Reglamento (CE) núm. 1/2003, de 16 de diciembre de 2002, 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, (CEE) núm. 2988/74, (CEE) núm. 4056/86 y (CEE) núm. 3975/87 (*DOCE*, núm. L 1, de 4 de enero de 2003, pp. 1 y ss.).

Este Reglamento tiene como objetivo permitir una aplicación más eficaz del Derecho comunitario de la competencia creando un sistema descentralizado que permita tanto a la Comisión como a las autoridades de la competencia y a las jurisdicciones nacionales aplicarlo, preservando el papel específico de la Comisión en su aplicación. En particular, el Reglamento establece un sistema de exención legal, basado en el principio de legalidad automática de los acuerdos que no vulneran las normas de competencia. Las nuevas reglas se aplicarán a partir del 1 de mayo de 2004. Los documentos del procedimiento de adopción del nuevo Reglamento pueden ser consultados en la página http://europa.eu.int/prelex/detail_dossier_real.cfm?CL=fr&DosId=158821.

— Comunicación de la Comisión relativa a la dispensa del pago de las multas y la reducción de su importe en casos de cártel (*DOCE*, núm. C 45 de 19 de febrero de 2002, pp. 3 y ss.).

Mediante esta Comunicación, basada en la experiencia adquirida desde 1996, la Comisión intenta hacer más eficaz y transparente su política de lucha contra las formas más graves de cártel, reforzando su capacidad de detectar y perseguir los acuerdos entre empresas y mejorando al mismo

tiempo la seguridad jurídica. La nueva comunicación prevé la concesión por la Comisión de una «dispensa condicional del pago de multas» a la primera empresa que contribuya decisivamente al descubrimiento o prohibición de un cártel. La seguridad jurídica mejora gracias a una definición más restrictiva de los casos de exclusión del principio del beneficio de inmunidad. Las empresas que no cumplan las condiciones pero que colaboren significativamente pueden también obtener reducciones de multas, hasta un máximo de un 50 por 100. La dispensa del pago de multas y el importe de las posibles reducciones se confirmarán, si se cumplen las condiciones, en la Decisión final de la Comisión.

B. DISPOSICIONES SECTORIALES

— Reglamento (CE) núm. 1400/2002 de la Comisión, de 31 de julio de 2002, relativo a la aplicación del apartado 3 del art. 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas en el sector de los vehículos de motor (*DOCE*, núm. L 203, de 1 de agosto de 2002, pp. 30 y ss.).

La Comisión sustituye el régimen vigente hasta octubre de 2002. Establece la obligación para los fabricantes automóviles de elegir entre distribución exclusiva y distribución selectiva; la elección para los distribuidores entre multimarca y monomarca; menos restricciones para los intermediarios que actúan en nombre de un consumidor; la posibilidad para los distribuidores que forman parte de un sistema de distribución de crear un punto de venta secundario; favorecer la calidad y la elección en el sector de la reparación; el acceso a la información técnica para los reparadores independientes y el final del monopolio de los repuestos de origen, así como el refuerzo de la independencia comercial de los concesionarios.

— Directrices sobre análisis del mercado y evaluación del peso significativo en el mercado dentro del marco regulador comunitario de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (*DOCE*, núm. C 165, de 11 de julio de 2002, pp. 6 y ss.).

Directrices adoptadas en aplicación de la Directiva 2002/21/CE relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (la Directiva marco). Las directrices enuncian los principios que utilizarán las autoridades nacionales de reglamentación para definir los mercados pertinentes y analizar la existencia de una posición dominante en estos mercados. Las directrices se basan en la jurisprudencia del Tribunal de Primera Instancia y del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas así como en las prácticas de la Comisión en cuanto a toma de decisiones para definir los «mercados pertinentes» y aplicar los conceptos de posición dominante individual y de posición dominante colectiva, en particular por lo que se refiere a los mercados de las comunicaciones electrónicas.

— Comunicación en virtud del art. 5 del Reglamento (CEE) núm. 1534/91 del Consejo, de 31 de mayo de 1991, relativo a la aplicación del apartado 3 del art. 81 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos, decisiones y prácticas concertadas en el sector de los seguros (DOCE, núm. C 163, de 9 de julio de 2002, pp. 7 y ss.).

Esta Comunicación, aprobada el 15 de mayo de 2002, contiene un proyecto de nuevo Reglamento de exención por categorías en el sector de los seguros, dado que el Reglamento (CEE) núm. 3932/92 expira el 31 de marzo de 2003. La Comisión presenta el nuevo texto a la opinión de los operadores. El proyecto de nuevo Reglamento implica diferencias con relación al precedente en cuatro puntos: sobre las primas orientativas de riesgos, las condiciones modelo de pólizas de seguro, la cobertura en común de algunos tipos de riesgos (grupos) y los equipamientos de seguridad (Rapid IP/02/1028, de 10 de julio de 2002).

2. CONTROL DE CONCENTRACIONES

— Propuesta de Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas [Documento COM (2002) 711, adoptado por la Comisión el 11 de diciembre de 2002, http://europa.eu.int/prelex/detail_dossier_real.cfm?CL=es&DosId=178978#344199].

El 11 de diciembre de 2001, la Comisión presentó el Libro Verde sobre la revisión del Reglamento de concentraciones. Este documento constituía una reflexión sobre las mejoras que habría que aportar al Reglamento con el fin de procurar que éste siga siendo un instrumento eficaz de control de las concentraciones en un entorno económico y político en pleno cambio. En su Libro Verde, la Comisión trata aspectos de competencia, sustantivos y procesales, partiendo de que la reforma debe basarse en el principio subyacente del Reglamento sobre concentraciones, es decir, en la necesidad de garantizar un control efectivo, eficiente, justo y transparente de las operaciones de concentración al nivel más apropiado, conforme al principio de subsidiariedad. El 4 de julio de 2002, el Parlamento Europeo adoptó una resolución de apoyo a la iniciativa de la Comisión. También se pronunció sobre la misma el Consejo Económico y Social en fecha de 17 de julio de 2002. En el mes de diciembre de 2002, la Comisión ha adoptado la propuesta de Reglamento. La propuesta pretende: aclarar la norma sustantiva para el análisis de concentraciones por lo que se refiere a la competencia, racionalizar el plazo de notificación de las concentraciones presentadas a la Comisión, una simplificación del sistema de remisión de los casos de concentraciones desde la Comisión a las autoridades de competencia del Estado miembro y viceversa, introducir cierta flexibilidad en los plazos para realizar las investigaciones sobre una concentración y reforzar los poderes indagatorios de la Comisión. Se espera que el Consejo debata el nuevo texto en 2003 y que entre en vigor el 1 de mayo de 2004 (Rapid IP/02/1856, de 11 de diciembre de 2002).

001 — Proyecto de Comunicación de la Comisión relativa a la evaluación de las concentraciones horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre control de las operaciones de concentración entre empresas (*DOCE*, núm. C 331, de 31 de diciembre de 2002, pp. 18 y ss.).

007 Esta Comunicación tiene por objeto orientar sobre cómo evalúa la Comisión las concentraciones en que las empresas afectadas operan activamente en el mismo mercado de referencia o son competidores potenciales en dicho mercado (concentraciones horizontales). Las orientaciones se centran en las repercusiones que puede tener para la competencia en el mercado de referencia la desaparición de un competidor real o potencial.

— Modelos tipo para los compromisos de cesión y los mandatos del administrador en los casos de concentración.

La Comisión Europea ha publicado a consultas el proyecto de modelo tipo de compromiso de cesión que las partes en una concentración pueden proponer en asuntos que planteen problemas de competencia. Los modelos tipo de «compromiso de cesión» y de «mandato del administrador» están diseñados para servir como código de buenas prácticas y facilitar las relaciones con la Comisión de las partes en la concentración y sus representantes. Los nuevos modelos están disponibles en la página:

http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/legislation/divestiture_commitments/index.html.

3. AYUDAS DE ESTADO

— Reglamento (CE) núm. 2204/2002 de la Comisión, de 12 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de los arts. 87 y 88 del Tratado CE a las ayudas estatales para el empleo (*DOCE*, núm. L 337, de 13 de diciembre de 2002, pp. 3 y ss.).

Este Reglamento tiende a estructurar los criterios y orientaciones dispersos hasta ahora en distintas comunicaciones e instaurar un régimen coherente de autorización de las ayudas, favoreciendo al mismo tiempo la seguridad jurídica, exención de la obligación de notificación para algunos tipos de ayudas autorizadas por las actuales directrices relativas a las ayudas estatales incluida en el proyecto de Reglamento.

— Comunicación de la Comisión relativa al encuadramiento comunitario sobre ayudas estatales de investigación y desarrollo, aprobada por la Comisión el 24 de abril de 2002 (*http://europa.eu.int/comm/competition/state_aid/legislation/98c048_en.pdf*).

La Comisión añade un punto «5.14» a la Comunicación de la Comisión sobre el Encuadramiento comunitario sobre ayudas de Estado de investigación y desarrollo (*DOCE*, núm. C 45, de 17 de febrero de 1996, pp. 5 y ss.), vigentes hasta final del 2005. Esta modificación establece la eli-

minación de los límites vigentes, admitiendo una intensidad del 100 por 100 de ayudas en los supuestos especificados.

— Comunicación de la Comisión relativa a las Directrices comunitarias multisectoriales sobre ayudas regionales a grandes proyectos de inversión. Ayudas de salvamento y de reestructuración y ayudas al cierre en favor del sector del acero [Documento C(2202) 315, adoptado por la Comisión el 13 de febrero de 2002, http://europa.eu.int/comm/competition/state_aid/legislation/reg_aid_es.pdf].

El 16 de diciembre de 1997 la Comisión aprobó las Directrices comunitarias multisectoriales sobre ayudas regionales a grandes proyectos de inversión. Estas Directrices multisectoriales eran aplicables por un período de prueba de tres años que comenzó el 1 de septiembre de 1998 y que se amplió hasta el 31 de diciembre de 2002. La Comisión al iniciar la revisión de las Directrices multisectoriales, llegó a la conclusión de que convenía revisarlas y de que era oportuno integrar las distintas Directrices en unas Directrices multisectoriales nuevas. Las nuevas Directrices, que entrarán en vigor el 1 de enero de 2004 (ya lo hicieron el 1 de enero de 2003 para los automóviles y las fibras sintéticas), aporta aún más transparencia y reduce el nivel global de las subvenciones concedidas en la Unión Europea. La reforma refuerza la responsabilidad de los Estados miembros en la aplicación de las normas que regulan las ayudas estatales y garantizará el control efectivo de los niveles de ayudas estatales en una Comunidad ampliada y más heterogénea.

— Reglamento (CE) núm. 1407/2002 del Consejo, de 23 de julio de 2002, sobre las ayudas estatales a la industria del carbón (DOCE, núm. L 205, de 2 de agosto de 2002, pp. 1 y ss.).

Las normas relativas a las ayudas estatales en favor de la industria del carbón expiran con el Tratado CECA en julio de 2002. El nuevo Reglamento establece normas que precisan el nivel máximo de las ayudas con relación a los costes incurridos y la disminución de las ayudas en el tiempo, normas que se ajustan a la tendencia general de reducción de las ayudas estatales en la Comunidad. Tiene por objeto también fomentar la continuación de los esfuerzos de reestructuración y reducción de la actividad del carbón, teniendo en cuenta consideraciones sociales y regionales. El Reglamento está destinado a garantizar el mantenimiento de ciertas capacidades de producción carbonera después de la expiración simultánea del Tratado CECA y del régimen de ayudas previo basado en la Decisión núm. 3632/93/CECA. A partir de ahora y hasta 2010 se admiten tres categorías de ayudas: ayudas al acceso a reservas de carbón, divididas entre ayudas a la inversión inicial y a la producción corriente; ayudas a la reducción de actividad y ayudas a la cobertura de cargas excepcionales.

— Decisión 2002/871/CE de la Comisión, de 17 de octubre de 2002, por la que se establece un marco común para la Comunicación de la información necesaria para la aplicación del Reglamento (CE) núm. 1407/2002 del Consejo, sobre las ayudas estatales a la industria del carbón (DOCE, núm. L 300, de 5 de noviembre de 2002, pp. 42 y ss.).

Este marco común para la Comunicación de información permitirá que la Comisión, gracias a los datos recogidos de esta manera, evalúe el cumplimiento de las condiciones y criterios impuestos para la concesión de ayudas. De esta manera, los datos facilitados a la Comisión por los Estados miembros se basarán en definiciones y criterios comunes, que garanticen su comparabilidad. Así pues, gracias al Reglamento (CE) núm. 1407/2002 y a esta Decisión, la Comisión dispondrá de todos los datos necesarios para poder pronunciarse sobre las ayudas a la industria del carbón.

— Reglamento (CE) núm. 179/2002 del Consejo, de 28 de enero de 2002, que modifica el Reglamento (CE) núm. 2792/1999, por el que se definen las modalidades y condiciones de las intervenciones con finalidad estructural en el sector de la pesca (*DOCE*, núm. L 31, de 1 de febrero de 2002, pp. 25 y ss.).

— Informe provisional de la Comisión al Consejo sobre la reducción y reorientación de la ayuda estatal [Documento COM (2002) 555, adoptado por la Comisión el 16 de octubre de 2002, http://europa.eu.int/prelex/detail_dossier_real.cfm?CL=fr&DosId=177051].

Adopción por la Comisión, el 16 de octubre. En respuesta a los deseos manifestados por los Consejos Europeos de Estocolmo y de Barcelona en favor de reducir el nivel global de las ayudas estatales, expresadas en porcentaje del producto interior bruto (PIB), y de reorientar dichas ayudas hacia objetivos transversales de interés común, como la cohesión económica y social, la Comisión ha seguido la invitación del Consejo en sus Conclusiones de diciembre de 2001 e identifica en su informe los medios que faciliten esta evolución: desarrollo de herramientas estadísticas que permitan el seguimiento de las Recomendaciones del Consejo; elaboración de indicadores de eficacia y de eficiencia de la ayuda estatal; intensificar la evaluación del impacto de la ayuda sobre la competencia con arreglo a criterios económicos; fomentar los intercambios de experiencias y ejercicios concertados de evaluación; continuar los esfuerzos para simplificar, modernizar y clarificar las normas sobre ayuda estatal.

— Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre el estado de los trabajos relativos a las Directrices sobre las ayudas estatales relacionadas con los servicios de interés económico general [Documento COM (2002) 280, adoptado por la Comisión el 5 de junio de 2002, http://europa.eu.int/comm/competition/state_aid/others/1759_sieg_es.pdf].

Como respuesta a la petición del Consejo Europeo de Niza de 7, 8 y 9 de diciembre de 2000, la Comisión presentó al Consejo Europeo de Laeken de 14 y 15 de diciembre de 2001 un informe sobre los Servicios de interés general. En este informe, la Comisión indica, en particular, que con el fin de mejorar la seguridad jurídica en el ámbito de las compensaciones por servicio público, «la Comisión tiene intención de establecer, en el transcurso de 2002 y en estrecha consulta con los Estados

miembros, un marco comunitario para las ayudas estatales concedidas a las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general». El Consejo Europeo de Barcelona de 15 y 16 de marzo de 2002 instó, en particular, a la Comisión a que informe al Consejo Europeo de Sevilla acerca del estado de los trabajos en lo relativo a las directrices para las ayudas estatales y, en caso necesario, proponga un Reglamento sobre una exención global en este ámbito. El presente informe tiene por objeto atender la petición del Consejo Europeo de Barcelona.

— Informe de la Comisión sobre el estado de los trabajos relativos a las Directrices sobre las ayudas estatales relacionadas con los servicios de interés económico general [Documento COM (2002) 636, adoptado por la Comisión el 27 de noviembre de 2002, http://europa.eu.int/comm/competition/state_aid/others/sieg_es.pdf].

En sus conclusiones, el Consejo Europeo de Sevilla «invita a la Comisión a que informe al Consejo Europeo de Copenhague acerca de la marcha de los trabajos sobre las líneas directrices para las ayudas estatales y, en su caso, a que adopte un reglamento de exención por categorías en ese ámbito». El presente informe tiene por objeto responder a esta petición del Consejo Europeo de Sevilla, teniendo en cuenta la jurisprudencia actual del Tribunal de Justicia. De acuerdo con lo que había indicado en su informe sobre los servicios de interés general, la Comisión desea establecer una seguridad jurídica fuerte en el ámbito de las compensaciones de servicio público mediante la adopción de un marco comunitario para las ayudas estatales concedidas a las empresas encargadas de garantizar servicios de interés económico general.

— Servicios de interés económico general y ayudas estatales [Documento no oficial adoptado por la DG de Competencia de la Comisión el 12 de noviembre de 2002, http://europa.eu.int/comm/competition/state_aid/others/1759_sieg_es.pdf].

Este documento de debate tiene por objeto permitir un intercambio de opiniones con los expertos de los Estados miembros sobre las condiciones de funcionamiento de los SIEG a la vista de las Disposiciones Comunitarias en materia de ayudas estatales y los derechos exclusivos o especiales. La cuestión de la calificación jurídica de la compensación de servicio público y sus implicaciones en el ámbito de las ayudas estatales deberá examinarse posteriormente, una vez que el Tribunal de Justicia haya dictado sentencia en los asuntos Gemo y Altmark.

— Comunicación sobre «Marcador de ayudas estatales. Actualización primavera 2002» [Documento COM (2002) 242, adoptado por la Comisión el 22 de mayo de 2002, http://europa.eu.int/prelex/detail_dossier_real.cfm?CL=es&DosId=173680].

El marcador sirve para incrementar aún más la transparencia y para que se tome conciencia de la necesidad de controlar las ayudas estatales. El marcador examina la medida en que los Estados miembros han reducido el nivel de sus ayudas, lo mismo que los sectores y los objetivos

contemplados por estos últimos. Contiene también información sobre los procedimientos de control de las ayudas estatales y analiza más concretamente las ayudas estatales a favor de las pequeñas y medianas empresas. Disponible en el sitio Internet de la Dirección General de la Competencia (http://europa.eu.int/comm/competition/state_aid/scoreboard/index_es.html).

— Informe de la Comisión «State Aid Scoreboard autumn 2002 update Special edition on the candidate countries» [Documento COM (2002) 638, adoptado por la Comisión el 27 de noviembre de 2002, http://europa.eu.int/prelex/detail_dossier_real.cfm?CL=es&DosId=178491].

— XVII Informe de la Comisión sobre el seguimiento de las ayudas al sector siderúrgico autorizadas en virtud del art. 95 del Tratado CECA [Documento COM (2002) 248, adoptado por la Comisión el 27 de mayo de 2002, http://europa.eu.int/prelex/detail_dossier_real.cfm?CL=es&DosId=173800].

— Informe de la Comisión sobre la aplicación en 2001 de la Decisión núm. 2496/96/CECA de la Comisión, de 18 de diciembre de 1996, por la que se establecen normas comunitarias relativas a las ayudas estatales en favor de la siderurgia [Documento COM (2002) 145, adoptado por la Comisión el 18 de marzo de 2002, http://europa.eu.int/prelex/detail_dossier_real.cfm?CL=es&DosId=172519].

4. LIBERALIZACIÓN

— Directiva 2002/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 97/67/CE con el fin de proseguir la apertura a la competencia de los servicios postales de la Comunidad (DOCE, núm. L 176, de 5 de julio de 2002, pp. 21 y ss.).

Adoptada ya por las dos instituciones, la futura Directiva tiene por objeto aplicar el mandato de la Directiva 97/67/CE con el fin de llevar a cabo una ampliación progresiva y controlada de la liberalización de los servicios postales, que habrá de entrar en vigor a partir de 1 de enero de 2003, así como establecer un calendario para una apertura suplementaria. Tiene por objeto además solucionar distintos problemas complementarios relativos al buen funcionamiento del mercado interior por lo que se refiere a los servicios postales.

— Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la aplicación de la Directiva Postal 97/67/CE [Documento COM (2002) 632, adoptado por la Comisión el 25 de noviembre de 2002, http://europa.eu.int/prelex/detail_dossier_real.cfm?CL=es&DosId=178210].

— Directiva 2002/77/CE de la Comisión, de 16 de septiembre de 2002, relativa a la competencia en los mercados de redes y servicios de comunicaciones electrónicas (DOCE, núm. L 249, de 17 de septiembre de 2002, pp. 21 y ss.).

La Directiva tiene por objeto codificar y simplificar la Directiva 90/388/CEE relativa a la competencia en los mercados de servicios de telecomunicaciones (esta norma queda derogada). La Comisión mantiene los objetivos fundamentales de la Directiva de 1990, que son poner fin a los derechos exclusivos y especiales existentes y prohibir la concesión de nuevos derechos de ese tipo en el sector de las comunicaciones electrónicas en sentido amplio, así como precisar y confirmar el derecho de las empresas a ejercer su libertad fundamental de establecimiento y prestar servicios en un marco competitivo no falseado.

5. COOPERACIÓN INTERNACIONAL

— Propuesta de Decisión del Consejo y de la Comisión por la que se celebra un Acuerdo entre las Comunidades Europeas y el Gobierno de Japón sobre cooperación en la lucha contra las actividades contrarias a la competencia [Documento COM (2002) 230, adoptado por la Comisión el 8 de mayo de 2002, http://europa.eu.int/prelex/detail_dossier_real.cfm?CL=fr&DosId=173484].

La Comisión propone fijar un marco de cooperación entre la Comisión y la autoridad de competencia de Japón, lo que debería aumentar la eficacia de la aplicación de la legislación *antitrust* y reducir el número de casos en el que las autoridades de competencia corran el riesgo de tomar decisiones conflictuales o incompatibles. Además, este acuerdo generará un estrechamiento de las relaciones entre las dos partes así como una comprensión mutua mejor de sus políticas de competencia respectivas.

— Informe de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre la aplicación de los Acuerdos entre las Comunidades Europeas y el Gobierno de los Estados Unidos de América y el Gobierno de Canadá relativos a la aplicación de sus normas de competencia de 1 de enero de 2001 a 31 de diciembre de 2001 [Documento COM (2002) 505 final, adoptado por la Comisión el 17 de septiembre de 2002, http://europa.eu.int/prelex/detail_dossier_real.cfm?CL=es&DosId=176230].

La Comisión señala en este informe que el acuerdo sigue proporcionando un marco de cooperación constructiva y útil entre la Comisión, por una parte, y Estados Unidos y Canadá, por otra, en beneficio no sólo de las autoridades de competencia, sino también de las empresas afectadas, ya que contribuyó a la resolución eficaz de una serie de asuntos.

— Informe de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre la aplicación de los acuerdos entre las Comunidades Europeas y el Gobierno de los Estados Unidos de América y el Gobierno de Canadá relativos a la aplicación de sus normas de competencia de 1 de enero de 2000 a 31 de diciembre de 2000 [Documento COM (2002) 45 final, adoptado por la Comisión el 29 de enero de 2002, http://europa.eu.int/prelex/detail_dossier_real.cfm?CL=es&DosId=171161].

El informe de la Comisión que abarca a la vez, a partir de este año, los acuerdos estadounidense y canadiense, pone de manifiesto que estos acuerdos siguen proporcionando un marco para una cooperación constructiva y útil entre las partes, en la medida que ha permitido precisar, por una parte, las ventajas y los límites de esta cooperación y, por otra parte, la resolución eficaz de una serie de asuntos.

— Propuesta de Decisión del Consejo sobre la posición que debe adoptar la Comunidad en el Consejo de Asociación CE-Turquía con respecto a una Decisión del Consejo de Asociación CE-Turquía por la que se adoptan las normas necesarias para la aplicación de las disposiciones sobre política de competencia a que se refiere el art. 37 de la Decisión 1/95 del Consejo de Asociación CE-Turquía [Documento COM (2001) 632, adoptado por la Comisión el 7 de noviembre de 2001 y adoptado formalmente por el Consejo el 21 de enero de 2002, http://europa.eu.int/prelex/detail_dossier_real.cfm?CL=es&DosId=169222#330474].

DOCUMENTACIÓN

THE SINGLE ENERGY MARKET: THE RELATIONSHIP BETWEEN COMPETITION POLICY AND REGULATION

HELMUT MAHNE*

QUINTA PARTE

DOCUMENTACIÓN

INTRODUCTION

I would like to thank the Commission for giving me the opportunity to write a report based on the survey study of the energy sector in order to discuss the progress made on the internal market and, in particular, the role of competition policy.

I would like to begin with a few thoughts on the past, which will give us a better idea of the objectives that the Member States will have to face in the Electricity and Gas Directives and the reasons why the Commission should be prepared for any scenario to speed up the ongoing liberalisation process.

Since its liberalisation, the energy market in Europe was fragmented into three tightly separated national markets, largely closed against each other, most of which suffered the consequences of a single, competitive and integrated market.

Today, both the electricity and gas markets are almost exclusively based on products that are transported through networks and without natural monopolies. Therefore, access to the networks is a key factor for market entry and a crucial element for guaranteeing a competitive market.

Secondly, many Member States had introduced an internal national competition to make markets accessible to new entrants, but without always fully breaking the structure of competition.

Finally, many Member States have to face high energy prices, which are still high and will be even more so due to the impact of the new Member States.

* The views expressed in this report are those of the author and do not necessarily reflect those of the Commission or the Council of Ministers.

THE SINGLE ENERGY MARKET: THE RELATIONSHIP BETWEEN COMPETITION POLICY AND REGULATION

Mario MONTI *

Mr President, Honourable Members,

INTRODUCTION

I would like to thank the Commission for giving me the opportunity to make a contribution to the survey study of the energy sector by outlining the progress made on the internal market and, in particular, the role of European competition policy.

I would like to begin with a few thoughts on the past, which will give us a better idea of the objectives that the Union has set itself with the two Electricity and Gas Directives and the reason why the Commission needed to propose the new Directive to speed up the ongoing liberalisation process.

Prior to liberalisation, the energy sector in Europe was fragmented, with fifteen rigidly separated national markets sharing certain common characteristics, none of which furthered the development of a single, competitive and integrated market.

Firstly, both the electricity and gas industries are *network industries* whose products are transported through networks and remain *natural monopolies*. Therefore, access to the networks for competing undertakings becomes a crucial element for guaranteeing a multiplicity of supply.

Secondly, many Member States had entrusted the various activities in the sector to undertakings protected by *statutory monopolies*, a situation that was clearly hindering the interplay of competition.

Furthermore, undertakings in the sector were frequently *vertically integrated*, and in some areas this continues to be the case. In other words,

* European Commissioner for Competition, House of Deputies 10th Commission on Productive Activities, Commerce and Tourism, Rome, 7 March 2002. SPEECH/02/101.

they are present in the various stages of the sector's activities. This can lead to discrimination against third parties. For example, an undertaking that is both transporter and supplier to clients at the same time may be induced to favour the transport of its own product over that of a competitor. The ideal solution would be to separate transport operations and supplier operations, which should be entrusted to two distinct, separately-owned undertakings.

Finally, the market was divided up into horizontal and vertical segments, which hindered competition and integration. In the gas sector, for example, producers did not sell gas directly to large final customers, while the wholesaling importers limited their own operations to specific geographical areas.

To launch a process of liberalisation in the energy sector in the Union and create a competitive and integrated market on the European scale, was, and remains, a difficult task. However, it is a prime requirement for furthering the growth of the European economy, as energy is a determining productive factor for the competitiveness of our industry.

THREE OBJECTIVES FOR LIBERALISATION

Liberalisation is dependent on satisfying three conditions:

- *consumers must have the freedom to choose their own supplier*; this is known as competition on the demand side and is often referred to as «opening up the market»;
- alongside the former national monopolies there must be *a number of producers/suppliers on the market* who will be free to determine their own market strategies; this is known as competition on the supply side;
- *access to the networks must be transparent and non-discriminatory*; this is essential if there is to be interplay between free demand and a number of suppliers.

These conditions need to be put in place at the same time. If emphasis is placed on only one of the three - on the opening of the market, for example - ambiguous situations arise where customers actually have only limited possibilities of finding alternative suppliers.

THE ELECTRICITY DIRECTIVE (1996) AND THE GAS DIRECTIVE (1998)

To put in place these three conditions, the two Electricity and Gas Directives of 1996 and 1998 respectively firstly offered «free customers» the possibility of choosing their own suppliers. The minimum thresholds for opening the markets were fixed at 30% of demand in the electricity sector and 20% for gas. They have now been increased to 40% and 30% respectively. When transposing the Directives many Member States went

beyond those thresholds and today, customers accounting for 2/3 of the demand for electricity and 80% of the demand for gas in Europe are free to choose their supplier. These, however, are blanket statistics. They conceal major differences between one Member State and another. Italy was initially rather timid in the electricity sector but opted for a bolder opening in the gas sector.

The two Directives also abolished statutory monopolies and imposed transparent, objective and non-discriminatory procedures governing the entry onto the market of new operators. This was obviously the first, indispensable step that needed to be taken to encourage the development of a multiplicity of producers. But, clearly, the presence on national markets of the former monopolies, undertakings which often enjoy dominant positions, is a remnant from the past that needs to be addressed.

Two Member States, Italy and Spain, have introduced national legislation containing structural measures, such as the requirement that the dominant operator must sell production capacity in the electricity sector, obligatory compliance with antitrust ceilings or programmes for the sale of quantities of imported gas.

I note with great interest that the Italian Government now intends to make such structural measures in the electricity sector more effective: the proposal from Minister Marzano to set new antitrust ceilings for production capacity and to fix a time limit for implementing them seems to me to be a step in the right direction, also because it takes account of the transitory and non-punitive nature of this type of instrument and may help to limit the market power of the dominant operator on the future Power Exchange.

This measure, together with the so-called Free-The-Power-Stations Decree, the launch of the Exchange and the Single Buyer System, along with what is hoped will be a solution to the problem of the separation between ownership and management of the national transmission network, could encourage the emergence of independent competing undertakings. This can ensure that the liberalisation of the electricity sector «follows the effectively and truly virtuous path» referred to by President Tesouro when he was speaking before this Commission on 22 November last year.

In terms of measures ensuring access to the networks and reducing the risk of discriminatory behaviour, it must be said that the Directives were fairly timid: they defined the principle of third party access, but left the Member States to choose between regulated or negotiated access, and they confined themselves to requiring the simple separation of accounts. Fortunately, a number of Member States, including Italy, were more ambitious and opted for the separation of undertakings or ownership.

THE CONTRIBUTION MADE BY EUROPEAN COMPETITION LAW TO THE LIBERALISATION PROCESS

In the energy sector, European competition law has also played a full role in supporting the development of the single market.

Let me now briefly summarise how the use of European competition policy instruments has helped to create the three «conditions for liberalisation» I mentioned earlier.

1. GUARANTEEING CONSUMERS' FREEDOM OF CHOICE

To try to ensure that free customers are not prevented from choosing their suppliers, it was primarily necessary to focus our attention on exclusive long-term supply contracts. Contracts of this type ultimately bind customers to their traditional suppliers, who are often the former monopolies, and discourage new competitors from entering the market.

By way of example, I would like to cite a specific case, the Endesa/Gas Natural case. The Commission accepted a 12-year contract for the supply of gas to Endesa's new power stations on condition that the gas supplied by Gas Natural did not cover all Endesa's gas requirements and therefore that, at least for some of the gas it consumed, Endesa could continue to be an attractive customer for other suppliers competing with Gas Natural.

2. ENSURING THE DEVELOPMENT OF A MULTITUDE OF SUPPLIERS

This is an objective that, when applied to the energy sector, which as I have said is characterised by undertakings often holding significant market shares in their own Member States, requests great vigilance on the part of the competition authorities. We have used all the instruments at our disposal to try to ensure this development.

2.1. *Implementation of Articles 81 and 82 of the Treaty*

The first example I would cite is the case of Compagnie Nationale du Rhône, a French electricity producer contractually required to sell its products to EDF, which meant that it could not sell them freely in France or elsewhere. As a result of the Commission's intervention, an end was put to the obligations contained in the contract between CNR and EDF, and today CNR is free to operate on the French market for supplying free customers, however small that market may be.

In the gas sector, a Commission investigation revealed that numerous import contracts contained clauses - known as territorial restriction clau-

ses - preventing the gas from being re-exported to other Member States. Clauses of this sort keep national markets artificially segregated and force the various importers to «stay at home,» thereby denying consumers in other Member States the possibility to benefit from alternative suppliers. We are currently trying to resolve this politically highly sensitive situation through constructive dialogue with the exporting undertakings and the European importers.

In the gas sector we are also dealing with the problem of the joint marketing of gas by a number of producers, a practice that reduces the number of operators effectively on the market.

2.2. *Application of the Merger Regulation*

In the energy sector, mergers and joint ventures can have a positive effect where they allow new operators to enter national markets dominated by the former monopolies. Occasionally, however, such operations may strengthen the dominant position of the former monopoly in its national market.

This was the problem, for example, in the case of *EdF/EnBW*, where the joint acquisition of Energie Baden-Wuerttemberg (EnBW) by EdF would have strengthened EdF's dominant position on the French market in the supply of electricity to eligible customers, not least via the elimination of EnBW as a potential rival.

For these reasons, the Commission found it necessary to use a series of corrective measures: besides selling the stake it held in Compagnie Nationale du Rhone, EdF undertook to guarantee its competitors access to part of its generation capacity in France for a period of five years. This generation capacity, which represents around one third of the demand of eligible customers in France, will mean that new operators have electricity available to offer to French consumers.

In the case of *Hidrocantábrico* the Commission also noted the risk that the joint acquisition of the Spanish electricity company *Hidroeléctrica del Cantábrico* by *EnBW*, which is controlled jointly by EdF, would have led to the strengthening of the existing collective dominant position on the Spanish wholesale market for electricity. Having gained a foothold in Spain and with access to *Hidrocantábrico*'s significant electricity generation capacity, EdF would probably have resisted any increase in the commercial capacity of the interconnector which transmits electricity between France and Spain, which is already scarce. This barrier to Spanish electricity imports would have isolated the Spanish market from other continental electricity markets. In order to eliminate these concerns, EdF and the operator of the French electricity grid, RTE, undertook to substantially increase the commercial capacity up to about 4000 MW on the interconnector between France and Spain, thereby creating the conditions

for greater electricity trade volumes to and from Spain, to the benefit of Spanish customers.

FIAT/Italenergia/Montedison is another case which involved EdF and directly concerned Italy. The Commission closely followed the operation from its outset, i.e. when EdF acquired shares in Montedison. As was reported widely in the press at the time, we received a report pointing out the risk of abuse of a dominant position. The case then took a different turn with the involvement of FIAT, the creation of Italenergia and the Government decree freezing the voting rights of EdF. On completing its investigation the Commission cleared the acquisition by FIAT through Italenergia - of sole control of Montedison, taking the view that the take-over did not adversely affect competition in the Italian electricity market since, up to that stage, FIAT had not been very active in the electricity sector.

In assessing the merger, the Commission did not take into account the position of EdF as the main exporter of electricity to Italy, given that EdF does not have a controlling position in Italenergia, due to the limitation of its voting rights to 2% in both the ordinary and the extraordinary shareholders meeting. However, the Commission reserves the right to review its conclusion if EdF were to acquire joint control of Montedison.

The investigation into abuse of a dominant position, which had been initiated following the report we received, was also closed with the agreement of the reporting party, since the merger had completely altered the original scenario.

2.3. *Application of state aid rules*

The rules on state aid also enable the Commission to ensure the development of a wide choice of providers, by preventing firms already operating in a market from enjoying an unfair advantage over new competitors.

For example, the Commission has adopted a method of indicating under what circumstances it is possible to accept compensation for «stranded costs». On this point, I would like to welcome the amendment submitted by the Government in the conversion of the «free-the-power-stations» decree which, by reshaping the general charges of the system, allows a substantial reduction in aid to compensate stranded costs, without prejudice to the rights acquired up to September 2002, and provides welcome clarification of the rules applicable.

With regard to the promotion of renewable energies, the new EU scheme for state aid for the protection of the environment includes specific provisions which allow the Commission to examine the compatibility of a wide range of schemes with the principles of the EU's policies on competition and the environment.

In 2001 we adopted decisions which clearly demonstrate that the Commission intends to apply strict control, while taking account of major EU policies and the specific characteristics of the sector.

3. ENSURING TRANSPARENT AND NON-DISCRIMINATORY ACCESS TO NETWORKS

With regard to the third «condition for liberalisation», transparent and non-discriminatory access to networks, I should like to comment on the Marathon case in the gas sector, which began in the first phase of the liberalisation process. In this case, certain European companies refused network access to a producer intending to sell its gas in Europe. It was possible to arrive at an amicable solution with one of the companies which made specific commitments to facilitate third party access to its transport network.

In recent years we have analysed the conditions of access to interconnectors and the problems relating to interconnector congestion. Access to existing interconnectors between the various national transport networks is, in fact a *sine qua non* for the development of the trade in electricity among the Member States. Given that the development of new production capacity is progressing rather slowly, imports are a major source of competition for the former monopolies. On the other hand, the existing interconnectors, which were created before liberalisation, are often inadequate to meet the new needs of a market in the process of integration. This is a serious problem in several Member States, including Italy.

At the moment we have taken up two cases concerning interconnection between Norway and Denmark and between the United Kingdom and France. In both cases the companies involved have agreed, following the Commission's intervention, to allocate access in a non-discriminatory way.

With regard to the problem of interconnector congestion, we have initiated a number of investigations mainly into the existence of long-term contracts which generally reserve interconnection capacity for the former monopolies.

THE NEW DIRECTIVE

But applying competition law can only provide a partial solution to some of the problems caused by the shortcomings of the present legislation. Competition law is not always the best way to tackle them.

I am thinking in particular of the fact that the Electricity and Gas Directives, as passed by Parliament and Council, merely set minimum thresholds for the liberalisation of the market. Some Member States confined themselves to complying with the minimum thresholds, while many

others went a good deal further, and this produced a lopsidedness which is emerging in ways that are causing ever greater concern, with enterprises from different Member States facing unequal terms of competition, and competition being distorted as a result.

There is another imbalance which is just as troubling in the case of what are known as «qualitative measures», that is to say measures governing the conditions for access to networks. When these qualitative measures were being laid down, choices had to be made, and when the choices were cautious ones, large-scale liberalisation of the market has often remained a theoretical possibility only: the qualitative obstacles in fact prevent alternative suppliers from meeting demand from customers who are theoretically free to choose; in reality these customers are unable to choose any supplier other than their customary one.

This gives rise to worrying distortions of competition, which public opinion may see as a failure of the policy of liberalisation, when the more correct diagnosis would be that they are due to a lack of liberalisation.

I would like especially to mention the question of enterprises that enjoy a protected position on their home markets, thanks to particularly cautious choices on the part of their domestic legislatures. They have an ample base of tied customers whom they continue to supply on an exclusive basis, with consequences in terms of guaranteed profits that are easy to imagine. It is perfectly understandable that when such enterprises pursue an ambitious strategy of foreign acquisitions, while they themselves are sheltered from any threat of takeover, there are going to be strong reactions and attempts at resistance in the other Member States. And if these enterprises are in public hands, and receive financing on rather advantageous terms... the resentment, the understandable frustration and the accusations of distortion will naturally be all the stronger.

But the solution does not lie in national measures aimed at countering such behaviour by restricting the free movement of capital, which would make a single market even more difficult to achieve. As the Minister, Antonio Marzano, quite rightly told you here on 27 February, «this cannot be the right direction to steer the development of the European market».

What has to be done, as rapidly as possible, is to adopt the new Directive, which the Commission has proposed in order to correct the imbalances in the current national legislation and to promote a system of regulation which is less conducive to distortion of competition. The Commission's proposal is aimed at accelerating and aligning the opening up of markets in the different Member States. But it also aims to ensure liberalisation is rendered effective by the qualitative measures taken on such things as regulated access to networks, separation between companies, and steps to facilitate the cross-border transport of electricity.

The merits of the proposal were recently outlined to you by Loyola de Palacio, Vice-President of the European Commission, and were also

identified by the Chairman of the Energy Authority, Antonio Ranci, in his very clear and interesting talk to you last November.

I am concerned that if the final wording departs significantly from what the Commission is proposing, certainly on any of its major points, it may become even more difficult to ensure compliance with the competition rules on the energy market, which is of crucial importance to growth and competitiveness in European economy.

I hope it will be possible to overcome resistance, reservations, and last-minute attempts to block a modernisation that can no longer be postponed. I hope the Council will find the courage to take full advantage of the possibilities offered by the Treaty, and avoid the paralysis that results from conflicting vetoes.

And I hope that next week the European Council in Barcelona will not shirk the responsibility of giving new political impetus to the current negotiations.

Three years ago, the Commission adopted a White Paper in which it proposed to abolish its monopoly in the application of Article 84(3). A spirit of decentralisation - some preferred -subsidings- inspired this proposal. It is not enough that a government decides on its own without regard of its perspective and to share its powers with others.

There were two reasons for the Commission to do so: first it believes that it is desirable to involve more national bodies in the application of Community law in order to bring this law closer to the citizen and to increase its acceptance and second it realised somewhat that in an integrated Community, a really efficient promotion of competition cannot rest on a single institution.

This proposal, which is the variation of a rather broadly accepted, has been the subject of a study from two angles:

— some, mainly the European Parliament and industry circles, warned against a - regionalisation - of competition law. They feared that one of the pillars of the Treaty was being given back to member States. They understood the proposal as an intention from the Commission to withdraw from the field of competitive enforcement and to leave only to existing block exemption regulations and procedures.

— others heavily criticised the suggested quarters the Commission would have for National Competition Authorities (NCA's). They denounced the supervision, under which the Commission would be to place them.

The purpose of this paper is to examine the Commission's position within the network. It will show that the Commission is by no means

* *Journal of Economic Surveys*, Vol. 1, No. 1, 1987, pp. 1-10. The author would like to thank the following people for their helpful comments on the paper: ...

THE COMMISSION'S POSITION WITHIN THE NETWORK

Alexander SCHAUB *

1. INTRODUCTION

Three years ago, the Commission adopted a White Paper in which it proposed to abolish its monopoly for the application of Article 81(3). A spirit of decentralisation - some preferred «subsidiarity» - inspired this proposal. It is not common that a monopolist decides on its own initiative to get rid of its prerogative and to share its powers with others.

There were two reasons for the Commission to do so: first it believes that it is desirable to involve more national bodies in the application of Community law in order to bring that law closer to the citizen and to increase its acceptance and second it remains convinced that in an enlarged Community, a really efficient protection of competition cannot rely on a single institution.

This proposal, which in the meantime is rather broadly accepted, has been the subject of criticism from two angles:

— some, mainly the European Parliament and industry circles, warned against a - renationalisation - of competition law. They feared that one of the pillars of the Treaty was being given back to Member States. They understood the proposal as an intention from the Commission to withdraw from the field of competition enforcement and to limit itself to issuing block exemption regulations and guidelines.

— others heavily criticised the so-called «control» the Commission would have on National Competition Authorities (hereafter NCAs). They denounced the supervision, under which the Commission would like to place NCAs.

The purpose of this paper is to examine the Commission's position within the network. It will show that the Commission is by no means

* Director-General, Internal Market DG, Robert Schuman Centre for Advanced Studies, Florence, Italy, 11 April 2002, Speech. The author thanks Céline Gauer, DG Competition, for her contribution to the preparation of this paper.

retreating from the field of competition but that its intervention will be better focussed and more effective and that it will work in much closer cooperation with national enforcement authorities. In the new system, the Commission will be an enforcer amongst others but it will retain a particular responsibility for the functioning of the network.

2. THE COMMISSION WILL BE PART OF A NETWORK OF PUBLIC ENFORCERS

The Commission will remain an active enforcer of the rules. By Article 85(1) of the EC Treaty it is entrusted with the task of ensuring the application of the principles laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty. Article 85(1) states:

Without prejudice to Article 84, the Commission shall ensure the application of the principles laid down in Articles 81 and 82. On application by a Member State or on its own initiative, and in cooperation with the competent authorities in the Member States, who shall give it their assistance, the Commission shall investigate cases of suspected infringement of these principles. If it finds that there has been an infringement, it shall propose appropriate measures to bring it to an end.

The role of the Commission as an enforcer was recently underlined by the Court of Justice in the *Masterfoods* case¹. The judgement recalls the content of Article 85(1) and concludes that «the Commission is entitled at any time to adopt individual decisions under Articles 81 and 82 of the Treaty». It follows that the Commission can never be precluded from taking a decision in a given case.

This judgement is based on the Treaty itself. The reform of regulation 17 could not and will not harm the role of the Commission in this respect. The aim of the reform is on the contrary to step up the enforcement of EC competition rules by eliminating the routine examination of notifications and thus allowing the Commission to focus on the prosecution of serious infringements.

However, in a system of parallel competences, the Commission will deal with cases when it is better placed to do so than other members of the network.

A. A GREATER CONTRIBUTION OF NATIONAL AUTHORITIES TO THE APPLICATION OF EC LAW

In the current system, national competition authorities do not contribute as much as they effectively could to the enforcement of EC com-

¹ Judgement of the Court of Justice of 14 December 2000 in case C-344/98 *Masterfoods*, [2000] ECR, I-11412.

petition rules. First of all, they are not yet all empowered to apply EC law². Second, in the countries where competition authorities can apply EC law, they very rarely do so³. This can largely be explained by the existence of the exclusive competence of the Commission to apply Article 81(3). Complainants lodge their complaints with the Commission in order to avoid a dilatory notification or they bring their case to the national authority, but under national competition law.

Where EC competition law is applied by national authorities, it is mainly in parallel with national law or to supplement national competition law where it does not apply to certain sectors. This explains why the enforcement of EC competition law relies essentially on the Commission.

In the new system, this will significantly change. National competition authorities will all be fully empowered to apply Community law and will have an obligation to apply Community law when agreements or practices affect trade between Member States.

Moreover, their independence will be reinforced by applying Community law and being part of a network of competition authorities. The pressure that certain political or economic interest groups could try to exercise on them will be discouraged by the fact that consultation will take place in the network and that the interpretation of the law given by the authorities will have to comply with the case law of the Court of Justice.

Their more active contribution to the enforcement of Community rules will be of great importance for the protection of competition. They are close to the markets and generally have a good knowledge of them. They will act in order to protect consumers in their territory, i.e., as a general rule, prosecute infringements which have substantial effects on their territory. The Commission would therefore deal with cases having effects in one Member State only to compensate for a lack of enforcement or if proceedings are unduly drawn out.

B. PARALLEL ACTION OF NATIONAL AUTHORITIES OR ACTION OF THE COMMISSION?

The Commission will generally be considered better placed to deal with a given case where, in order to solve a competition problem, it is required to adopt a decision that is enforceable in a number of Member States. In the new system Commission decisions are still the only decisions that can be enforced throughout the Community.

² UK, Ireland, Luxembourg, Finland and Austria are not yet empowered to apply EC law.

³ Since the notice on cooperation of 1997, NCAs inform the Commission when they take decisions applying EC competition law. On average, 10 decisions applying Community law are taken per year by all national authorities.

In order to bring an end to infringements having substantial effects in more than one Member State and to sanction them appropriately, there are two different options; either several national competition authorities act in parallel or the Commission intervenes. The proposed regulation as well as the draft notice on the functioning of the network take a pragmatic approach on this aspect. Some flexibility has to remain in the system. Companies argue in favour of an automatic one stop shop, i.e. the exclusion of parallel action as a matter of principle. However, parallel action can be an efficient way to solve certain competition problems, in particular when they are regional in scope. In an enlarged Community, it will be neither desirable nor feasible to allocate all cases to the Commission that cannot be dealt with by a single national authority.

On the other hand, where parallel action involves more than three authorities, it is very unlikely that it will be efficient. These cases should therefore generally be dealt with by the Commission.

In order to allow the Commission to enforce the rules efficiently, the proposed regulation creates several types of decisions. First, it takes over from Regulation 17 the power to bring an end to an infringement. Article 7 of the Regulation also spells out clearly that the Commission has the power to impose any remedy necessary, including structural ones. The latter aspect has given rise to many discussions. It is not however, as many argued, a new tool. The Commission already had this power under 5 Regulation 17 and has sometimes made use of it⁴. As in the current system, it will have to be exercised under the control of the Court of Justice and will be subject to the principle of proportionality. Changes to the structure of an existing company, which most commentators had in mind, will happen only in extreme cases: the Commission would only impose such a remedy if no other solution with equivalent effect exists.

Secondly, Article 9 creates a new tool for the Commission which was inspired by the «consent decrees» in the American system: decisions accepting commitments. These decisions would allow the Commission to close proceedings by accepting commitments offered by the parties. This can be an efficient way to restore competition on a market without having to conduct a proceeding to its end. It would solve the problems identified more speedily and would save the costs of a proceeding. These types of decision are only appropriate in cases where the Commission does not impose fines.

C. THE COMMISSION AS POLICY MAKER

Other cases suited for the definition of Community competition policy should also be dealt with at European level. The Commission has always

⁴ See Commission Decision Warner-Lambert/Gillette and *BIC/Gillette*, *op. cit.*, 1993, L 116, page 21. See also judgement of 17.11.1987, Joined Cases 142/84 and 156/84, *British-American Tobacco and R. J. Reynolds* [ECR, 4487].

used individual decisions to set policy in new areas. In the field of economic law, cases are essential to draw policy lines. It is only when sufficient experience has been gathered that the adoption of an act of an horizontal nature can be envisaged. The special responsibility of the Commission for the setting up of competition policy was recently recalled by the Court of Justice. In the *Masterfoods* case, the Court held that:

«the Commission, entrusted by Article 85(1) of the EC Treaty with the task of ensuring the application of the principles laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty, is responsible for defining and implementing Community competition policy».

The new system cannot put into question the role of the Commission as policy maker. Being a Community institution, the Commission keeps a special responsibility to define Community competition policy. This does however not imply that national authorities cannot deal with cases raising new issues of law. It simply means that, irrespective of the geographic scope of a case, the Commission could be lead to deal with a given case in order to set policy for the whole Community by the adoption of a Community act.

To that effect, the proposed regulation includes a special instrument: decisions finding inapplicability of Article 81 or 82 to an agreement or practice. These decisions, foreseen in Article 10 of the proposed regulation, will be taken in the Community public interest. They will be taken by the Commission on its own initiative and not, like exemption decisions under Regulation 17, upon notification of companies. They will complement guidelines and block-exemption regulations.

Article 7 of the proposed regulation also clarifies that the Commission can have an interest in taking a prohibition decision, even if an infringement has already been brought to an end and if it does not impose sanctions. This is in particular the case where there is a need to set policy vis-à-vis a certain type of restriction. Prohibition decisions are very important to draw the line between what is prohibited and what is not.

All these decisions, being Community acts, will have the effects described by the Court of Justice in the case law⁵. National Courts or authorities will not be allowed to contradict Commission decisions without, as far as national courts are concerned, making a reference to the Court of Justice. For the sake of clarity, the proposed regulation codifies this case-law in Article 16. The numerous comments made on these judgements show how necessary it is to have Article 16 in the new Regulation.

⁵ See judgement of 14.12.2000, Case C-344/98, *Masterfoods*, of 28.2.1991, Case C-234/89, *Delimitis* [ECR, 1991-I, page 935] and of 22.10.1987, Case 314/85, *Foto-Frost*, [ECR, page 4199].

D. AN ENHANCED ROLE FOR THE ADVISORY COMMITTEE

All Commission decisions will be taken in close cooperation with the national competition authorities. The Advisory Committee will be consulted as it is at present but its contribution will be given more weight. Firstly, because it will be composed of members of competition authorities that bring with them the daily experience of enforcing Community competition rules making their contributions even more valuable.

Secondly, the regulation itself will strengthen the Committee's position. Article 14(5), as drafted in the Presidency compromise text, states that:

«The Commission shall take the utmost account of the opinion delivered by the Advisory Committee. It shall inform the Committee of the manner in which its opinion has been taken into account».

The text also provides for the publication of the opinion at the request of the Committee. These elements will give more weight to the opinion of the Advisory Committee.

3. THE COMMISSION WILL HAVE A PARTICULAR RESPONSIBILITY FOR ENSURING AN EFFICIENT FUNCTIONING OF THE NETWORK

In a system of parallel competences, new issues arise: cases have to be dealt with efficiently and in a consistent manner. The Commission, as the guardian of the Treaty, has a special responsibility in this respect and enjoys therefore certain powers to fulfil its duties. These powers will however be exercised in close cooperation with national competition authorities which will themselves contribute both to an efficient allocation of cases and to a consistent application of the rules.

A. THE COMMISSION'S ROLE IN THE ALLOCATION OF CASES

In the new system, case allocation will not be mechanical but flexible. Criteria for allocation will be qualitative in nature. In most cases the authority receiving the complaint or the application for leniency will deal with it and there will be no discussion within the network on the allocation of the case. But it can happen that the same case be brought to the attention of several authorities simultaneously or successively.

The proposal creates a mechanism in order to avoid unnecessary parallel proceedings and to ensure, to the extent possible, a one stop shop. Article 13 states:

1. Where competition authorities of two or more Member States have received a complaint or are acting on their own initiative under Article 81 or Article 82 of the Treaty against the same agreement, decision of an association or practice, the fact that one authority is dealing with the case shall be sufficient grounds for the others to suspend the proceedings before them or to reject the complaint. The Commission may likewise reject a complaint on the ground that the competition authority of a Member State is dealing with the case.

2. Where the competition authority of a Member State or the Commission has received a complaint against an agreement, decision of an association or practice which has already been dealt with by another competition authority, it may reject it.

Article 13 forms a legal basis to reject a complaint on the grounds that another authority is dealing with, or has dealt with, the same case (i.e. same practice or agreement on the same market by the same companies). It is however only a faculty, and there is no rule defining which authority has to close or suspend its proceedings. This leaves scope for appreciation of the peculiarities of each individual case. This flexibility is important; if a complaint was rejected by a national authority after thorough examination, another national authority may not want to redo the assessment. On the other hand, if a complaint was rejected because the national authority was unable to gather evidence of the infringement, another national authority may wish to carry out its own investigation.

Given the voluntary character of the provision, disagreement may arise between two authorities. In that case, the competition authorities concerned should endeavour to find a workable solution by engaging in direct exchanges. This should nonetheless be limited in time. In order to give certainty to companies involved and to ensure an effective and swift protection of competition, case allocation should be settled as quickly as possible. The network could work with an indicative deadline (say, up to three months) during which cases should normally be allocated. This could of course not prevent the reallocation of the case if new facts arise and justify such a reallocation (e.g. a cartel that was thought to be national is of a wider scope or vice versa).

If discussions between authorities involved does not lead to a satisfactory solution, there is a need for a referee. In the proposed system, it can only be the Commission. If there is sufficient Community interest in doing so, the Commission will open proceedings with the effects of Article 11(6) and bring an end to the disagreement over case allocation. This will rarely happen but it is needed as a safety valve in the system.

B. THE COMMISSION'S DUTY TO ENSURE A CONSISTENT APPLICATION OF THE RULES

The existence of several decision makers raises necessarily the question of consistency of the decisions taken. In the very beginning of the

new system, the risk of diverging 9 decisions cannot be excluded given that each authority has its own traditions and legal culture. Given that there is no integrated judicial system in the Community, the responsibility for ensuring consistent application of the rules will have to be ensured by the authorities themselves.

To that effect, the proposal sets out an obligation of the national authorities to inform the Commission prior to the taking of decisions. The information sent to the Commission should be made available to all national competition authorities at the same time.

The scope of the obligation to inform the Commission is defined by Article 11(4) of the Council regulation. This provision states:

«No later than 30 days before adopting a decision requiring that an infringement be brought to an end, accepting commitments or withdrawing the benefit of a block exemption regulation, the competition authorities of the Member States shall inform the Commission. To that effect, they shall provide the Commission with a summary of the case, the envisaged decision or, in the absence thereof, any other document indicating the proposed course of action. This information may also be made available to the competition authorities of the other Member States. At the request of the Commission or the competition authority of a Member State, the acting competition authority shall make available other existing documents necessary for the assessment of the case».

The obligation to inform is limited to three types of decisions: prohibition decisions, decisions accepting commitments and decisions withdrawing the benefit of a block-exemption regulation. Decisions ordering interim measures are not submitted to an obligation to inform because they are not definitive and cannot prejudge the outcome of the proceedings. Decisions rejecting complaints or closing ex-officio procedures are not subject to consultation because they do not change the legal position of the parties. They only state that a given authority will not proceed with a case. This does not preclude other authorities to investigate the matter. Prohibition decisions on the other hand have severe consequences for companies and create situations that are difficult to undo. Decisions withdrawing the benefit of a block exemption regulation are also important because they allow a national body to disapply a Community act.

In practice, NCAs will have to send to the Commission, at the latest one month before the adoption of the decision, a document setting out the content of the envisaged course of action. For prohibition decisions, this will often be the national equivalent of a statement of objections (this document defines the ultimate scope of the prohibition, in accordance with the general principle that the parties must be given the opportunity to answer the objections before the final decision is taken). For decisions accepting commitments, it will be a document setting out the competition concerns identified by the NCA and the proposed commitments to solve the competition problems.

The information will be shared within the network by all authorities. They will all be able to read decisions and make their contribution to consistent application. They will be well placed to do so as they might have dealt with similar cases before.

In this context, there are two possible risks of inconsistency: several authorities acting in parallel may come to different outcomes or a national authority may adopt a decision contrary to the established case law. To assess this later aspect, the case law of the Court of Justice, block-exemption regulations and decisions of the Commission should serve as a yardstick.

Where necessary, following the information pursuant to Article 11(4), a discussion can be held in the Advisory Committee. This discussion may take place at the request of a competition authority or of the Commission. It will not lead to a formal opinion but simply to an exchange of views. This should in principle be sufficient to ensure consistent application of the law.

However, if no agreement can be found and if there is a persistent risk of inconsistent application, it will ultimately be for the Commission to ensure that the law is applied consistently. It will be able to do so by opening proceedings and de-seizing national authorities pursuant to Article 11(6). This should however only happen after having duly consulted with the Member State(s) concerned, having explained the need for intervention and having given an opportunity for discussion in the Advisory Committee.

The Commission will not let itself be turned by companies into an appeal body for case allocation or for decisions of national authorities. The essence of the mechanism of consultation is to avoid having companies play the Commission against NCAs. It is already the case that companies and their lawyers, when they face proceedings at national level, try to involve the Commission.

Companies should however not have any right to force the Commission to start proceedings pursuant to Article 11(6) in order to de-seize national authorities. This decision will only be made on the own initiative of the Commission on the basis of the information received from the authorities and the exchanges carried out.

After the adoption of a decision by a national authority, the Commission will normally not contradict national decisions if consultation has taken place. Given the scope of the obligation to inform, this means that the Commission should normally not adopt a decision more favourable to the companies concerned than the one adopted by the NCA. On the other hand, it will not have to take account of rejections of complaints made by national authorities.

In a system of decentralised application of Community law, the Commission will have a new role to play: it will need to ensure that case

allocation functions properly and that the rules are applied consistently. This will have to be done in close cooperation with national authorities.

4. CONCLUSION

The proposal abolishes the monopoly of the Commission under Article 81(3) but does not limit its role in the field of competition policy nor re-nationalise competition law. The aim of the whole reform is to bring Community law closer to the citizen and to improve the protection of competition by involving more enforcement bodies.

The abolition of the monopoly will change the position of the Commission. In the current system the Commission has a prominent role by law, because the monopoly in itself ensures that cases are brought to its attention. In the new system, its strength will directly depend on the quality of its intervention. If it is credible as an enforcer, detects and successfully prosecutes infringements and maintains or efficiently restores competition on the market, it will be respected and feared by companies engaging in unlawful activities. If it plays its role of referee with moderation and equity, it will not be contested by national authorities. This is the new challenge that the Institution will have to face.

«IS IT TIME FOR AN INTERNATIONAL AGREEMENT ON ANTITRUST?»

Jean-François PONS *

1. INTRODUCTION

When I was preparing for this speech, I came across the proceedings of the Seminar organised in Zurich in July 1999 on the prospects of WTO Competition Rules. I had contributed to that seminar by analysing the EC experience with international cooperation in competition matters and taking stock of developments since the Van Miert report of 1995.

Browsing through other contributions in that publication (by some of the speakers and panellists that are here with us today), I was reminded once again of the rapidly changing environment that is currently making the issue of international competition rules, cooperation mechanisms and enforcement convergence a fascinating and challenging topic.

Some of the trends, that I tried to sketch out in the essay of 1999, seemed quite far away on the horizon at the time of writing. Now, almost three years after that Seminar, two of these trends are already in full swing: I am referring here to the adoption of the Doha Development Agenda (DDA) and the creation of the International Competition Network (ICN).

In the light of these two events of considerable significance for anti-trust practitioners worldwide, I would like to use today's opportunity to visit the questions surrounding the need for an International Competition Agreement, the benefits it could deliver in terms of global antitrust policy and the alternative means we have in our quest towards a more effective and coherent response to international competition concerns.

However, before turning more in detail to the prospects of the DDA and of ICN, I think that it is necessary to firmly place them into the broader international context.

* Deputy Director-General, DG Competition, European Commission Frauenchiemsee, June 3-5, 2002. This speech, to which Messrs Kiriazis and Roebing from DG COMP A4 have greatly contributed, expresses the personal view of the author and does not bind the European Commission.

2. GLOBALISATION AND COMPETITION

The conclusions of the Van Miert Report in 1995 are today largely accepted.

First, globalisation has also had a significant impact on competition and on competition policy:

— the successive achievements of trade liberalisation, on a unilateral or multilateral basis, appreciably freed trade in goods and services from artificial obstacles. The broad market opening through the results of the Uruguay Round lent renewed momentum to this development. And barriers to capital movement have generally diminished substantially over the last years.

— with regard to international cross-border company mergers, the growth rates are enormous if we look at the transactions notified to the Commission. The number of transactions more than doubled between 1991 and 1996, and in each of the years 1997 to 2000 it grew by 20 to 30 percent.

Second, for competition authorities - which today are essentially national or regional - these global trends pose an unprecedented challenge.

— we need to bear in mind that over 90 member countries of the World Trade Organisation have, or are in the process of establishing, antitrust enforcement regimes and authorities. These regimes are characterised by a considerable degree of variety in their objectives, organisational forms and enforcement priorities. As more and more of these jurisdictions begin to deal with antitrust cases and issues of international dimension, it becomes obvious that there is a pressing need for governance mechanisms.

— the pole of stability and attraction that has been in the 90ies the highly successful EC/US bilateral competition cooperation is no longer sufficient as a response to the challenges we face in this area. There is now an increasing number of fully aware and interested parties who want to participate in cooperation activities and make their antitrust concerns regarding global transactions known to us. In practical terms, we cannot realistically expect to build the same intensive bilateral cooperative relationship with all of our counterparts around the world. The price, in terms of expenditure of scarce administrative resources, would simply be too high, and I will leaving aside the quite legitimate doubts about the efficiency and the benefits of such a - bilateral only - approach. It has become evident now that we need to intensify the pursuit of multilateral solutions.

Third, as you will recall, a key recommendation of the Van Miert report in 1995 was precisely to push for the elaboration of a plurilateral framework for competition ensuring the respect of certain basic competition principles. I have stressed during my intervention back in 1999

that the World Trade Organisation would appear to me to be the institution best suited to house such a framework. Back then this was not the shared wisdom that it has become in the wake of the adoption of the Doha Development Agenda at the 4th wto Ministerial. It took the EU and other proponents of this project considerable time and effort in the period between Seattle (November 1999) and Doha (November 2001) to convince the sceptics that there is a valid case for such rules in the wto.

3. COMPETITION POLICY IN THE WORLD TRADE ORGANISATION: THE DDA

But let me briefly present you this case.

1) You will admit that, in the absence of a specialised world-wide competition organisation and in view of the complementary relationship between trade and competition policy, the World Trade Organisation is the institution best suited to house an International Competition Agreement. The wto possesses the advantages of a very broad membership and a tradition of enforcing binding rules. That is why the Commission has been at the forefront of efforts to persuade member countries of the merits of a wto multilateral agreement in the area of competition. In view of the complementary relationship between trade and competition policy, the incorporation of a competition dimension into the organisation would serve to underpin the impressive progress which has been made in trade liberalisation over the past few decades, by facilitating the effective combating of anti-competitive behaviour which might otherwise have the effect of undermining that same progress.

It must also be underlined that a wto agreement in the area of competition must take into account the specificity of competition policy vis-à-vis trade policy. I will come back to this point later.

2) I believe that the inclusion of competition policy in the Doha Development Agenda (see «competition» extract in Annex)- the «blueprint» for the new phase of wto negotiations - is a satisfactory result for a number of reasons:

— *first*, all parties signing up to the Doha Development Agenda including some of the sceptics among developing countries - recognised for the first time that there is scope and merit for the wto to negotiate and conclude a Multilateral Competition Agreement. Up to now even the principle of having such an agreement at the wto was controversial. The recognition of the importance of developing such a framework and its relevance for international trade and development, will contribute towards the introduction and more effective application of domestic competition regimes and will be of considerable benefit to consumers world-wide.

— *second*, even if we have to wait for the 5th Ministerial in a year's time, in order to enter the formal phase of negotiations on the multilateral agreement, there is now a clear commitment to launch such negotiations at a certain date and the issue will fall within the single undertaking. We are now in a «preparatory phase» where we can do useful work to clarify with our partners from developing and developed countries the elements that such an agreement could contain.

— *third*, the relevant passages on Trade and Competition in the DDA have been largely inspired by the EC proposals. The EC has been driving this issue for some time, so we are quite satisfied that the Declaration focuses on the elements that we have highlighted as items that need to be taken up first for clarification. I will present later on these elements in more detail.

— *finally*, as the Working Group in Geneva shifts now its attention to the discussion of these elements, the DDA provides us with an opportunity to engage in a more focused technical assistance and capacity building exercise. This will help emerging and developing economies to better understand and appreciate the significance of these issues. In this process, the EC in cooperation with UNCTAD and other international institutions has a key role to play, so that all WTO members - developed and developing ones are perfectly ready to open negotiations in the next Ministerial.

The regional conferences on competition organised by UNCTAD in recent months (Panama for the Americas and the Caribbean, Tunis for African and Arab countries, Hong-Kong for Asia and the Pacific basin) were particularly helpful in clarifying for developing countries the issues that will come up for negotiation and played a key role in terms of understanding the requirements of the countries in these regions for enhanced technical assistance. I participated in the very interesting conference of Tunis which provided African and Arab countries with the opportunity to discuss the emergence of some concrete experiences of competition policies in these countries, to exchange views about technical assistance and about their position vis-à-vis the inclusion of competition policy in the WTO agenda¹.

3) What will happen from now till the next WTO Ministerial in Mexico?

In the beginning of the year, it was decided to accelerate the schedule of the meetings of the Working Group. Instead of the traditional 2 substantive meetings per year, the Working Group will hold 4 meetings in 2002. This is crucial in order to have a chance to examine in Geneva all relevant issues in detail, particularly the concrete implications of WTO core principles such as transparency and non-discrimination, the commitment to fight hard core cartels, the scope for flexible arrangements requested by developing countries and the measures of technical assis-

¹ See Jean-François PONS, Conférence post-Doha de la CNUCED sur la concurrence à Tunis, les 28 et 29 Mars 2002, *EC Competition Policy Newsletter*, June 2002.

tance and capacity building that they need to be able to envisage a competition framework. The European Union and its Member States will be striving in the coming months to elaborate concrete proposals and clarifications on all these and other issues that will be put on the table.

We obviously expect - and I assure you this is quite feasible - to open formal negotiations on a Multilateral Agreement immediately after the 5th WTO Ministerial in 2003 in Mexico. We will use the pre-negotiating period from now till then to clarify with our partners from developed and developing countries the issues on which we will negotiate. This will mostly take place within the Working Group on Trade and Competition in Geneva.

4) Let me now say a few words on our preliminary views regarding the modalities for negotiations and the possible contents of the envisaged WTO agreement.

The EC is pragmatic when it comes to the contents of the multilateral framework to be put in place: WTO negotiations on trade and competition should be realistic and should focus initially on what can be achieved in the context of a short global round. Our aim is therefore to confine the scope of such negotiations to three issues which appear negotiable at this stage:

— first, we should strive to reach an agreement on the core competition principles of domestic competition law and policy. They should essentially evolve around the transparency of rules and regulations, the removal of discrimination between firms based on their nationality, the provision of due process and recourse to judicial review procedures. Most crucially the agreement should include a commitment of members to prohibit hard core cartels.

— second, the agreement should put in place a framework that will facilitate cooperation between competition authorities world-wide. These cooperation modalities could be modelled closely after existing and well functioning bilateral agreements. They could include, for instance, provisions regarding notification of competition cases, assistance to enforce domestic competition rules, positive and traditional comity mechanisms etc.

— third, the envisaged agreement should pay close attention to ensuring that the development dimension is an integral part of the new multilateral framework. The EC believes that the introduction of competition law regimes in the least- developed and developing countries would have to be of a progressive and flexible nature. I must stress that a WTO multilateral framework agreement would assist developing countries in the process of progressively establishing effective enforcement mechanisms at the domestic level. It would make it easier for such countries to resist pressure often exercised by powerful domestic vested interests against the implementation of competition laws and policies and to gain the support notably of consumers and SMES, often the first victims of anti- competition markets. Finally, it would also ensure that such countries

can benefit from effective multilateral cooperation and contribute towards better addressing anti-competitive practices with an impact on their trade.

— Fourth, we also favour a flexible and progressive approach to the issue of sectoral exclusions from the application of competition law. Some exclusions of a -horizontal nature like, for instance, those which may apply to small and medium-sized enterprises - may be driven by legitimate development considerations and have only an insignificant impact on international trade. During the initial stages of its application, a WTO multilateral framework agreement could limit itself to ensuring the necessary level of transparency concerning exclusions from the application of domestic law.

— Finally, for developing countries who may not yet have adopted a domestic competition law or have only recently done so there are additional gains to be achieved from international cooperation. Such cooperation would also render valuable support to the process of reinforcing the domestic capacities of developing countries in the competition area. The benefits from international cooperation on competition matters are also recognised in the UNCTAD Set which includes some provisions on consultations and enforcement cooperation.

4. THE INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK

As you will have noticed, the content of the envisaged WTO agreement will necessarily be modest. Furthermore, it will undoubtedly take some time before such a framework becomes operational and can begin to produce concrete benefits.

Beyond the core provisions of the future WTO rules, competition authorities are already in the process of enhancing their cooperation. In parallel to the recent developments in the WTO, another multilateral initiative which remains totally independent of any established structures is currently rapidly growing in importance. I am referring to the International Competition Network, or ICN, as it will undoubtedly soon be generally known.

The ICN is the imaginative response of competition authorities all over the world to the challenges posed in a globalising economy.

The ICN was launched already last October in New York with the European Commission as one of the driving forces to bring this initiative to life. It was not least the statement of Joel Klein, the then most senior US anti-trust official, made at the conference for the tenth anniversary of EU merger control in autumn 2000, that gave one of the crucial starting signals. The movement was strongly supported since the very beginnings by European Competition Commissioner Mario Monti, and it is fair to say that the close cooperation of the competition agencies on both sides of the Atlantic has immensely facilitated the creation of the ICN.

The ICN will not be just another brick and mortar international organisation. It will have a kind of virtual structure without a permanent secretariat, flexibly organised around its projects, guided by a steering group which is chaired by Konrad von Finckenstein, the Head of the Canadian Competition Authority. This Steering Group will identify projects and devise work plans for approval by the ICN as a whole.

Any national or regional competition agency responsible for the enforcement of antitrust laws may become a member of the ICN. It is remarkable to see that within less than six months after its launch, the ICN has already attracted some 65 anti-trust agencies from five continents. Among the further increasing membership of the ICN we find not only the well-established competition agencies, but also many younger anti-trust authorities, especially from emerging and transition economies. Indeed, the participation on an equal basis of younger authorities is one of the key features of ICN. We hope that these authorities make ample use of this possibility to make their voice heard.

I would like to stress one point: this is the first time that so many competition authorities take an autonomous initiative designed to come together in order to share and discuss their practical problems in handling international competition issues. The truly global reach of the ICN will put it in a unique position to provide antitrust agencies from developed and developing countries alike a stronger and broader network.

The new network will actively seek advice and contributions from the private sector and consumer organisations, from the legal profession and individual members of the academic community. It will also cooperate closely with other international bodies working in the same field, such as in particular the WTO, UNCTAD, and the OECD.

Apart from the global reach of ICN, another of its salient features is that it is strictly project-oriented, and I am pleased to say that real work on several projects has already got off the ground.

Currently, the main thrust of ICN's work is directed at two topics:

- merger control in a multi-jurisdictional context, and
- competition advocacy.

On the first topic, three dedicated working groups look into the following issues: (i) merger notifications and procedures, (ii) the analytical framework of the assessment of merger cases, and (iii) the relevant tools for merger investigations. The ultimate aim of all these activities is to identify best practices and elaborate guidelines on how best to deal with merger cases that are relevant for several jurisdictions world-wide.

Under the second topic, competition advocacy, we understand those non-enforcement activities of the competition agencies that seek to prevent or address distortions of competition created by intervention of the state. Another ICN working group, chaired by Fernando Sanchez Ugarte, Chairman of the Mexican Federal Competition Commission, is currently

trying to identify the best practices of the ICN Members in this area. The ambition is to get a good overview over and understanding of what is already undertaken now by the different agencies, in order to make our own efforts more effective in the future. I would like to add that competition advocacy is by many believed to be at least as important as traditional enforcement especially in developing and transition economies, or economies where the state still holds control over many sectors.

The preliminary results of these working groups will be presented to the first ICN Annual Conference that will be hosted by the Italian Competition authority in Naples in September this year. To encourage the fight against international hard-core cartels - one of the most harmful distortions of competition from the point of the consumer - we are also planning a training conference in the United States this autumn to further increase the ability of our staff in the tools to detect such cartels.

In view of this broad range of initial activities, I am optimistic about the International Competition Network. The synergies between volunteer efforts in the ICN and the framework for competition that we strive to build in the WTO are important. I am confident that in the future the ICN will be seen as a milestone in the world-wide convergence of competition enforcement and in the strengthening of cross-border cooperation. In particular, ICN can help the developing countries through exchange of best practices around the world.

5. CONCLUSIONS

Let me conclude this brief survey of developments towards an international competition agreement and an enhanced multilateral cooperation between agencies focusing on the enforcement of competition rules. I have tried to illustrate the positive impact of the increasing globalisation of business: it encourages the progressive creation of new multilateral legal instruments and structures as the basis of a future system of international governance.

Regarding our work in Geneva, I must admit that - despite the key step taken at Doha - a difficult part of the work is still ahead of us. This reminds me of a French socialist Minister coming for the first time in office in June 1936 in the middle of a general union strike and declaring with enthusiasm : «Enfin! le temps des difficultés 12 commence». Like him, I remain quite enthusiastic about the prospects for us to succeed. We have now a clear commitment, a destination to reach, a time-proven method of work and adequate tools at our disposal. If we can make time work on our side and not against us, I am confident that the Multilateral Competition Agreement can see the day in 2005.

I want also to stress my conviction that the ICN constitutes a valuable instrument that will bear fruit in the short to medium term. It is important for us and complements our bilateral cooperation efforts. It will also sup-

port our long term work in the different multilateral fora such as the WTO, the OECD and UNCTAD, and our increasing presence as a donor of capacity building and technical assistance projects in the area of competition policy destined to the African, Caribbean and Pacific States that participate in the New Partnership Agreement of Cotonu.

Finally, I am confident that competition agencies world-wide, international organisations focusing on competition policy and non-governmental experts and practitioners in this area - and in the first place the participants of this conference - will wholeheartedly support and contribute to our efforts within the WTO in the coming 2-3 years as well as to the less formal - but no less valuable - work within the ICN. I am certain that the antitrust community senses how important the period ahead of us is in terms of promoting competition culture, better harnessing globalisation and putting in place much needed governance mechanisms for the global markets. In particular, I believe that non-governmental experts like the participants of this conference can play a useful role in helping developing countries to make progress towards the building of a competition culture - and of a good enforcement of competition rules in their own interest.

Thank you for your attention.

De la copublicación de la Misión Permanente de la Comunidad Europea y sus Estados miembros la siguiente comunicación, de fecha 24 de junio de 2002, con el cargo de ser se envía a los Ministros.

INTRODUCCIÓN

En su último comunicado, el Grupo de Trabajo (Working Party) la Comunidad Europea y sus Estados miembros expresaron sus reflexiones sobre las posibles posibilidades de cooperación internacional de autoridades con un acuerdo marco de la Unión, así como la necesidad de realizar los análisis específicos que se debe realizar a los países en desarrollo en materia de investigaciones económicas, las prácticas de competencia, la información así como información técnica, estadística y gubernamental relevante destinada a la creación de capacidad. Dicha información complementará la agenda para redactar una ley nacional de competencia y un régimen normativo, y para establecer una autoridad nacional encargada de la competencia si son necesarios en dichos países.

En la presente comunicación se continúa la reflexión y el diálogo de los círculos gubernamentales nacionales internacionales y de los círculos que participan en el establecimiento de disciplinas multilaterales que tienen la finalidad de apoyar a dichos países. Luego de presentar a dichos países la información la presente se que posibles pasos se se pudiesen los procedimientos

LOS CÁRTELES INTRÍNSECAMENTE NOCIVOS INTERNACIONALES Y LA COOPERACIÓN EN EL CONTEXTO DE UN ACUERDO MARCO DE LA OMC SOBRE LA COMPETENCIA

(Comunicación de la Comunidad Europea
y sus Estados miembros a la OMC)

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO

Grupo de Trabajo sobre la Interacción
entre Comercio y Política de Competencia
Doc. WT/WGTCP/W/193, de 1 de julio de 2002.
Original: inglés

Se ha recibido de la Misión Permanente de la Comunidad Europea y sus Estados miembros la siguiente comunicación, de fecha 24 de junio de 2002, con el ruego de que se distribuya a los Miembros.

INTRODUCCIÓN

En su anterior comunicación al Grupo de Trabajo (WT/WGTCP/W/184) la Comunidad Europea y sus Estados miembros expusieron sus reflexiones sobre las posibles modalidades de cooperación internacional de conformidad con un acuerdo marco de la OMC sobre la competencia, incluida la ayuda específica que se debe brindar a los países en desarrollo en materia de investigaciones concretas, intercambios de determinada información así como asistencia técnica coordinada y especialmente orientada, destinada a la creación de capacidad. Dicha asistencia comprendería la ayuda para redactar una ley nacional de competencia y sus reglamentos anexos, y para establecer una autoridad nacional encargada de la competencia u otro organismo de ejecución.

En la presente comunicación se examina la naturaleza y el alcance de los cárteles intrínsecamente nocivos internacionales y el valor añadido que entraña el establecimiento de disciplinas multilaterales con miras a restringir la acción de estos cárteles. Luego se procede a ilustrar de forma concreta la manera en que podrían ponerse en la práctica las modalidades

de cooperación internacional propuestas con respecto a esos cárteles, inclusive mediante el intercambio de información no confidencial y la notificación de los cárteles identificados.

1. NATURALEZA DE LOS CÁRTELES INTERNACIONALES INTRÍNSECAMENTE NOCIVOS

Con el término «cárteles intrínsecamente nocivos» nos referimos a casos en que los competidores potenciales conciertan pactos para realizar prácticas colusorias, entre las que se destacan la manipulación de las licitaciones, la fijación de precios, planes para la asignación de mercados o de clientes y restricciones de la producción. Estas prácticas pueden presentarse en diversas formas y combinaciones.

En esencia, los cárteles intrínsecamente nocivos se caracterizan por que los competidores potenciales, de manera voluntaria y deliberada, renuncian a la competencia y la rivalidad entre sí, con la única finalidad de obtener ganancias en detrimento de los consumidores y de otras empresas víctimas del cártel. La ignominiosa declaración de uno de los ejecutivos que participaba en un cártel que recientemente fue objeto de investigación¹ («Nuestros competidores son nuestros amigos, nuestros clientes son el enemigo») pone de manifiesto que estos cárteles contradicen totalmente la manera en que debería funcionar un mercado competitivo, tienen efectos negativos en el comercio internacional y merecen una firme condena internacional².

Los efectos perjudiciales de los cárteles intrínsecamente nocivos ya son harto conocidos y han dado lugar a que se intensifique la lucha contra estos acuerdos en los países con economías desarrolladas, incluida la Comunidad Europea y sus Estados miembros. En 1998, con ocasión del establecimiento de una dependencia especial dedicada a la lucha contra estos cárteles, el entonces Comisario de la CE responsable de la política de competencia, Sr. KAREL VAN MIERT, señaló:

«En repetidas ocasiones durante los últimos años, y una vez más al referirme recientemente al cártel de las tuberías preaisladas [...], he destacado la necesidad de que la Comisión persista en su firme lucha contra los cárteles, que constituyen una de las formas más perjudiciales de restricción del comercio. A ese efecto, me pareció necesario crear una nueva dependencia [...] exclusivamente encargada de descubrir, procesar y eliminar los cárteles relacionados con cualquier producto o cualquier actividad de servicios. La creación de

¹ El denominado cártel de la lisina.

² Para consultar una útil descripción de cómo funcionan en la realidad los cárteles intrínsecamente nocivos internacionales y cuáles son sus métodos, véase el documento de la OCDE CCNM/GF/COMP/WD (2002) 1, «An inside look at a cartel at work: common characteristics of international cartels», preparado por el Departamento de Justicia de los Estados Unidos.

*esta dependencia confirma concretamente la prioridad que reconoce la Comisión a la lucha contra esas prácticas» (sin negritas en el original)*³.

El programa de indulgencia de la Comisión se modificó recientemente a fin de crear mejores incentivos para que los participantes en los cárteles brinden información en el marco de las medidas de indulgencia. Además, recientemente varios Estados miembros de la CE han establecido programas nacionales de indulgencia, o se encuentran en proceso de hacerlo. En estos programas se ofrecen incentivos a los participantes en los cárteles para que acudan a las autoridades con información sobre las actividades de los cárteles. A cambio, los que se acogen a dichos programas pueden beneficiarse de la reducción del importe de las multas y/o la dispensa de su pago o la inmunidad penales⁴.

2. PERJUICIOS CAUSADOS POR LOS CÁRTELES INTRÍNSECAMENTE NOCIVOS INTERNACIONALES

En el decenio de 1990 se registró un aumento considerable en la identificación, investigación y sanción de los cárteles internacionales intrínsecamente nocivos generalmente en los países industrializados. Basándose en estos cárteles se han realizado varios estudios que contienen conclusiones esclarecedoras con respecto a los perjuicios económicos causados por estos cárteles.

A. INFORME DE LA OCDE SOBRE LOS CÁRTELES INTRÍNSECAMENTE NOCIVOS (2000)

La Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE), cuyos Miembros adoptaron la denominada «Recomendación sobre los cárteles intrínsecamente nocivos» en 1998⁵, señala en su informe del año 2000 sobre estos acuerdos que en el caso del *cártel del ácido cítrico*: los precios aumentaron hasta en un 30 por 100; y se calcula que el cártel recaudó recargos por casi 1.500 millones de dólares EEUU. En otro cártel, el de los *electrodos de grafito*: los precios aumentaron en un 50 por 100; y el cártel percibió beneficios monopolísticos por concepto de ventas a nivel mundial que se calculan en 7.000 millones de dólares EEUU⁶.

³ Véase el comunicado de prensa IP/98/1060 de fecha 3 de diciembre de 1998. Se pueden consultar otros comunicados de prensa sobre las investigaciones subsiguientes que la CE llevó a cabo en relación con cárteles como el de las vitaminas y el de los electrodos de grafito, en la dirección de Internet http://europa.eu.int/comm/competition/press_releases/.

⁴ Para consultar el texto revisado del aviso de la Comisión sobre la dispensa del pago o la reducción del importe de las multas en los casos de cártel, véase la dirección de Internet http://europa.eu.int/eur-lex/en/dat/2002/c_045/c_04520020219en00030005.pdf (visitada el 8 de abril de 2002).

⁵ Documento de la OCDE C (98) 35/Final.

⁶ «Hard Core Cartels» (2000), Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos, p. 5.

En el informe de la OCDE se observa además que los cárteles intrínsecamente nocivos recientemente descubiertos: han costado a los particulares y las empresas muchos cientos de millones de dólares EEUU solamente en los Estados Unidos; han afectado en más de 10.000 millones de dólares EEUU al comercio de los Estados Unidos; y han dado lugar a la aplicación de recargos por miles de millones de dólares EEUU ⁷.

Ya no cabe duda de que los cárteles intrínsecamente nocivos no son en absoluto un mal que sólo aqueja a las economías de los países desarrollados. Por el contrario, constituyen un fenómeno mundial que afecta a muchos productos importantes que se consumen en todo el mundo, tanto en los países desarrollados como en los países en desarrollo. Además, existen claros indicios de que, una vez que las autoridades los detectan, los investigan y los procesan, estos cárteles intentan orientar sus actividades hacia las economías en desarrollo y en transición, cuando no estuviesen ya operando en esas jurisdicciones ⁸.

B. DOCUMENTO DE ANTECEDENTES PARA EL INFORME SOBRE EL DESARROLLO MUNDIAL 2001

En lo referente a los perjuicios causados a los consumidores y productores de los países en desarrollo por parte de los cárteles internacionales intrínsecamente nocivos, tres economistas realizaron recientemente una investigación (que también sirve de base a un documento de antecedentes elaborado para el Informe del Banco Mundial sobre el Desarrollo Mundial 2001) que proporciona datos y conclusiones valiosos sobre este particular ⁹. El estudio, fundamentado en datos disponibles sobre el comercio, comunicados de prensa y declaraciones de los organismos de ejecución, expedientes judiciales, medios de prensa especializados en negocios y publicaciones de las industrias pertinentes, se propone cuantificar «la magnitud de las consecuencias que estos cárteles tienen para los países en desarrollo como consumidores» ¹⁰.

El estudio analiza detenidamente cinco casos concretos de cárteles, que operaban, respectivamente, en los mercados del bromo, el ácido cítrico, los electrodos de grafito, los tubos de acero y las vitaminas. Más concretamente, el estudio concluye que en 1997, el último año sobre el cual se disponía de datos sobre el comercio:

⁷ *Ibid.*, p. 12.

⁸ Obsérvese que hay quienes sostienen que los cárteles detectados recientemente son apenas la punta visible del *iceberg* y sólo representan un pequeño número de los cárteles mundiales que en realidad se encuentran en operación. Para consultar distintos puntos de vista sobre las repercusiones de los cárteles internacionales, véase, por ejemplo, el «*Final Report of the International Competition Policy Advisory Committee (ICPAC)*», pp. 175 ss., en <http://www.usdoj.gov/atrl/icmpac/icmpac.htm> (sitio consultado el 4 de abril de 2002).

⁹ Véase «*Private International Cartels and Their Effect on Developing Countries*», de Margaret LEVENSTEIN y Valerie SUSLOW. El estudio se puede consultar en la dirección de Internet <http://www-unix.oit.umass.edu/maggiel/wdr2001.pdf> (consultado el 4 de abril de 2002).

¹⁰ *Ibid.*, p. 2.

— los países en desarrollo importaron mercancías por un valor de 81.100 millones de dólares EEUU procedentes de sectores industriales que en el decenio de 1990 habían sido objeto de conspiraciones para fijar los precios;

— la cifra anterior representó hasta el 6,7 por 100 de las importaciones y el 1,2 por 100 del PIB de los países en desarrollo;

— la proporción del comercio de los 16 productos considerados que correspondió a los países en desarrollo más pobres fue aún mayor, a saber, el 8,8 por 100 de las importaciones ¹¹.

Otras conclusiones que se desprenden del estudio que se presentó en el Simposio de la OMC celebrado el 22 de abril de 2002 ¹² ponen de manifiesto:

— que el efecto de tan sólo 16 cárteles respecto de las importaciones de los países en desarrollo se calculaba en 81.100 millones de dólares EEUU, y que probablemente era un cálculo conservador;

— que la suma recaudada en concepto de pagos excesivos representaría entre el 20 y el 40 por 100 de los 81.100 millones de dólares, o sea, entre 16.000 y 32.000 millones de dólares EEUU;

— que después de haberse disuelto los cárteles se registraron descensos del 20 al 40 por 100 en los precios;

— que posteriormente a las medidas coercitivas contra los cárteles, muchos de sus integrantes tratan de consolidar su posición mediante fusiones y adquisiciones, alianzas estratégicas o empresas conjuntas y que, por lo tanto, sería necesario cierto grado de vigilancia posterior a la aplicación de las medidas;

— que, en comparación con las corrientes de ayuda internacional destinada a los países en desarrollo, el daño que los cárteles habían provocado a las economías de estos países representaba una cuantía de tres a seis veces superior al reciente aumento de la ayuda estadounidense, y que los recargos aplicados por los cárteles equivalían como mínimo a la tercera parte de la ayuda recibida por los países en desarrollo.

En la comunicación presentada en el Simposio de la OMC también se señaló a la atención de los participantes la tendencia de los cárteles internacionales a tener una composición internacional diversificada. Los cárteles analizados por los economistas Evenett, Levenstein y Suslow afectaban a un total de 31 economías entre las que se encontraban ocho países en desarrollo.

Otra intervención en el Simposio ¹³ se centró en dos cárteles internacionales que habían estado en operación durante un tiempo consi-

¹¹ En el estudio se señala además que se han aplicado ciertas técnicas con el propósito de impedir la entrada en los sectores en cuestión, por ejemplo, mediante intentos de restringir la información relativa a la tecnología (de producción de vigas de acero y electrodos de grafito) y que, si dichas técnicas logran su objetivo, pueden perjudicar a los productores de países en desarrollo.

¹² Ponencia del Sr. Simon J. EVENETT, Instituto de Comercio Mundial.

¹³ Ponencia del Profesor Frédéric JENNY.

derable. El análisis del cártel internacional de equipo eléctrico pesado reveló que:

- el alcance del cártel era casi mundial;
- las empresas de los países desarrollados desempeñaban un papel fundamental en el mismo;
- este cártel había logrado persuadir a empresas japonesas de que pasaran a formar parte de él, después de haber fracasado en su intento de eliminarlas por medio de la fijación de precios predatorios;
- la mayor parte de los países importadores eran países en desarrollo con escasa o ninguna capacidad de producción interna de equipo eléctrico pesado;
- una de las prácticas del cártel consistía en limitar la transferencia de tecnología a los países en desarrollo;
- las ventas anuales del cártel representaban un importe aproximado de 2.000 millones de dólares EEUU;
- el cártel perjudicaba directamente a los países importadores debido al aumento de los precios en las ventas cartelizadas y a la limitación de la transferencia de tecnología a los países que no eran productores;
- al analizar una sección de productos, se comprobó un aumento estimado de precios del 15 al 25 por 100 por encima del precio competitivo;
- si estos aumentos de precios se registraban igualmente para todos los productos abarcados por el cártel, los recargos anuales oscilarían entre 300 y 500 millones de dólares EEUU;
- en estos recargos aparecerían en definitiva reflejados en un mayor costo de la energía eléctrica y de todos los productos dependientes de la electricidad.

C. CONCLUSIÓN

En conclusión, estos cárteles internacionales perjudican a los países en desarrollo tanto o más que a los países desarrollados. Además, se ha comprobado que algunas empresas nacionales de países en desarrollo participan activamente en los cárteles, lo cual hace que sea mayor el perjuicio causado a los consumidores y los usuarios de los productos considerados en los países en desarrollo.

3. CÓMO SE PODRÍAN ABORDAR LOS CÁRTELES INTRÍNSECAMENTE NOCIVOS EN UN ACUERDO DE LA OMC

Habida cuenta del carácter mundial de los cárteles intrínsecamente nocivos, la CE concuerda con la conclusión de la OCDE en su informe sobre los cárteles intrínsecamente nocivos de que se trata de «un problema que no se puede resolver eficazmente sin una mayor cooperación por

parte de más de 50 países que no son miembros y cuentan con leyes de competencia y de muchos otros que están considerando la posibilidad de su adopción»¹⁴.

A. PROHIBICIÓN INTERNACIONAL DE LOS CÁRTELES INTRÍNSECAMENTE NOCIVOS

La CE considera que la mejor manera de resolver un problema de carácter mundial relacionado con la competencia, como lo es la lucha contra los cárteles intrínsecamente nocivos y sus efectos perniciosos, consiste en oponer una respuesta firme mediante la aplicación de un compromiso internacional de prohibir estas prácticas. La prohibición debería formar parte de un Acuerdo de la OMC sobre la competencia, pues en ningún otro foro contaría con el respaldo de un número suficiente de países. Cualquier otra alternativa correría el riesgo de que los cárteles intentaran trasladar sus actividades ilícitas a los países que no se adhieran a la prohibición, para tratar de eludir la jurisdicción de los países que proscriban los cárteles. La consecuencia principal de esta «búsqueda del foro más favorable» redundaría en un mayor perjuicio para los países que no respeten la prohibición. Por otra parte, los países que se adhieran a la prohibición exigirán cada vez más la aplicación de sus normas internas contra los integrantes de cárteles situados en territorios donde la prohibición no se aplique.

La prohibición multilateral contra los cárteles intrínsecamente nocivos se instrumentaría mediante la adopción de la legislación y las políticas internas correspondientes. También sería útil contemplar la posibilidad de introducir programas de indulgencia claros y previsibles que estimulen la delación por parte de los integrantes de los cárteles, lo que facilitaría la identificación de estos cárteles y contribuiría al éxito de las investigaciones.

Por consiguiente, sería necesario que toda disposición relativa a los cárteles intrínsecamente nocivos contenida en un acuerdo multilateral en materia de competencia estableciera los elementos esenciales que deben figurar en las disposiciones de la legislación nacional sobre esta cuestión:

— El elemento fundamental de la disposición sería una afirmación inequívoca de que los cárteles están prohibidos.

— Además, sería preciso dar una definición de los tipos de prácticas anticompetitivas que se podrían considerar «cárteles intrínsecamente nocivos» y que quedarían comprendidas en la prohibición multilateral. La formulación de una definición precisa de «cárteles intrínsecamente nocivos» a los efectos de un acuerdo multilateral de la OMC sobre la competencia, trasciende la utilidad y el propósito de la presente comunicación

¹⁴ *Op. cit.*, nota 6 de pie de página, pp. 5 y 6.

al Grupo de Trabajo. Será un ejercicio difícil y, como en casos semejantes, será objeto de negociación. Sin embargo, la Recomendación de la OCDE de 1998¹⁵ podría servir de punto de partida, sin que se limite en absoluto el debate que tendrá lugar en el Grupo de Trabajo, ni las opciones disponibles durante las negociaciones. Conforme al párrafo 2.a) de la sección A del art. I se entiende por «cártel intrínsecamente nocivo» un «acuerdo anticompetitivo, una práctica concertada anticompetitiva o arreglos anticompetitivos», concertados «por competidores» para «fijar los precios», «manipular las licitaciones (licitaciones colusorias)», «establecer limitaciones o contingentes de producción» o «repartir los mercados asignando clientes, proveedores, territorios o ramos comerciales». A los efectos de la OMC, esta relación de elementos es necesariamente indicativa y se puede completar con otros elementos o prácticas. También cabe la posibilidad de que algunos de los elementos o prácticas que figuran en la lista queden omitidos en una definición concebida para incluirla en un acuerdo multilateral. Aparte de esa orientación inicial, la Comunidad Europea y sus Estados miembros consideran útil dar descripciones (en el anexo de la presente Comunicación) de ejemplos concretos de cárteles intrínsecamente nocivos contra los cuales han tomado medidas en el pasado. Al seleccionar estos ejemplos, se procuró escoger los de particular pertinencia internacional, así como los más ilustrativos de la naturaleza de estos cárteles.

— Sería igualmente importante circunscribir con precisión el concepto de cárteles intrínsecamente nocivos, para poder decidir a qué prácticas no debe aplicarse la prohibición multilateral. El largo debate sobre este particular en el Comité de Legislación y Política de la Competencia de la OCDE puede resultar útil, aunque sólo como punto de partida, y sin prejuzgar las deliberaciones que sostengan los Miembros de la OMC a los efectos de esta Organización. Según el párrafo 2.b) de la sección A del art. I de la Recomendación de la OCDE de 1998 «la categoría de cárteles intrínsecamente nocivos no comprende acuerdos, prácticas concertadas, o arreglos que: i) guarden una relación justificada con la legítima obtención de mejoras de la eficiencia en forma de reducción de los costos o aumentos de la producción; ii) queden excluidos, directa o indirectamente, del ámbito de aplicación de las propias leyes del país Miembro en cuestión; o iii) estén autorizados en virtud de esas leyes». Estas excepciones, y otras que puedan contemplar los Miembros en el contexto del debate en el Grupo de Trabajo, constituyen elementos posibles de la disposición relativa a la prohibición multilateral, a condición de que las normas nacionales en materia de competencia las identifiquen de manera transparente y previsible.

— La prohibición multilateral de los cárteles intrínsecamente nocivos no surtiría efecto si los Miembros de la OMC no se comprometen a incluir en sus regímenes internos sanciones que sirvan disuasivas. Las normas internas que prohíben los cárteles intrínsecamente nocivos deben apuntar

¹⁵ Recomendación del Consejo sobre medidas eficaces contra los cárteles intrínsecamente nocivos, C (98) 35/Final, 27 y 28 de abril de 1998.

a la disuasión de los infractores potenciales y tener la clara función de hacerlos desistir. Por consiguiente, sería fundamental incluir en ellas sanciones adecuadas y eficaces. Hay diversas sanciones que reúnen esas características: algunos Miembros de la OMC tienen normas que prevén sanciones penales (penas de prisión y multas para personas tanto físicas como jurídicas, etc.). Otros, como la UE, sancionan a los cárteles intrínsecamente nocivos con la imposición de elevadas multas administrativas a las entidades societarias (persona jurídica de la sociedad), como las enumeradas en el anexo. Existen otras opciones en cuanto al tipo y la severidad de la sanción. Sin llegar a prescribir sanciones de determinado tipo o severidad, sería conveniente que la disposición multilateral sobre los cárteles intrínsecamente nocivos fuera más allá de una simple prescripción de «sanciones eficaces» y ofreciera cierta orientación con respecto a las sanciones que han tenido un efecto disuasivo y que podrían analizar los Miembros de la OMC que deseen incorporarlas en sus normas internas. Esta cuestión podría ser objeto de mayores deliberaciones en el seno del Grupo de Trabajo.

Al acordar la prohibición internacional de los cárteles intrínsecamente nocivos junto con las modalidades flexibles necesarias para la cooperación internacional voluntaria como se expuso en la anterior comunicación de la CE, los Miembros de la OMC harían una importante contribución encaminada a poner coto efectivamente a la actividad de esos cárteles y a eliminar sus consecuencias adversas.

B. INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN Y COOPERACIÓN CON RESPECTO A LOS CÁRTELES INTRÍNSECAMENTE NOCIVOS

A fin de lograr la plena aplicación del enfoque propuesto, éste debe comprender procedimientos adecuados en lo que respecta a la cooperación voluntaria y al intercambio de información. La transparencia es, en efecto, un elemento esencial de un marco sobre la competencia. De ahí que sea necesario elaborar disposiciones en materia de notificación, intercambio de información y cooperación entre autoridades encargadas de los asuntos relativos a la competencia. Estas disposiciones se referirían, entre otras cosas, al intercambio de información y, de manera más general, a los procedimientos de cooperación, por ejemplo, cuando las autoridades realizan investigaciones paralelas sobre la misma práctica. También podrían comprender instrumentos de cortesía negativa y positiva.

Más concretamente, el intercambio significativo de información constituye el elemento esencial de la cooperación entre las autoridades encargadas de los asuntos relativos a la competencia. Sin embargo, se debe tener en cuenta el hecho de que ciertos tipos de información comercial gozan de una protección jurídica estricta en todas las jurisdicciones y, por consiguiente, sería difícil imaginar el intercambio de documentos confidenciales entre autoridades en materia de competencia como cuestión

de rutina. Al mismo tiempo, es evidente que existe una diversidad de información no confidencial, que no es del dominio público, que podría ser sumamente provechosa para otras autoridades responsables en materia de competencia. En consecuencia, el Acuerdo de la OMC debe prever, como mínimo, el intercambio de información comercial no confidencial entre los países afectados por un determinado cártel. Esto no impediría que los Miembros de la OMC analizaran la posibilidad de intercambiar bilateralmente información más pormenorizada, por mutuo consentimiento.

El intercambio de información podría adoptar diversas formas, incluidas las notificaciones, por medio de las cuales una Parte notificaría a otra u otras Partes, según proceda, cada vez que sus autoridades encargadas de las cuestiones relativas a la competencia adviertan que sus medidas de observancia pueden afectar a intereses importantes de otras Partes. Entre las medidas de observancia que convendría notificar regularmente se encuentran:

- las que guarden relación con las medidas de observancia de la otra Parte o las otras Partes; o
- las que se refieran a actividades anticompetitivas en gran medida realizadas en el territorio de la otra Parte.

Para que sea eficaz, la notificación se efectuará lo antes posible en el marco del proceso de aplicación.

En esos casos notificables, es interés común de todas las Partes compartir información que facilite la aplicación eficaz de sus respectivas leyes en materia de competencia. En tales circunstancias, por iniciativa propia o previa solicitud, cada Parte proporcionará a la otra Parte o las otras Partes cualquier información significativa que reciban sus autoridades de competencia con respecto a actividades anticompetitivas que, a juicio de dichas autoridades, guarden relación con las medidas de observancia adoptadas por las autoridades de competencia de la otra Parte, o que puedan justificar la aplicación de esas medidas.

El intercambio de información no confidencial (es decir, la información cuya confidencialidad no esté protegida, ni pueda invocar ninguna de las partes involucradas en determinada práctica anticompetitiva), permite que se comparta un gran volumen de información esencial relativa, por ejemplo, a:

- la naturaleza y el alcance de la supuesta práctica anticompetitiva;
- el mercado afectado y los principales participantes en ese mercado;
- las medidas de procedimiento que haya adoptado la autoridad que presenta la información y las subsiguientes medidas de procedimiento que se prevén;
- cualquier documento relativo al caso que sea de dominio público o pase a ser del público durante el procedimiento.

(Este documento contiene un Anexo: «Casos seleccionados de cárteles intrínsecamente nocivos internacionales investigados por la Comisión de la CE»).

REPORT ON THE NATURE AND IMPACT OF HARD CORE CARTELS AND SANCTIONS AGAINST CARTELS UNDER NATIONAL COMPETITION LAWS

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION
AND DEVELOPMENT (OECD)

Directorate for Financial, Fiscal and Enterprise Affairs
Competition Committee

Doc. DAFFE/COMP (2002) 7, 09 April 2002

EXECUTIVE SUMMARY

This Report by the OECD Competition Committee continues the programme begun in 1998 with the Recommendation of the OECD Council on hard core cartels. That Recommendation and a subsequent progress report by the Committee note that hard core cartels impose significant harm upon consumers world-wide, and they call for enhanced sanctions against cartel participants to serve as a deterrent to that conduct. This Report examines in greater detail (1) the nature and impact of cartels, (2) the sanctions against cartels that are available under national competition laws and that are imposed by national competition agencies and (3) the optimal use of sanctions for achieving the deterrence of cartel activity. The following general points are made in the Report:

1. The worldwide economic harm from cartels is clearly very substantial, although it is difficult to quantify it accurately. Conservatively, it exceeds many billions of us dollars per year.

Cartels harm consumers and have pernicious effects on economic efficiency. A successful cartel raises price above the competitive level and reduces output. Consumers choose either not to pay the higher price for some or all of the cartelised product that they desire, thus forgoing the product, or they pay the cartel price and thereby unknowingly transfer wealth to the cartel operators. Further, a cartel shelters its members from full exposure to market forces, reducing pressures on them to control costs and to innovate. All of these effects adversely affect efficiency in a market economy.

It is not easy to quantify these effects, however. It would require comparison of the actual market situation under the cartel to that which would

exist in a hypothetical competitive market. Competition officials usually do not undertake to make such a calculation, both because it is difficult to do and because their laws usually do not require it. When an estimate of harm is necessary, however, most officials employ a proxy, which is the unlawful gain accruing to the cartel members from their activity. In its simplest form, this estimation is the product of the cartel «mark-up» above the competitive price and the commerce affected (in units) by the cartel agreement. Even this calculation can be difficult, as it requires an assessment both of the amount of «affected commerce» and of what the «competitive» price would have been absent the agreement.

The OECD's Competition Committee conducted a survey of cartel cases conducted by its Members between 1996 and 2000, in an attempt to learn more about the harm from cartels. The responding countries described a total of 119 cases, but in many of these it was not possible to estimate harm. Still, the amount of commerce affected by just 16 large cartel cases reported in the OECD survey exceeded USD 55 billion world-wide. The survey showed that the cartel markup can vary significantly across cases, but in some it can be very large, as much as 50 per 100 or more. Thus, it is clear that the magnitude of harm from cartels is many billions of dollars annually.

2. *Cartel operators can go to great lengths to keep their agreements secret, showing that they fully realise that their conduct is harmful and unlawful. In some cases, they are explicit in their contempt for the competitive process.*

The results of the OECD survey provided examples of the lengths to which cartel conspirators have gone to hide their actions. Conspirators in one case, faced with a document demand from the competition authority, loaded two automobiles with bid files and took them to the country, where it took a full day to burn them in «four huge bonfires». In another case, the conspirators carefully controlled the creation and retention of incriminating documents by, among other things, conducting internal audits to verify that such documents no longer existed. When it was felt necessary to keep certain spreadsheets showing allocations of business among the conspirators, the files were copied onto computer disks and hidden in the eaves of one employee's grandmother's house. In another case, internal documents from one of the defendants revealed an unofficial motto of the company: «Our competitors are our friends, our customers are the enemy».

3. *The principal purpose of sanctions in cartel cases is deterrence. Ideally, sanctions should take away the prospect of gain from cartel activity. Because not all cartels are uncovered and punished, many experts contend that effective deterrence requires imposing a fine against organisations participating in a cartel that is a multiple of the estimated gain on those cartels that are uncovered. Further, sanctions against individuals can provide important, additional deterrence.*

It is widely agreed that an effective sanction against a cartel should take into account not only the amount of gain realised by the cartel but also the probability that any given cartel will be detected and prosecuted. Because not all cartels are detected, the financial sanction against one that is detected should exceed the gain actually realised by the cartel. Some believe that as few as one in six or seven cartels are detected and prosecuted, implying a multiple of at least six. A multiple of three is more commonly cited, however. Determining the gain, as noted above, can be difficult. Some experts recommend employing a proxy when the gain cannot be calculated, such as a percentage of total turnover of the participants.

Whether or not it is possible to calculate accurately an optimal financial sanction against enterprises, in practice it is difficult to implement it. Sanctions against natural persons, placing them at risk individually for their conduct, provide an overall enhancement to deterrence. While, as noted below, relatively few countries currently impose any kind of sanction against individuals for cartel conduct, some are considering the enhancement of such sanctions.

4. Strong sanctions against enterprises and individuals increase the effectiveness of leniency programs in uncovering cartels and provide incentives to cartel participants to co-operate with a cartel investigation.

Cartel sanctions also provide an incentive for cartel participants to defect from the secret agreement and provide information to the investigators. The threat of very large fines against companies for cartel conduct provides incentives for firms to defect from the cartel and benefit from leniency. Similarly, the threat of strong sanctions against individuals provides added incentives for those individuals to «blow the whistle» on cartel conduct and to offer co-operation to government investigators in exchange for reduction or elimination of the punishment.

5. The competition laws of most countries provide for the imposition of large fines against organisations for cartel conduct. In some cases, however, the maximum fines found in these laws may not be sufficiently large to accommodate multiples of the gain to the cartel, as recommended by many experts. In some countries, natural persons can also be fined, and in fewer countries they can be sentenced to imprisonment. The recovery of money damages by victims of a cartel is another component of financial sanctions against cartels. A minority of OECD countries permit the recovery of such damages.

The maximum fines found in the competition laws of most countries are expressed either in absolute terms or as a percentage of the annual turnover of the respondent company. Without more experience in assessing the unlawful gain realised by cartels, it is difficult to know whether these maximums are sufficiently large to accommodate the desired multiples of that gain. One benchmark in this regard might be the new law in New Zealand, which recently completed an indepth study of optimal sanctions in cartel cases. The maximum fine provided in that law is the

greater of three times the unlawful gain, NZD 10 million (the equivalent of approximately EUR 4.8 million) or 10 per 100 of the total turnover of the enterprise. In most countries whose laws contain absolute maximum fines the maximum is below the equivalent of NZD 10 million. Several of these countries have as an alternative maximum, however, 10 per 100 of total turnover of the respondent, which is consistent with the New Zealand standard.

In several OECD countries, but less than half, natural persons can be fined for cartel conduct, often for very large sums. The laws of nine OECD countries provide for imprisonment of natural persons. Fourteen countries permit the recovery of money damages by cartel victims.

6. Some countries are now imposing very large fines on enterprises for cartel conduct, but more countries are still not doing so. Few countries are aggressively sanctioning natural persons. There is a noticeable and welcome trend toward stronger sanctions, however. Several countries are revising their laws and practices with a view toward increasing sanctions on cartels and their members.

The OECD survey showed that ten countries had imposed organisational fines in excess of the equivalent of USD 1 million within the survey period of 1996-2000. In three countries the largest fines were in excess of USD 100 million. In two the largest fines were between USD 10 million and 100 million and in the remainder the largest were between 1 and 10 million. Within the survey period these large fines increased in number and severity in the later years. In the remaining countries, however, no fines exceeded USD 1 million and in some the fines were small or nonexistent.

Only four countries had imposed fines on natural persons. In three of the four the largest fines exceeded the equivalent of USD 100,000. Only two countries, Canada and the United States, had imposed sentences of imprisonment on natural persons, and the US was by far the leader in this regard. It imposed 28 such sentences in 1999 and 18 in 2000. The average length of those sentences was approximately 8 months in 1999 and 10 months in 2000. While the possibility for the recovery of money damages by cartel victims exists in several countries, in only the United States is the practice common.

Several countries have just completed or are in the process of reviewing their laws and policies relating to cartels, with a view toward increasing their enforcement efforts in this area. Those countries include Brazil, Canada, Denmark, France, Israel, the Netherlands, New Zealand, Norway, Sweden, Switzerland and the United Kingdom.

7. Available data indicate that sanctions actually imposed have not reached the optimal level for deterrence.

The OECD survey permitted comparison of financial sanctions with the cartel gain in a relatively few cases. The fines, expressed as a percentage of the gain, varied widely, from 3 per 100 to 189 per 100. In only four

cases, two from the United States, one from Canada and one from Germany, were the fines more than 100 per 100 of the estimated gain, and in no case was the fine as high as two or three times the gain, as recommended by some experts. Thus, it must be concluded that, while there is a distinct, if uneven trend toward more rigorous sanctions in cartel cases, available data indicate that larger sanctions are required to achieve effective deterrence.

I. INTRODUCTION

1. The 1998 Recommendation of the OECD Council Concerning Effective Action Against Hard Core Cartels («Cartel Recommendation») noted in its Preamble that «... hard core cartels are the most egregious violations of competition law and... they injure consumers in many countries by raising prices and restricting supply, thus making goods and services completely unavailable to some purchasers and unnecessarily expensive for others». The Preamble notes further that hard core cartels «... create market power, waste, and inefficiency in countries whose markets would otherwise be competitive». The Recommendation calls on OECD Members to provide for «... effective sanctions, of a kind and at a level adequate to deter firms and individuals from participating in such cartels».

2. The 2000 Cartel Report noted that an important step in enhancing anti-cartel enforcement is «overcoming the knowledge gap concerning the harm done by hard core cartels»¹. Improving public knowledge about the nature of this conduct and the harm that it causes would bolster popular support for more effective action against it. The Report also called for further work on sanctions against cartels, recognising that the principal purpose of such sanctions is deterrence².

3. This report is a follow-on to that earlier work. It discusses the types of harm that can result from cartel activity and notes issues relating to quantifying that harm. It describes some recent cartel cases in Member countries in which some approximation of the level of harm was estimated, and illustrates the nature of cartels with examples of evidence from such cases. It reviews the laws of Member countries providing for sanctions against cartels and lists some sanctions that were applied in recent cases. Finally it discusses the subject of optimal sanctions and again considers some recent cases relating to that question.

II. THE NATURE AND IMPACT OF CARTELS

4. Cartels are universally recognised as the most harmful of all types of anticompetitive conduct. Moreover, they offer no legitimate economic

¹ *Id.* at 13.

² *Id.* at 19-20.

or social benefits that would justify the losses that they generate. Thus, they are condemned in all competition laws; in some countries they are classified as a crime. Sophisticated cartel operators know that their conduct is unlawful and so they conduct their business in secret, sometimes taking great pains to keep their agreements from the public and from law enforcement officials.

5. That the harm from cartels is large is undisputed. Quantifying it precisely, however, is difficult. Data collected through a recent OECD survey provide some additional information on the magnitude of cartels' harm. The OECD's study permits the following general, non-scientific but important conclusion: *The harm from cartels is even larger than has been previously thought, and conservatively exceeds the equivalent of billions of us dollars per year.*

ISSUES OF IDENTIFICATION AND CALCULATION

6. It is helpful first to consider briefly the economic basis for the generally accepted conclusion that cartels cause great harm.

7. Cartels that successfully reduce output and raise price above the competitive level cause consumers, collectively, to purchase less of the cartelised product and to pay more for the quantity that they do purchase. There can be differing views about the real harm to society that results. Economists agree that there is a loss resulting from consumers' collective decision to purchase less of the product at the cartel price. A lower quantity of a product (or service) is produced and consumers are forced to substitute a less desirable product for that quantity that they can no longer afford to buy. There is another, usually larger loss to consumers resulting from their having to pay the higher cartel price for that quantity that they do purchase. Without more, however, economics could not conclude that society as a whole is worse off as a result of this «wealth transfer» from consumers to producers (the cartel operators).

8. Of course, economics is not the only means of determining cartel harm. There are social and equity issues that are relevant as well. It is difficult to be indifferent about the total effect of a cartel on consumers. They unwittingly pay a supra-competitive price that is the result of an agreement, usually secret, among producers who know, or should know, that their conduct is unlawful. Those circumstances plus the international consensus that an important purpose of competition laws is to protect consumers cause almost all competition experts to consider the wealth transfer effect as a cartel harm.

9. Cartels can have other harmful economic effects as well. In addition to the misallocation of resources described above, a cartel shelters its members from full exposure to market forces. The result could be

reduced pressure to control costs and to innovate³. This harm to «productive» and «dynamic» efficiency is no less real than that to «allocative» efficiency described above, if even more difficult to measure.

10. Indeed, measuring any of the harms described above is difficult. The competition community tends to focus on the unlawful gain accruing to the cartel operators, because it is the easiest to calculate. There is another, equally important reason for concentrating on gain, however, which relates to sanctions. It is agreed that the purpose of sanctions in the cartel context is deterrence. As discussed further below, an optimal sanction should ensure that would-be cartel operators cannot expect to profit from such conduct, meaning that they would lose through sanctions whatever gains they might initially acquire. The optimal financial penalty, therefore, would take into account the gain from the unlawful conduct.

11. Calculating unlawful gain is also difficult, of course. In its simplest form it can be approximated by multiplying the increase in price resulting from the cartel agreement (the «overcharge») by the amount of turnover (in units) subject to the agreement⁴. Determining the hypothetical competitive price, or «reference price», that is used to determine the unlawful margin is itself difficult. One can either attempt to make a prediction of what the price would have been in the affected market, or use a «benchmark» price determined by examining one or more other markets comparable to the affected one where presumably there was no collusion⁵.

12. In sum, calculating the harm from cartels is difficult, and requires the use of various proxies and assumptions. There are several reasons why it should be done, however. The overarching one is the need to inform consumers and policymakers about the importance of implementing an aggressive program against this practice. It may also be necessary to calculate harm in order to provide redress to consumers who suffer from the effects of an unlawful agreement. An important additional reason, however, is that only by understanding the extent that cartels cause harm can governments apply appropriate sanctions against the practice, sanctions that provide an effective deterrent.

³ Cartel operators desire to maximise profits, of course, which means that each firm has incentives to control costs even in the cartel environment, but the agreement lessens external pressures to do so.

⁴ This methodology does not take into account other relevant factors, such as changes in unit costs resulting from the cartel and possible lost «profits» resulting from a reduction in unit sales caused by the higher cartel price.

⁵ New Zealand and Norway have recently undertaken ambitious studies of sanctions under their competition laws. Both deal in greater detail than this paper with these issues of identifying and quantifying harm to consumers and gain to producers resulting from cartels. Both also contain excellent analyses of the topic of optimal sanctions, which is discussed below. «Review of the Penalties, Remedies and Court Processes under the Commerce Act», Office of the Minister for Enterprise and Commerce, New Zealand, 1998; «Sanctioning Pursuant to the Norwegian Competition Act», Norwegian Competition Authority, 2001.

ESTIMATES OF ACTUAL HARM

13. The Cartel Report noted recent prosecutions of international cartels in the United States, which disclosed that just ten such cartels had «affected over USD 10 billion in US commerce», and «cost individuals and businesses many hundreds of millions of US dollars annually in the US alone». Taking into account the fact that these data represented the effects of only a few cartels in one economy (albeit the world's largest), and that other cartels presumably are never discovered or prosecuted, the report extrapolated from that information the conclusion that the effects of hard core cartels world-wide are of great magnitude. The Report relied upon estimates that on average, cartels produce overcharges amounting to 10 per 100 of the affected commerce and cause overall harm amounting to 20 per 100 of affected commerce.

14. This report builds on the base provided in the Cartel Report, but progress in this area is difficult, for at least two reasons. First, most competition laws do not require proof of a specific harm as an element in the prosecution of a hard core cartel. While most countries have not embraced a *per se* rule like that in effect in the United States, proof of a specific level of harm is usually not required to establish liability, and so competition agencies usually do not undertake to do it. Second, as discussed above, it is difficult to calculate harm. Thus, even where proof of harm may be useful in arriving at an appropriate sanction it may not be done.

15. In early 2001 Working Party No. 3 of the Competition Committee collected data from 15 Member countries on cartel cases that they had processed between 1996 and 2000. The Members provided information about a total of 119 cases. These cases do not represent nearly all of the cartel cases prosecuted by the responding countries (nor indeed, by all OECD countries) in that period, however. Issues of reporting burdens or confidentiality of information kept some countries from reporting on all of their cases. Thus, these 119 cases represented substantially less than half of the total number of cartel cases prosecuted by OECD countries in the relevant period, although they do include many of the larger ones.

16. In October 2001 the Competition Committee held its first «Global Forum on Competition». Delegations from eighteen non-Member countries⁶ participated with Committee delegates in a two-day meeting on competition policy issues of interest to all participants. The invitees were asked to submit information about cartel cases that had been prosecuted in their countries in recent years. Twelve countries responded. Those responses were also employed in the preparation of this report. A summary of the responses is contained in Annex C.

⁶ Argentina, Bulgaria, Chile, China, Chinese Taipei, Egypt, Estonia, India, Indonesia, Kenya, Latvia, Romania, Slovenia, South Africa, Thailand, Ukraine, Venezuela and Zambia.

17. The surveys provided some interesting information about the general characteristics of cartels that have come to the attention of competition agencies. By number, domestic cartels, or cartels that affect markets that are no larger than national boundaries and sometimes smaller, were predominant in the survey results. The participants in these cartels were usually local or domestic firms, though on occasion they were domestic subsidiaries or affiliates of foreign enterprises. Domestic cartels occurred in all economic sectors, but they were relatively more common in some sectors, including construction and construction materials (cement, concrete, asphalt), sales to government institutions, bulk food products, electrical equipment, and the services sector, including in particular local transportation services, the professions and health care. A single «profile» of markets that were subject to cartelisation did not emerge, but some characteristics did come up repeatedly, including high concentration (but not necessarily in some service markets), homogeneous products and, a factor that occurred in many cases, the existence of an industry trade association that provided the opportunity for conspirators to meet and agree. Some of these cartels had existed for many years, even decades, especially in countries that had not long been prosecuting cartels actively.

18. More recently, however, competition agencies have begun to uncover and prosecute large international cartels, whose participants are multinational companies headquartered in different countries. The number of reported international cartels was relatively small, which makes generalisation difficult, but these markets also tended to be highly concentrated, to involve homogeneous products and to have at the centre of the conspiracy an industry trade association. Several of the international conspiracies had devised complex price fixing schemes, which were augmented and made more transparent for their members by market allocation agreements, either in the form of quotas or territorial agreements. In some cases involving both domestic and international cartels the cartel operators had designed elaborate mechanisms to enforce the agreement and punish cheating.

19. In several of the reported cases evidence was developed showing that the cartel operators fully realised that their conduct was harmful and unlawful, causing them sometimes to go to great lengths to keep their agreement secret. Following are a few examples:

— Fire protection devices, *Australia*: Officials from one of the largest corporate defendants provided detailed evidence of deliberate destruction of incriminating documents after ACCC document demands were received. Two men, with the approval of their superior, loaded two automobiles with bid files and took them to the country, where it took a full day to burn them in «four huge bonfires».

— Driving schools, *Denmark*: One person remarked: «... [I]f we compete on prices at that level, a bit of mental calculation will show that each of us would give away 75.000 DKK each year to our customers instead of earning the money ourselves. That would be a stupid thing to do».

— Ready-mix concrete, *Germany*: The cartel kept detailed records, specifying in some cases the allocations of sales to the second decimal point. The system even specified who was to provide food and drink for the cartel meetings.

— Hotel association, *Spain*: the chairman of the hotel association wrote to his members: «... [W]e should make an important effort in order to obtain a price increase between two to four points over the inflation rate...». At the same time the association was urging such an increase it represented to the Spanish government that it would not attempt to raise rates in order to help to control inflation.

— Lysine, *us*: The now widely-viewed videotapes of cartel meetings contain several examples of overt, knowing conspiratorial activity, including some members joking at one meeting about inviting their customers and antitrust officials to sit with them. They also show an ADM executive exhorting his co-conspirators at one meeting to support the agreement, in which he says, «I wanna be closer to you than I am to my customer...». a sentiment that coincided with the oft-quoted unofficial motto at ADM, «Our competitors are our friends; our customers are the enemy».

— Vitamins, *us*: The conspirators went to great lengths to keep track of and destroy incriminating documents, including conducting internal audits to verify that such documents no longer existed. When it was felt necessary to keep certain spreadsheets showing allocations of business among the conspirators, the files were copied onto computer disks and hidden in the eaves of one employee's grandmother's house.

20. The surveys also provided information about harm resulting from the reported cases. Annex A provides information about some of the larger cases in the surveys. The data relating to amount of affected commerce and harm are not complete, for the reasons outlined above, but they do support some general conclusions. It was possible to estimate the amount of affected commerce in 16 of these large cases. Many of them involved affected commerce in the hundreds of millions or billions of national currency. The total for the 16 cases exceeded USD 55 billion. In some of the other reported cases it was not possible to provide a specific estimate of affected commerce, but the reporting agency noted that it amounted to «many billions» of national currency. Taking into account the many cartel cases, both known and unknown, in which specific amounts of affected commerce cannot be calculated, it seems clear that the total of such commerce amounts to many billions of dollars each year.

21. Annex A also provides estimates of harm, expressed in terms of percentages of affected commerce, that could be derived in 14 of the cases. These estimates range from a low of 3 per 100 to a high of 65 per 100. Specifically, there were two cases below 5 per 100, five between 5 per 100 and 15 per 100, four between 20 per 100 and 30 per 100, and three at 50 per 100-65 per 100. Real-world data on actual harm is sparse, however. One relevant document, the United States Sentencing Gui-

delines, employs certain assumptions about gain and loss in the cartel context:

It is estimated that the average gain from price-fixing is 10 percent of the selling price. The loss from price-fixing exceeds the gain because, among other things, injury is inflicted upon consumers who are unable or for other reasons do not buy the product at the higher prices. Because the loss from price-fixing exceeds the gain, subsection (d)(1) provides that 20 percent of the volume of affected commerce is to be used in lieu of the pecuniary loss... [in calculating a base fine]. The purpose for specifying a percent of the volume of commerce is to avoid the time and expense that would be required for the court to determine the actual gain or loss. In cases in which the actual monopoly overcharge appears to be either substantially more or substantially less than 10 percent, this factor should be considered in setting the fine within the Guideline fine range ⁷.

Empirical data supporting these percentages are sparse ⁸. Interestingly, in the limited data (14 cases) from the survey, the median is between 15 and 20 per 100. At the very least it seems clear that the gain from cartel agreements can vary significantly from case to case, and sometimes it can be very high. Moreover, since the actual loss to consumers includes more than just the gain transferred to the cartel, as discussed above, that loss—the total harm from cartels—is significant indeed.

22. In sum, it has been generally accepted for many years that cartels inflict substantial harm on consumers throughout the world. The experience of OECD countries in recent years, as they become more aggressive in finding and prosecuting cartels, has been to confirm that assumption. Indeed, recent cases against large, international cartels suggest that the dimensions of the problem are even larger than previously thought. It remains difficult to place a monetary value on the harm, but it is surely significant, amounting to billions of dollars annually.

III. SANCTIONS AVAILABLE AND APPLIED IN CARTEL CASES

SANCTIONS IN MEMBERS' COMPETITION LAWS

23. Annex B contains thumbnail descriptions of the available sanctions for hard core cartels in the laws of Member countries.

⁷ United States Sentencing Guidelines, § 2R1.1 cmt. n. 3.

⁸ See Klawiter, «After the Deluge: The Powerful Effect of Substantial Criminal Fines, Imprisonment and Other Penalties in the Age of International Cartels», Remarks before the George Washington Law Review Symposium, 2001, at 17.

Fines against enterprises

24. The laws of most Member countries provide for the possibility of large fines against enterprises found to have participated in a cartel. Maximum permissible fines may be expressed either as a specific monetary amount or as a percentage of some measure of turnover, or both. In the first category are *Australia* (AUD 10 million), *Canada* (CAD 10 million per count for conspiracies and discretionary for bid rigging) and *Mexico* (375,000 times the minimum general wage prevailing in the Federal District, currently the equivalent of about USD 1.5 million). In the second category, maximum fines expressed as a percentage of turnover, are *France* (10 per 100 of world-wide turnover), *European Union* (10 per 100 of previous year's global turnover), *Hungary* (10 per 100 of previous year's turnover), *Italy* (10 per 100 of previous year's turnover), *Sweden* (10 per 100 of annual revenue), and *United Kingdom* (10 per 100 of UK turnover for the duration of cartel, maximum three years).

25. Several countries have both types of maximums: *Czech Republic* (CSK 10 million or 10 per 100 of «net turnover» for previous year), *Finland* (EUR 672,752 or 10 per 100 of previous year's global turnover), *Ireland* (EUR 3,809,214 million or 10 per 100 of previous year's turnover), *Japan* (administrative surcharge of up to 6 per 100 of cumulative sales of products subject to the agreement, maximum three years, criminal fine of up to JPY 100 million), *Korea* (surcharge of 5 per 100 of turnover affected by cartel or KRW 1 billion, criminal fine of up to KRW 200 million), *Netherlands* (EUR 450,000 or 10 per 100 of turnover), *Poland* (the lesser of EUR 5 million or 10 per 100 of previous year's turnover) *Slovak Republic* (SKK 10 million or 10 per 100 of previous year's turnover), *Spain* (EUR 901,518 or 10 per 100 of previous year's turnover) and *Turkey* (TRL 200 million or 10 per 100 of previous years gross income). Two countries also provide alternatives, but instead of total turnover the maximum is stated in terms of unlawful gains: *Germany* (administrative fine of EUR 511,292 or three times additional profit from the cartel and *United States*. USD 10 million or twice the gain to the cartel or loss to the victims). A recent amendment to the *New Zealand* law provided for three alternatives: the greater of NZD 10 million, three times the illegal gain, or if the illegal gain is not known, 10 per 100 of the enterprise's annual turnover. *Denmark* and *Norway* provide for fines, but maximums are not stated. In *Norway* a court can also order confiscation of the cartel gains.

Fines against natural persons

26. Several countries, but less than half, provide for the imposition of fines on natural persons involved in cartel conduct: *Australia* (AUD 500,000), *Canada* (CAD 10 million per count for conspiracies and discretionary for bid rigging), *France* (EUR 1,524,490), *Germany* [administrative

fine up to EUR 511,292 or three times the additional profit from the cartel realised by the natural person (and not the enterprise); criminal fines of up to EUR 1,840,651 for collusive tendering], *Ireland* (EUR 3,809,214), *Japan* (JPY 5 million), *Korea* (KRW 200 million), *Mexico* (7,500 times minimum general wage in Federal District), *New Zealand* (NZD 500,000), *Norway* (unspecified fines), *Slovak Republic* (unspecified fines), *Spain* (EUR 30,050), *United States* (USD 350,000 or twice the gain to the cartel or loss to the victims). In the majority of countries that impose fines on natural persons the violation is classified as a crime.

Imprisonment of natural persons

27. Fewer countries provide for the criminal sanction of imprisonment for natural persons: *Canada* (5 years per count), *Germany* (5 years for collusive tendering), *Ireland* (2 years), *Japan* (3 years), *Korea* (3 years), *Mexico* (sanction determined by the judicial authority), *Norway* (6 years), *Slovak Republic* (5 years), *United States* (3 years).

Recovery of damages by victims

28. In the following countries it is possible for victims of cartel activity to recover damages for their monetary loss, either in the course of the enforcement proceeding by the competition authority or separately in a civil action: *Australia*, *Canada*, *Denmark*, *Finland*, *Germany*, *Ireland* (including exemplary damages), *Japan*, *New Zealand* (including exemplary damages), *Norway*, *Spain*, *Sweden*, *Switzerland*, *United Kingdom*, *United States* (three times actual damages).

SANCTIONS ACTUALLY APPLIED IN CARTEL CASES

Fines against enterprises

29. Annex A provides data on sanctions imposed in several of the larger cases reported in the OECD survey on cartel cases. The monetary sanctions are also expressed as percentages of affected commerce and estimated harm, where those two factors could be calculated. The data show that in some countries large fines for cartel conduct, often in tens or hundreds of millions of national currency, are common. Ten countries have imposed fines in excess of the equivalent of USD 1 million. In three countries the largest fines were in excess of USD 100 million: the *European Commission*, *Germany*, and the *United States*; in two the largest were between USD 10 and 100 million: *Canada* and *Korea*; and the remainder were between USD 1 and 10 million: *Australia*, *Finland*, *Japan*, *Norway* and *Spain*. Other countries, of course, have not been so aggressive, but

in several countries there are efforts underway to bring about substantially larger fines in cartel cases in the future, discussed further below.

30. Increases in fines in the *United States* have been particularly noteworthy in recent years. In the ten years prior to 1997 an annual average of USD 29 million in fines was collected. In 1997 USD 205 million was assessed, and in the four-year period 1997-2000 the total fines collected were USD 1,7 billion. This effort coincided with a new emphasis in the US on prosecuting international cartels that harmed US consumers. More than 90 per 100 of the 1,7 billion in fines collected in 1997-2000 was obtained in international cartel cases. Other countries reported similarly dramatic increases in fines in recent years, including *Australia*, *Canada*, *the European Commission*, *Germany* and *Korea*.

Fines against natural persons

31. Only four countries, *Australia*, *Canada*, *Germany* and the *United States*, reported in the survey that they had imposed fines on natural persons. All four were aggressive in targeting individuals for punishment, however. *Canada*, *Germany* and the *United States* each reported several fines that exceeded the equivalent of USD 100,000. Again, the *us* has imposed some very large fines on natural persons in recent cases. In the *graphite electrodes* case, three individuals were fined in excess of USD 1 million, the largest of the three being 10 million. In a recent case involving bid rigging in sales of food to the New York City schools, one individual was fined 1 million and he and his company were required to pay 4,2 million in restitution.

Imprisonment of natural persons

32. Two countries, *Canada* and the *us*, reported sentencing individuals to terms of imprisonment. *Canada* reported three such sentences, the longest being for one year. Other individual defendants were required to perform community service for a specified period. The *us* has been the most active in imposing imprisonment for cartel conduct. In fiscal year 1999, 28 individuals received such sentences; in 2000, 18. The average length of those terms of imprisonment was approximately 8 months in 1999 and 10 months in 2000. Again, in recent cases some longer terms have been imposed. In the *lysine* case three individuals were sentenced to terms of 36, 34 and 30 months, respectively. In the *New York food* bid rigging case noted above, the individual who was required to pay restitution of USD 4,2 million and fined 1 million was also sentenced to imprisonment for four years, the longest such penalty yet imposed in a cartel case⁹.

⁹ The maximum sentence for a single violation is three years, but this person was also convicted of other crimes that were related to and arose out of his cartel conduct.

Reviews of sanctions in other countries

33. It is clear from the discussion above that countries are at different places in their treatment of cartels. There is substantial variation across countries in the number of prosecutions and in the sanctions applied to them. Several countries have just completed or are in the process of reviewing their laws and policies relating to cartels, however, with a view toward increasing their enforcement efforts in this area. These include *Denmark* (a new competition law in 1998), *France* (an amended competition law in 2001), *Ireland* (a new emphasis on cartels as the top enforcement priority), the *Netherlands* (a new competition law in 1998, new guidelines for the setting of fines in 2002 and ongoing work on a leniency programme), *New Zealand* (a recently completed study of optimal sanctions, discussed below, and amendments to the competition law in 2001), *Norway* (a recently completed study of optimal sanctions, discussed below), *Sweden* (a proposal to criminalise cartel conduct), *Switzerland* (a proposal for fines for substantive violations of the competition law) and the *United Kingdom* (a new competition law that took effect in 2000 and an aggressive anti-cartel programme). Among non-Member observer countries to the Competition Committee, *Brazil* and *Israel* have implemented new anti-cartel programmes recently.

CONCLUSION

34. The competition laws of OECD countries provide for a wide range of sanctions against cartel participants, and by their terms they permit the imposition of heavy penalties. There is a clear trend in several countries toward stronger sanctions in cartel cases, and other countries are reviewing their laws and policies to provide for enhanced sanctions against cartels. Whether even the recent, more severe penalties are sufficient to deter future cartels is an open question, however, which is discussed further below.

IV. OPTIMAL SANCTIONS

35. The principal purpose of sanctions in cartel cases is deterrence. The decision to form or join a cartel is primarily a financial one cartels can rapidly and substantially improve their participants' profitability¹⁰. An effective deterrent, therefore, is one that promises, on average, to take away the financial gains that otherwise would accrue to the cartel members. Sanctions have another, related purpose in the cartel context

¹⁰ There are ancillary benefits to the cartel participants as well. Cartels offer the «quiet life», or perhaps more accurately a «less stressful life», to their members - a respite from the full rigours and uncertainties of a competitive marketplace.

- that of providing an incentive for cartel participants to defect from the secret agreement and provide information to the investigators¹¹. The «carrot and stick» approach to cartel investigation requires that the «stick» - the possible sanction - be sufficiently severe to give effect to the «carrot» - the opportunity to avoid the sanction by co-operating. Thus, for both deterrence and co-operation purposes the potential sanction must be substantial if it is to be effective¹². The following discussion will focus on the deterrent value of sanctions, as sanctions that are severe enough to be an effective deterrent will also provide the necessary stimulus to co-operate.

FINES AGAINST ENTERPRISES

In theory

36. As noted above, both *New Zealand* and *Norway* have studied this subject recently, and both came to similar conclusions¹³. These studies agree with the generally accepted wisdom that an effective sanction takes into account both the expected gains from the cartel and the probability that the cartel will be detected and punished.

Firms will tend to discount the expected costs of penalties or remedies by some factor that represents their view on the likelihood of detection and punishment... As detection and punishment are not perfect, effective deterrence requires penalties (or remedies) to be greater than the expected benefit from the illegal activity to compensate for imperfect detection and prosecution¹⁴.

The most important principle for levying fines is that expected loss from violating the law should exceed the gain¹⁵.

To what extent the financial punishment should exceed the gain is much less clear. If, for example, only one in three cartels is detected and punished, then the monetary penalties for those that are prosecuted should be at least three times the expected gains if there is to be effective deterrence. It would be quite difficult to estimate the probability of detection of cartels, however, which in any event probably varies from country to country. One study based on a sample of cases from the United States during the period 1961 to 1988 estimated the probability of detection

¹¹ See generally, *Report on Leniency Programmes to Fight Hard Core Cartels*, OECD Competition Committee, 2001.

¹² Sanctions are not the only deterrent to cartel conduct, of course. The probability of detection is a related and important element. Detection can be enhanced in a variety of ways, including the provision of adequate investigation tools, an effective amnesty programme and, in the context of international cartels, effective international co-operation among national competition agencies.

¹³ See note 4 above.

¹⁴ New Zealand, «Overview Paper» at paras. 28-29.

¹⁵ Norway, Summary of the Committee's Report.

and punishment as between 13 per 100 and 17 per 100, or between one in six and one in seven¹⁶. The us authorities have developed more effective investigation methods since 1988, of course, notably an enhanced leniency programme, which presumably have improved the detection rate in that country. The detection rate in some other countries, however, is probably lower than in the us

37. In any case, determining the multiplier to be applied to the gain is not the only problem in applying this equation. Quantifying the gain is itself difficult, as discussed above. Both Norway and New Zealand confronted this issue in their studies of optimal sanctions. Norway focused on simplifying the methodology for calculating gain from the cartel conduct. In its simplest form the calculation can be: cartel price minus the competitive price, or «reference price», multiplied by the turnover (in units) affected by the cartel agreement. Norway proposes that the reference price be determined by «benchmarking», using data from related, presumably competitive, markets.

38. New Zealand would focus equally on measuring the illegal gain and exceeding it by some amount to take into account a probability of detection of less than one, but it recognises the difficulties with calculating the gain, and proposes that a «proxy» for gain be available where necessary. The New Zealand study examined some alternative forms of sentences employed in other countries, as described above, including those that: 1) have a specific maximum stated in national currency, 2) are stated in terms of percentage of annual turnover, 3) are stated in terms of multiples of illegal gain, or 4) employ a combination of these measures. The study proposed.

... that penalties be allowed to be imposed of up to three times the illegal gain, or 10 per 100 of annual turnover (i. e., the Swiss model)¹⁷. The Swiss model is preferred as it has the advantage that it sends a signal to the courts that penalties should be punitive by using a multiple of the illegal gain. The model then acknowledges the difficulty of calculating illegal gain by providing a proxy - the percentage of turnover¹⁸.

In 2001 the law was amended according to this recommendation, combining three measures: the greater of NZD 10 million, three times the illegal gain or, if the gain is not known, 10 per 100 of the turnover of the body corporate.

39. In recent years some large, high-profile international cartels that affected many countries have been discovered and prosecuted. Designing effective sanctions against these agreements presents special issues.

¹⁶ P. G. BRYANT and E. W. ECKHARD (1991): Price Fixing: The Probability of Getting Caught», *Review of Economics and Statistics*, 531.

¹⁷ In fact, as noted above, Switzerland has no direct sanctions for cartel conduct at present. Those fines can be imposed for failure to adhere to a decision of the Competition Commission or a voluntary settlement. An amendment providing for direct sanctions has been proposed.

¹⁸ New Zealand, «Paper 2 - Reforming Penalties and Offences», para. 16.

Theoretically, unless a multinational cartel participant is prosecuted and fined in most or all of the countries in which the cartel had effects, the cartel still might have been profitable after paying fines in only some of the countries affected. This problem can be addressed, of course, through enhanced international co-operation in investigating and prosecuting these agreements. Further, the laws of several countries permit, sometimes explicitly, fines to be assessed on the basis of world-wide turnover. Thus, the cumulative effect of fines in these countries could account for non-prosecution in other countries. Of course, there is also a possibility of double counting if foreign turnover is taken into account in more than one country. That concern may be more theoretical than real, however, especially since some national laws permit basing fines on only one year's turnover¹⁹.

In practice

40. There are two issues affecting the adequacy of fines as a deterrent: whether a country's competition law permits fines that are sufficiently large to achieve the desired effect; and whether, if the laws are adequate, the fines actually imposed by the competition agency (and courts, where applicable) are large enough.

41. Assuming that an optimal sentence is best expressed as a multiple of the unlawful gain, the laws of only three countries, Germany, New Zealand and the United States, are written in that fashion - three times the gain in Germany and New Zealand and in the United States two times the gain realised by the entire cartel (not just the defendant). Other countries employ either a specified maximum amount or a percentage of annual turnover, or a combination of the two. Whether these measures are sufficiently large in any given country is difficult to determine in the abstract. Presumably the harm from a cartel —and therefore the optimal sentence— will vary according to the size of an economy.

42. One benchmark might be the new law in New Zealand. That country's economy is relatively small, on the global scale, and it has recently completed an in-depth review of optimal sanctions against cartels. As noted above, its new law provides for organisational fines of the larger of three times the unlawful gain, NZD 10,000,000 or 10 per 100 of the total turnover of the enterprise. Ten million NZD is equivalent to approximately EUR 4.8 million. Fifteen countries listed in Appendix B other

¹⁹ The European Commission, for example, can impose a fine of up to 10 per 100 of an enterprise's world-wide turnover in the preceding business year. Regulation 17/62, Article 15 (2). The United States Sentencing Guidelines require calculation of fines in antitrust cases on the basis of «affected commerce,» the definition of which is not limited to turnover in the us United States Sentencing Guidelines, § 2R1.1 (d) (1). The us Department of Justice takes the position that it can consider foreign turnover in its fine calculations. See SPRATLING, «Are the Recent Titanic Fines in Antitrust Cases Just the Tip of the Iceberg?», remarks before the Twelfth Annual National Institute on White Collar Crime (1998), available at <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/1583.htm>.

than New Zealand express maximum fines at least in part in absolute terms. In 11 of the 15, the maximum amount is less than New Zealand's. Most of these countries, however, provide alternative maximums in terms of percentages of the annual turnover of the offending organisation. Maximum fines under this standard are potentially much larger. For example, the European Commission has imposed some very large fines (see Appendix A) under its maximum of 10 per 100 of the offender's annual global turnover. In a few countries, however, the relevant turnover is defined more narrowly, such as turnover affected by the cartel, or turnover within the prosecuting country. These limits would result in much smaller maximum fines²⁰.

43. In sum, if it is concluded that an optimal organisational fine is one that is at least three times the unlawful gain to the respondent, it is difficult to determine in the abstract if the maximum fines in the laws of most countries are sufficiently large, as most of the maximums are not expressed in terms of unlawful gain. It is likely that in some cases, however, existing laws would not permit the imposition of optimally large fines against organisations.

44. In any case, the limited data that are available indicate that countries are not yet assessing fines that approach optimal levels. Annex A summarises 38 of the 119 cases reported in the OECD survey. On balance these are the larger ones, in terms of affected commerce and size of sanctions. It was possible to express pecuniary sanctions as a percentage of affected commerce in only 10 of these cases because, as discussed above, available data did not permit making even rough estimates of this relationship in most cases. In these 10 cases there was substantial variation in sanctions as a percentage of harm, ranging from 3 per 100 to 189 per 100. Interestingly, four were above 100 per 100, two from the *us*, one from *Canada* and one from *Germany*, though none was as large as twice the gain, when the prevailing wisdom seems to be that the multiple should be at least two or three.

45. The *us* has had the most experience with fines nominally expressed as a multiple of the unlawful gain. *us* law, it will be recalled, provides that the maximum corporate fine for cartel conduct is the larger

²⁰ One writer has concluded that even a maximum of 10 per 100 of total turnover is likely not to be large enough in many cases. Assuming a gain to the cartel of 5 per 100 of the selling price (low, by most estimates), a duration of the cartel of five years and a 16 per 100 probability of detection, the optimal fine would be approximately 150 per 100 of the annual selling price of the cartelised product. In this hypothetical, only in the case in which the turnover of the cartelised product amounts to less than one fifteenth of the enterprise's total turnover would 10 per 100 of total turnover be sufficiently large. Wouter P. J. WILS, «Does the effective enforcement of Articles 81 and 82 EC require not only fines on undertakings but also individual penalties, in particular imprisonment?», at 11-14, presented to Sixth EC Competition Law and Policy Workshop at the European University Institute (Florence, 1-2 June 2001), available at [http://www.iue.it/RSC/competition2001\(papers\).html](http://www.iue.it/RSC/competition2001(papers).html) and forthcoming in C. D. EHLERMANN (ed.), *European Competition Law Annual 2001: Effective Private Enforcement of EC Antitrust Law* (Hart Publishing 2002) and in W. P. J. WILS, *The Optimal Enforcement of EC Antitrust Law: Essays in Law and Economics* (Kluwer Law International 2002).

of USD 10 million or twice the gain to the entire cartel or loss to the victims from the conduct. As of September 2001 US courts had imposed more than 30 fines larger than USD 10 million in cartel cases²¹. They had also imposed at least five fines upon individuals in excess of the statutory maximum of USD 350,000. These fines in excess of 10 million and 350,000 were assessed, at least implicitly, under the «twice the gain or loss» formula. In fact, however, none of them was based on a finding by a court of gain or loss; all were resolved by a plea agreement. There are strong incentives in the US system for both the government and the defendant to avoid litigation on the gain or loss issue²². US officials state that they do make estimates of gain or loss in the process of applying the statutory formula internally²³, but their calculations usually are not publicly disclosed and have not been tested in court.

COMPENSATORY DAMAGES FOR VICTIMS

46. As noted above, the laws of several OECD countries, but fewer than half, provide for recovery of compensatory damages by cartel victims. Such damages are properly considered as a component of pecuniary sanctions to which cartel participants are exposed. While the possibility for recovery of damages exists in several countries, it is seldom invoked, however. Civil damage cases are not common in most countries, save again the US, which has its well-known treble damage liability in antitrust cases. A detailed analysis of the US treble damage policy is beyond the scope of this report, and in any event there is disagreement both within and without that country about the utility of various aspects of it. It is without doubt an important component of the financial deterrent to cartel conduct under US law, however²⁴.

47. *New Zealand* studied the issue of strengthening incentives for private damage actions as a part of its review of sanctions²⁵. The report stated:

²¹ For data on these fines through March 2001, see GRIFFIN, «Status Report: Criminal Fines, International Cartel Enforcement, Corporate Leniency Program», remarks before the American Bar Association Section of Antitrust Law, 49th Annual Spring Meeting, March 28, 2001, available at <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/8063.htm>.

²² See KLAWITER, note 7.

²³ See SPRATLING, «The Trend Towards Higher Corporate Fines: It's a Whole New Ball Game», remarks before the Eleventh Annual National Institute on White Collar Crime, New Orleans, Louisiana, March 7, 1997.

²⁴ Damage recoveries in private litigation resulting from the vitamins cartel, for example, have amounted to approximately USD 1 billion, and some aspects of the litigation are continuing. Private recoveries in the lysine litigation amounted to USD 45 million. There continues to be debate, however, about whether such recoveries are, on the one hand, still too small to provide an adequate deterrent, or on the other, excessively punitive. Compare, ADAMS, COLÓN and BUSMAN, «License to Steal The Benefits of Cartel Activity Still Outweigh the Costs», presented at the American Bar Association Section of Antitrust Law 49th Annual Spring Meeting, March 29, 2001, with DINGER and ARP, «Does our Multifaceted Enforcement System Promote Sound Competition Policy?», *Antitrust Magazine*, summer 2001, 41-46.

²⁵ New Zealand, «Paper 3- Reforming Remedies».

Private enforcement of the Commerce Act 1986 is a necessary corollary to public enforcement in achieving an optimal deterrence to would be offenders. However, the Act currently provides insufficient incentives for market participants to engage in private litigation under the Act²⁶.

It concluded that merely providing for the recovery of compensatory damages would not provide sufficient incentives for private enforcement in the New Zealand system. The report considered both treble damages and exemplary (punitive) damages as additional incentives, and settled on the latter, concluding that they are likely to provide more accurate signals and to offer greater fairness²⁷.

SANCTIONS AGAINST NATURAL PERSONS

In Theory

48. In theory it is possible to fashion a sufficient deterrent simply through financial sanctions against the enterprise, but there are practical difficulties with such a regime. As discussed above, sufficient information on which to calculate the penalty (including the amount of the cartel gain and the multiple to be applied to it to account for the probability of detection and punishment) is usually lacking. But further, the optimal fine may be too large for the enterprise to bear; if imposed it could cause it to exit the market, one adverse result of which, of course, would be to diminish competition. The result in most cases of this kind would be the imposition of a less than optimal fine. Thus, a case can be made for providing for additional sanctions against individuals who engage in cartel conduct²⁸.

49. This was the conclusion in a recent report to Parliament by the *United Kingdom* Department of Trade and Industry²⁹. The report concluded that it would not be feasible to impose optimal fines on organisations if one assumes that the proper multiple to be applied to the cartel gain to arrive at the optimal fine is as high as six. To address the problem the report recommended creating a new criminal offence for individuals who participate in hard core cartels. The crime would be punishable only by imprisonment («custodial sentence»). The report recommended against individual fines as punishment, given the risk, apparently unavoidable, of the employer paying the fines for its employees.

50. *New Zealand* studied this issue in its review of appropriate sanctions. Current New Zealand law provides for civil fines of individuals of up to NZD 500,000 (approximately EUR 236,000) for cartel conduct.

²⁶ *Id.* at para. 1.

²⁷ The 2001 amendments to the competition law added the remedy of exemplary damages in private cases.

²⁸ See WILS, *supra*.

²⁹ DEPARTMENT OF TRADE AND INDUSTRY, «A World Class Competition Regime», July 2001, 37-45.

The report concluded that this level of fine was sufficiently large, but noted that the sanction had been little used. The report recommended certain options for increasing the imposition of fines against individuals, including signalling to the courts that there is a greater need to impose such penalties and forbidding an employer from indemnifying the individual for any such fines imposed³⁰.

51. Sanctions against individuals have another beneficial effect. They provide an incentive for individuals to offer co-operation in cartel investigations, against the interest of their employer. Thus, individual sanctions can enhance the effectiveness of leniency and «whistleblower» programmes. There is an offsetting consideration relating to individual sanctions, however. In many countries, sanctioning individuals requires criminalisation of the conduct. In that context individuals have rights against self-incrimination, which makes it more difficult to obtain evidence from them unless they willingly cooperate. In this sense, criminalisation of cartel conduct for individuals makes voluntary co-operation more possible, because of the threat of personal sanctions, but also makes it more necessary, because a right against self-incrimination attaches.

In practice

52. As noted above, while the laws of as many as thirteen OECD countries provide for the imposition of fines against individuals and seven provide for imprisonment for cartel conduct, only four have actually fined individuals in recent years and in only two have sentences of imprisonment been imposed. Thus, few countries are currently employing this potentially important, additional sanction.

CONCLUSIONS

53. Accurate quantification of the harm from hard core cartels is not currently possible, for several reasons, but there is no doubt that it very large, amounting to the equivalent of many billions of US dollars annually. OECD countries are increasingly aware of the magnitude of the problem, and of the need to impose severe sanctions on cartel participants so as to deter such conduct. Sanctions in recent cases in some countries reflect this growing awareness. Fines against enterprises above the equivalent of USD 1 million are no longer uncommon in some countries. Sanctions against individuals have also dramatically increased in a few countries, where such sanctions are legally possible. Still other countries have recently undertaken a review of their sanctions policy, with a view toward increasing penalties for cartel conduct. The trend toward more rigorous

³⁰ The 2001 amendments to the competition law left the maximum fine for individuals unchanged but provided that a court must impose a fine on an individual adjudged to have engaged in a cartel unless there are good reasons not to.

sanctions in cartel cases is uneven—in some countries sanctions continue to be minimal—but it is unmistakable.

54. A related question has to do with what level of sanctions is sufficient to provide the necessary deterrent to would-be cartel operators. This question also is difficult to answer accurately. Without doubt the sanctions should be severe. Many experts hold the view that the gross amount of financial sanctions should be greater than the gain to the cartel, to account for the fact that not all cartels are discovered and punished. Multiples of two or three times the cartel gain are most often advanced for this purpose, but studies supporting larger multiples exist. Sanctions can be imposed in any of three ways: as fines or forfeitures upon the offending enterprises; as fines, and in a few countries, imprisonment, imposed on natural persons who participate in the cartel; and as compensatory and, possibly, punitive damages awarded to the victims of the cartel. Sanctions against natural persons and civil damages are currently employed in only a few countries, but these alternative methods can provide an important supplement to organisational fines.

55. In any case, while there is a noticeable trend toward more rigorous sanctions in cartel cases, available data indicate that sanctions against enterprises and natural persons have not yet reached the optimal level for deterrence.

ANNEX A

AFFECTED COMMERCE, ESTIMATED HARM AND SANCTIONS APPLIED

(Monetary amounts stated in local currency - euros in eurozone countries)

Country	Case	Affected commerce	Estimated harm	Sanctions (including damages to private parties, where applicable)	Fines as of affected commerce	Fines as of estimated harm
Australia	Distribution transformers	320,505,000	NA	1.5 million (case continuing)	NA	NA
Australia	Power transformers	40 million	NA	5.5 million (case continuing)	NA	NA
Australia	Vitamins	NA	NA	26 million	NA	NA
Australia	Frozen foods, Tasmania	NA	10-12 % price increase	1.245 million	NA	NA
Australia	Installation of fire protection devices	More than 500 million	5-15 % price increase	15.386 million	3 %	31 %
Canada	Snow removal	16 million	Up to 20 %	4.048 million	25 %	127 %

Country	Case	Affected commerce	Estimated harm	Sanctions (including damages to private parties, where applicable)	Fines as of affected commerce	Fines as of estimated harm
Canada	Lysine	NA	NA	3.573 million	NA	NA
Canada	Citric acid	NA	NA	11.5 million	NA	NA
Canada	Sorbates	NA	NA	25.3 million	NA	NA
Canada	Vitamins	706.35 million	NA	91.395 million (case continuing)	13 %	NA
Denmark	Electric wiring services	NA (many billions over «several decades»)	20-30 %	(Case continuing)	NA	NA
European Commission	Graphite electrodes	More than 2 billion	Up to 50 %	218.8 million	11 %	22 %
European Commission	Lysine	NA	NA	110 million	NA	NA
European Commission	British sugar	NA	NA	50.2 million	NA	NA
European Commission	Pre-insulated pipe	More than 2 billion	NA	92.210 million	5 %	
European Commission	Vitamins	NA	NA	855.22 million	NA	NA
Finland	Purchases of raw wood	NA	NA	30 million	NA	NA
Germany	Ready-mix concrete	1,406 million (OECD estimate)	112 million (8 % of affected commerce)	153 million	12 %	136 %
Germany	Road markings	More than 358 million (OECD estimate)	«Hundreds of millions» (more than 14 % of affected commerce OECD estimate)	13.1 million	3 %	NA
Germany	Power cables	Many billions	Up to 50 %	127.6 million	NA	NA
Japan	Ductile iron pipe	NA	NA	11.1 billion surcharges, 230 million criminal fines	6 %	NA
Korea	Military fuel	USD 548.3 million	NA	USD 14.6 million	3 %	NA

Country	Case	Affected commerce	Estimated harm	Sanctions (including damages to private parties, where applicable)	Fines as of affected commerce	Fines as of estimated harm
Mexico	Lysine	NA	NA	1.699 million	NA	NA
Norway	Hydro-electric power equipment	1.6 billion	140 million (9 % of affected commerce)	75 million	5 %	54 %
Slovak Republic	Flour	NA	200-300/ton	2.24 million	NA	NA
Slovak Republic	Beer	4 billion	NA	.1 million	Less than 1 %	NA
Spain	Hotel association	6 billion	180 million (3 % of affected commerce)	6,600	Less than 1 %	Less than 1 %
Spain	Sugar	1.1 billion	25.2 million (2 % of affected commerce)	8.7 million	Less than 1 %	35 %
Switzerland	German language books	Many billions	NA	Fines not currently possible; amendment proposed	NA	NA
Switzerland	Drug distribution, industry-wide	NA	NA	Id.	NA	NA
United States	Lysine	1.4 billion world-wide	78 million in us	147.48 million; imprisonment for three executives	NA	189 %
United States	Citric acid	4.8 billion world-wide, 320 million us	100 million in us (31 % of affected commerce)	141.89 million	44 %	142 %
United States	Graphite electrodes	6 billion world-wide, 1.7 billion us	As much as 65 %	410 million; imprisonment for two executives	24 %	NA
United States	Cairo wastewater construction	300 million us	100 million (33 % of affected commerce)	87.7 million;	29 %	88 %
United States	Marine construction	1 billion world-wide, 107 million us	NA	49.3 million; confinement for one executive	46 %	NA

Country	Case	Affected commerce	Estimated harm	Sanctions (including damages to private parties, where applicable)	Fines as of affected commerce	Fines as of estimated harm
United States	Sodium Gluconate	NA	NA	32.95 million	NA	NA
United States	Sorbates	2.2 billion world-wide, 1 billion us	NA	123.2 million	12 %	NA
United States	Vitamins	Up to 33 billion worldwide	NA	1 billion in fines, 1 billion in damages; imprisonment for eight executives	NA	NA

ANNEX B

AVAILABLE SANCTIONS FOR HARD CORE CARTELS

Country Sanctions

Country	Sanctions
Australia	<ul style="list-style-type: none"> — Pecuniary penalty (non-criminal) of AUD 10 million for corporations (AUD 750,000 for a secondary boycott offence) and AUD 500,000 for individuals, per offence. — Injunctions. — Damages (may only be sought through private action in a Court by a person who has suffered loss as a result of a contravention). — Ancillary orders of various kinds in favour of persons who have suffered loss or damage because of the conduct (including specific performance and rescission and variation of contracts).
Canada	<ul style="list-style-type: none"> — Fine up to CAD 10 million per count, imprisonment for up to five years per count, or both. For "foreign directed conspiracies," fines in the discretion of a court. For bid rigging, fines in the discretion of a court, imprisonment of up to five years, or both. — Damages.
Czech Republic	<ul style="list-style-type: none"> — Fine up to csk 10 million or up to 10 percent of the net turnover recorded over the last complete calendar year.
Denmark	<ul style="list-style-type: none"> — Fine, must be imposed by a Court, but the law does not provide for a maximum. — Administrative order of annulment. — Civil damages.
European Union	<ul style="list-style-type: none"> — Administrative fine imposed on enterprises only of up to 10 percent of previous year's global turnover.

Country	Sanctions
Finland	<ul style="list-style-type: none"> — Penalty payment (competition infringement fine) of EUR 841 to EUR 672,752; the fine may be higher, but no more than 10 percent of the previous year's turnover. — Agreements violating the law are void. — Civil damages.
France	<ul style="list-style-type: none"> — Pecuniary sanctions up to 10 percent of world-wide turnover. — Criminal sanctions (individuals only): fines up to EUR 1, 524, 490.
Germany	<ul style="list-style-type: none"> — Wilful or negligent violations: administrative fine up to EUR 511,292 or up to three times the additional profit obtained as a result of the violation. — Collusive tendering: a crime, punishable by fines of up to EUR 1,840,651 or up to five years imprisonment, or both. — Agreements violating the law are void. — Civil damages.
Hungary	<ul style="list-style-type: none"> — Fine of up to 10 percent of undertaking's net turnover in previous year. — Termination order; injunction.
Ireland	<ul style="list-style-type: none"> — Criminal conviction: fine of up to EUR 3,809,214 or 10 percent of previous year's turnover, whichever is greater (undertaking); same level of fine plus imprisonment for up to 2 years (individual). — Civil declaratory and injunctive relief. — Civil damages, including exemplary damages.
Italy	<ul style="list-style-type: none"> — Fine, up to 10 percent of the turnover of each undertaking or entity during the prior financial year.
Japan	<ul style="list-style-type: none"> — Administrative surcharge upon entrepreneurs, up to 6 percent of the cumulative sales of the goods and services subject to the cartel for the duration of the agreement, except if the duration exceeds three years, the period for three years retroactive from the date on which the conduct ceased. — Criminal fine up to JPY 100 million (entrepreneur); imprisonment up to three years or fine up to JPY 5 million (persons). — Damages may be sought through private action in a court by a person, a firm, or government agency that has suffered loss as a result of a contravention either under civil law or the Antimonopoly Act; under the AMA, a private suit may follow a decision by the JFTC finding a defendant to have violated the Act, and its decision becomes prima facie evidence of a violation in the private suit.
Korea	<ul style="list-style-type: none"> — Surcharge up to 5 percent of the turnover set forth in the Presidential Decree; where there is no revenue, up to KRW 1 billion. — Criminal violation: imprisonment up to three years or fine up to KRW200million. — Order to cease and desist, a public announcement of the violation by the enterprise, or any other necessary corrective measure. Failure to comply with the corrective measure is punishable by imprisonment up to two years or a fine up to KRW 150 million.
Mexico	<ul style="list-style-type: none"> — Fine for enterprises up to 375,000 times the minimum general wage prevailing in the Federal District; for individuals, fine up to 7,500 times the minimum general wage prevailing in the Federal District. — Criminal prosecution for conduct that violates the Criminal Code. — Order the suspension, rectification or elimination of the practice.

Country	Sanctions
Netherlands	<ul style="list-style-type: none"> — Administrative fine on enterprises not to exceed the higher of EUR 450,000 or 10 % of the turnover of the undertaking or, if the infringement is committed by an association of undertakings, of the combined turnover of the undertakings that are members of the association, in the financial year preceding that in which the fine is imposed.
New Zealand	<ul style="list-style-type: none"> — Pecuniary penalties for bodies corporate of up to the greater of: NZD 10,00,000, three times the illegal gain or if the gain is not known, 10 % of annual turnover; for individuals, up to NZD 500,000. — Injunctions and remedial orders. — Civil damages, including exemplary (punitive) damages.
Norway	<ul style="list-style-type: none"> — Criminal sanctions (for individuals): fines and imprisonment up to six years. — Writ to relinquish cartel gains. Under the Criminal Code (Section 34) a Court can also order confiscation of the cartel gains. — Injunctions.
Poland	<ul style="list-style-type: none"> — Order to relinquish practices violating the law. — Impose a fine equivalent to the amount of EUR 1,000 to 5,000,000 but not exceeding 10 % of the annual revenue of the undertaking in question in the year preceding the year of imposition of the fine; where there is no revenue (such as for trade associations), fine up to 50 times the average salary.
Slovak Republic	<ul style="list-style-type: none"> — Fine up to skk 10 million or 10 % of total turnover in previous year. — Criminal fines and imprisonment up to five years.
Spain	<ul style="list-style-type: none"> — Fine up to EUR 901,518 (economic agents, companies, associations, unions or groups); can be increased up to 10 percent of total sales for the fiscal year preceding the Tribunal's decision. — Coercive fines of between EUR 60 and 3,006 per day to require cessation of unlawful conduct or adherence to remedial orders. — If the offending party is a legal entity, then an additional fine up to ESP 5 million imposed on the legal representative or the persons constituting the administrative bodies that participated in the agreement. — Injunctions and remedial orders. — Compensation of damages in a civil action.
Sweden	<ul style="list-style-type: none"> — Intentional or negligent infringement by an undertaking, fine up to 10 percent of the annual turnover of the undertaking. — Injunctions and remedial orders. — Remedies in civil law, including damages to private parties.
Switzerland	<ul style="list-style-type: none"> — Injunctions. Currently there are no fines directly for violating the competition law. Amendment providing such sanctions is under consideration. — Administrative fines (for legal entities) of up to three times the illegal gain or up to 10 percent of the previous year's turnover realised in Switzerland for failure to comply with a decision of the Competition Commission or a voluntary agreement. — Remedies in civil law: a) removal or cessation of the restriction; b) damages and reparations; c) remittance of illicitly earned profits.

Country	Sanctions
Turkey	<ul style="list-style-type: none"> — Fines at least TRY 200 million (undertakings and associations of undertakings) and up to 10 percent of the gross income in the prior fiscal year, as calculated by the Board (individuals or legal entities with the status of an enterprise and associations of undertakings and/or the members of those associations). — In cases where the above fines are imposed on a legal entity (undertakings and associations of undertakings), a fine up to 10 percent of that fine is imposed on the individuals personally who are in the management organs of these legal entities.
United Kingdom	<ul style="list-style-type: none"> — Fines up to 10 percent of UK turnover (undertakings) for the duration of the infringement, up to a maximum of three years. — Civil liability for damages.
United States	<ul style="list-style-type: none"> — Criminal violations: fines up to the larger of <i>a</i>) USD 10 million (corporations) and USD 350,000 (others), or <i>b</i>) twice the amount gained by the cartel from the violation or lost by the victims, and imprisonment up to three years. — Private parties can make claims in court for injunctions, three times the damages suffered and reasonable attorney's fees. — Restitution (generally where private damage case not available).

ANNEX C

SUMMARY OF SUBMISSIONS ON CARTEL ENFORCEMENT BY NON-MEMBER INVITEES TO THE OECD GLOBAL FORUM ON COMPETITION

BULGARIA

Described three cases: price fixing in public transportation services in Sofia; price fixing in phone cards; market allocation in gasification services. The respondents were fined the equivalent of EUR 47,000, 9,000 and 25,500, respectively. Maximum fines for cartel conduct under Bulgarian law are EUR 150 million for organisations and EUR for individuals.

CHINA

Described three cases: bid rigging on tenders to operate a brickyard plant and two bid rigging cases on construction contracts. In one case the respondents were fined the equivalent of EUR 6,500. The maximum fine under the 1993 China Law for Countering Unfair Competition is the equivalent of EUR 26,000.

ESTONIA

Described three cases: information exchange on prices among milk processors and wholesalers; price fixing in taxi services; price fixing in

road transport. Fines equivalent to EUR 639 were imposed on each respondent in the taxi case. Maximum fines of to 5 % of the net turnover of the offending party in the preceding year can be imposed for cartel conduct.

INDONESIA

Described one case, the first brought in Indonesia: bid rigging in the supply of pipe and pipe processing services. No fines were imposed. Fines of up to the equivalent of EUR 2.875 million can be imposed for civil violations. Fines of up to EUR 11.5 million and prison terms of up to six months can be imposed for criminal violations.

LATVIA

Described two cases: price fixing between a Latvian and a Russian airline on service between Riga and Moscow; agreement on contractual terms between providers of international courier post services. A fine of 0.7 % of the annual turnover of the Latvian airline in the air transportation case was imposed in that case. No fines were imposed in the courier services case. A maximum fine of 10 % of the respondent's total annual turnover can be imposed for cartel conduct.

PERU

Described three cases: price fixing and information exchange in the sale of live chickens; bid rigging on construction of electricity transmission facilities; price fixing in taxi tours. Fines of the DAFFE/COMP(2002)7 equivalent of EUR 1,800 were imposed on each respondent in the bid rigging case and of EUR 900 on one respondent in the taxi tours case. Maximum fines for cartel conduct are the smaller of the equivalent of EUR 900,000 or 10 % of the respondent's gross sales or income.

ROMANIA

Described two cases: price fixing in bottled mineral water; market allocation in the distribution of pharmaceuticals. Unspecified fines were imposed in both cases. Maximum fines for cartel conduct are 10 % of the respondent's annual turnover.

SLOVENIA

Described two cases: price fixing in the sale of electric energy; and market allocation in the production of cultural events. Maximum fines

for cartel activity are the equivalent of EUR 135,000 for enterprises and EUR 13,500 for individuals.

SOUTH AFRICA

Described one case: fixing of contractual terms for the purchase of citrus fruits. The maximum fine for cartel conduct is 10 % of the respondent's annual turnover.

CHINESE TAIPEI

Described three cases: market allocation by a flour association in the purchase of grain; bid rigging on a contract for the purchase of mobile cranes; price fixing and market allocation in liquefied petroleum gas. The maximum penalty for cartel conduct is fines of up to the equivalent of EUR 3.1 million and imprisonment of up to three years.

THAILAND

Maximum penalties of fines of up to the equivalent of EUR 144,000 and imprisonment of up to three years.

UKRAINE

Described two cases: price fixing in the provision of services for electronic cash machines; market allocation in the sale of kaolin. Sanctions not specified.

ZAMBIA

Described two cases: conspiracy between producer and purchaser of live poultry preventing entry of new sellers; price fixing in refined petroleum products. Maximum fines for cartel conduct of the equivalent of EUR 5,220, and for criminal violations, imprisonment for up to five years.

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 2002 o son monografías publicadas a principios de 2003, a las publicaciones aparecidas en el año 2002 y a las publicadas en 2001 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, como en el año anterior 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 TJCE —que se puede consultar en la dirección electrónica <http://curia.eu.int/fr/biblio/acqbiblio.htm>—, el catálogo informático de las bibliotecas de la Comisión europea —que se puede consultar en la dirección electrónica <http://europa.eu.int/eclas/>—, 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 la biblioteca del Congreso de los Estados Unidos de América —<http://catalog.loc.gov/>—.

Como en el *Anuario* de la Competencia de 2001, 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.

1. ESPAÑA

ALBA FERNÁNDEZ, Manuel, y RODRÍGUEZ DE LAS HERAS, Teresa, «Practicaje y competencia: razones para la cautela», *Derecho de los Negocios*, vol. 13, núm. 138, 2002.

- ÁLVAREZ GARCÍA, Vicente, «Derecho de la competencia y certificación industrial: el asunto “G. P. Manufacturas del Acero, S. A., contra AENOR”», *Noticias de la Unión Europea*, vol. 18, núm. 215, 2002.
- ÁNGEL FRAILE, Miquel, «Defensa de la competencia: ¿cuán una cuota es “dominante”?», *Nota d'Economia*, núm. 74, 2002.
- BAÑO LEÓN, José María, «Urbanismo y mercado del suelo: una perspectiva jurídica», *Anuario de la Competencia 2001*, dirección: Lluís CASES, Madrid, Fundación ICO, Marcial Pons Editores, 2002, pp. 343-361.
- BAQUERO CRUZ, Julio, *Entre competencia y libre circulación: el Derecho constitucional económico de la Comunidad Europea*, Madrid, Civitas, 2002, 293 pp.
- BELL, Germà, «La liberalización en España en perspectiva comparada», *Anuario de la Competencia 2001*, dirección: Lluís CASES, Madrid, Fundación ICO, Marcial Pons Editores, 2002, pp. 169-187.
- BELLIDO PENADÉS, Rafael, *El proceso civil sobre competencia desleal y propiedad industrial: aproximación a la incidencia de la LEC de 2000 y de la Ley de Marcas de 2001*, Madrid, Civitas, 2002, 234 pp.
- BENEYTO PÉREZ, José María, y MAILLO GONZÁLEZ-ORÚS, Jerónimo, *El nuevo Derecho comunitario y español de la competencia: descentralización análisis económico y cooperación internacional*, Barcelona, Bosch, 2002, 501 pp.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Alberto, *Apuntes de Derecho mercantil: Derecho mercantil, Derecho de la competencia y propiedad industrial*, 3.^a ed. (revisada, ampliada y puesta al día), Cizur Menor, Aranzadi, 2002, 532 pp.
- BETANCOR, Andrés, «Enron, liberalización, nueva economía», *Política Exterior*, vol. 16, núm. 86, 2002.
- BOET SERRA, Elena, *La libre competencia en el transporte marítimo (el tráfico de mercancías en línea regular)*, Barcelona, Bosch, 2000, 630 pp.
- BOGO, Jorge, «Las conductas exclusorias y la legislación antimonopólica», *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, núm. 217, 2002, pp. 135-143.
- CALLOL GARCÍA, Pedro, y SANTOS LORENZO, Salomé, «El mantenimiento de la libre competencia en el mercado de servicios de ADSL», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 222, noviembre-diciembre 2002, pp. 69-85.
- CANTOS BAQUEDANO, FRANCISCO; IZA MORENO, Álvaro, y FRANCO GÓNGORA, David, «Legislación de control de concentraciones y OPAs: reflexiones a favor de una nueva reforma», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 221, 2002, pp. 94-101.
- CASADO, Fernando, «Consideracions sobre els tribunals de defensa de la competència», *Nota d'Economia*, núm. 74, 2002.
- CASES PALLARÉS, Lluís, *Anuario de la competencia 2000*, Madrid, Fundación ICO, Marcial Pons, 2001, 615 pp.
- «Comentari de la Llei 1/2002, de 22 de febrer, de coordinació de les competències de l'Estat i les comunitats autònomes en matèria de defensa de la competència», *Nota d'Economia*, núm. 74, 2002.
- CASTILLA, Manuel, *Regulación y competencia en los mercados de valores*, Madrid, Civitas, 2001, 403 pp.
- COSTAS COMESAÑA, Julio, «La adaptación de la política nacional de exenciones por categoría a la nueva normativa comunitaria: la doctrina del TDC», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 218, marzo-abril 2002, pp. 27-34.
- COSTAS I TERRONES, Joan Carles, «Els òrgans autonòmics de defensa de la competència», *Nota d'Economia*, núm. 74, 2002.

- CUADRAS-MORATÓ, Xavier; FERNÁNDEZ CASTRO, Ángel S., y ROSÉS, Joan R., «Productividad, competencia e innovación en la banca privada española, 1900-1914», *Revista de Historia Económica*, vol. XX, núm. 3, 2002.
- DOMÍNGUEZ PÉREZ, Eva M., «Nachahmung und ungerechtfertigte Ausnutzung fremder Leistungen im spanischen Recht gegen unlauteren Wettbewerb», *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Internationaler Teil*, vol. 50, 2001, Heft 12, pp. 1017-1025.
- ESTELLA DE NORIEGA, Antonio, «La ejecución en España de la Directiva 98/30, relativa a la liberalización del sector del gas natural», *Revista de Administración Pública*, núm. 157, 2002, pp. 393-420.
- FERNÁNDEZ DE ARAOZ GÓMEZ-ACEBO, Alejandro, «Control jurisdiccional de las concentraciones económicas y medidas cautelares: reflexiones en torno al auto del Tribunal Supremo en el asunto “Salcai/Utinsa” (2001)», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 221, 2002, pp. 76-93.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, Juan Manuel, «Los ficheros comunes de las entidades financieras sobre solvencia patrimonial y crédito desde la perspectiva de la LDC», *Anuario de la Competencia 2001*, dirección: Lluís CASES, Madrid, Fundación ICO, Marcial Pons Editores, 2002, pp. 231-258.
- FERNÁNDEZ ORDÓÑEZ, Miguel A., «Guía de los problemas de competencia en el sector energético», *Anuario de la Competencia 2001*, dirección: Lluís CASES, Fundación ICO, Madrid, Marcial Pons Editores, 2002, pp. 301-314.
- FERNÁNDEZ VICIÉN, Concepción; PARET, Josep M., y VENTURA, Marta, «¿Pueden ir a prisión los directivos españoles por la comisión de conductas anticompetitivas llevadas a cabo por su empresa?: las implicaciones penales de las infracciones al derecho de la competencia», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea*, núm. 218, 2002, pp. 35-51.
- FERNÁNDEZ, Cani; PARET, Josep M., y VENTURA, Marta, «¿Pueden ir a prisión los directivos españoles por la comisión de conductas anticompetitivas llevadas a cabo por su empresa?», *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 218, 2002, pp. 35-51.
- GÓMEZ-REINO Y CARNOTA, Enrique; CHAPELA PÉREZ, María Rosa, y ABEL VILELA, Fernando Adolfo de, *Código de defensa de la competencia (normativa española y comunitaria)*, Madrid, Boletín Oficial del Estado, 1999, 994 pp.
- GONZÁLEZ CLAVIJO, Antonio, «Los acuerdos anticompetitivos de la legislación sobre competencia», *La Ley*, año XXIII, núm. 5485, 2002, pp. 1-7.
- «El abuso de posición de dominio, las medidas cautelares y la competencia, desleal en la legislación sobre competencia», *La Ley*, año XXIII, núm. 5.554, 2002, pp. 1-6.
- 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 J., «Die Auffassung der “öffentlichen Dienstleistungen” oder Daseinsvorsorge im spanischen Recht (servicios públicos)», *Europäische Union und mitgliedstaatliche Daseinsvorsorge*, 2002, pp. 210-222.
- GÖTZ, Wolfgang, *Die kollektive Wahrnehmung geistiger Eigentumsrechte in Spanien: wettbewerbsrechtliche Aspekte und europäischer Kontext*, Lang, Frankfurt am Main, 2000, xix, 458 pp., European University Studies, Series 2, Law.
- GUINDOS JURADO, Luis de, «El Control de concentraciones en España: evolución reciente y perspectivas de futuro», *Anuario de la Competencia 2001*, dirección: Lluís CASES, Fundación ICO, Madrid, Marcial Pons Editores, 2002, pp. 15-23.
- GUTIÉRREZ, Inmaculada, y PADILLA, Atilano Jorge, «La sustituibilidad de la oferta en el análisis de las concentraciones empresariales», *Anuario de la Com-*

- petencia 2001*, dirección: Lluís CASES, Madrid, Fundación ICO, Marcial Pons Editores, 2002, pp. 207-229.
- HINE, Robert C.; TORRES, José L., y WRIGHT, Peter W., «Liberalización comercial, tamaño de mercado y asimetrías en costes», *Boletín Económico ICE*, vol. 796, 2002.
- IZQUIERDO LLANES, Gregorio, «El urbanismo como principal responsable de la falta de competencia en el mercado del suelo en España», *Anuario de la Competencia 2001*, dirección: Lluís CASES, Madrid, Fundación ICO, Marcial Pons Editores, 2002, pp. 363-385.
- LEMUS CHÁVARRI, Fernando de, «El acto administrativo ante la legislación de defensa de la competencia», *Boletín Económico ICE*, núm. 2.720, 2002.
- LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA-MORATO, Lucía, y ARIÑO ORTIZ, Gaspar, *Derecho de la competencia en sectores regulados: fusiones y adquisiciones, control de empresas y poder político*, Granada, Comares, 2001, xviii, 343 pp.
- LÓPEZ RODRÍGUEZ, Jesús, «Los acuerdos de intercambio de información en oligopolio», *Boletín Económico ICE*, vol. 796, 2002.
- LÓPEZ-TAFALL BASCUÑANA, José, «La experiencia de la regulación de las telecomunicaciones fijas en España. Una reflexión para el futuro», *Anuario de la Competencia 2001*, dirección: Lluís CASES, Madrid, Fundación ICO, Marcial Pons Editores, 2002, pp. 281-300.
- MARCOS, Francisco, «La lucha contra las restricciones a la libre competencia en el mercado de servicios profesionales», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 219, 2002, pp. 22-35.
- MARTÍNEZ ARÉVALO, Luis, «Teoría, conocimiento, riesgo y beneficios para el usuario. A propósito de una reciente Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 221, 2002, pp. 102-106.
- MARTÍNEZ LAGE, Santiago, «La aplicación del Derecho de la competencia por las Comunidades Autónomas: delimitación competencial», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea*, núm. 218, 2002, pp. 3-9.
- «El controlador controlado», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 220, julio-agosto 2002, pp. 1-8.
- «Las indemnizaciones por infracción al Derecho de la competencia», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 216, 2001, pp. 3-7.
- MORENO MOLINA, José Antonio, «Las novedades en la regulación de los contratos de consultoría, asistencia y servicios introducidas por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, y por la Ley 24/2001, de 27 de diciembre», *La Ley*, año XXIII, núm. 5.471, 2002, pp. 1-4.
- ORTIZ BLANCO, Luis, y PASCUAL SEQUEROS, Adriana, *Derecho de la competencia europeo y español: curso de iniciación*, vol. III, Madrid, Dykinson, Universidad Rey Juan Carlos, Servicio de Publicaciones, 2002, 408 pp.
- PASCUAL PONS, Carlos, «The experience of the Spanish competition authorities», *Decentralised application of EC competition law = l'application décentralisée du droit communautaire de la concurrence = Die dezentrale Anwendung des EG-Kartellrechts*, 2001, pp. 25-34, Series of publications by the Academy of European Law in Trier, vol. 32.
- PASCUAL Y VICENTE, Julio, «Abuso de posición dominante en mercados conexos: doctrina reciente del Tribunal de Defensa de la Competencia», *Anuario de la Competencia 2001*, dirección: Lluís CASES, Madrid, Fundación ICO, Marcial Pons Editores, 2002, pp. 259-279.
- PEDRAZ CALVO, Mercedes, y RUBÍ NAVARRETTE, Jesús, «Delimitación de competencias entre los órganos horizontales de defensa de la competencia y los

- órganos reguladores sectoriales», *Anuario de la Competencia 2001*, dirección: Lluís CASES, Madrid, Fundación ICO, Marcial Pons Editores, 2002, pp. 129-153.
- PEDRAZ, 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. 219, 2002, pp. 36-55.
- PEÑA, Miguel Ángel, y RAMOS, Ana, «La doctrina de los recursos esenciales en la Unión Europea y en España: el caso Movilpago», *Anuario de la Competencia 2001*, dirección: Lluís CASES, Madrid, Fundación ICO, Marcial Pons Editores, 2002, pp. 427-443.
- PETTIBÒ JUAN, Amadeo, «Los órganos de defensa de la competencia ante la nueva economía y la descentralización de sus funciones», *Anuario de la Competencia 2001*, dirección: Lluís CASES, Madrid, Fundación ICO, Marcial Pons Editores, 2002, pp. 45-75.
- QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Tomás de la, «Servicios públicos versus servicios de interés económico general tras el Tratado de Ámsterdam», *Problemas de legitimación en la Europa de la Unión*, 2000, pp. 127-140.
- RIVERO, Pedro, «Tamaño empresarial y competencia», *Economistas*, núm. 91, 2002.
- ROBLES MARTÍN-LABORDA, Antonio, *Libre competencia y competencia desleal (examen del artículo 7 de la Ley de Defensa de la Competencia)*, Madrid, La Ley, 2001, xxiv, 414 pp.
- RODRÍGUEZ, Jorge Miquel, «Consideraciones sobre la jurisprudencia reciente del TS y del TJCE en materia de agotamiento internacional del Derecho de marca», *Anuario de la Competencia 2001*, dirección: Lluís CASES, Madrid, Fundación ICO, Marcial Pons Editores, 2002, pp. 445-455.
- RODRÍGUEZ-CAMPOS GONZÁLEZ, Sonia, «Normalización industrial y derecho comunitario de la competencia», *Revista de Administración Pública*, núm. 158, 2002, pp. 187-212.
- SAÍZ, Aurelio, «Resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia», *Boletín Económico ICE*, núm. 2.722, 2002.
- SAMPER PIZANO, Daniel, «El Tribunal de Defensa de la Competencia abre un expediente sancionador a la SGAE. DAMA reclama el fin del monopolio de SGAE en la gestión de derechos de autor», *Cineinforme*, vol. 41, núm. 752, 2002.
- SANZ, Inmaculada, «Inmunidad total para la empresa que desmanteló los cárteles de vitaminas por aplicación del principio de clemencia (lencency)», *Anuario de la Competencia 2001*, dirección: Lluís CASES, Madrid, Fundación ICO, Marcial Pons Editores, 2002, pp. 479-501.
- SOLANA, Gonzalo, «La defensa de la competencia a Espanya», *Nota d'Economia*, núm. 74, 2002.
- SORIANO GARCÍA, José E., «Comentario de urgencia a la Ley 1/2002», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 218, 2002, pp. 10-26.
- «Expropiación y competencia: coincidencias y diferencias. La ruptura retroactiva de contratos lícitamente celebrados», *Revista de Administración Pública*, núm. 159, 2002, pp. 45-86.
- SUBIRATS, Joan, «Resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia», *Boletín Económico ICE*, núm. 2.717, 2002.
- TRIGO PORTELA, Joaquín, «El mundo nuevo de la defensa de la competencia», *Anuario de la Competencia 2001*, dirección: Lluís CASES, Madrid, Fundación ICO, Marcial Pons Editores, pp. 155-167.

- UNIVERSIDAD REY JUAN CARLOS, *Apuntes de Derecho de la competencia comunitario y español*, Madrid, Editorial Dykinson, 2002, 279 pp.
- UREÑA SALCEDO, Juan Antonio, «La consideración de algunos créditos y participaciones empresariales de las cajas de ahorros como ayudas públicas», *Revista de Derecho comunitario europeo*, año 6, núm. 11, 2002, pp. 155-176.
- URÍA GONZÁLEZ, Rodrigo, y MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Aurelio, *Curso de Derecho mercantil*, Madrid, Civitas, 1999-2001, 2 vols., 1395, 1614 pp.
- VÁZQUEZ LÉPINETTE, Tomás, «Las medidas estructurales de fomento de la competencia: análisis del artículo 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.
- VÁZQUEZ, José M.^a, «Más competencia y menos regulación», *Dirección Progreso*, núm. 186, 2002.
- VEGA GARCÍA, Fernando L. de la, *Responsabilidad civil derivada del ilícito concurrencial: resarcimiento del daño causado al competidor*, Madrid, Civitas, 2001, 422 pp.
- *Protección del diseño en el derecho industrial y de la competencia*, Madrid, EDERSA, 2001, 369 pp.
- VICENTE BLANES, José, «Dinámica y naturaleza del comercio intraindustrial y costes de ajuste inducidos por la liberalización comercial: evidencia para la economía española», *Boletín Económico ICE*, vol. 796, 2002.
- VIVES, Xavier, «Competencia, regulación y estabilidad del sistema bancario», *Papeles de Economía Española*, núm. 94, 2002.
- YANES YANES, Pedro, «Génesis y opciones de 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», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 221, 2002, pp. 45-58.

2. UNIÓN EUROPEA

A. POLÍTICA DE LA COMPETENCIA. ORIENTACIONES GENERALES

- AAVV, *Fundamentals of antitrust law*, New York, NY, Aspen Law & Business, Serial, Annual.
- ALBORS-LLORENS, Albertina, *EC competition law and policy*, Cullompton, Devon (UK), Portland (Or.), Willan Pub., 2002, xxvi, 164 pp.
- AMERICAN BAR ASSOCIATION, *Antitrust evidence handbook*, 2nd ed., Chicago, IL, American Bar Association, 2002, 298 pp.
- ANDERMAN, Steve, «EC competition law and intellectual property rights in the new economy», *The Antitrust Bulletin*, vol. 47, núms. 2-3, Summer-Fall 2002, pp. 285-308.
- ARHEL, Pierre, «Lutte contre les discriminations abusives en Europe en 2001», *Les petites affiches*, núm. 234, 2001, pp. 3-13.
- AUGUET, Yvan, *Droit de la concurrence*, Paris, Ellipses, 2002, 160 pp.
- AXER, Peter, «Europäisches Kartellrecht und nationales Krankenversicherungsrecht: die Festbetragsfestsetzung als Prüfstein für den Einfluss des Gemeinschaftsrechts auf die Ausgestaltung sozialer Sicherungssysteme», *Neue Zeitschrift für Sozialrecht*, 11 Jahrg., 2002, Heft 2, pp. 57-65.
- BAHR, Christian, y LOEST, Thomas, «Die Beurteilung von Vereinbarungen über Forschung und Entwicklung nach europäischem Kartellrecht», *Europäisches Wirtschafts & Steuerrecht*, 13 Jahrg., 2002, Heft 6, pp. 263-271.

- BANNERMAN, Edward, *The future of EU competition policy*, London, Centre for European Reform, 2002, 62 pp.
- BAQUERO CRUZ, Julio, *Entre competencia y libre circulación: el Derecho constitucional económico de la Comunidad Europea*, Madrid, Civitas, 2002, 293 pp.
- BESLER, Johannes Friederich, «Trade and competition: recent developments of the position of the European Comisión», *Il diritto comunitario di fronte alle sfide del nuovo millennio = EC law facing the new millennium's challenges*, 2001, pp. 71-79.
- BIEBER, Roland; DE COURTEN, Alix, y GABLIN, Samuel, *Einführung in das europäische Wettbewerbsrecht*, Bern, Stämpfli, 2002, vi, 206 pp.
- BIENAYMÉ, Alain, «Bien commun, concurrence et mondialisation: rapport présenté au congrès de l'AIELF "Mondialisation, répartition et emploi", Montréal, 28-30 mai 2001», *Economie appliquée*, t. 55, núm. 3, septiembre 2002, pp. 175-198.
- BISHOP, Simon, y WALKER, Mike, *The economics of EC competition law: concepts, application and measurement*, 2nd ed., London, Sweet & Maxwell, 2002, 634 pp.
- BLAISE, Jean-Bernard, y IDOT, Laurence, «Concurrence: années 2000-2001», *Revue trimestrielle de droit européen*, núm. 1, 2002, pp. 103-146.
- «Concurrence: années 2000 et 2001», *Revue trimestrielle de droit européen*, núm. 2, 2002, pp. 339-373.
- BUSSE, Matthias, *Competition intensity, potential competition and transaction cost economics*, Hamburg, HWWA-Institut für Wirtschaftsforschung, 2002, 20 pp., <http://www.hwwa.de/Publikationen/Discussion%5FPaper/2002/183.pdf>.
- CARONNA, Fausto, «Some reflections on the European Union's developing economic constitution», *Internationale Gerechtigkeit und Interpretation = International justice and interpretation*, 2002, pp. 239-260.
- CASPAR, Ute, *Wettbewerbliche Gesamtwürdigung von Vereinbarungen im Rahmen von Art. 81, Abs. 1 EGV: ein Beitrag zur Auslegung des Tatbestandsmerkmals der Wettbewerbsbeschränkung im europäischen Kartellverbotsrecht*, Köln, Heymann, 2001, x, 283 pp.
- CHAN, Anita, y ROSS, Robert J. S., «From North-South to South-South: the true face of global competition», *Foreign Affairs*, vol. 81, núm. 5, september-october 2002, pp. 8-13.
- COMBE, Emmanuel, *La politique de la concurrence*, Paris, La Découverte, 2002, 123 pp.
- COMISIÓN EUROPEA, *La política de competencia en Europa: Normas de competencia aplicables a los acuerdos de suministro y de distribución = La politique de concurrence en Europe: les règles de concurrence applicables aux accords de fourniture et de distribution*, Luxemburgo, EUR-OP, 2002, 31 pp.
- CUCINOTTA, Antonio; PARDOLESI, Roberto, y VAN DEN BERGH, Roger (eds.), *Post-Chicago developments in antitrust law*, Cheltenham, Edward Elgar, 2002, 337 pp.
- DECOCOQ, André, y DECOCOQ, Georges, *Droit de la concurrence interne et communautaire*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2002, 578 pp.
- DI PIETRO, Alberto, «La tutela della concorrenza e del mercato», *Sussidio e materiali di diritto pubblico dell'economia*, 2001, pp. 119-171.
- DRAUZ, Götz, «Aktuelle Probleme bei der Anwendung des europäischen Wettbewerbsrechts», *Regulierung im Bereich von Medien und Kultur*, 2002, pp. 103-114.
- DURAND, Claire-Françoise; LEWIS, Xavier, y VAN RAEPENBUSCH, Sean, «Les principaux développements de la jurisprudence de la Cour de justice et du Tri-

- bunal de première instance: du 1er août 1999 au 31 juillet 2000», *Cahiers de droit européen*, núms. 3-4, 2001, pp. 441-523.
- EDWARD, David Alexander Ogilvy, «Competition and the law: where are we going?», *Wirtschaft und Wettbewerb*, 51 Jahrgang, 2001, Heft 12, pp. 1185-1190.
- EGGE, Michael G., «El beneficio de la duda y el derecho de la competencia en Estados Unidos y en la Comunidad Europea», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea*, núm. 218, 2002, pp. 52-65.
- EILMANSBERGER, Thomas, «EG-Wettbewerbsrecht und Internet», *Wirtschaftsrechtliche Blätter*, 15 Jahrg., 2001, Heft 11, pp. 501-512.
- EVANS, David S. (ed.), *Microsoft, antitrust and the new economy: selected essays*, Boston, Kluwer Academic Publishers, 2002, 1954-viii, 486 pp.
- FOLGUERA CRESPO, Jaime, y BACHES OPI, Sergio, «Les normes de defensa de la competència a la Unió Europea i als Estats Units d'Amèrica: introducció a l'estudi comparat», *Nota d'Economia*, núm. 74, 2002.
- FOURGOUX, Jean-Claude, «Un nouvel antitrust européen: espoirs et craintes», *Revue de jurisprudence commerciale*, núm. 2, 2002, pp. 51-65.
- FRAILE BALBÍN, Pedro, «La ideología agro-filosofía de la PAC», *Anuario de la Competencia 2001*, dirección: Lluís CASES, Madrid, Fundación ICO, Marcial Pons Editores, 2002, pp. 315-341.
- FRÉMEAUX, Sandrine, «La flexibilité du droit communautaire de la concurrence, une condition de l'intégration européenne?», *Revue du Marché commun et de l'Union européenne*, núm. 456, mars 2002, pp. 158-164.
- FRIGNANI, Aldo, *Codice della concorrenza*, Milano, Giuffrè, 2002, xvi, 669 pp.
- FRIGNANI, Aldo, y ROSSI, Giuseppe, «EU and Italian antitrust rules: concordances and discordances», *Diritto del commercio internazionale*, núm. 15.4, 2001, pp. 811-828.
- FURSE, Mark, *Competition law of the UK and EC*, 3rd ed., Oxford (England), New York, Oxford University Press, 2002.
- GIESEN, Richard, «Wettbewerb zwischen Sozialversicherungsträgern und Privatversicherungen nach europäischem Kartellrecht», *Soziale Sicherheit und Wettbewerb*, 2001, pp. 123-146.
- GIORELLO, Marco, «Autonomia decisionale delle imprese e responsabilità degli Stati membri per violazione delle norme comunitarie sulla concorrenza: il caso spedizionieri doganali», *Diritto del commercio internazionale*, núm. 15.3, 2001, pp. 745-766.
- GÖHRE, Stefan, «Frischer Wind Brüssel?: der Vorschlag der Europäischen Kommission für eine Verordnung über Verkaufsförderung im Binnenmarkt und das Grünbuch der Europäischen Kommission zum Verbraucherschutz in der Europäischen Union», *Wettbewerb in Recht und Praxis*, 48 Jahrg., 2002, Heft 1, pp. 36-47.
- GÓMEZ-REINO Y CARNOTA, Enrique; CHAPELA PÉREZ, María Rosa, y ABEL VILELA, Fernando Adolfo de, *Código de defensa de la competencia (normativa española y comunitaria)*, Madrid, Boletín Oficial del Estado, 1999, 994 pp.
- GRAU CARLES, Pilar, y CARRO, Martha, *Políticas comunitarias I, Transportes, cooperación y competencia*, Madrid, Pirámide, 2001, 149 pp.
- GRAU CARLES, Pilar, y OSUNA GUERRERO, Rubén, «Política de competencia», *Políticas comunitarias*, vol. I, 2001, pp. 107-149.
- HAGIU, Andrei, y PADILLA, Atilano Jorge, «Los Estados Unidos contra Microsoft: innovación, integración tecnológica y derecho de competencia», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 215, 2001, pp. 10-25.

- HAMNER, Kenneth J., «The globalization of law: international merger control and competition law in the United States, the European Union, Latin America and China», *Journal of Transnational Law & Policy*, vol. 11, núm. 2, Spring 2002, pp. 385-405.
- HARDING, Christopher, «Business cartels as a criminal activity: reconciling North American and European models of regulation», *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 9, núm. 4, 2002, pp. 393-419.
- HAWK, Barry E. (ed.), *International antitrust law & policy*, New York, Juris Publishing, 2002, 667 pp.
- HELLENIC COMPETITION COMMISSION, Nomiki Bibliothika, s. A., *EU Competition law & policy: Developments & priorities. Athens Conference, April 19th 2002*, Athens, 2002, 112 pp.
- HEYWOOD, J. Brian, *El Dilema del outsourcing la búsqueda de la competitividad*, Madrid, Pearson Educación, 2002, 202 pp.
- HILDEBRAND, Doris, «The European School in EC competition law», *World competition*, vol. 25, núm. 1, 2002, pp. 3-23.
- *The Role of economic analysis in the EC competition rules*, 2nd ed., The Hague, Kluwer Law International, 2002, 472 pp.
- HINE, Robert C.; TORRES, José L., y WRIGHT, Peter W., «Liberalización comercial, tamaño de mercado y asimetrías en costes», *Boletín Económico ICE*, vol. 796, 2002.
- HOBBS, Caswell O., y SCHLOSSBERG, Robert S., *Antitrust strategies for mergers, acquisitions, joint ventures, and strategic alliances: a deskbook for deal makers*, 2nd ed., Newark (NJ), Lexis Nexis, 2002.
- HOFFER, Raoul, y HORNEK, Karl, «Neue EG-Wettbewerbsregeln im Bereich der "Nebenabreden"», *Recht der Wirtschaft*, 19 Jahrg., 2001, Heft 12, pp. 714-716.
- HOFFMANN, Jochen, «Preiskontrolle oder Wettbewerb?: zur Verordnung über grenzüberschreitende Zahlungen in Euro», *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 13 Jahrg., 2002, Heft 3, pp. 69-75.
- IACOBUCCI, Edward M., y TREBILCOCK, Michael J., «Designing competition law institutions», *World Competition*, vol. 25, núm. 3, September 2002, pp. 361-394.
- IDOT, Laurence, «Avocats et droit de la concurrence: la rencontre a eu lieu...», *Europe*, année 12, núm. 5, mai 2002, pp. 5-8.
- «Les limites et le contrôle de la concurrence dans la perspective d'une harmonisation internationale», *Revue internationale de droit comparé*, année 54, núm. 2, avril-juin 2002, pp. 371-399.
- [et al.], «Mondialisation et droit économique», *Revue internationale de droit économique*, t. 16, núms. 2-3, 2002, pp. 171-565.
- JENNY, Frédéric, «Global antitrust from a European perspective», *Europa und die Globalisierung*, 2002, pp. 203-213.
- «Globalization, competition and trade policy: convergence, divergence and cooperation», *EC law facing the new millennium's challenges*, 2001, pp. 1-42.
- JIMÉNEZ LAIGLESIA Y DE OÑATE, José María, «El asunto Microsoft: competencia y tecnología», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 215, 2001, pp. 26-42.
- JONES, Alison, y SUFRIN, Brenda, *EC competition law: text, cases, and materials*, Oxford, Oxford University Press, 2001, xcix, 1159 pp.
- KAMMERER, Jörg, «Wettbewerbschaos zwischen E-Commerce-RL und Rom II», *Recht der Wirtschaft*, 20 Jahrg., 2002, Heft 9, pp. 518-521.
- KENNEDY, Kevin C., *Competition law and the World Trade Organisation: the limits of multilateralism*, London, Sweet & Maxwell, 2001, xlii, 342 pp.

- KORAH, C. Valentine (ed.), *Competition law of the European Community*, 2nd ed., Albany (NY), Bender, 2001, 2 vols.
- «“Consent” in relation to curbs of parallel trade in Europe», *Fordham International Law Journal*, vol. 25, núm. 4, April 2002, pp. 972-981.
- KRIST, Matthias, *Die Neuordnung des Vergaberechtsschutzes unterhalb der EU-Auftragungsschwellenwerte: ein Modell de lege ferenda: zugleich eine kritische Auseinandersetzung mit dem kartellrechtlichen Vergaberechtsschutz*, Frankfurt am Main, Lang, 2001, xxv, 125 pp.
- LAFUENTE, Alberto, y OCAÑA, Carlos, «La política de competencia en Europa», *Papeles de Economía Española*, núm. 91, 2002.
- LANE, Robert C., *EC competition law*, London, Longman, 2000, xxxv, 380 pp.
- LANGE, Knut Werner, «Internetmarktplätze und Kartellrecht», *Unternehmen auf internationalen Märkten*, 2002, pp. 99-114.
- LEVER, Jeremy, «The German Monopolies Commission's report on problems consequent upon the reform of the European cartel procedures», *European competition law review*, vol. 23, issue 7, 2002, pp. 321-325.
- LIBERTINI, Mario, «Le riforme del diritto dell'economia: regolazione e concorrenza», *Giornale di diritto amministrativo*, anno VIII, núm. 7, 2002, pp. 802-807.
- LINDRUP, Garth (ed.), *Butterworths competition law handbook*, 8th ed., London, Butterworths, 2002, 1548 pp.
- LUBY, Monique, «La notion de consommateur en droit communautaire: une comode inconstance», *Contrats, concurrence, consommation* (hors-série), 2000, pp. 58-62.
- MAIL-FOUILLEUL, Stéphane, *Les sanctions de la violation du droit communautaire de la concurrence*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2002.
- MARROUK, Liéla, «A critique of the US and EU proposals for improving international enforcement of antitrust law», *The Columbia journal of European law*, vol. 8, núm. 1, 2002, pp. 101-123.
- MARTÍNEZ LAGE, Santiago, «Las indemnizaciones por infracción al derecho de la competencia», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 216, 2001, pp. 3-7.
- MARTLAND, David A. [et al.] (eds.), *Antitrust essentials for small and midsize businesses and their lawyers: a review of the real world antitrust problems and how to avoid them*, Boston (MA), Massachusetts Continuing Legal Education, 2002.
- MEGLIANI, Mauro, «La trasparenza nelle regole procedurali in materia di concorrenza della Commissione europea alla luce dei principi del Trattato di Ámsterdam», *Trasparenza, riservatezza, impresa*, 2001, pp. 101-149.
- MEIBOM, Wolfgang, y GEIGER, Andreas, «Un Derecho de la Competencia mundial como última ratio», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 221, 2002, pp. 34-44.
- MEIJ, Arjen W. H., y NYSSSENS, Harold, «Anthology of the ECJ's and the CFI's case-law in the field of competition law (2000-2001)», *Neueste Entwicklungen im europäischen und internationalen Kartellrecht*, 2002, pp. 63-86.
- MELI, Marisa, *Autonomia privata, sistema delle invalidità e disciplina delle intese anticoncorrenziali*, Milano, Giuffrè, 2001, ix, 198 pp.
- MESTMÄCKER, Ernst-Joachim, *Europäisches Wettbewerbsrecht im Zeichen der Globalisierung*, 2002, pp. 11-36.
- MONTI, Maria, «The external aspects of EU competition policy», *European Foreign Affairs Review*, vol. 7, núm. 3, Autumn 2002, pp. 235-240.
- MONTI, Mario, «European competition for the 21st century», *Fordham international law journal*, vol. 24, núm. 5, 2001, pp. 1602-1614.

- «La dimensione internazionale della politica di concorrenza europea», *Mercato concorrenza regole*, anno III, núm. 3, 2001, pp. 423-440.
- «International cooperation in antitrust: US/EU and beyond», *Antitrust law journal*, vol. 69, issue 1, 2001, pp. 361-366.
- MURIS, Timothy J., «Competition agencies in a market-based global economy», *European Foreign Affairs Review*, vol. 7, núm. 3, Autumn 2002, pp. 241-249.
- NASCIMBENE, Bruno, «International aspects of European Community competition policy», *EC law facing the new millennium's challenges*, 2001, pp. 43-62.
- ORTIZ BLANCO, Luis, y PASCUAL SEQUEROS, Adriana, *Derecho de la competencia europeo y español: curso de iniciación*, vol. III, Madrid, Dykinson, Universidad Rey Juan Carlos, Servicio de Publicaciones, 2002, 408 pp.
- OTTERVANGER, Tom R., y VAN DER VOORDE, Sander J., *Competition law of the European Union and the Netherlands: an overview*, 2nd ed., The Hague, New York, Kluwer Law International, 2002.
- PARDOLESI, Roberto, «Ritorno dall'isola che non c'è: ovvero, l'intesa malintesa e l'integrazione del mercato come obiettivo dell'antitrust comunitario», *Mercato concorrenza regole*, anno III, núm. 3, 2001, pp. 561-575.
- PATRONI GRIFFI, Ugo, «Federalismo e concorrenza», *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, anno XI, núms. 3-4, 2001, pp. 469-478.
- PEARLSTEIN, Debra J. [et al.] (eds.), *Antitrust law developments (fifth)*, 5th ed., Chicago, Ill., ABA Section of Antitrust Law, American Bar Association, 2002, 2 vols., 1950 pp.
- PEÑA, Miguel Ángel, *European competition policy: issues and perspectives*, London, National Economic Research Associates (NERA), 2002, 244 pp.
- PIROVANO, Antoine, «Droit de la concurrence et progrès social (après la loi NRE du 15 mai 2001)», *Le Dalloz*, année 178, cahier Droit des Affaires, núm. 1/7054, 3 janvier 2002, pp. 62-70.
- PONS, Jean-François [et al.], «Le droit communautaire de la concurrence», *L'Observateur de Bruxelles*, núm. 47, mai 2002, pp. 29-39.
- «La politique de concurrence européenne: principaux enjeux et récents développements», *L'observateur de Bruxelles*, núm. 47, 2002, pp. 30-32.
- POSNER, Richard A., *Antitrust Law*, 2nd ed., Chicago, University of Chicago Press, 2001, xi, 316 pp.
- PREDA, Daniela, «The Schuman Plan: the first step to European unity and the first European antitrust law», *The European Union Review*, vol. 7, núm. 2, July 2002, pp. 61-78.
- PRIEST, George, y ROMANI, Franco, «L'antitrust negli Stati Uniti e in Europa: analisi e psicoanalisi di una divergenza», *Mercato concorrenza regole*, anno IV, núm. 1, 2002, pp. 151-173.
- PROSPERI MANGILI, M. Luisa, «Merger review in a global market from the EU — US perspective: international co-operation and harmonization», *Contratto e impresa*, Europa, anno VI, núm. 1, 2001, pp. 163-206.
- RICKETTS, Martin J., *The Economics of business enterprise: an introduction to economic organisation and the theory of the firm*, 3rd ed., Cheltenham, Edward Elgar, 2002, 590 pp.
- RIoux, Michèle, «Globalisation économique et concurrence», *Etudes internationales*, vol. 33, núm. 1, Mars 2002, pp. 109-136.
- RIVAS, Josė, y STROUD, Fay, «Developments in EC competition law in 2001: an overview», *Common Market Law Review*, vol. 39, núm. 5, October 2002, pp. 1101-1145.
- RIVERO, Pedro, «Tamaño empresarial y competencia», *Economistas*, núm. 91, 2002.

- RIZZO, Alfredo, «Autorità antitrust nazionale e leggi contrastanti con il diritto comunitario», *Europa e diritto privato*, núm. 2, 2002, pp. 634-649.
- RODRÍGUEZ-CAMPOS GONZÁLEZ, Sonia, «Normalización industrial y derecho comunitario de la competencia», *Revista de Administración Pública*, núm. 158, 2002, pp. 187-212.
- ROSSI, Giuseppe, «“Take courage”!: la Corte di giustizia apre nuove frontiere per la risarcibilità del danno da illeciti antitrust», *Il foro italiano*, anno CXXVII, núm. 2, 2002, pt. IV, col. 90-100.
- SACK, Rolf, «Das internationale Wettbewerbsrecht nach der E-Commerce-Richtlinie (ECRL) und dem EGG-/TDG-Entwurf», *Wettbewerb in Recht und Praxis*, 47 Jahrg., 2001, Heft 12, pp. 1408-1425.
- SCHAUB, Alexander, «Die Reform der europäischen Wettbewerbspolitik», *Neueste Entwicklungen im europäischen und internationalen Kartellrecht*, 2002, pp. 1-16.
- «Europäisches Wettbewerbsrecht und anwaltliches Berufsrecht», *Anwaltsblatt*, 52 Jahrg., 2002, Heft 1, pp. 18-19.
- SCHWARZ, Günter Christian, «Konvergenz des nationalen und des europäischen Kartellrechts: wie weit geht die Angleichung des Paragr. 1 GWB an Art. 81 Abs. 1 EG?», *Europäisches Wirtschafts & Steuerrecht*, 12 Jahrg., 2001, Heft 12, pp. 565-573.
- SCHWARZE, Jürgen, *Europäisches Wettbewerbsrecht im Zeichen der Globalisierung*, Baden-Baden, Nomos, 2002, 174 pp.
- SENTI, Richard, «Die Wettbewerbspolitik im Rahmen des GATT», *Die Europäische Gemeinschaft in der Welthandelsorganisation*, 2000, pp. 95-109.
- SNELDERS, Robbert, y SUBIOTTO, Romano (eds.), *Antitrust developments in Europe, 2001*, Boston, Kluwer Law International, 2002.
- SUGDEN, William, «Global antitrust and the evolution of an international standard», *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 35, núm. 3, May 2002, pp. 989-1020.
- TAFANI, Stefano, «Profili amministrativi nella comparazione della disciplina comunitaria e nazionale della tutela della concorrenza e del mercato», *Rivista trimestrale di scienza dell'amministrazione*, núm. 3, luglio-settembre 2002, pp. 79-100.
- THOUVENIN, Jean-Marc, «Chronique de concurrence: jurisprudence de l'année 2001», *Revue du marché commun et de l'Union européenne*, núm. 461, 2002, pp. 523-531.
- «Chronique de la concurrence: jurisprudence de l'année 2000», *Revue du marché commun et de l'Union européenne*, núm. 455, 2002, pp. 104-111.
- TJONG, Henri, «Breaking the spell of regulatory competition: reframing the problem of regulatory exit», *Rechts Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, bd. 66, 2002, Heft 1, pp. 66-96.
- TOFFOLETTI, Luca, «Riforma del diritto antitrust comunitario: giudizio di esenzione e diritti dei singoli», *Giurisprudenza commerciale*, núm. 29.4, 2002, pt. I, pp. 417-454.
- UNIVERSIDAD REY JUAN CARLOS, *Apuntes de derecho de la competencia comunitario y español*, Madrid, Editorial Dykinson, 2002, 279 pp.
- VAN BAEL, Ivo, *Trade and competition policy in the WTO, EC law facing the new millennium's challenges*, 2001, pp. 81-97.
- VAN DE WALLE DE GHELCKE, Bernard, «Les règles de concurrence applicables aux entreprises: 1er janvier 2001 — 31 décembre 2001», *Journal des tribunaux (Droit européen)*, núm. 88, 2002, pp. 85-106.
- VAN DEN BERGH, Roger J., y CAMESASCA, Peter D., *European competition law and economics: a comparative perspective*, Antwerpen, Intersentia, 2001, xviii, 598 pp.

- VAN HECKE, Georges, «O efeito sobre o mercado como elemento de conexão do direito da concorrência», *Contratos internacionais e direito econômico no Mercosul*, 1996, pp. 363-371.
- VELASCO SAN PEDRO, Luis Antonio, «La política europea de la competencia ante el nuevo milenio», *50 años de la Unión Europea*, 2001, pp. 247-268.
- VICTOR, A. Paul (presider), y ANTUNES, Luis Pais [et al.] (panelists), «US and EC antitrust policy», *Annual proceedings of the Fordham Corporate Law Institute*, 2001-2002, pp. 53-66.
- VIENNOIS, Jean-Pierre, «La portée du droit communautaire de la concurrence et le mythe du champ d'application exclusif du droit national», *Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique*, núm. 1, janvier-mars 2002, pp. 1-16.
- VON MEIBOM, Wolfgang, y GEIGER, Andreas, «Un Derecho de la Competencia mundial como última ratio», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 221, septiembre-octubre 2002, pp. 34-44.
- WEBER-WALLER, Spencer, *Antitrust counseling and litigation techniques. Chapter 16, Counseling the foreign multinational on United States antitrust law*, New York, NY, Matthew Bender, 2002, 61 pp.
- WHISH, Richard, *Competition law*, 4th ed., London, Butterworths, 2001, lxxix, 913 pp.
- WILS, Wouter P. J., *The optimal enforcement of EC antitrust law: essays in law & economics*, The Hague, Kluwer Law International, 2002, xvi, 322 pp.
- WOUDE, Marc H. van der, y JONES, Christopher, *EC competition law handbook*, London, Sweet & Maxwell, 2002, lxxxi, 1103 pp.
- YOUNKINS, Edward W., *Capitalism and commerce: conceptual foundations of free enterprise*, Lanham (Md.), Lexington Books, 2002, xii, 367 pp.
- ZIMMERMANN, Klaus F. (ed.), *Frontiers in economics*, Berlin, New York, Springer, 2002, xvi, 477 pp.

B. ARTÍCULOS 81 Y 82 TCE

- ANTONIO, Simona D', «I limiti dell'Antitrust in materia di commercio di carburanti: il commento», *Giornale di diritto amministrativo*, anno VIII, núm. 2, 2002, pp. 159-170.
- ARHEL, Pierre, «Les ententes "injustifiables"», *Revue du marché commun et de l'Union européenne*, núm. 454, 2002, pp. 20-26.
- «Les procédures de clémence dans les droits européens de la concurrence», *Les petites affiches*, núm. 39, 2002, pp. 6-11.
- «104 questions/réponses sur le nouveau règlement automobile (la brochure explicative)», *Les Petites affiches: La Loi*, année 391, núm. 237, 27 novembre 2002, pp. 7-15.
- ARZOZ SANTISTEBAN, Xavier, «Las reformas del sistema comunitario de intervención administrativa en materia de competencia», *Revista vasca de Administración Pública*, núm. 60, 2001, pp. 81-117.
- AUBANEL, Romain, y THOUVENIN, Jean-Marc, «Le nouveau règlement automobile», *Revue du Marché commun et de l'Union européenne*, núm. 462, octobre-novembre 2002, pp. 600-604.
- AZEVEDO, João Pearce, y WALKER, Mike, «Dominance: meaning and measurement», *European competition law review*, vol. 23, issue 7, 2002, pp. 363-367.
- BAHR, Christian, *Verbundgruppenfranchising und Kartellverbot: eine Untersuchung zum deutschen und europäischen Recht*, Baden-Baden, Nomos, 2002, 338 pp.

- BARRINGTON, Donal P. M., «The protection of the right to a fair hearing and the scope of judicial review in the sphere of Community competition law», *O direito comunitário e a construção europeia*, 1999, pp. 51-64.
- BASEDOW, Jürgen, «La renationalisation du droit communautaire de la concurrence», *Revue des affaires européennes = Law & European affairs*, núm. 1, 2001-2002, pp. 92-102.
- BAUER, Michael, y BRONETT, Georg-Klaus de, *Die EU-Gruppenfreistellungsverordnung für vertikale Wettbewerbsbeschränkungen*, Köln, RWS-Verlag Kommunikationsforum, 2001, xix, 231 pp.
- BAZEX, Michel, y FLECHEUX, Georges, «L'application du droit de la concurrence aux ordres professionnels», *La Gazette du palais, Recueil bimestriel*, année 122, núm. 3, pp. 1030-1032.
- BECKMERHAGEN, Axel, *Die Essential facilities doctrine im US-amerikanischen und europäischen Kartellrecht*, Baden-Baden, Nomos, 2002, 407 pp.
- BERENQUER FUSTER, Luis, «Algunas consideraciones sobre el derecho de la competencia y la retransmisión de acontecimientos deportivos», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 220, 2002, pp. 75-90.
- BERNEKE, Wilhelm, «Die Anwendung des EG-Kartellrechts durch nationale Gerichte in Deutschland», *Decentralised application of EC competition law = l'application décentralisée du droit communautaire de la concurrence = Die dezentrale Anwendung des EG-Kartellrechts*, 2001, pp. 69-75, Series of publications by the Academy of European Law in Trier, vol. 32.
- BOCCACCIO, Marco, y SAIJA, Aurora, «La modernizzazione dell'antitrust: la decisione con impegni», *Mercato concorrenza regole*, anno IV, núm. 2, 2002, pp. 285-308.
- BOGO, Jorge, «Las conductas exclusorias y la legislación antimonopólica», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 217, 2002, pp. 135-143.
- BOURGEOIS, Jacques H. J., y HUMPE, Christophe, «The Commission's draft "New Regulation 17"», *European Competition Law Review*, vol. 23, issue 2, 2002, pp. 43-51.
- BOVIS, Christopher, «Transforming the application of EC competition laws: the case of decentralisation», *European business law review*, vol. 12, issue 5-6, 2001, pp. 98-104.
- BRUCKNER, Volkmar, *Die Abgrenzung zwischen einseitigen Maßnahmen und kooperativen Verhaltensweisen im amerikanischen und europäischen Recht der vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen: Analyse und Vergleich der Rechtslage*, Frankfurt am Main, Lang, 2002, 222 pp., European University Studies, Series 2, Law.
- BURNLEY, Richard, «An appropriate jurisdictional trigger for the EC Merger Regulation and the question of decentralisation», *World competition*, vol. 25, núm. 3, 2002, pp. 263-277.
- «Interstate trade revisited: the jurisdictional criterion for Articles 81 and 82 EC», *European Competition Law Review*, vol. 23, issue 5, 2002, pp. 217-226.
- CAMESASCA, Peter D., y VAN DEN BERGH, Roger J., «Achilles uncovered: revisiting the European Commission's 1997 market definition notice», *The antitrust bulletin*, vol. XLVII, núm. 1, 2002, pp. 143-186.
- CANIVET, Guy, «Le rôle de l'analyse économique dans l'application de l'article 81 du traité», *Decentralised application of EC competition law = l'application décentralisée du droit communautaire de la concurrence = Die dezentrale Anwendung des EG-Kartellrechts*, 2001, pp. 95-102, Series of publications by the Academy of European Law in Trier, vol. 32.

- CARLE, Johan, «The new leniency notice», *European competition law review*, vol. 23, issue 6, 2002, pp. 265-272.
- CASADO CERVIÑO, Alberto, «Importaciones paralelas y agotamiento del Derecho de marca», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 220, 2002, pp. 9-22.
- CASTRO-VILLACAÑAS PÉREZ, Diego, y PRIETO KESSLER, Eduardo, «Consideraciones en torno a la propuesta de modernización del Derecho comunitario de competencia», *Anuario de la Competencia 2001*, dirección: Lluís CASES, Madrid, Fundación ICO, Marcial Pons Editores, 2002, pp. 97-127.
- CLARONI, Alessio, «Sull'abuso di posizione dominante nell'esercizio dei servizi di assistenza a terra (handling) aeroportuali», *Rivista di diritto industriale*, anno L, núm. 6, 2001, pt. II, pp. 409-423.
- COLANGELO, Giuseppe, «Intese obtorto collo e risarcibilità del danno: le improbabili acrobazie dell'antitrust comunitario», *Il corriere giuridico*, anno XIX, núm. 4, 2002, pp. 456-460.
- COLLARD, Christophe, y ROQUILLY, Christophe, «Réseaux de distribution fermés et commerce électronique: implications en droit communautaire de la concurrence», *Les Petites affiches: La Loi*, vol. 391, núm. 67, 3 avril 2002, pp. 4-12.
- DEFALQUE, Lucette, «l'application des règles de concurrence aux réglementations des ordres professionnels», *Journal des tribunaux*, année 121, núm. 6.059, 15 juin 2002, pp. 457-461.
- DESAI, Kiran S., «Limitations on the use of economic analysis in EC competition law proceedings. Part 1», *European Competition Law Review*, vol. 23, núm. 10, October 2002, pp. 524-529.
- DI MAJO, Francesco Maria, «Distribuzione selettiva, importazioni parallele: clausole contrattuali che impongono l'obbligo di esportazione in un paese terzo e il divieto di reimportazione e commercializzazione nella Comunità: nota di commento», *Europa e diritto privato*, núm. 4, 1998, pp. 1165-1172.
- DUFOUR, Olivia, «La CJCE se prononce sur la collaboration intégrée entre avocats et experts-comptables», *Les Petites affiches: La Loi*, vol. 391, núm. 62, 27 mars 2002, pp. 3-5.
- EGGE, Michael G., «El beneficio de la duda y el derecho de la competencia en Estados Unidos y en la Comunidad Europea», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea*, núm. 218, 2002, pp. 52-65.
- EHLERMANN, Claus-Dieter, y ATANASIU, Isabela, «The modernisation of EC anti-trust law: consequences for the future role and function of the EC courts», *European Competition Law Review*, vol. 23, issue 2, 2002, pp. 72-80.
- EMDE, Raimond, «Das Handelsvertreter-Kartellrecht nach den Leitlinien zur GVO 2790/99», *Betriebs-Berater*, 57 Jahrg., 2002, Heft 19, pp. 949-955.
- EUROPEAN COMMISSION, Bird & Bird, *Market definition in the media sector. Comparative legal analysis*, Brussels, 2002, 326 pp., <http://europa.eu.int/comm/competition/publications/studies/legal%5Fanalysis.pdf>.
- FALCE, Valeria, y PANUCCI, Marcella, «La posizione dominante», *Concorrenza e mercato*, núm. 9, 2001, pp. 87-102.
- «Abusi di posizione dominante», *Concorrenza e mercato*, núm. 9, 2001, pp. 45-69.
- FERNÁNDEZ VICIÉN, Cani, «La judicialización del Derecho comunitario de la competencia», *Anuario de la Competencia 2001*, dirección: Lluís CASES, Madrid, Fundación ICO, Marcial Pons Editores, 2002, pp. 189-206.
- FERNÁNDEZ VICIÉN, Concepción; PARET, Josep M., y VENTURA, Marta, «¿Pueden ir a prisión los directivos españoles por la comisión de conductas anticompetitivas llevadas a cabo por su empresa?: las implicaciones penales de las

- infracciones al derecho de la competencia», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea*, núm. 218, 2002, pp. 35-51.
- FORNI, Mario, *Using stationarity test in antitrust market definition*, London, Centre for Economic Policy Research, 2002, 18 pp.
- FRITZEMEYER, Wolfgang, «Auswirkungen der EU-Gruppenfreistellungsverordnung auf die Gestaltung von Franchiseverträgen», *Betriebs-Berater*, 57 Jahrg., 2002, Heft 33, pp. 1658-1664.
- FUCHS, Andreas, «Die Modernisierung des europäischen Kartellrechts im Bereich vertikaler Vereinbarungen, Entwicklungen im deutschen und europäischen Wirtschaftsrecht: Symposium zum 65», *Geburtstag von Ulrich Immenga*, 2001, pp. 95-124.
- GEMMA, Andrea, «Abuse of economic dependence between competition and contract law», *Europa e diritto privato*, núm. 2, 2000, pp. 357-399.
- GNES, Matteo, «Le professioni intellettuali tra tutela nazionale e concorrenza: il commento», *Giornale di diritto amministrativo*, anno VIII, núm. 6, 2002, pp. 611-619.
- GONZÁLEZ CLAVIJO, Antonio, «El abuso de posición de dominio, las medidas cautelares y la competencia, desleal en la legislación sobre competencia», *La Ley*, año XXIII, núm. 5.554, 2002, pp. 1-6.
- HAUPT, Heiko, «Collective dominance under Article 82 EC and EC merger control in the light of the “Airtours” judgment», *European Competition Law Review*, vol. 23, núm. 9, September 2002, pp. 434-444.
- HILDEBRAND, Doris, *The role of economic analysis in the EC competition rules*, The Hague, Kluwer, 2002.
- HIRSBRUNNER, Simon, «Carte blanche für die Wettbewerbskommission?: Anmerkungen zu der vorgeschlagenen Einführung von direkten Sanktionen im Kartellgesetz», *Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht = Revue suisse de droit des affaires = Swiss review of business law*, 74 Jahrg., 2002, Heft 2, pp. 91-98.
- HOFFER, Raoul, y HORNEK, Karl, «De-minimis-Bekanntmachung» der Europäischen Kommission, *Ecolex*, 13 Jahrg., 2002, Heft 5, pp. 360-363.
- HUBER, Steffen, *Margensysteme und Verkaufsförderaktionen in der Automobilbranche aus wettbewerbsrechtlicher und kartellrechtlicher Sicht*, Berlin, Duncker & Humblot, 2002, 234 pp.
- AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO, Italia, *Indagine conoscitiva sulla ristrutturazione della rete di distribuzione dei carburanti*, Roma, Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento per l'informazione e l'editoria, 2001, 63 pp.
- JACOBI, Philipp, *Third-party-access im europäischen Wettbewerbsrecht: Artikel 82 EG-Vertrag als Grundlage eines Zugangsanspruchs Dritter zu fremden Infrastruktureinrichtungen*, Baden-Baden, Nomos, 2002, 260 pp.
- JAKOBSEN, Peter Stig, y BROBERG, Morten P., «The concept of agreement in Article 81 EC: on the manufacturers’ right to prevent parallel trade within the European Community», *European Competition Law Review*, vol. 23, issue 3, 2002, pp. 127-141.
- JAMES, Charles A., «Reconciling divergent enforcement policies: where do we go from here?», *Annual proceedings of the Fordham Corporate Law Institute*, 2001-2002, pp. 1-30.
- JENNY, Frédéric (presider), y MONTEIRO CONSIDERA, Claudio [et al.] (panelists), «Political Economy of Antitrust Roundtable», *Annual proceedings of the Fordham Corporate Law Institute*, 2001-2002, pp. 629-667.

- JEPHCOTT, Mark, «The European Commission's new Leniency Notice: whistling the right tune?», *European Competition Law Review*, vol. 23, núm. 8, August 2002, pp. 378-385.
- JONES, Tim, «Regulation 17: the impact of the current application of Articles 81 and 82 by national competition authorities on the European Commission's proposals for reform», *European Competition Law Review*, vol. 22, issue 10, 2001, pp. 405-415.
- KILIAN, Matthias, «Europäisches Kartellrecht und nationales Satzungsrecht berufsa autonomer Körperschaften: die Entscheidungen des EuGH in den Verfahren Wouters und Arduino», *Wettbewerb in Recht und Praxis*, 48 Jahrg., 2002, Heft 7, pp. 802-810.
- KIST, William, «The point of view of the Netherlands competition authorities», *Decentralised application of EC competition law = l'application décentralisée du droit communautaire de la concurrence = Die dezentrale Anwendung des EG-Kartellrechts*, 2001, pp. 53, Series of publications by the Academy of European Law in Trier, vol. 32.
- KORAH, Valentine, y O'SULLIVAN, Denis, *Distribution agreements under the EC competition rules*, Oxford, Hart Publishing, 2002, 425 pp.
- KUCK, Tobias, «Die Anerkennung des Grundsatzes ne bis in idem im europäischen Kartellrecht und seine Anwendung in internationalen Kartellverfahren», *Wirtschaft und Wettbewerb*, 52 Jahrg., 2002, Heft 7-8, pp. 889-698.
- LEHR, Wolfgang, «Die neuen EU-Leitlinien für horizontale Unternehmenskooperationen», *Europa-Blätter*, 11 Jahrg., 2002, Heft 2, pp. 93-97, Heft 3, pp. 134-140.
- LEVASSEUR, Christian, «Entente ou abus de position dominante collective?», *Revue de la concurrence et de la consommation*, núm. 126, 2002, pp. 11-15.
- LEVILAIN, Fabienne, y MARTIN, Sylvain, «L'application de la théorie des "facilités" essentielles dans le secteur des télécoms, de l'électricité et du gaz», *La Gazette du palais, Recueil bimestriel*, année 122, núm. 5, pp. 1512-1514.
- LEXECON LTD. (Brussels), *Quantitative techniques in market definition*, London, Brussels, 2002, 32 pp., <http://www.lexecon.co.uk/publications/media/conductor/quantitative%5Ftechniques.pdf>.
- LO SURDO, Cristina, «Oligopolio, intese e abuso di posizione dominante collettiva nel mercato degli ascensori», *Rivista di diritto industriale*, anno L, núm. 6, 2001, pt. II, pp. 462-479.
- LÓPEZ RODRÍGUEZ, Jesús, «Los acuerdos de intercambio de información en oligopolio», *Boletín Económico ICE*, vol. 796, 2002.
- LOURI, Victoria, «"Undertaking" as a jurisdictional element for the application of EC competition rules», *Legal issues of European integration*, vol. 29, núm. 2, 2002, pp. 143-176.
- MAGAZZINI, Laura; ORSENIGO, Luigi, y PAMMOLLI, Fabio, «The intensity of competition after patent expiry in pharmaceuticals: a cross-country analysis», *Revue d'économie industrielle*, núm. 99, 2è trimestre, numéro spécial, 2002, pp. 107-131.
- MAGGIOLINO, Mariateresa, «Il progetto di regolamento comunitario in materia di procedure di applicazione degli artt. 81 e 82», *Concorrenza e mercato*, núm. 9, 2001, pp. 281-334.
- «La nuova Comunicazione della Commissione europea in materia di non applicazione delle ammende per violazioni antitrust», *Rivista delle società*, anno 47, 2002, fascicolo 2-3, pp. 596-602.
- MAIL-FOUILLEUL, Stéphane, «Concurrence: la politique communautaire en matière d'amendes: quelques nouveautés: 1996-2001», *Journal des tribunaux (Droit européen)*, núm. 90, 2002, pp. 137-143.

- *Les sanctions de la violation du droit communautaire de la concurrence*, Paris, LGDJ, 2002, 665 pp.
- MAUGERI, Maria Rosaria, «Le recenti modifiche della disciplina sull'abuso di dipendenza economica in una prospettiva comparatistica», *Europa e diritto privato*, núm. 2, 2002, pp. 455-509.
- MCGREGOR, Lorna, «The future for the control of oligopolies following *Compagnie Maritime Belge*», *European Competition Law Review*, vol. 22, issue 10, 2001, pp. 434-442.
- MELI, Vincenzo, «Modifiche alla disciplina dell'abuso di dipendenza economica e agli artt. 8 (imprese pubbliche e in monopoli legale) e 15 (diffide e sanzioni) della legge antitrust», *Le nuove leggi civili comentate*, anno XXIV, núm. 5, 2001, pp. 1061-1098.
- MONTI, Giorgio, «Article 81 EC and public policy», *Common Market Law Review*, vol. 39, núm. 5, October 2002, pp. 1057-1099.
- NAVARRO VARONA, Eduarne, y GONZÁLEZ DURÁNTEZ, Henar, «Interim measures in competition cases before the European Commission and Courts», *European Competition Law Review*, vol. 23, núm. 10, October 2002, pp. 512-523.
- «Medidas cautelares en el Derecho de la Competencia ante la Comisión y los Tribunales Europeos», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 220, julio-agosto 2002, pp. 23-37.
- NEVEN, Damien, «La caractérisation de la position dominante collective», *Revue de la concurrence et de la consommation*, núm. 126, 2002, pp. 18-21.
- NICOLAIDES, Phedon, «Reform of EC competition policy: a significant but risky project», *Eipascope*, núm. 2, 2002, pp. 16-21.
- NIEMEYER, Hans-Jörg (presider); DRAUZ, Götz; JENNY, Frédéric, y TEMPLE LANG, John (panelists), «Collective dominance-oligopoly behavior under articles 81, 82 and the EC merger regulation», *Annual proceedings of the Fordham Corporate Law Institute*, 2001-2002, pp. 375-391.
- NIVARRA, Luca, «Il "Libro bianco sulla modernizzazione delle norme per l'applicazione degli articoli 85 e 86 del Trattato CE": quale futuro per il diritto europeo della concorrenza?», *Europa e diritto privato*, núm. 4, 2000, pp. 1001-1016.
- NORBERG, Sven, «Recent decisions by the European Commission in the field of antitrust and mergers», *Neueste Entwicklungen im europäischen und internationalen Kartellrecht*, 2002, pp. 17-62.
- ODUDU, Okeoghene, «Article 81(3), discretion and direct effect», *European Competition Law Review*, vol. 23, issue 1, 2002, pp. 17-25.
- OLFERS, Marjan, «Nieuw transfersysteem in de voetbalsport: staat het kartelverbod van art. 81 EG-Verdrag buiten spel?», *Nederlands juristenblad*, 77 Jaarg., 2002, afl. 5, pp. 211-220.
- PASCUAL PONS, Carlos, «The experience of the Spanish competition authorities», *Decentralised application of EC competition law = l'application décentralisée du droit communautaire de la concurrence = Die dezentrale Anwendung des EG-Kartellrechts*, 2001, pp. 25-34, Series of publications by the Academy of European Law in Trier, vol. 32.
- PAZZI, Maria Gaia, «Cooperazione fra concorrenti: il vademecum della Commissione europea», *Mercato concorrenza regole*, anno IV, núm. 1, 2002, pp. 175-211.
- PECCHIOLI, Niccolò, «Brevi note sulla distribuzione selettiva alla luce del nuovo regolamento di esenzione per categoria», *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, anno XI, núm. 6, 2001, pp. 1117-1137.

- PEGO, José Paulo Fernandes Mariano, *A posição dominante relativa no direito da concorrência*, Coimbra, Almedina, 2001, 179 pp.
- PELLISÉ CAPELL, Jaume, *La «explotación abusiva» de una posición dominante (arts. 82 TCE y 6 LEDC)*, Madrid, Civitas, 2002, 283 pp.
- PEÑA, Miguel Ángel, y RAMOS, Ana, «La doctrina de los recursos esenciales en la Unión Europea y en España: el caso Movilpago», *Anuario de la Competencia 2001*, dirección: Lluís CASES, Madrid, Fundación ICO, Marcial Pons Editores, 2002, pp. 427-443.
- PERA, Alberto, y CASSINIS, Paolo, «Decentralised application of Community competition law: Italy's recent experience and the modernisation perspective», *Decentralised application of EC competition law = l'application décentralisée du droit communautaire de la concurrence = Die dezentrale Anwendung des EG-Kartellrechts*, 2001, pp. 35-51, Series of publications by the Academy of European Law in Trier, vol. 32.
- PÉREZ VAN KAPPEL, Antonio (ed.), *Decentralised application of EC competition law: national experience and reform = l'application décentralisée du droit communautaire de la concurrence: expériences nationales et réforme = Die dezentrale Anwendung des EG-Kartellrechts: nationale Erfahrungen und Reform*, Bonn, Bundesanzeiger, 2001, 145 pp., Series of publications by the Academy of European Law in Trier, vol. 32.
- «The reform of Regulation 17 and the problem of legal certainty for undertakings», *Decentralised application of EC competition law = l'application décentralisée du droit communautaire de la concurrence = Die dezentrale Anwendung des EG-Kartellrechts*, 2001, pp. 123-140, Series of publications by the Academy of European Law in Trier, vol. 32.
- PICK, Tom S., «Sub-contracting agreements under EU competition law: applicability of Article 81 EC», *European Competition Law Review*, vol. 23, issue 3, 2002, pp. 154-159.
- PIJNACKER HORDIJK, Erik, «Excessive pricing under EC competition law: an update in the light of "Dutch developments"», *Annual proceedings of the Fordham Corporate Law Institute*, 2001-2002, pp. 463-495.
- PLOMPEN, Peter M. A. L., «Modernising EU competition policy: the point of view of undertakings», *Decentralised application of EC competition law = l'application décentralisée du droit communautaire de la concurrence = Die dezentrale Anwendung des EG-Kartellrechts*, 2001, pp. 113-119, Series of publications by the Academy of European Law in Trier, vol. 32.
- POLLEY, Romina, y SEELIGER, Daniela, «Die neue Mitteilung der Europäischen Kommission über den Erlass und die Ermäßigung von Geldbußen in EG-Kartellsachen», *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 13 Jahrg., 2002, Heft 13, pp. 397-401.
- PRAT, Carles, «Marcas y derecho de la competencia: una perspectiva quizás práctica», *Anuario de la Competencia 2001*, dirección: Lluís CASES, Madrid, Fundación ICO, Marcial Pons Editores, 2002, pp. 387-424.
- RODRÍGUEZ, Jorge Miquel, «Consideraciones sobre la jurisprudencia reciente del TS y del TJCE en materia de agotamiento internacional del Derecho de Marca», *Anuario de la Competencia 2001*, dirección: Lluís CASES, Madrid, Fundación ICO, Marcial Pons Editores, 2002, pp. 445-455.
- RICHARDSON, Russell, y GORDON, Clive, «Collective dominance: the third way?», *European Competition Law Review*, vol. 22, issue 10, 2001, pp. 416-423.
- RIDYARD, Derek, «Exclusionary pricing and price discrimination abuses under Article 82: an economic analysis», *European competition law review*, vol. 23, issue 6, 2002, pp. 286-303.

- RODGER, Barry J., «The interface between competition law and private law: Article 81, illegality and unjustified enrichment», *The Edinburgh law review*, vol. 6, issue 2, 2002, pp. 217-243.
- SAGAWE, Christian, «Rechtsanwaltsvergütung und EU-Gemeinschaftsrecht», *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 35 Jahrg., 2002, Heft 7, pp. 281-286.
- SCHAUB, Alexander, «Continued focus on reform: recent developments in EC competition policy», *Annual proceedings of the Fordham Corporate Law Institute*, 2001-2002, pp. 31-51.
- *Continued focus on reform: recent developments in EC competition policy*, New York, Juris Publishing, 2002, 21 pp.
- SCHMIDT, Hedvig K. S., «Article 82's "exceptional circumstances" that restrict intellectual property rights», *European Competition Law Review*, vol. 23, issue 5, 2002, pp. 210-216.
- SCHULTZE, Jörg-Martin; PAUTKE, Stephanie, y WAGENER, Dominique S., *Die Gruppenfreistellungsverordnung für vertikale Vereinbarungen: Praxiskommentar*, Heidelberg, Recht und Wirtschaft, 2001, 477 pp.
- SCHWARZE, Jürgen, «Der Schutz des geistigen Eigentums im europäischen Wettbewerbsrecht: Anmerkungen zur jüngsten Entscheidungspraxis», *Regulierung im Bereich von Medien und Kultur*, 2002, pp. 81-102.
- SCIAUDONE, Francesco, «Riflessioni su non imposizione e riduzione delle ammen-de nel diritto comunitario antitrust», *Diritto pubblico comparato ed europeo*, I, 2002, pp. 319-344.
- SEBASTIO, Francesca, «Lo sfruttamento abusivo di una posizione dominante nei mercati della televisione commerciale a pagamento e nel mercato della diffusione televisiva dei diritti sportivi», *Giustizia civile*, vol. LI, núm. 11, 2001, pt. I, pp. 2843-2847.
- SPINKS, Stephen O., «Exclusive dealing, discrimination, and discounts under EC competition law», *Antitrust law journal*, vol. 67, issue 3, 2000, pp. 641-670.
- STROUX, Sigrid, «Collective dominance under the Merger Regulation: a serious evidentiary reprimand for the Commission», *European Law Review*, vol. 27, núm. 6, December 2002, pp. 736-746.
- TEMPLE LANG, John, «Compensation for unjustified administrative procedures in Community law», *European Competition Law Review*, vol. 23, núm. 10, October 2002, pp. 490-494.
- «Oligopolies and joint dominance in Community antitrust law», *Annual proceedings of the Fordham Corporate Law Institute*, 2001-2002, pp. 269-359.
- TICOZZI, Marco, «Attività professionale e limiti della concorrenza», *Europa e diritto privato*, núm. 4, 2001, pp. 1005-1025.
- TIERNO CENTELLA, María Luisa; CASTELLOT, Peña, y ÁNGEL, Miguel, «La Comunicación sobre la dispensa del pago de las multas y la reducción de su importe en casos de cártel», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 220, 2002, pp.112-116.
- TRÄNKLE, Claudia, *Die «essential facilities» —Doktrin im europäischen Wettbewerbsrecht: eine rechtsvergleichende Untersuchung der «essential facilities» — Doktrin im Rahmen der Rechtsprechung zu Art. 82 (ex-Art. 86) EGV und Paragr. IV Nr. 4 GWB unter Berücksichtigung der Rechtsprechung zu Section 2 Sherman Act im US-amerikanischen Antitrustrecht*, Tübingen, Medien-Verlag Köhler, 2001, v, 219 pp.
- VAUTHERIN, Laurent, «Etude de deux cas: position dominante collective et abus de position dominante collective», *Revue de la concurrence et de la consommation*, núm. 126, 2002, pp. 25-30.

- VILARAS, Michel, «Certaines réflexions préliminaires à propos du Livre blanc de la Commission sur la modernisation des règles d'application des articles 81 et 82 du traité CE et, en particulier, sur le rôle des autorités nationales de concurrence», *Decentralised application of EC competition law = l'application décentralisée du droit communautaire de la concurrence = Die dezentrale Anwendung des EG-Kartellrechts*, 2001, pp. 11-13, Series of publications by the Academy of European Law in Trier, vol. 32.
- VILMART, Christine, «La remise en cause par le TPICE de la notion de position dominante collective: l'affaire "Airtours-First Choice c/ Commission" (TPICE, 6 juin 2002)», *La Semaine juridique entreprise et affaires*, núm. 29, 18 juillet 2002, 1090 à 1129, pp. 1209-1213.
- WALLIN, Carl-Henrik, y HEINONEN, Mikko, «Proposed reform of the enforcement of EC competition law from the Finnish perspective», *Turku law journal*, vol. 2, núm. 2, 2002, pp. 79-92.
- WHISH, Richard, *Competition law*, 4th ed., London, Butterworths, 2001, lxxix, 913 pp.
- WITTER, Carsten, *Abstimmungsverbot und strategisches Parallelverhalten im Wettbewerbsrecht*, Wiesbaden, Deutscher Universitäts-Verlag, Gabler, 1999, xxii, 246 pp.

C. RESTRICCIONES VERTICALES DE LA COMPETENCIA

- BELLIS, Jean-François; O'REGAN, Fergal, y LUENGO, Gustavo, «El nuevo marco normativo para la distribución de automóviles en la Unión Europea: la propuesta de la Comisión Europea», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 219, 2002, pp. 36-55.
- BISHOP, Simon, y RIDYARD, Derek, «EC vertical restraints Guidelines: effects-based or per se policy?», *European Competition Law Review*, vol. 23, issue 1, 2002, pp. 35-38.
- CREUTZIG, Jürgen, «Der Automobilvertrieb ab Oktober 2002: kritische Anmerkungen zur Kfz-GVO 1400/2002», *Wettbewerb in Recht und Praxis*, 48 Jahrg., 2002, Heft 10, pp. 1124-1130.
- DELLI PRISCOLI, Lorenzo, *Le restrizioni verticali della concorrenza*, Milano, Giuffrè, 2002, xiv, 199 pp.
- FOX, Eleanor M., «Parallel imports, the intrabrand/interbrand competition paradigm, and the hidden gap between intellectual property law and antitrust», *Fordham international law journal*, vol. 25, núm. 4, 2002, pp. 982-986.
- HERMEL, Abel, «La distribution automobile: les problèmes actuels, les réponses à venir», *Les Petites affiches: La Loi*, vol. 391, núm. 59, 22 mars 2002, pp. 6-14.
- HUGHES, Matt; FOSS, Celia, y ROSS, Kristin, «The economic assessment of vertical restraints under UK and competition law», *European Competition Law Review*, vol. 22, issue 10, 2001, pp. 424-433.
- IDOT, Laurence, «Le nouveau règlement d'exemption relatif à la distribution automobile», *Europe*, année 12, núm. 10, octobre 2002, pp. 3-6.
- KOUCHNIR-CARGILL, Natalia, y GUET, Claudie, «La nouvelle approche du Conseil de la concurrence en matière de restrictions verticales», *La semaine juridique (Entreprise et affaires)*, núm. 3, 2002, pp. 7-13.
- MAHIEU, Katinka, «How ICT agreements fit into the scope of the block exemption for vertical restraints», *European Competition Law Review*, vol. 23, issue 4, 2002, pp. 172-179.

- MALAUURIE-VIGNAL, Marie; MAKHLOUF, Yazid, y GIROUDET-DEMAI, Nathalie, «Règlement automobile du 31 juillet 2002», *Les Petites affiches: La Loi*, année 391, núm. 239, 29 novembre 2002, pp. 3-29.
- MENDELSON, Martin, y ROSE, Stephen, *Guide to the EU block exemption for vertical agreements*, The Hague, Kluwer Law International, 2002, ix, 290 pp.
- MOREAU, Franck, y SERGANT, Patrick, «Les nouvelles règles de concurrence applicables aux accords de distribution et d'après-vente de véhicules automobiles», *Le Dalloz*, année 178, cahier droit des affaires, núm. 35/7088, 10 octobre 2002, pp. 2725-2731.
- MÜLLER, Martina, «Die dezentrale Anwendung der neuen Freistellungsverordnung für vertikale Vereinbarungen Nr. 2790/99 durch die deutschen Kartellbehörden, unter besonderer Berücksichtigung von Franchiseverträgen», *Franchising im europäischen Privatrecht*, 2001, pp. 241-248.
- ORTUÑO BAEZA, María Teresa, «Acuerdos verticales y Derecho de la Competencia: comentarios al Reglamento (CE) núm. 2790/1999 de la Comisión de 22 de diciembre de 1999, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas», *Noticias de la Unión Europea*, vol. 18, núm. 204, enero 2002, pp. 15-42.
- PEEPKORN, Luc, «EC vertical restraints Guidelines: effects-based or per se policy?: a reply», *European Competition Law Review*, vol. 23, issue 1, 2002, pp. 38-41.
- PEEPKORN, Luc, y KILJANSKI, Kamil, «Franchising and the new EC competition rules», *Franchising im europäischen Privatrecht*, 2001, pp. 197-219.
- SUBIOTTO, Romano, y AMATO, Filippo, «The reform of the European competition policy concerning vertical restraints», *Antitrust law journal*, vol. 69, issue 1, 2001, pp. 147-193.
- THOUVENIN, Jean-Marc, y AUBANEL, Romain, «Le nouveau règlement automobile», *Revue du Marché commun et de l'Union européenne*, núm. 462, octobre-novembre 2002, pp. 600-604.
- VAN DEN ABEELE, Beatrice, «La distribución de automóviles y la libre competencia en la Unión Europea», *Anuario de la Competencia 2001*, dirección: Lluís CASES, Madrid, Fundación ICO, Marcial Pons Editores, 2002, pp. 457-478.
- VAN GINDERACHTER, Eric, «Concurrence: les nouvelles règles applicables au secteur automobile», *Journal des tribunaux, Droit européen*, vol. 10, núm. 94, décembre 2002, pp. 233-238.
- VAN GINDERACHTER, Eric, y DUSSART, Christophe, «Le règlement 1400/2002 d'exemption par catégorie: une réforme audacieuse mais équilibrée des règles de concurrence applicables au secteur automobile», *L'Observateur de Bruxelles*, núm. 50, janvier 2003, pp. 31-32 y 41.
- VOGEL, Joseph, y VOGEL, Louis, «Quelles améliorations peut-on apporter au projet de règlement sur la distribution automobile», *La Semaine juridique entreprise et affaires*, année 76, núm. 20, 16 mai 2002, pp. 794-795.

D. ÓRGANOS DE APLICACIÓN DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA

- ALMEIDA, Luis Duarte d', *Direito penal e direito comunitário: o ordenamento comunitário e os sistemas juscriminais dos Estados-Membros*, Coimbra, Almedina, 2001, 82 pp.

- AMORELLI, Giampiero, «Le decisioni del giudice amministrativo sulla legge anti-trust nel biennio 1999-2000», *Concorrenza e mercato*, núm. 9, 2001, pp. 185-220.
- AZOULAY, Loïc, «The Court of Justice and the administrative governance», *European law journal: review of European law in context*, vol. 7, issue 4, 2001, pp. 425-441.
- BARTELS, Wolfgang, «Kooperation zwischen EU-Kommission und nationalen Gerichten im europäischen Wettbewerbsverfahren: einige Anmerkungen zum Masterfoods-Urteil des EuGH», *Zeitschrift für Rechtsvergleichung, internationales Privatrecht und Europarecht*, 43 Jahrg., 2002, Heft 3, pp. 83-94.
- BASEDOW, Jürgen, «La renationalisation du droit communautaire de la concurrence», *Revue des affaires européennes = Law & European affairs*, 11^è et 12^è année, 2002, pp. 92-102.
- BAUDENBACHER, Carl, y HIGGINS, Imelda, «Decentralization of EC competition law enforcement and arbitration», *The Columbia journal of European law*, vol. 8, núm. 1, 2002, pp. 1-18.
- BEHRENS, Peter, y FEJØ, Jens, *EC competition rules in national courts (VI). Part six, Denmark, Sweden, Finland and Austria = Die EG-Wettbewerbsregeln vor nationalen Gerichten (VI). Sechster Teil, Dänemark, Schweden, Finnland und Österreich*, Baden-Baden, Nomos, 2001, 419 pp.
- BENEYTO PÉREZ, José María, y MAILLO GONZÁLEZ-ORÚS, Jerónimo, *El nuevo Derecho comunitario y español de la competencia: descentralización análisis económico y cooperación internacional*, Barcelona, Bosch, 2002, 501 pp.
- CIAMPANI, Ermanno, «Parallel proceedings tra organi comunitari ed autorità giurisdizionali interne: il ruolo della sospensione per pregiudizialità», *Int'l Lis.*, núm. 2, 2002, pp. 60-63.
- DELICOSTOPOULOS, Constantin S., *L'encadrement processuel des autorités de marché en droits français et communautaire: contentieux de la concurrence et de la bourse*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2002, xx, 509 pp.
- ERÄMETSÄ, Pirkko, «EC competition rules in national courts», Finland, pt. VI, 2001, pp. 161-245.
- EUROPEAN ASSOCIATION OF LAWYERS = ASSOCIATION EUROPÉENNE DES AVOCATS, *European competition law: a new role for the Member States: congress organised on 20th and 21th November 2000 = Droit européen de la concurrence: un nouveau rôle pour les Etats membres: congrès organisé les 21 et 22 novembre 2000*, Bruxelles, Bruylant, 2001, 290 pp.
- FAVRE, Claire, «Le droit communautaire de la concurrence devant les juridictions nationales: l'expérience française», *Decentralised application of EC competition law = L'application décentralisée du droit communautaire de la concurrence = Die dezentrale Anwendung des EG-Kartellrechts*, 2001, pp. 77-82, Series of publications by the Academy of European Law in Trier, vol. 32.
- FEJØ, Jens, «EC competition rules in national courts», Denmark, pt. VI, 2001, pp. 41-88.
- GIANNAKOPOULOS, Themistoklis, «The right to be orally heard by the Commission in antitrust, merger, anti-dumping [and] anti-subsidies and State aid Community procedures», *World competition*, vol. 24, núm. 4, 2001, pp. 541-569.
- GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago J., «La defensa procedimental y procesal frente a las concentraciones de empresas en el derecho comunitario: pautas prácticas», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 219, 2002, pp. 56-60.

- HIRSBRUNNER, Simon, «Neue Entwicklungen der EG-Fusionskontrolle im Jahre 2001», *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 13 Jahrg., 2002, Heft 15, pp. 452-460.
- IACOBUCCI, Edward M., y TREBILCOCK, Michael J., «Designing competition law institutions», *World Competition*, vol. 25, núm. 3, September 2002, pp. 361-394.
- KIRCHHOFF, Wolfgang, «Der Anwalt vor den nationalen Gerichten und Kartellbehörden», *Decentralised application of EC competition law = L'application décentralisée du droit communautaire de la concurrence = Die dezentrale Anwendung des EG-Kartellrechts*, 2001, pp. 105-112, Series of publications by the Academy of European Law in Trier, vol. 32.
- KLICKA, Thomas, «Zur Unterbrechung eines Wettbewerbsprozesses nach der Europäischen Gemeinschaftsmarkenverordnung (GMVO) und nach nationalem Recht, Einheit und Vielfalt des Rechts: Festschrift für Reinhold Geimer zum 65», *Geburtstag*, 2002, pp. 449-459.
- KOMNINOS, Assimakis P., «New prospects for private enforcement of EC competition law: Courage v. Crehan and the Community right to damages», *Common market law review*, vol. 39, núm. 3, 2002, pp. 447-487.
- MIRAM, Frank, «Die dezentrale Anwendung durch das Bundeskartellamt: Länderbericht Deutschland», *Decentralised application of EC competition law = L'application décentralisée du droit communautaire de la concurrence = Die dezentrale Anwendung des EG-Kartellrechts*, 2001, pp. 17-23, Series of publications by the Academy of European Law in Trier, vol. 32.
- OLSSON, Katarina, «EC competition rules in national courts», Sweden, pt. VI, 2001, pp. 89-159.
- PANUCCI, Marcella, y TAJANA, Alessandro, «La risoluzione del Parlamento europeo sul processo di modernizzazione: timori sui rischi del decentramento e sui poteri della Commissione», *Contratto e impresa*, Europa, anno VI, núm. 2, 2001, pp. 775-788.
- PETITBÒ JUAN, Amadeo, «Los órganos de defensa de la competencia ante la nueva economía y la descentralización de sus funciones», *Anuario de la Competencia 2001*, dirección: Lluís CASES, Madrid, Fundación ICO, Marcial Pons Editores, 2002, pp. 45-75.
- PIGNON, Sophie, «Le Conseil d'Etat au service du droit de la concurrence: les enseignements du rapport annuel. 1ère partie», *Les Petites affiches: La Loi*, année 391, núm. 124, 21 juin 2002, pp. 7-10.
- «Le Conseil d'Etat au service du droit de la concurrence: les enseignements du rapport annuel. 2ème partie», *Les Petites affiches: La Loi*, année 391, núm. 125, 24 juin 2002, pp. 6-9.
- «Le Conseil d'Etat au service du droit de la concurrence: les enseignements du rapport annuel. 3ème partie et fin», *Les Petites affiches: La Loi*, année 391, núm. 126, 25 juin 2002, pp. 8-10.
- PIZZICAROLI, Maurizio Emanuele, «L'applicazione della disciplina comunitaria della concorrenza da parte dell'Autorità garante del mercato in Italia», *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, anno XL, núm. 3, 2001, pp. 601-622.
- SCHPEL, Harm, «Delegation of regulatory powers to private parties under EC competition law: towards a procedural public interest test», *Common market law review*, vol. 39, núm. 1, 2002, pp. 31-51.
- SCHMIDT, Karsten, «Zivilprozess und Europakartellrecht: Verheißungen und Befürchtungen im Licht von Verfahrensrecht und Wettbewerbspolitik, Festschrift für Ekkehard Schumann zum 70», *Geburtstag*, 2001, pp. 405-422.

- SCODITTI, Enrico, «Danni da intesa anticoncorrenziale per una delle parti dell'accordo: il punto di vista del giudice italiano», *Il foro italiano*, anno CXXVII, núm. 2, 2002, pt. IV, col. 84-90.
- SIMON, Denys, «Une théorie de l'intensité du contrôle juridictionnel est-elle possible?: brefs propos sur une tentative avortée du Tribunal de première instance (TPI 30 janvier 2002 max.mobil Telekommunikation service GmbH, T-54/99)», *Europe*, année 12, núm. 4, avril 2002, pp. 3-5.
- SLOT, Piet Jan, «Is decentralization of competition law enforcement dangerous?: drawing lessons from the US experience», *Annual proceedings of the Fordham Corporate Law Institute*, 2001-2002, pp. 101-114.
- SPIRITUS DASSESE, Anne, «Le droit communautaire de la concurrence devant les juridictions nationales: l'expérience belge», *Decentralised application of EC competition law = L'application décentralisée du droit communautaire de la concurrence = Die dezentrale Anwendung des EG-Kartellrechts*, 2001, pp. 63-68, Series of publications by the Academy of European Law in Trier, vol. 32.
- TAVASSI, Marina, «Towards the application of article 81 (3) by national courts in Italy», *Decentralised application of EC competition law = L'application décentralisée du droit communautaire de la concurrence = Die dezentrale Anwendung des EG-Kartellrechts*, 2001, pp. 83-93, Series of publications by the Academy of European Law in Trier, vol. 32.
- WINTON, Graham, «The experience of the United Kingdom competition authorities», *Decentralised application of EC competition law = L'application décentralisée du droit communautaire de la concurrence = Die dezentrale Anwendung des EG-Kartellrechts*, 2001, pp. 55-60, Series of publications by the Academy of European Law in Trier, vol. 32.
- ZINSMEISTER, Ute, «Probleme der dezentralisierten Anwendung des EG-Kartellrechts», *Europäisches Wettbewerbsrecht im Zeichen der Globalisierung*, 2002, pp. 163-174.
- ZINSMEISTER, Ute, y LIENEMEYER, Max, «Die verfahrensrechtlichen Probleme bei der dezentralen Anwendung des europäischen Kartellrechts», *Wirtschaft und Wettbewerb*, 52 Jahrg., 2002, Heft 4, pp. 331-340.
- ZUBER, Andreas, *Die EG-Kommission als amicus curiae: die Zusammenarbeit der Kommission und der Zivilgerichte der Mitgliedstaaten bei der Anwendung der Wettbewerbsregeln des EG-Vertrages*, Köln, Heymann, 2002, ix, 158 pp.

E. CONTROL DE CONCENTRACIONES

- APRILE, Francesca, «Il controllo delle concentrazioni compiuto dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato: aspetti di politicità della valutazione, e conseguenze sulla tutela giurisdizionale dei terzi interessati, e sull'estensione del sindacato del giudice amministrativo», *Il foro amministrativo*, vol. LXXVII, núm. 9, 2001, pp. 2499-2510.
- ARHEL, Pierre, «Le livre vert sur la révision du règlement "concentrations": le vent de réforme communautaire continue de souffler», *Les petites affiches*, núm. 5, 2002, pp. 6-14.
- AUBANEL, Romain, «Commentaire du Livre vert de la Commission sur la révision du règlement de contrôle des concentrations», *Revue du Marché commun et de l'Union européenne*, núm. 456, mars 2002, pp. 153-157.
- BAUDENBACHER, Carl, *Neueste Entwicklungen im europäischen und internationalen Kartellrecht: achttes St. Galler Internationales Kartellrechtsforum 2001*, Basel, Helbing & Lichtenhahn, 2002, xvi, 222 pp.

- BERLIN, Dominique, «Concentrations: 1er janvier 1999-31 décembre 1999», *Revue trimestrielle de droit européen*, núm. 4, 2001, pp. 757-783.
- BEZZINA, Juanita, «The treatment of losses under the EC Merger Directive 1990», *European taxation*, vol. 42, núm. 2, 2002, pp. 57-71.
- BONARDI, Olivia, «Solidarietà versus concorrenza: la Corte di giustizia si pronuncia a favore del monopolio INAIL», *Rivista italiana di diritto del lavoro*, anno XXI, núm. 3, 2002, pp. 462-472.
- BRANDENBURGER, Rachel, y JANSSENS, Thomas, «European merger control: do the checks and balances need to be re-set?», *Annual proceedings of the Fordham Corporate Law Institute*, 2001-2002, pp. 135-182.
- BRAULT, Dominique, y BUHART, Jacques, «Progrès économique et contrôle de la concentration», *Les Petites affiches: La Loi*, année 391, núm. 179, 6 septembre 2002, pp. 9-12.
- BURNLEY, Richard, «An appropriate jurisdictional trigger for the EC Merger Regulation and the question of decentralisation», *World Competition*, vol. 25, núm. 3, September 2002, pp. 263-277.
- BURNSIDE, Alec, «Les incertitudes liées à la position dominante collective en matière de contrôle des concentrations», *Revue de la concurrence et de la consommation*, núm. 127, 2002, pp. 5-22.
- CAVANI, Giovanni, «Concentrazioni: la fattispecie», *Concorrenza e mercato*, núm. 9, 2001, pp. 71-74.
- COMPTE, Olivier; JENNY, Frédéric, y REY, Patrick, «Capacity constraints, mergers and collusion», *European Economic Review*, vol. 46, núm. 1, pp. 1-29.
- CORTÉS, Sonia (ed.), *From negotiation to antitrust clearance: national and international mergers in the third millennium*, The Hague, Boston, Kluwer Law International and Association Internationale des Jeunes Avocats = International Association of Young Lawyers, 2002, 456 pp.
- DALY, Daragh, y MASSEY, Patrick, «Proposed reform of the EU merger regulation», *Commercial law practitioner*, vol. 9, núm. 7, 2002, pp. 143-147.
- DOLMANS, M., y SNELDERS, R., «Cross-border mergers in company law and competition law: removing the final barriers», *Tijdschrift voor Europees en economisch recht*, Jaarg. 50, núm. 9, September 2002, pp. 307-332.
- DRAETTA, Ugo, «International law aspects of cooperation in merger review: long and short term solutions», *Diritto del commercio internazionale*, núm. 16.1, 2002, pp. 3-13.
- «Need for better trans-atlantic cooperation in the field of merger control» = «Nécessité d'une meilleure coopération trans-atlantique dans les procédures de contrôle des concentrations», *Revue de droit des affaires internationales*, núm. 5, 2002, pp. 557-568.
- DRAUZ, Götz, «Reform der Fusionskontrollverordnung: die Kernpunkte des Grünbuchs der Europäischen Kommission», *Wirtschaft und Wettbewerb*, 52 Jahrg., 2002, Heft 5, pp. 444-449.
- «Unbundling GE/Honeywell: the assessment of conglomerate mergers under EC competition law», *Fordham international law journal*, vol. 25, núm. 4, 2002, pp. 885-908.
- DUFOUR, Olivia, «La Commission Européenne confrontée au contrôle juridictionnel des concentrations», *Les Petites affiches: La Loi*, année 391, núm. 222, 6 novembre 2002, pp. 4-6.
- DUMEZ, Hervé, y JEUNEMAÎTRE, Alain, «Concurrence: les bonnes leçons de l'affaire GE-Honeywell», *Sociétal*, núm. 37, 3e trimestre, 2002, pp. 12-16.
- ESTEVA MOSSO, Carles, «El Libro Verde sobre la reforma del Reglamento de control de concentraciones», *Anuario de la Competencia 2001*, dirección: Lluís CASES, Madrid, Fundación ICO, Marcial Pons Editores, 2002, pp. 77-96.

- GARCÍA-DURÁN HUET, Patricia, «La lenta gestación de la política comunitaria de fusiones», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, vol. 6, núm. 12, mayo-agosto 2002, pp. 503-524.
- GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago, «La defensa procedimental y procesal frente a las concentraciones de empresas en el Derecho comunitario: Pautas prácticas», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 219, mayo-junio 2002, pp. 56-60.
- GUTIÉRREZ, Inmaculada, y PADILLA, Atilano Jorge, «La sustituibilidad de la oferta en el análisis de las concentraciones empresariales», *Anuario de la Competencia 2001*, dirección: Lluís CASES, Madrid, Fundación ICO, Marcial Pons Editores, 2002, pp. 207-229.
- HARTMANN-RÜPPEL, Marco, *Europäische Fusionskontrolle und Luftverkehr: die wettbewerbsrechtliche Beurteilung horizontaler Zusammenschlüsse im Luftverkehr nach der europäischen Fusionskontrollverordnung*, Baden-Baden, Nomos, 2002, 353 pp.
- HARTY, Ronan P. (presider) y BRANDENBURGER, Rachel [et al.] (panelists), «Mergers and acquisitions», *Annual proceedings of the Fordham Corporate Law Institute*, 2001-2002, pp. 219-267.
- HERRERO SUÁREZ, Carmen, «La excepción de eficiencia económica (*efficiency defense*) en el control de la concentración empresarial: análisis comparado entre el Derecho *antitrust* estadounidense y el Derecho de la competencia comunitario europeo», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 242, 2001, pp. 1943-1968.
- HOLMES, Simon, y TURNBULL, Sarah, «Remedies in merger cases: recent developments», *European Competition Law Review*, vol. 23, núm. 10, October 2002, pp. 499-511.
- HOUSE OF LORDS SELECT COMMITTEE ON THE EUROPEAN UNION, *The review of the EC merger regulation: with evidence*, Reports of the House of Lords Select Committee on the European Union, Session 2001-02, 32nd report, London, Stationery Office, 2002, 198 pp.
- JALABERT-DOURY, Nathalie, «Révision du règlement communautaire sur les concentrations: les silences du Livre vert appellent une réaction forte des entreprises» = «EC merger review: the Commission's silence in the Green Paper calls for strong business reaction», *Revue de droit des affaires internationales* = *International Business Law Journal*, núm. 2, 2002, pp. 127-154.
- JENNY, Frederic, «Collective dominance and the EC merger regulation», *Annual proceedings of the Fordham Corporate Law Institute*, 2001-2002, pp. 361-373.
- KLEEMANN, Dietrich, «Die Anwendung der europäischen Fusionskontrolle im Bereich der elektronischen Medien unter besonderer Berücksichtigung von Art. 21, Abs. 3, FKVO», *Konzentrationskontrolle im Rundfunk und wettbewerbliche Fusionskontrolle*, 2001, pp. 39-49.
- KOVACIC, William E., «Transatlantic turbulence: the Boeing-McDonnell Douglas merger and international competition policy», *Antitrust law journal*, vol. 68, issue 3, 2001, pp. 805-873.
- LAMPERT, Thomas, «Kompetenzabgrenzung zwischen nationaler und europäischer Fusionskontrolle: die Kriterien des Grünbuchs: gibt es andere (bessere?) Lösungsansätze?», *Wirtschaft und Wettbewerb*, 52 Jahrg., 2002, Heft 5, pp. 449-458.
- LESGUILLONS, Henry [et al.], «Développements récents du contrôle des concentrations» = «Recent merger control developments», *Revue de droit des affaires internationales* = *International Business Law Journal*, núm. 5, 2002, pp. 477-611.

- LOFARO, Andrea, y RIDYARD, Derek, «Beyond Bork: new economic theories of exclusion in merger cases», *European Competition Law Review*, vol. 23, issue 3, 2002, pp. 151-153.
- LÜBBIG, Thomas, y HAEHNEL, Alexandra, «Les droits des parties et des tiers dans la procédure de contrôle des concentrations: les systèmes contentieux communautaire et allemand» = «The rights of parties and third parties in merger control proceeding: the European and German litigation systems», *Revue de droit des affaires internationales*, núm. 5, 2002, pp. 569-581.
- MANO, Miguel de la, *For the customer's sake: The competitive effects of efficiencies in European merger control*, Luxembourg, European Commission, EUR-OP, 2002, 83 pp.
- MEDDEB, Mounir, «Contrôle communautaire des concentrations bancaires: aperçu des dernières évolutions et des réformes actuelles», *Contrats, concurrence, consommation*, núm. 3, 2002, pp. 12-16.
- MEIER-SCHATZ, Christian J., «Einführung in das neue Fusionsgesetz», *Aktuelle juristische Praxis*, 11 Jahrg., 2002, Heft 5, pp. 514-529.
- MISCHE, Harald, *Nicht-wettbewerbliche Faktoren in der europäischen Fusionskontrolle: Wettbewerbspolitik zwischen Schutzpolitik und Gestaltung*, Baden-Baden, Nomos, 2002, 393 pp.
- MONOPOLKOMMISSION, Deutschland, *Folgeprobleme der europäischen Kartellverfahrensreform: Sondergutachten der Monopolkommission gemäß Paragr. 44, Abs. 1, Satz 4, GWB*, Baden-Baden, Nomos, 2002, 65 pp.
- *Problems consequent upon the reform of the European cartel procedures: special report by the German Monopolies Commission pursuant to section 44, para. 1, sentence 4 of the Act against Restraints of Competition (GWB)*, Baden-Baden, Nomos, 2002, 60 pp.
- MONTAG, Frank, «Internationale Fusionskontrollanmeldungen: Probleme und Lösungsansätze», *Neueste Entwicklungen im europäischen und internationalen Kartellrecht*, 2002, pp. 181-200.
- MÜLLER, Bernhard, «Einstweiliger Rechtsschutz für Unternehmen im Fusionskontrollverfahren», *Wettbewerb in Recht und Praxis*, 48 Jahrg., 2002, Heft 9, pp. 1037-1049.
- 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. 43-56.
- NIEMEYER, Hans-Jörg (presider); DRAUZ, Götz; JENNY, Frédéric, y TEMPLE LANG, John (panelists), «Collective dominance-oligopoly behavior under articles 81, 82 and the EC merger regulation», *Annual proceedings of the Fordham Corporate Law Institute*, 2001-2002, pp. 375-391.
- NORBERG, Sven, «Recent decisions by the European Commission in the field of antitrust and mergers», *Neueste Entwicklungen im europäischen und internationalen Kartellrecht*, 2002, pp. 17-62.
- OFFICE OF FAIR TRADING, *Mergers: substantive assessment. A consultation paper*, London, Office of Fair Trading, 2002, 46 pp., <http://www.offt.gov.uk/NR/rdonlyres/eecpmdiyaqv7d6xvi3qnz6kkk5rcyb7qodmcrgjhi3ylmsqy6brimbfstmvz5bhdu-puqtg4ufprnnsksw2senkqxf/oft506.pdf>.
- OSTI, Cristoforo, y PARDOLESI, Roberto, «Falsi amici: le concentrazioni in Europa e negli Stati Uniti», *Giurisprudenza commerciale*, núm. 29.2, 2002, pt. I, pp. 153-180.
- «La decisione della Commissione CE sul caso General Electric/Honeywell», *Giurisprudenza commerciale*, núm. 29.2, 2002, pt. II, pp. 311-327.

- OVERD, Alan, «After the Airtours appeal», *European Competition Law Review*, vol. 23, núm. 8, August 2002, pp. 375-377.
- PAPPALARDO, Aurelio, «L'application du règlement sur le contrôle des concentrations: 1er janvier 2001-30 juin 2002», *Journal des tribunaux (Droit européen)*, núm. 91, septembre 2002, pp. 172-180.
- POLLEY, Romina, «Die neue Praxis der Europäischen Kommission zu Nebena-breden in der Fusionskontrolle», *Wettbewerb in Recht und Praxis*, 48 Jahrg., 2002, Heft 3, pp. 304-309.
- PROSPERI MANGILI, M. Luisa, «Merger review in a global market from the EU — US perspective: international co-operation and harmonization», *Contratto e impresa (Europa)*, anno VI, núm. 1, 2001, pp. 163-206.
- SCHIEDGEN, Anja, y STURHAHN, Detlef-Holger, «Das Untersagungskriterium in der Fusionskontrolle: marktbeherrschende Stellung versus “substantial lessening of competition”? : Tagungsbericht des Bundeskartellamtes», *Wirtschaft und Wettbewerb*, 52 Jahrg., 2002, Heft 1, pp. 31-34.
- SGARD, Jérôme, «Quel contrôle international pour les concentrations industrielles?», *Problèmes économiques*, núm. 2.767, 26 juin 2002, pp. 28-32.
- SINCLAIR, Duncan, «Reflections on the European Commission's proposals to amend the jurisdictional test in the Merger Regulation: a hall of mirrors?», *European competition law review*, vol. 23, issue 7, 2002, pp. 326-330.
- SNELDERS, Robbert, y DOLMANS, Maurits J. F. M., «Cross-border mergers in company law and competition law: removing the final barriers», *Sociaal economische wetgeving*, 49e Jahrg., 2002, núm. 9, pp. 307-332.
- SOLANA, Gonzalo, «Diferencias entre Estados Unidos y la Unión Europea en materia de control de concentraciones. Aplicación práctica», *Anuario de la Competencia 2001*, dirección: Lluís CASES, Madrid, Fundación ICO, Marcial Pons Editores, 2002, pp. 25-43.
- STRUIJLAART, Robin A., «Minority share acquisitions below the control threshold of the EC merger control regulation: an economic and legal analysis», *World competition*, vol. 25, núm. 2, 2002, pp. 173-204.
- SWEDISH COMPETITION AUTHORITY, *The pros and cons of merger control*, Stockholm, Konkurrensverket, 2002, 119 pp., <http://www.kkv.se/epdf/skrift%5Fproscons.pdf>.
- THOUVENIN, Jean-Marc, «L'arrêt Airtours du 6 juin 2002: l'irruption du juge dans le contrôle des concentrations entre entreprises», *Revue du Marché commun et de l'Union européenne*, núm. 460, juillet-août 2002, pp. 482-485.
- VICKERS, John, «International mergers: the view from a national authority», *Annual proceedings of the Fordham Corporate Law Institute*, 2001-2002, pp. 203-217.
- VOGEL, Louis, y VOGEL, Joseph, «La réforme du contrôle communautaire des concentrations: le débat est lancé», *La semaine juridique (Entreprise et affaires)*, núm. 6, 2002, pp. 262-263.
- WEI, Xinjiang, «When will we see cross-border bank mergers», *European Competition Law Review*, vol. 23, issue 1, 2002, pp. 11-16.
- WEITBRECHT, Andreas, «EU merger control in 2001: the year of controversy», *European Competition Law Review*, vol. 23, núm. 8, August 2002, pp. 407-416.
- ZINSER, Alexander, «Die Fusionskontrolle nach dem neuen polnischen Kartellgesetz», *Wirtschaft und Wettbewerb*, 52 Jahrg., 2002, Heft 1, pp. 25-31.

F. AYUDAS PÚBLICAS

- AMBROSINI, Stefano, y JEANTET, Luca, «La revocatoria fallimentare nelle procedure “amministrative” fra diritto concorsuale e diritto della concorrenza:

- la questione degli aiuti di Stato», *Giurisprudenza commerciale*, núm. 29.2, 2002, pt. I, pp. 192-212.
- BARCELLONA, Mario, «Amministrazione straordinaria e aiuti di Stato: sulla compatibilità della disciplina transitoria dell'art. 106, d. lgs. 270/1999 con gli artt. 87 e 88 del Trattato UE», *Europa e diritto privato*, núm. 1, 2002, pp. 201-228.
- BARTOSCH, Andreas, «Der EuGH zieht der EG-Beihilfenkontrolle engere Schranken: das Urteil in der Rechtssache Ferring/ACOSS», *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, 21 Jahrg., 2002, Heft 2, pp. 174-179.
- «The relationship between public procurement and State aid surveillance: the toughest standard applies?», *Common market law review*, vol. 39, núm. 3, 2002, pp. 551-576.
- BAUER, Kilian, «Das Bietverfahren im EG-Beihilfenrecht bei der übertragenden Sanierung rechtswidrig begünstigter Unternehmen», *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 12 Jahrg., 2001, Heft 24, pp. 748-756.
- BAVASSO, Antonio F., «Public service broadcasting and State aid rules: between a rock and a hard place», *European law review*, vol. 27, núm. 3, 2002, pp. 340-350.
- BECKER, Tim, *Das WTO-Subventionsübereinkommen: Einfluß auf die Rechtsschutzmöglichkeiten Dritter gegen Beihilfen im Rahmen des EG-Rechts*, Frankfurt am Main, Lang, 2001, 292 pp.
- BERGERÈS, Maurice-Christian, «De quelques difficultés liées aux régimes fiscaux constitutifs d'aides en droit communautaire», *Recueil Dalloz*, núm. 30, 2002, pp. 2394-2399.
- BIONDI, Andrea, y MARIANI, Luca, «Garanzie statali e disciplina comunitaria degli aiuti di Stato», *Mercato concorrenza regole*, anno III, núm. 3, 2001, pp. 577-599.
- BOSCO, Stefano, «Gli aiuti di Stato nella normativa comunitaria e nella recente giurisprudenza della Corte di cassazione», *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, anno XL, núm. 3, 2001, pp. 529-561.
- BOZZA, Elena, «Misure statali anticoncorrenziali e responsabilità delle imprese», *Il diritto dell'Unione europea*, anno VI, núm. 2-3, 2001, pp. 525-536.
- CÁMARA OFICIAL DE COMERCIO E INDUSTRIA DE MADRID, *Aplicación de las normas sobre competencia a las ayudas estatales concedidas a pequeñas y medianas empresas*, Comunidad Europea, año XXVIII, núm. 2, 2001, pp. 44-46.
- CASTILLO DE LA TORRE, Fernando, y KEPPELNE, Jean-Paul, «Ayudas estatales: jurisprudencia comunitaria en 2001», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 217, 2002, pp. 106-134.
- CICHY, Patrick, *Wettbewerbsverfälschungen durch Gemeinschaftsbeihilfen: eine Untersuchung der Kontrolle von Gemeinschaftsbeihilfen anhand wettbewerbsrechtlicher Maßstäbe des europäischen Gemeinschaftsrechts*, Baden-Baden, Nomos, 2002, 235 pp.
- CRELLWITZ, Kristin, *Artikel 87 EGV zwischen Wettbewerbsfreiheit und Beschäftigungspolitik: Recht und Praxis staatlicher Beihilfengewährung als arbeitsmarktpolitisches Mittel*, Baden-Baden, Nomos, 2001, 195 pp.
- DIVERIO, Davide, «Regioni e nuovi regolamenti in materia di aiuti», *Diritto del commercio internazionale*, núm. 15.4, 2001, pp. 861-871.
- EHRKE, Tina, «Österreichische Energieabgabenvergütung als Beihilfe im Sinne von Art. 87, Abs. 1, EGV n. F. (Art. 92, Abs. 1, EGV a. F.)», *Internationales Steuerrecht*, 11 Jahrg., 2002, Heft 19, pp. 677-680.
- FALCONE, Nicoletta, «I regolamenti di esenzione per categoria nel settore degli aiuti di Stato», *Concorrenza e mercato*, núm. 9, 2001, pp. 353-365.

- FLYNN, Leo, «Permissible public intervention in markets and substantive EC law on State aid», *Irish law times*, vol. 20, núm. 6, 2002, pp. 87-91.
- FOX, Eleanor M., «State aids control and the distortion of competition — unbundling “distortion”», *Annual proceedings of the Fordham Corporate Law Institute*, 2001-2002, pp. 91-99.
- FRÜHLING, Pierre, «The dissuasive “one time, last time” principle applied to European airlines State aid control», *Air and space law*, vol. XXVII, núm. 2, 2002, pp. 135-150.
- GIGLIO, Virginia, y SETOLA, Roberto, «La disciplina degli aiuti di Stato e le crisi bancarie italiane», *Mercato concorrenza regole*, anno IV, núm. 1, 2002, pp. 213-247.
- GUNDEL, Jörg, «Staatliche Ausgleichszahlungen für Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse: zum Verhältnis zwischen Art. 86, Abs. 2, EGV und dem EG-Beihilfenrecht», *Recht der internationalen Wirtschaft*, 48 Jahrg., 2002, Heft 3, pp. 222-230.
- KAMANN, Hans-Georg, «Verfahrensrechtlicher und gerichtlicher Individualrechtsschutz im EG-Beihilfenkontrollrecht aus der Sicht der Praxis», *Individualrechtsschutz in der EG und der WTO*, 2002, pp. 161-176.
- KOENIG, Christian, y KHÜLING, Jürgen, «EG-beihilfenrechtliche Beurteilung mitgliedstaatlicher Infrastrukturförderung im Zeichen zunehmender Privatisierung», *Verwaltung und Governance im Mehrebenensystem der Europäischen Union*, 2002, pp. 115-135.
- KOENIG, Christian, y PICKARTZ, Thomas, «Die aufschiebend bedingte staatliche Beihilfengewährung nach der Verfahrensverordnung in Beihilfesachen», *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, 21 Jahrg., 2002, Heft 2, pp. 151-155.
- KOENIG, Christian; KÜHLING, Jürgen, y RITTER, Nicolai, *EG-Beihilfenrecht: mit zahlreichen Übersichten und Tabellen*, Heidelberg, Recht und Wirtschaft, 2002, 499 pp.
- KRUSE, Eberhard, «Das Merkmal der “Staatlichkeit” der Beihilfe nach Art. 87, Abs. 1, EG: nach dem EuGH-Urteil zum deutschen Stromeinspeisungsgesetz», *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht*, 165 Bd., 2001, 6, pp. 576-592.
- KUBE, Hanno E., *National tax law and the transnational control of State aids: on the need for a further reconciliation of economic and social policy concerns in transnational law*, Badia Fiesolana, San Domenico (FI), European University Institute, 2001, 33 pp.
- KUCHINKE, Björn A., y SCHUBERT, Jens M., «Beihilfen und Krankenhäuser», *Wirtschaft und Wettbewerb*, 52 Jahrg., 2002, Heft 7-8, pp. 710-719.
- KUHN, Tilman, «Implications of the “Preussen Elektra” judgment of the European Court of Justice on the Community rules on State aid and the free movement of goods: preliminary ruling of 13 March 2001, case C-379/98, Preussen Elektra v. Schleswag», *Legal issues of European integration*, vol. 28, núm. 3, 2001, pp. 361-376.
- LEINER, Miriam, *Staatsbürgschaften und EG-vertragliches Beihilfeverbot: die Rückforderung nationaler Beihilfen am Beispiel staatlich verbürgter Kredite*, Baden-Baden, Nomos, 2002, 220 pp.
- LINDNER, Josef Franz, «Die EG-Verfahrensverordnung zur gemeinschaftsrechtlichen Beihilfenkontrolle: auf dem Weg zu einem allgemeinen Europäischen Verwaltungsrecht», *Bayerische Verwaltungsblätter*, 133 Jahrg., 2002, Heft 7, pp. 193-202.
- LÜBBIG, Thomas, «Das “Stardust-Marine” —Urteil des EuGH zur Anwendung des EG-Beihilfenrechts auf das Aktivgeschäft der öffentlichen Banken», *WM — Wertpapiermitteilungen*, 56 Jahrg., 2002, Heft 36, pp. 1828-1831.

- MAIL-FOUILLEUL, Stéphane, «La légalité communautaire des aides d'Etat au transport combine», *Revue du droit de l'Union européenne*, núm. 1, 2002, pp. 109-132.
- *Les sanctions de la violation du droit communautaire de la concurrence*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2002, xii, 665 pp.
- MAMELI, Giovanni, y NANETTI, Francesco, «The creeping normative role of the EC Commission in the twin-track struggle against State aids and harmful tax competition», *EC Tax Review*, vol. 11, núm. 4, 2002, pp. 185-191, <http://www.swetswise.com/link/access%5Fdb?issn=0928-2750>.
- MARTÍN DE LORENZO-CÁCERES, José Lucas, «La ZEC, las ayudas de Estado y el Código comunitario de conducta fiscal: breves notas sobre la negociación», *Noticias de la Unión Europea*, año XVII, núm. 203, 2001, pp. 79-91.
- MEIER, Eric, y PERROT, Thomas, «Les aides d'état comme instrument de lutte contre la concurrence fiscale dommageable: la pierre philosophale?», *Revue de droit fiscal*, núm. 3, 2002, pp. 136-149.
- MICHEL, Eva-Maria, y ALTES, Bärbel, «Europäisches Beihilferecht und Rundfunkfinanzierung: kein Ende in Sicht?», *Juridikum*, núm. 1, 2002, pp. 13-17.
- MOSCO, Gian Domenico, «Confidi, p. m. i. e regole comunitarie sugli aiuti di Stato», *Contratto e impresa*, Europa, anno VI, núm. 2, 2001, pp. 591-623.
- NETTESHEIM, Martin, «Europäische Beihilfeaufsicht und mitgliedstaatliche Daseinsvorsorge», *Europäisches Wirtschafts & Steuerrecht*, 13 Jahrg., 2002, Heft 6, pp. 253-263.
- NICOLAIDES, Phedon, «Control of State aid in the European Union: compliance, sanctions and rational behaviour», *World Competition*, vol. 25, núm. 3, September 2002, pp. 249-262.
- «The new frontier in state aid control: an economic assessment of measures that compensate enterprises», *Intereconomics*, vol. 37, núm. 4, July-August 2002, pp. 190-197.
- NORDBERG, Christian, «Nationale Forschungsförderung und EU-Beihilfenrecht», *Ecolex*, 12 Jahrg., 2001, Heft 12, pp. 951-954.
- ORTEGA BUENO, Raimundo, y ORTEGA FERNÁNDEZ, Raimundo, «La sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto Preussen Elektra: la necesidad de una interpretación en función de los efectos en materia de ayudas públicas», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 222, noviembre-diciembre 2002, pp. 86-97.
- PAPPALARDO, Aurelio, «State aids and competition policy», *In memoriam J. D. B. Mitchell*, 1983, pp. 184-193.
- PORCHIA, Ornella, «La giurisprudenza comunitaria in materia di aiuti pubblici alle imprese», *Diritto pubblico comparato ed europeo*, I, 2002, pp. 345-354.
- RODRÍGUEZ MÍGUEZ, José Antonio, «Mercado, participación pública en el capital y ayudas estatales: el principio del inversor privado en una economía de mercado», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 221, 2002, pp. 79-65.
- ROMAGNOLI, Alexandra, «In tema di aiuti di Stato a finalità regionale concessi ad imprese che gestiscono servizi di interesse economico generale», *Rivista di diritto industriale*, anno LI, núm. 1, 2002, pt. II, pp. 26-38.
- RUBINI, Luca, «Brevi note a margine del caso Preussen Elektra, ovvero come "prendere seriamente" le norme sugli aiuti di Stato e la tutela dell'ambiente nel diritto comunitario», *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, anno XL, núm. 3, 2001, pp. 473-501.
- SÁNCHEZ RYDELSKI, Michael, *EG und WTO Antisubventionsrecht: ein konzeptioneller Vergleich der EG Antisubventions-Verordnung mit den Beihilfavorschriften des*

- EG-Vertrages unter Berücksichtigung des Subventionsübereinkommens der WTO*, Baden-Baden, Nomos, 2001, 355 pp.
- SCHROEDER, Werner, «Die Privatisierung öffentlicher Unternehmen und das EG-Beihilfenrecht», *Europäisches Wirtschafts & Steuerrecht*, 13 Jahrg., 2002, Heft 4, pp. 174-180.
- SCHÜTTERLE, Peter, «State aid control: an accession criterion», *Common market law review*, vol. 39, núm. 3, 2002, pp. 577-590.
- SINNAEVE, Adinda, «Block exemptions for State aid: more scope for State aid control by Member States and competitors», *Common market law review*, vol. 38, núm. 6, 2001, pp. 1479-1501.
- «Competition policy, state aid and state enterprises», *Annual proceedings of the Fordham Corporate Law Institute*, 2001-2002, pp. 67-89.
- SLOTBOOM, Marco M., «Subsidies in WTO law and EC law: broad and narrow definitions», *Journal of World Trade*, vol. 36, núm. 3, June 2002, pp. 517-542.
- SPIOTTA, Marina, «Il primo caso di inammissibilità dell'azione revocatoria fallimentare per contrasto con la normativa sul divieto di aiuti di Stato nella procedura di liquidazione coatta amministrativa», *Giurisprudenza commerciale*, núm. 29.2, 2002, pt. II, pp. 237-241.
- STANBROOK, Clive (presider); FOX, Eleanor; SINNAEVE, Adinda, y SLOT, Piet Jan (panelists), «EC state aid and policy», *Annual proceedings of the Fordham Corporate Law Institute*, 2001-2002, pp. 115-128.
- TILMANN, Winfried, y SCHREIBAUER, Marcus, «Rechtsfolgen rechtswidriger nationaler Beihilfen», *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*, 104 Jahrg., 2002, Heft 3, pp. 212-224.
- TIRABOSCHI, Michele, «Aiuti di Stato e contratti di formazione e lavoro nella decisione della Corte di giustizia del 7 marzo 2002: sentenza annunciata, risultato giusto», *Rivista italiana di diritto del lavoro*, anno XXI, núm. 3, 2002, pp. 435-443.
- TIRALONGO, Giuseppe, «L'attualità degli aiuti di Stato», *Il fisco: giornale tributario di legislazione e attualità*, anno XXVI, núm. 1, 2002, pp. 70-75.
- UREÑA SALCEDO, Juan Antonio, «La consideración de algunos créditos y participaciones empresariales de las cajas de ahorros como ayudas públicas», *Revista de derecho comunitario europeo*, año 6, núm. 11, 2002, pp. 155-176.
- VEZZOSO, Giovanni, «Commento alla decisione 18 luglio 2001 relativa agli aiuti erogati dall'Italia nel settore portuale», *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, anno XLI, núm. 1, 2002, pp. 119-128.

G. COMPETENCIA Y REGULACIÓN SECTORIAL

- ABBADESSA, Maria, «Coassicurazione e normativa antitrust», *Europa e diritto privato*, núm. 2, 1999, pp. 627-642.
- ALBERS, Michael, «Energy liberalisation and EC competition law», *Annual proceedings of the Fordham Corporate Law Institute*, 2001-2002, pp. 393-421.
- «Energy liberalization and EC competition law», *Fordham International Law Journal*, vol. 25, núm. 4, April 2002, pp. 909-945.
- AMERICAN BAR ASSOCIATION, *Energy antitrust handbook: a guide to the electric and gas industries*, Chicago (Ill.), American Bar Association, Section of Antitrust Law, 2002, xi, 218 pp.
- ANDERMAN, Steve, «EC competition law and intellectual property rights in the new economy», *The antitrust bulletin*, vol. XLVII, núm. 2-3, 2002, pp. 285-308.

- ANDREWS, Philip, «Self-regulation by professions: the approach under EU and US competition rules», *European competition law review*, vol. 23, issue 6, 2002, pp. 281-285.
- AUTERI, Paolo, *Diritto industriale: proprietà intellettuale e concorrenza*, Torino, Giappichelli, 2001, xx, 653 pp.
- BASTIANON, Stefano, «Due pronunce, tanti problemi, nessuna soluzione: ovvero, gli avvocati e l'antitrust secondo la Corte di giustizia», *Il foro italiano*, anno CXXVII, núm. 4, 2002, pt. IV, col. 188-197.
- BAUR, Jürgen F., «Aktuelle Probleme des Energiekartellrechts», *Umweltschutz und Energieversorgung im nationalen und internationalen Rechtsrahmen*, 2002, pp. 51-60.
- BOET SERRA, Elena, *La libre competencia en el transporte marítimo (el tráfico de mercancías en línea regular)*, Barcelona, Bosch, 2000, 630 pp.
- BÖHNEL, Gisela, *Wettbewerbsbegründende Durchleitungen in der Elektrizitätswirtschaft: richtlinienkonforme Durchsetzbarkeit nach deutschem Recht*, Baden-Baden, Nomos, 2001, 382 pp.
- BOSCOLO, Emanuele, «Le telecomunicazioni in Italia alla ricerca della concorrenza», *I servizi a rete in Europa*, 2000, pp. 231-269.
- BÜDENBENDER, Ulrich, «Generelle und energierechtliche Konflikte zwischen Wettbewerb und Umweltschutz», *Deutsches Verwaltungsblatt*, 117 Jahrg., 2002, Heft 12, pp. 800-809.
- BUGLIONI, Francesca; MELI, Vito, y ROCCHIETTI, Annalisa, «Linee direttrici dell'intervento antitrust nel settore bancario», *Concorrenza e mercato*, núm. 9, 2001, pp. 335-351.
- CALLOL GARCÍA, Pedro, y SANTOS LORENZO, Salomé, «El mantenimiento de la libre competencia en el mercado de servicios ADSL», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 222, 2002, pp. 69-85.
- CAMARDI, Carmelita, «Integrazione giuridica europea e regolazione del mercato: la disciplina dei contratti di consumo nel sistema del diritto della concorrenza», *Europa e diritto privato*, núm. 3, 2001, pp. 703-728.
- CANNIZZARO, Enzo, «Regole di concorrenza e reti transeuropee: riflessioni sul problema della coerenza fra politiche comunitarie», *Il diritto dell'Unione europea*, anno VI, núm. 2-3, 2001, pp. 392-401.
- CAPPARELLI, Angelo, «Concorrenza-mercato nel settore degli appalti di lavori pubblici: aplicación», *Costituzione italiana e diritto comunitario*, 2002, pp. 343-357.
- CHENG-JUI LU, Angela, *International airline alliances: EC competition law/US anti-trust law and international air transport*, New York, Kluwer Law International, 2002.
- CIRENELI, Maria Teresa, «L'amministrazione straordinaria tra diritto concorsuale e diritto della concorrenza», *Europa e diritto privato*, núm. 2, 2000, pp. 293-332.
- CLARONI, Alessio, «Sull'abuso di posizione dominante nell'esercizio dei servizi di assistenza a terra (handling) aeroportuali», *Rivista di diritto industriale*, anno L, núm. 6, 2001, pt. II, pp. 409-423.
- COOKE, John D., «Competition rules and agricultural products: some comments on the case-law of the European Court of Justice», *Agricultural law for the European Union*, 1999, pp. 67-85.
- CORRUBLE, Philippe, «Le droit communautaire de la concurrence appliqué aux ports européens», *Le droit maritime français*, núm. 622, 2002, pp. 68-83.
- «Le droit communautaire de la concurrence appliqué aux activités portuaires», *Le droit maritime français*, núm. 623, 2002, pp. 160-185.

- DÄUPER, Olaf, «Neue Anforderungen an die Fusionskontrolle in der Energiewirtschaft: Auswirkungen der aktuellen Entscheidungspraxis des Bundeskartellamts auf die Marktstruktur in der Energiewirtschaft», *Wirtschaft und Wettbewerb*, 52 Jahrg., 2002, Heft 5, pp. 458-470.
- DE QUINTO, Javier, «La liberalización del mercado del gas natural», *Economistas*, núm. 91, 2002.
- DEFALQUE, Lucete, «L'application des règles de concurrence aux réglementations des ordres professionnels», *Journal des tribunaux*, núm. 6.059, 2002, pp. 457-461.
- DEHOUSSE, Franklin, y MACZKOVICS, Carole, «L'ouverture du marché postal: réglementation européenne et application en Belgique», *Courrier hebdomadaire du CRISP*, núm. 1.749-1.750, 2002.
- DI PORTO, Fabiana, «Il cd. "tetto antitrust" alla generazione di energia elettrica: nuovi poteri all'Autorità garante della concorrenza e del mercato?», *Concorrenza e mercato*, núm. 9, 2001, pp. 367-386.
- DIDIER, Michel, y LORENZI, Jean-Hervé, «Le marché des télécommunications, entre monopole et oligopole», *Problèmes économiques*, núm. 2.754, 27 mars 2002, pp. 7-11.
- DOHERTY, Barry, «Competition law and sector-specific regulation», *Computer and telecommunications law review*, vol. 7, issue 8, 2001, pp. 225-232.
- DUBEY, Jean-Philippe, y DUPONT, Jean-Louis, «Droit européen et sport: portrait d'une cohabitation», *Journal des tribunaux, Droit européen*, vol. 10, núm. 85, janvier 2002, pp. 1-15.
- EGGER, Alexander, y STIX-HACKL, Christine, «Sports and competition law: a never-ending story?», *European Competition Law Review*, vol. 23, issue 2, 2002, pp. 81-91.
- ESCHWEILER, Wilhelm, *Internet und Wettbewerbsrecht: Referat im Rahmen der Vortragsreihe «Rechtsfragen der europäischen Integration»*, Bonn, Rheinische Friedrich-Wilhelms Universität, Zentrum für Europäisches Wirtschaftsrecht, 2002, 21 pp.
- ESNAULT, Benoît, «Libéralisation des marchés électriques et choix d'investissement en production», *Revue de l'énergie*, núm. 539, septembre 2002, pp. 503-512.
- ESTELLA DE NORIEGA, Antonio, «La ejecución en España de la Directiva 98/30, relativa a la liberalización del sector del gas natural», *Revista de Administración Pública*, núm. 157, 2002, pp. 393-420.
- EUROPEAN COMMISSION, Bird & Bird, *Market definition in the media sector. Comparative legal analysis*, Brussels, 2002, 326 pp., <http://europa.eu.int/comm/competition/publications/studies/legal%5Fanalysis.pdf>.
- FAURE, Michael, y VAN DER BERGH, Roger, «Competition on the European market for liability insurance and efficient accident law», *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 9, núm. 3, 2002, pp. 279-306.
- FISCHER, Ulrich, «Unlauterer Wettbewerb durch Doping im europäischen Profisport?», *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 13 Jahrg., 2002, Heft 10, pp. 297-300.
- FONT GALARZA, Andrés, «La retransmission des événements sportifs en regard des règles de saine concurrence», *Sport et Union européenne*, 2001, pp. 157-162.
- GANGOLFÍ, Gino, *La concorrenza nel settore bancario italiano: le banche tra competizione, concentrazione e norme antitrust*, Roma, Bancaria, 2002, 223 pp.
- GENESTE, Bernard, y LEGROS, Véronique, «Les images du sport: le statut des droits de retransmission au regard du droit communautaire de la concurren-

- ce», *Revue des affaires européennes = Law & European affairs*, núm. 3, 2001-2002, pp. 382-389.
- GENOVESE, Anna, y FONDERICO, Giuliano, «Concorrenza e regolamentazione asimmetrica nelle telecomunicación», *Europa e diritto privato*, núm. 1, 1999, pp. 45-136.
- GERADIN, Damien, y KERF, Michel, *Controlling market power in telecommunications: antitrust vs. sector-specific regulation*, Oxford (England), New York, Oxford University Press, 2002.
- GHELARDUCCI, Franco, «Misure pubbliche e accordi tra imprese nella giurisprudenza comunitaria: il difficile equilibrio tra regolazione del mercato e interessi corporativi», *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, año XI, núm. 6, 2001, pp. 1053-1087.
- GIPPINI FOURNIER, Eric, «Droit communautaire de la concurrence et sport automobile: épilogue des affaires FIA/Formula One», *Revue des affaires européennes = Law & European affairs*, núm. 3, 2001-2002, pp. 361-371.
- GÓMEZ SEGADE, José Antonio, «Propiedad industrial e intelectual y Derecho de la competencia en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (AEEE)», *Tecnología y derecho*, 2001, pp. 177-198.
- GUERRIERI, Paolo, y SCHARRER, Hans-Eckart (eds.), *Trade, investment and competition policies in the global economy: the case of the international telecommunications regime*, Baden-Baden, Nomos, 2002, 440 pp.
- GUNTHER, Jacques-Philippe, y ROSKIS, Dan, «La gestion des droits de radiodiffusion d'événements sportifs au regard du droit de la concurrence», *Sport et Union européenne*, 2001, pp. 137-155.
- HANNAY, William M., y MONTGOMERY, William A., *Insurance antitrust and unfair trade practices law*, Chicago (IL), CCH Incorporated, 2002.
- HEFFERMANN, Angela, *Telekommunikationsrecht: Liberalisierung und Wettbewerb*, Wien, Verlag Österreich, 2002, 358 pp.
- HEINTSCHEL VON HEINEGG, Wolff, «The natural gas sector: liberalisation of the gas market», *European law in the German-Norwegian context*, 2002, pp. 103-116.
- HERVÉ, Francis, y GIRARD, Philippe, «Le trading des commodités énergétiques en Europe: cas de l'électricité», *Revue de l'énergie*, núm. 541, novembre 2002, pp. 633-638.
- HOLZHÄUSER, Michael, *Essential facilities in der Telekommunikation: der Zugang zu Netzen und anderen wesentlichen Einrichtungen im Spannungsfeld zwischen sektorspezifischer Regulierung und allgemeinem Wettbewerbsrecht*, München, Beck, 2001, xxxiv, 299 pp.
- HOVENKAMP, Herbert; JANIS, Mark D., y LEMLEY, Mark A., *IP and antitrust: an analysis of antitrust principles applied to intellectual property law*, New York, Aspen Law & Business, 2002.
- HUNTER, Russell Graeme, *The pharmaceutical sector in the European Union: intellectual property rights, parallel trade and community competition law*, Stockholm, Jure, 2001, 76 pp.
- HUONDER, IVO, *Die kartellrechtlichen Probleme bei strategischen Luftfahrtallianzen*, Zürich, Schulthess, 2001, xxxv, 241 pp.
- IDOT, Laurence, «Avocats et droit de la concurrence: la rencontre a eu lieu...», *Europe*, núm. 5, 2002, pp. 5-8.
- ILLING, Gerhard [et al.], «Spectrum auctions and competition in telecommunications», *IFO-Studien*, vol. 48, núm. 1, 2002, pp. 3-203.
- KARAYANNIS, Vassilios, «Le service universel de télécommunications en droit communautaire: entre intervention publique et concurrence», *Cahiers de droit européen*, vol. 38, núm. 3-4, 2002, pp. 315-375.

- KNOL, «PC, Sectorspecifieke regelgeving en concentratietoezicht in de mobiele telecommunicatiemarkt», *De rol van het mededingingsrecht in gereguleerde markten*, 2001, pp. 65-89.
- KORAH, C. Valentine, «The interface between intellectual property and antitrust: the European experience», *Antitrust Law Journal*, vol. 69, issue 3, 2002, pp. 801-839.
- KRONENBERGER, Vincent, «Gas sale agreements and competition law in the EEA (Commission's closure of 17 July 2002 concerning the Norwegian GFU case, COM/36.072, IP/02/1084)», *European Law Reporter*, vol. 5, núm. 7-8, July-August 2002, pp. 263-267.
- LAGET-ANNAMAYER, Aurore, *La régulation des services publics en réseaux: Télécommunications et électricité*, Bruxelles, Bruylant, Paris, LGDJ, 2002, 546 pp.
- LAZZARA, Paolo, «Concorrenza e codici deontologici nel diritto comunitario», *Il foro amministrativo*, vol. I, núm. 2, 2002, pp. 312-315.
- LE GALL, Arnaud, «Précisions sur la compétence de la Commission de régulation de l'électricité», *Le Dalloz*, année 178, Cahier droit des affaires, núm. 39/7092, 7 novembre 2002, pp. 2997-2998.
- LEVILAIN, Fabienne, y MARTIN, Sylvain, «L'application de la théorie des "facilités" essentielles dans le secteur des télécoms, de l'électricité et du gaz», *La Gazette du palais, Recueil bimestriel*, année 122, núm. 5, pp. 1512-1514.
- LIFLAND, William T. (presider), y ALBERS, Michael [et al.] (panelists), «Energy liberalization — deregulation», *Annual proceedings of the Fordham Corporate Law Institute*, 2001-2002, pp. 519-532.
- MANNARÀ, Gian Carlo, «La concorrenza e il pluralismo nel settore radiotelevisivo», *Sussidio e materiali di diritto pubblico dell'economia*, 2001, pp. 173-199.
- MANTAKOU, Anna, y TAGARAS, Haris, «Sports in the international context», *Revue hellénique de droit international*, vol. 55, núm. 1, pp. 69-83.
- MCCAHERY, Joseph A., y VERMEULEN, Erik P. M., «High-tech start-ups in Europe: the effect of regulatory competition on the emergence of new business forms», *European law journal: review of European law in context*, vol. 7, issue 4, 2001, pp. 459-481.
- MENSCHING, Jürgen, «Farming cooperatives and competition rules», *Agricultural law for the European Union*, 1999, pp. 87-97.
- MONOPOLKOMMISSION, Deutschland, *Wettbewerbsentwicklung bei Telekommunikation und Post 2001: Unsicherheit und Stillstand: Sondergutachten der Monopolkommission gemäß Paragr. 81, Abs. 3, Telekommunikationsgesetz und Paragr. 44 Postgesetz*, Baden-Baden, Nomos, 2002, 192 pp.
- MONTERO, Juan J., «Las nuevas directivas de telecomunicaciones ¿de la regulación a la competencia?», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 220, 2002, pp. 91-111.
- NAEVE, Mike, y PFEFFER, Jerry L., «Emerging antitrust issues in the transition to deregulated electricity markets», *Annual proceedings of the Fordham Corporate Law Institute*, 2001-2002, pp. 423-462.
- NASCIMBENE, Luigi, «Diritto d'autore e abuso di posizione dominante: i rapporti (difficili) tra proprietà intellettuale e disciplina antitrust», *Il foro italiano*, anno CXXVII, núm. 7-8, 2002, pt. IV, col. 338-345.
- NATER, Hans, *Professional legal services: vom Monopol zum Wettbewerb*, Zürich, Schulthess, 2000, 249 pp.
- NEBREDÁ PÉREZ, Joaquín M., «Tres obstáculos para la liberación eléctrica ¿será posible la liberación eléctrica en enero del 2003?», *Revista del Derecho de las Telecomunicaciones e Infraestructuras en Red*, núm. 14, 2002, pp. 11-38.

- NORDIC COMPETITION AUTHORITIES, *Competitive airlines: towards a more vigorous competition policy in relation to the air travel market*, København, Konkurrencestyrelsen, Stockholm, Konkurrentverket, Oslo, Konkurransetilsynet, Reykjavik, Samkeppnisstofnun, Helsinki, Kipailuvirasto, 2002, 120 pp.
- OECD, *OECD Reviews of regulatory reform: regulatory policies in OECD countries: from interventionism to regulatory governance*, Paris, OECD, 2002, 194 pp.
- *Pologne: de la transition aux nouveaux défis de la réglementation = Poland: from transition to new regulatory challenges*, Paris, OCDE, 2002, 149 pp.
- *La réforme de la réglementation au Danemark*, Paris, OCDE, 2002, 342 pp.
- PARISIS, Nicolas, «L'application des règles de concurrence à l'activité sportive», *Sport et Union européenne*, 2001, pp. 103-115.
- PÉREZ, Rita, *Telecomunicazioni e concorrenza*, Milano, Giuffrè, 2002, ix, 505 pp.
- PERROT, Anne, «Les frontières entre régulation sectorielle et politique de la concurrence», *Revue française d'économie*, vol. XVI, núm. 4, avril 2002, pp. 81-112.
- PONS, Jean-François, «La politique européenne de concurrence et le sport (1995-2002)», *Revue du droit de l'Union européenne*, núm. 2, 2002, pp. 241-259.
- PRETO, Antonio, *Le libere professioni in Europa: regole e concorrenza per il mercato globale*, Milano, EGEA, 2001, xii, 178 pp.
- PRIETO ÁLVAREZ, Tomás, «Medio ambiente y competencia en el Derecho de la Unión Europea: en busca del adecuado punto de equilibrio», *Noticias de la Unión Europea*, vol. 18, núm. 207, abril 2002, pp. 119-130.
- PRIMAULT, Didier, «Quelle régulation pour les sports collectifs professionnels?», *Problèmes économiques*, núm. 2.744, 16 janvier 2002, pp. 5-10.
- RAJOT, Bénédicte, *Transports maritimes et concurrence communautaire: la confrontation*, Paris, Economica, 2001, 310 pp.
- RAMOS MELERO, Rodolfo, «El paquete ferroviario 2001: nuevas vías para el ferrocarril de la Unión Europea», *Noticias de la Unión Europea*, vol. 18, núm. 207, abril 2002, pp. 67-72.
- RIZZO, Giuseppe, «Accesso al mercato e concorrenza nelle telecomunicazioni: il ruolo delle autorizzazioni generali nella prospettiva della convergenza», *Diritto del commercio internazionale*, núm. 15.4, 2001, pp. 907-934.
- ROBERTSON, Aidan, «The application of European competition law to sports broadcasting», *World Competition*, vol. 25, núm. 4, December 2002, pp. 423-433.
- RODRIGUES, Anselmo, «Sobre a aplicação da Lei da concorrência às profissões liberais», *Estudos em homenagem a Cunha Rodríguez*, vol. II, 2001, pp. 1113-1127.
- RODRÍGUEZ-CAMPOS GONZÁLEZ, Sonia, «Normalización industrial y derecho comunitario de la competencia», *Revista de Administración Pública*, núm. 158, 2002, pp. 187-212.
- SCHAUB, Alexander, «Kartellrechtliche Probleme des elektronischen Marktplatzes aus der Sicht der EU-Kommission», *Recht, Wettbewerb und E-commerce*, 2001, pp. 49-60.
- «La liberalización de la energía en Europa», *Política exterior*, vol. 16, núm. 87, mayo-junio 2002, pp. 167-176.
- *Liberalisation of the European energy markets: the perspective of competition policy*, The Hague, Kluwer Law International, 2002, 16 pp.
- SCHENA, Cristiana, *Regolamentazione antitrust e strategie delle banche*, Bologna, Il Mulino, 2002.
- SCHLOSSER, Peter F., «Dalla libertà di stabilimento degli avvocati al diritto europeo della concorrenza», *The European legal forum = Forum iuris communis europae*, anno 2, núm. 2, 2002, pp. 94-101.

- SCHWINTOWSKI, Hans-Peter, *Die Zukunft der kommunalen EVU im liberalisierten Energiemarkt: Geschäftschancen und Geschäftsfelder*, Baden-Baden, Nomos, 2002, 270 pp.
- SEBASTIO, Francesca, «Originalità di un brevetto e concorrenza», *Giustizia civile*, vol. LII, núm. 3, 2002, pt. I, pp. 703-710.
- SEEGER, Bernhard Johannes, *Die Durchleitung elektrischer Energie nach neuem Recht*, Baden-Baden, Nomos, 2002, 517 pp.
- SINCLAIR, Michael, y HUGHES, Des, «The European communications services regulatory package: an update», *Computer and telecommunications law review*, vol. 8, issue 4, 2002, pp. 97-101.
- TESAURO, Giuseppe, «Market power in electricity markets: regulation, deregulation and competition: lessons from the Italian experience and other European and US case studies», *Fordham international law journal*, vol. 25, núm. 4, April 2002, pp. 946-971.
- «Market power in electricity markets: regulation, deregulation and competition — lessons from the Italian experience and other European and US case studies», *Annual proceedings of the Fordham Corporate Law Institute*, 2001-2002, pp. 497-517.
- TIZZANO, Antonio, «Nuovi orientamenti comunitari nel settore delle telecomunicazioni», *Istituzioni mercato e democrazia: liber amicorum per gli ottanta anni di Alberto Predieri*, 2002, pp. 637-648.
- TRAFKOWSKI, Armin, *Medienkartellrecht: die Sicherung des Wettbewerbs auf den Märkten der elektronischen Medien*, München, Beck, 2002, xl, 314 pp.
- TURATI, Gilberto, «Le intese fra imprese bancarie: un'analisi economica dell'applicazione delle regole antitrust in Europa e in Italia», *Mercato concorrenza regole*, anno III, núm. 3, 2001, pp. 441-468.
- VACCARO, Valentina, «Autorizzazioni sanitarie e diritto alla concorrenza», *I tribunali amministrativi regionali*, anno XXVIII, núm. 3, 2002, pt. II, pp. 209-214.
- VALENTINO, Luigi, «La liberalizzazione del settore delle telecomunicazioni: una contesa tra diritto comunitario, prerogative degli Stati e interesse generale», *Diritto pubblico comparato ed europeo*, II, 2002, pp. 814-819.
- VAN WAARDEN, Frans, *Markets institutions as communicating vessels deregulation and changes between economic coordination principles*, Florence, European University Institute, 2002, 52 pp., <http://www.iue.it/RSCAS/WP-Texts/02%5F06.pdf>.
- VÁZQUEZ ALBERT, Daniel, «Ejercicio de profesiones liberales y derecho de la competencia», *La Ley*, año XXIII, núm. 5590, 2002, pp. 1-10.
- VEGA GARCÍA, Fernando L. de la, *Protección del diseño en el derecho industrial y de la competencia*, Madrid, EDESA, 2001, 369 pp.
- VERHAEREN, Erwin, «La libéralisation et le secteur de l'électricité: description succincte», *Carrefour de l'économie*, année 6, núm. 11 A, 2002, pp. 6-16.
- VIVES, Xavier, «Competencia, regulación y estabilidad del sistema bancario», *Papeles de Economía Española*, núm. 94, 2002.
- VOGELSANG, Ingo, *Incentive regulation and competition in public utility markets: a 20 year perspective*, Netherlands, Kluwer Academic Publishers, 2002, 23 pp.
- VOLLEBREGT, Erik R., «EC competition law aspects of peer-to-peer networking», *Computer and telecommunications law review*, vol. 8, issue 3, 2002, pp. 63-66.
- VRINS, Olivier, «Intellectual property licensing and competition law: some news from the front: the role of market power and "double jeopardy" in the EC Commission's new deal», *European intellectual property review*, vol. 23, issue 12, 2001, pp. 576-585.
- WEITBRECHT, Andreas, «Europäisches Kartellrecht 2000/2001», *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 13 Jahrg., 2002, Heft 19, pp. 581-589.

H. COMPETENCIA Y SERVICIO PÚBLICO

- ALBERS, Michael, «Energy liberalization and EC competition law», *Fordham international law journal*, vol. 25, núm. 4, 2002, pp. 909-945.
- ALEXIS, Alain, «Services publics et aides d'Etat: évolution récente de la jurisprudence», *Revue du droit de l'Union européenne*, núm. 1, 2002, pp. 63-107.
- ARGENTATI, Anna, «Diritti speciali ed esclusivi e regole comunitarie di concorrenza: il commento», *Giornale di diritto amministrativo*, anno VII, núm. 4, 2002, pp. 393-401.
- ARGIOLAS, Bernardo, «Il finanziamento del servizio universale nel settore postale: il commento», *Giornale di diritto amministrativo*, anno VIII, núm. 6, 2002, pp. 620-627.
- BASILIEN-GAINCHE, Marie-Laure, «“Le service public de l'électricité”: entre ouverture du marché et ouverture du capital», *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, vol. 118, núm. 6, novembre-décembre 2002, pp. 1769-1812.
- BAUBY, Pierre, «Quel avenir pour l'Europe des services publics? Politiques et management public», *Problèmes économiques*, núm. 2.783, 6 novembre 2002, pp. 25-30.
- BAYRAM, Mehmet, «Le droit turc confronté à l'acquis communautaire: l'exemple de l'application des règles de concurrence aux entreprises économiques publiques», *Revue du marché commun et de l'Union européenne*, núm. 458, 2002, pp. 305-318.
- BETANCOR RODRÍGUEZ, Andrés, «Los servicios de interés económico general», *Problemas de legitimación en la Europa de la Unión*, 2000, pp. 141-149.
- BURDEAU, François [et al.], *Collectivités publiques et la concurrence*, Paris, Etudes et documents, Conseil d'Etat 53, Rapport public du Conseil d'Etat, 2002, pp. 215-457.
- CARASSITI, Matteo, y LANZI, Diego, «Regolamentazione dell'accesso nei settori a rete: la tariffazione delle “essential facilities” in Italia», *Economia pubblica*, vol. 32, núm. 5, pp. 93-115.
- CARTEI, Gian Franco, «Il servizio universale», *Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo, Annuario 2001*, 2002, pp. 109-117.
- FERRARI, Herminio, *I servizi a rete in Europa: concorrenza tra gli operatori e garanzia dei cittadini*, Milano, Cortina, 2000, xxxii, 374 pp.
- FLYNN, Leo, y RIZZA BAJARDO, Giulio Cesare, «Postal services and competition law: a review and analysis of the EC case-law», *World competition*, vol. 24, núm. 4, 2001, pp. 475-511.
- GARCÍA DE COCA, José Antonio, «De las actividades de interés económico general a las actividades económicas esenciales sometidas a obligaciones de servicio público», *50 años de la Unión Europea*, 2001, pp. 309-319.
- GUÉNETTE, Alain Max [et al.], «Service public: vers de nouvelles régulations», *Revue économique et sociale*, vol. 60, núm. 3, septembre 2002, pp. 117-285.
- JACOBI, Otto [et al.], «Liberalisation of public services and trade union responses», *Transfer*, vol. 8, núm. 2, Summer 2002, pp. 181-291.
- JARREN, Otfried, *Der öffentliche Rundfunk im Netzwerk von Politik, Wirtschaft und Gesellschaft: eine komparative Studie zu Möglichkeiten der Absicherung des Public Service*, Baden-Baden, Nomos, 2001, 217 pp.
- KARAYANNIS, Vassilios, «Le service universel de télécommunications en droit communautaire: entre intervention publique et concurrence», *Cahiers de droit européen*, vol. 38, núms. 3-4, 2002, pp. 315-375.

- KOVAR, Robert, y SIMON, Denys, *Service public et Communauté européenne: entre l'intérêt général et le marché: actes du colloque de Strasbourg 17-19 octobre 1996*, Paris, La documentation française, 1998, 2 vols. (ix, 514 pp.; ix, 515 pp.).
- MAMELI, Barbara, «Concessioni e pubblici servizi», *Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo*, *Annuario 2001, 2002*, pp. 119-136.
- MARTINS, Ana Maria Guerra, *A emergência de um novo direito comunitário da concorrência: as concessões de serviços públicos*, Coimbra, Coimbra Editora, 2001, pp. 77-104.
- MASUTTI, Anna, *La liberalizzazione dei trasporti in Europa: il caso del trasporto postale*, Milano, Giuffrè, 2002, ix, 277 pp.
- MEYER, Hubert, «Wettbewerbsrecht und wirtschaftliche Betätigung der Kommunen», *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, 21 Jahrg., 2002, Heft 9, pp. 1075-1078.
- MORAIS, Luís Domingos da Silva, «O artigo 90. do Tratado CEE: as empresas públicas e o direito da concorrência na União Europeia», *Em torno da revisão do Tratado da União Europeia*, 1997, pp. 57-89.
- NITSCHKE, Ingrid, *Broadcasting in the European Union: the role of public interest in competition analysis*, The Hague, TMC, Asser Press, 2001, xiv, 193 pp.
- NIVARRA, Luca, y DI FRANCO, Leonardo, «Liberalizzazione dei servizi pubblici in Europa», *Europa e diritto privato*, núm. 3, 2002, pp. 671-706.
- PASCHKE, Marian, «Zur Liberalisierung des Rechts des Telefonmarketing», *Wettbewerb in Recht und Praxis*, 48 Jahrg., 2002, Heft 11, pp. 1219-1228.
- PERCEBOIS, Jacques, «La définition des missions de service public», *Revue de l'énergie*, núm. 534, février 2002, pp. 81-89.
- PERFETTI, Luca R., «Pubblico servizio, capacità di diritto privato e tutela della concorrenza: il caso del facility management», *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, anno XII, núm. 1, 2002, pp. 187-217.
- PIELOW, Johann-Christian, «Frankreich: service public», *Europäische Union und mitgliedstaatliche Daseinsvorsorge*, 2002, pp. 155-173.
- «Il "service public" e l'art. 16 del Trattato CE da un punto di vista tedesco», *I servizi a rete in Europa*, 2000, pp. 53-74.
- PINA, Carlos Costa, «A reforma do regime das empresas públicas, o direito comunitário e o direito da concorrência», *Estudos sobre o novo regime do sector empresarial do Estado*, 2000, pp. 133-166.
- QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Tomás de la, «Servicios públicos versus servicios de interés económico general tras el Tratado de Amsterdam», *Problemas de legitimación en la Europa de la Unión*, 2000, pp. 127-140.
- QUADROS, Fausto de, *Serviço público e direito comunitário*, Coimbra, Coimbra Editora, 2001, pp. 279-299.
- RODRIGUES, Stéphane, «Réforme des entreprises de réseau et services publics de qualité: le mandat de Barcelone», *Revue du Marché commun et de l'Union européenne*, núm. 458, mai 2002, pp. 291-298.
- «Services publics et droit communautaire en 2001: de la régulation à l'évaluation?», *Europe*, núm. 2, 2002, pp. 5-8.
- SALVIA, Filippo, «I servizi pubblici nella letteratura recente», *Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo*, *Annuario 2001, 2002*, pp. 87-108.
- SCHWEITZER, Heike, *Daseinsvorsorge, «service public», Universaldienst: Art. 86, Abs. 2, EG — Vertrag und die Liberalisierung in den Sektoren Telekommunikation, Energie und Post*, Baden-Baden, Nomos, 2002, 481 pp.
- STOFFAËS, Christian, «Services publics: la France à l'épreuve», *Sociétal*, núm. 37, 3è trimestre, 2002, pp. 19-22.

- VACCARO, Valentina, «Autorizzazioni sanitarie e diritto alla concorrenza», *I tribunali amministrativi regionali*, anno XXVIII, núm. 3, 2002, pt. II, pp. 209-214.
- VAN DEN ABBEELE, Eric, «L'avenir des services publics en Europe: de Nice à Barcelone», *Notabene*, núms. 125-126, avril-mai 2002, pp. 2-7.

3. DERECHO COMPARADO

- AAVV, *Fundamentals of antitrust law*, New York (NY), Aspen Law & Business, Serial, Annual.
- ABBOTT, Alden F., «Revisión judicial de la aplicación de medidas sobre fusiones en los Estados Unidos», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 222, 2002, pp. 59-69.
- AMATO, Giuliano, «Forum: L'EDF in Italia: è un problema antitrust?», *Mercato concorrenza regole*, anno III, núm. 3, 2001, pp. 533-560.
- AMERICAN BAR ASSOCIATION, *The federal antitrust guidelines for the licensing of intellectual property: origins and applications*, 2nd ed., Chicago (IL), American Bar Association, Section of Antitrust Law, 2002, 146 pp.
- *Handbook on antitrust grand jury investigations*, 3rd ed., Chicago (IL), American Bar Association, Section of Antitrust Law, 2002, xvii, 401 pp.
- ARGENTATI, Anna, «La riforma del diritto della concorrenza nel Regno Unito: osservazioni sul recente Libro Bianco "A world-class competition regime"», *Giurisprudenza commerciale*, núm. 29.2, 2002, pt. I, pp. 213-238.
- AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO (Italia), *Indagine conoscitiva sulla ristrutturazione della rete di distribuzione dei carburanti*, Roma, Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento per l'informazione e l'editoria, 2001, 63 pp.
- BARBIST, Johannes, y GÖRG, Mathias, «Wettbewerbsgesetz und Kartellgesetz — nouvelle 2002 im Überblick», *Ecolex*, 13 Jahrg., 2002, Heft 6, pp. 404-407.
- BAYRAM, Mehmet, «Le droit turc confronté à l'acquis communautaire: l'exemple de l'application des règles de concurrence aux entreprises économiques publiques», *Revue du Marché commun et de l'Union européenne*, núm. 458, mai 2002, pp. 305-318.
- BECHTOLD, Rainer, *Kartellgesetz: Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen: Kommentar*, München, C. H. Beck, 2002.
- BECHTOLSHEIM, Sebastian von; FREIHERR y BRUDER, Florian, «Die Essential Facilities-Doktrin und Paragr. 19 (4), Nr. 4, GWB», *Wettbewerb in Recht und Praxis*, 48 Jahrg., 2002, Heft 1, pp. 55-63.
- BEEMAN, Michael L., *Public policy and economic competition in Japan: change and continuity in antimonopoly policy, 1973-1995*, New York, Routledge, 2002.
- BERNREUTHER, Friedrich, «Sachmangelhaftung durch Werbung», *Wettbewerb in Recht und Praxis*, 48 Jahrg., 2002, Heft 4, pp. 368-388.
- CARAMALLI, Delphine, «L'entrée en vigueur de la nouvelle réglementation relative au contrôle des concentrations en droit français», *Les Petites affiches: La Loi*, vol. 391, núm. 98, 16 mai 2002, pp. 4-10.
- CHABLOZ, Isabelle, *L'autorisation exceptionnelle en droit de la concurrence: étude de droit suisse et comparé*, Fribourg, Éditions Universitaires, 2002, liv, 326 pp.
- CHAO, Yang-Ching, y FAIR TRADE COMMISSION (Republic of China), *International and comparative competition laws and policies*, The Hague, Kluwer Law International, 2001, xxvi, 540 pp.
- DECOCO, André, y DECOCO, Georges, *Droit de la concurrence interne et communautaire*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2002, 578 pp.

- DI PORTO, Fabiana, «Il cd. “tetto antitrust” alla generazione di energia elettrica: nuovi poteri all’Autorità garante della concorrenza e del mercato?», *Concorrenza e mercato*, núm. 9, 2001, pp. 367-386.
- EMMERICH, Volker, *Unlauterer Wettbewerb: ein Studienbuch*, Aufl. München, Beck, 2002, xxii, 397 pp.
- FIALA, Tomáš, «The new Competition Act in the Czech Republic», *European Competition Law Review*, vol. 23, núm. 8, August 2002, pp. 400-406.
- FINGLETON, John, «Political economy insights from competition policy in Ireland», *Annual proceedings of the Fordham Corporate Law Institute*, 2001-2002, pp. 569-595.
- FLIZIKOWSKI, Marta Julia, *Kartellrechtliche Verträge und Mißbrauchsaufsicht im deutschen und polnischen Kartellrecht: eine rechtsvergleichende Darstellung*, Münster, Schöling, 2000, xxvi, 230 pp.
- FOURGOUX, Jean-Louis, y VILMART, Christine, «Le nouveau contrôle des concentrations en droit français», *La Gazette du palais, Recueil bimestriel*, année 122, núm. 1, 2002, pp. 182-187.
- FRIGNANI, Aldo, y ROSSI, Giuseppe, «EU and Italian antitrust rules: concordances and discordances», *Diritto del commercio internazionale*, núm. 15.4, 2001, pp. 811-828.
- FURSE, Mark, *Competition law of the UK and EC*, 3rd ed., Oxford (England), New York, Oxford University Press, 2002.
- GAURON, André, «Considérations sur les effets de la concurrence internationale», *EC law facing the new millennium’s challenges*, 2001, pp. 63-70.
- GOETZ, Charles J., y MCCHESENEY, Fred S., *Antitrust law: interpretation and implementation*, 2nd ed., Newark (NJ), Lexis Nexis, 2002.
- GORDON, Richard L., *Antitrust abuse in the new economy: the Microsoft case*, Northampton (Ma.), Edward Elgar Pub., 2002.
- GUIN, Virginie, «Le Conseil de la Concurrence», *Les Notes bleues de Bercy*, núm. 236, 1er-15 septembre 2002, 12 pp.
- JENNY, Frédéric, «Globalization, competition and trade policy: convergence, divergence and cooperation», *EC law facing the new millennium’s challenges*, 2001, pp. 1-42.
- JIN, Chaowu, y LUO, Wei, *Competition law in China*, Buffalo (NY), W. S. Hein, 2002.
- KALAU, Martti, «Estonia: the new competition act introduces full merger control», *European competition law review*, vol. 23, issue 6, 2002, pp. 304-310.
- KELLERMANN, Kersten, «La Suisse et la concurrence systématique», *La vie économique, revue de politique économique*, 75e année, novembre 2002, pp. 37-41.
- KHOURY, Sarkis J., *Transnational mergers and acquisitions in the United States*, Washington (DC), Beard, 2002.
- KOENIG, Christian, «Das thailändische Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen: Auswirkungen des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen», *Zeitschrift für Rechtsvergleichung, internationales Privatrecht und Europarecht*, 43 Jahrg., 2002, Heft 1, pp. 19-22.
- KOUCHNIR-CARGILL, Natalia, y GUET, Claudie, «La nouvelle approche du Conseil de la concurrence en matière de restrictions verticales», *La semaine juridique (Entreprise et affaires)*, núm. 3, 2002, pp. 7-13.
- KRAVTSENIUK, T., «Merger regulation in Central and Eastern Europe: evidence from Hungary, Romania and Slovenia», *Acta Oeconomica*, vol. 52, núm. 3, pp. 327-345.
- LEE, Nam-Kee, *Toward a mature market economy: Competition law & policy in Korea*, Seoul, Korea Fair Trade Commission, 2002, 233 pp.

- LEÓN, Ignacio de, *Latin American competition law and policy: a policy in search of identity*, The Hague, Kluwer Law International, 2001, xx, 300 pp.
- LIVINGSTON, Dorothy, *The Competition Act 1998: a practical guide*, London, Sweet & Maxwell, 2001, li, 399 pp.
- LUC, Irène, «L'application du principe d'impartialité aux autorités de concurrence françaises. 1ère partie», *Les Petites affiches: La Loi*, vol. 391, núm. 34, 15 février 2002, pp. 4-12.
- «L'application du principe d'impartialité aux autorités de concurrence françaises. Suite et fin», *Les Petites affiches: La Loi*, vol. 391, núm. 35, 18 février 2002, pp. 4-8.
- MAGAZZINI, Laura; ORSENIGO, Luigi, y PAMMOLLI, Fabio, «The intensity of competition after patent expiry in pharmaceuticals: a cross-country analysis», *Revue d'économie industrielle*, núm. 99, 2è trimestre, numéro spécial, 2002, pp. 107-131.
- MAGNANI, Paola, y MAGGIOLINO, Mariateresa, «L'applicazione della L. 287/90 alle intese restrittive della concorrenza», *Concorrenza e mercato*, núm. 9, 2001, pp. 3-44.
- MANGIONE, Giuseppina Maria Rita, «Abuso di dipendenza economica, servizi pubblici e sanzioni: le modifiche introdotte dall'art. 11 della legge 5 marzo 2001, n. 57», *Concorrenza e mercato*, núm. 9, 2001, pp. 223-258.
- MELI, Vincenzo, «Modifiche alla disciplina dell'abuso di dipendenza economica e agli artt. 8 (imprese pubbliche e in monopoli legale) e 15 (diffide e sanzioni) della legge antitrust», *Le nuove leggi civili commentate*, anno XXIV, núm. 5, 2001, pp. 1061-1098.
- MERKT, Benoît, «Affichage Holding [vs.] JC Decaux: introduction d'un contrôle des participations minoritaires en droit suisse de la concurrence?», *Aktuelle juristische Praxis*, 11 Jahrg., 2002, Heft 4, pp. 414-431.
- METZLAFF, Karsten, y SCHRÖDER, Sarah, «Das neue polnische Kartellrecht, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht», *Internationaler Teil*, 51 Jahrg., 2002, Heft 5, pp. 399-406.
- MODZELEWSKA-WACHAL, Elzbieta, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów: komentarz: stan prawny na 31 marca 2002 r.*, Warszawa, Twigger, 2002, 397 pp.
- NOZICK, Robert S., *The 2003 annotated Competition Act*, Toronto, Carswell, 2002, xxxix, 688 pp.
- OECD y IEA, *Developing China's natural gas market: the market policy challenges*, Paris, OECD, 2002, 368 pp.
- OTTERVANGER, Tom R., y VAN DER VOORDE, Sander J., *Competition law of the European Union and the Netherlands: an overview*, 2nd ed., The Hague, Kluwer Law International, 2002, 297 pp.
- PALLAORO, Mario, y BALCELLS, Josep M., «Control de concentraciones económicas en el Derecho argentino», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 215, 2001, pp. 57-65.
- PAPAKIRIAKOU, Theodoros, *Das griechische Verwaltungsstrafrecht in Kartellsachen: zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Verwaltungs- und Unternehmensstrafrecht*, Herbolzheim, Centaurus, 2002, xix, 373 pp.
- PEARLSTEIN, Debra J. [et al.] (eds.), *Antitrust law developments (fifth)*, 5th ed., Chicago (Ill.), ABA Section of Antitrust Law, American Bar Association, 2002, 2 vols., 1950 pp.
- PEREZNIETO CASTRO, Leonel, *Derecho de la competencia económica*, México, Oxford University Press, 2002, 337 pp.
- PIGNON, Sophie, «Le Conseil d'Etat au service du droit de la concurrence: les enseignements du rapport annuel. 1ère partie», *Les Petites affiches: La Loi*, année 391, núm. 124, 21 juin 2002, pp. 7-10.

- «Le Conseil d'Etat au service du droit de la concurrence: les enseignements du rapport annuel. 2ème partie», *Les Petites affiches: La Loi*, année 391, núm. 125, 24 juin 2002, pp. 6-9.
- «Le Conseil d'Etat au service du droit de la concurrence: les enseignements du rapport annuel. 3ème partie et fin», *Les Petites affiches: La Loi*, année 391, núm. 126, 25 juin 2002, pp. 8-10.
- PIJNACKER HORDIJK, Erik, «Excessive pricing under EC competition law: an update in the light of "Dutch developments"», *Annual proceedings of the Fordham Corporate Law Institute*, 2001-2002, pp. 463-495.
- PÖRNACHER, Karl, «Polnisches Kartellrecht: Annäherung an Europa», *Recht der internationalen Wirtschaft*, 48 Jahrg., 2002, Heft 2, pp. 122-124.
- POSNER, Richard A., *Antitrust law*, 2nd ed., Chicago, University of Chicago Press, 2001, xi, 316 pp.
- SCODITTI, Enrico, «Danni da intesa anticoncorrenziale per una delle parti dell'accordo: il punto di vista del giudice italiano», *Il foro italiano*, anno CXXVII, núm. 2, 2002, pt. IV, col. 84-90.
- SUZUKI, Kenji, *Competition law reform in Britain and Japan: comparative analysis of policy network*, New York, Routledge, 2002.
- SZÖNYI, Catherine, «Die Neufassung des Kartell- und Wettbewerbsrechts in Frankreich, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht», *Internationaler Teil*, 51 Jahrg., 2002, Heft 2, pp. 105-112.
- VAN BAEL, IVO, «Trade and competition policy in the WTO», *EC law facing the new millennium's challenges*, 2001, pp. 81-97.
- WALKEROVÁ, Katerina, «Das neue tschechische Kartellgesetz: eine Einführung», *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft*, 101 Bd., núm. 1, 2002, pp. 75-88.
- WALLIN, Carl-Henrik, y HEINONEN, Mikko, «Proposed reform of the enforcement of EC competition law from the Finnish perspective», *Turku law journal*, vol. 2, núm. 2, 2000, pp. 79-92.
- WEBER-WALLER, Spencer, *Materials for lectures on United States antitrust laws*, Chicago, Institute for Consumer Antitrust Studies, Loyola University, Chicago School of Law, 2002, 171 pp.

I. UNIÓN EUROPEA

SÉPTIMA PARTE

DIRECCIONES DE INTERNET

Austria: Bundeskanzleramt

<http://www.bundeskanzleramt.at>

Austria: Bundeskanzleramt

<http://www.bundeskanzleramt.at>

Austria: Bundeskanzleramt

<http://www.bundeskanzleramt.at>

<http://www.bundeskanzleramt.at>

Austria: Bundeskanzleramt

<http://www.bundeskanzleramt.at>

Bélgica: Ministerio de Asuntos Exteriores, Departamento de Medio

<http://www.midi.vlaanderen.be>

Dinamarca: Kabinetssekretariat

<http://www.kabinetssekretariat.dk>

Francia: Servicio de Defensa de la Competencia

<http://www.autorite.concurrence.fr>

Francia: Tribunal de Defensa de la Competencia

<http://www.autorite.concurrence.fr>

Francia: Kabinetssekretariat

<http://www.kabinetssekretariat.dk>

Francia: Ministerio de Economía, Asuntos Europeos y de Política Regional, Comercio
de la Competencia

<http://www.autorite.concurrence.fr>

Francia: La Dirección General de la Competencia de la Comisión de
Medio Ambiente y Energía

<http://www.autorite.concurrence.fr>

Grecia: Ministry of Economy and Finance

<http://www.mef.gov.gr>

1. UNIÓN EUROPEA

Alemania: Bundeskartellamt
<http://www.bundeskartellamt.de/>

Alemania: Monopolkommission
<http://www.monopolkommission.de/>

Austria: Bundeskartellanwalt
<http://www.justiz.gv.at/justiz/bundeskartellanwalt/index.html>

Austria: Bundeswettbewerbsbehörde
<http://www.bwb.gv.at/>

Austria: Bundeskartellanwalt
<http://www.justiz.gv.at/justiz/bundeskartellanwalt/index.html>

Bélgica: Ministère des Affaires Economiques: Organisation du Marché
http://www.mineco.fgov.be/organization_market/index_fr.htm

Dinamarca: Konkurrenceraadet
<http://www.ks.dk/konkuromr/index.htm>

España: Servicio de Defensa de la Competencia
<http://www.mineco.es/dgdc/sdc/>

España: Tribunal de Defensa de la Competencia
<http://www.tdcompetencia.org/>

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/>

Reino Unido: Office of Fair Trading

<http://www.offt.gov.uk/>

Suecia: Konkurrensverket

<http://www.kkv.se/indexns.html>

2. EUROPA NO COMUNITARIA

Albania: Competition Department

<http://www.minek.gov.al/tregetia/Konkurenca/konkurenca.htm>

Bulgaria: Commission for the Protection of Competition

<http://www.cpc.bg/>

Croatia: Agency for Protection of Market Competition

<http://www.crocompet.hr/>

Chipre: Commission for the Protection of Competition of Cyprus

http://www.competition.gov.cy/competition/competition.nsf/index_gr/index_gr?OpenDocument

Eslovenia: Competition Protection Office

<http://sigovl.sigov.si/uvk/>

Estonia: Competition Board

<http://www.konkurentsiamet.ee>

Hungría: Competition Office

<http://www.gvh.hu/>

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>

Macedonia: Monopoly Authority

<http://www.mon.upr.gov.mk/>

Malta: Ministry for Economic Services

<http://www.magnet.mt/>

Noruega: Konkurransetilsynet

<http://www.konkurransetilsynet.no/>

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>

República Eslovaca: Antimonopoly Office

http://www.antimon.gov.sk/default_a.htm

Rumanía: Competition Council

<http://www.competition.ro/>

Rusia: Russian Ministry for Antimonopoly Policy and Support to Entrepreneurship

<http://www.maprus.ru>

Suiza: Commission de la Concurrence

<http://www.wettbewerbskommission.ch/>

Turquía: Rekabet Kurumu

<http://www.rekabet.gov.tr/>

Ucrania: Antimonopoly Committee

<http://www.amc.gov.ua/>

Uzbekistán: State Committee of the Republic of Uzbekistan on demopolization and competition development

<http://www.antimon.uz/>

3. AMÉRICA

Argentina: Comisión Nacional de Defensa de la Competencia

<http://www.mecon.gov.ar/secdef/>

Brasil: Conselho Administrativo de Defesa Econômica

<http://www.cade.gov.br/>

Canadá: Competition Bureau

<http://www.minproduccion.gov.ar/cndc/home.htm>

Canadá: Competition Tribunal

<http://www.ct-tc.gc.ca/>

Costa Rica: Comisión para la Promoción de la Competencia

<http://www.meic.go.cr/esp/promocion/index.html>

Chile: Fiscalía Nacional Económica

<http://www.fne.cl/>

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://www.cfc.gob.mx/>

Panamá: Comisión de Libre Competencia y Asuntos del consumidor (CLICAC)

<http://cliac.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/>

Barbados: Fair Trading Commission of Barbados

<http://www.ftc.gov.bb/>

Filipinas: Bureau of Trade Regulation and Consumer Protection

<http://www.dti.gov.ph/btrcp/>

Indonesia: Commission for the Supervisory of Business Competition

<http://www.kppu.or.id/>

Japón: Fair Trade Commission
http://www.jftc.go.jp/e-page/f_home.htm

New Zealand: Commerce Commission
<http://www.comcom.govt.nz/>

Tailandia: Business Competition Bureau
<http://www.dit.go.th>

Taiwán: Fair Trade Commission
<http://www.ftc.gov.tw/>

5. ÁFRICA

Kenia: Monopolies and Prices Commission
<http://www.treasury.go.ke/monopolies.htm>

Sudáfrica: Competition Tribunal
<http://www.comptrib.co.za/>

Zambia: Competition Comision
<http://www.zcc.com.zm/>

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: EFTA Surveillance Authority
<http://www.eftasurv.int/fieldsofwork/fieldcompetition/>

FTAA - ALCA: Área de Libre Comercio de las Américas: Grupo de Negociación sobre Política de Competencia
http://www.ftaa-alca.org/ngroups/ngcomp_s.asp

International Competition Network
<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/index.html>

IEA: International Energy Agency
<http://www.iea.org>

OEA: Organización de Estados Americanos: SICE (Sistema de Información sobre Comercio Exterior)
http://www.sice.oas.org/compol/com_pols.asp

OECD: Organisation for Economic Co-operation and Development. Competition <http://www.oecd.org/EN/home/0,,EN-home-768-nodirectorate-no-no--768,00.html>

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: Políticas de Competencia y del Consumidor
<http://r0.unctad.org/en/subsites/cpolicy/spanish/indexsp.htm>

WTO: Organización Mundial del Comercio: La política de la competencia
http://www.wto.org/spanish/tratop_s/comp_s/comp_s.htm

7. OTRAS DIRECCIONES DE INTERÉS

ABA American Bar Association. Antitrust Section
<http://www.abanet.org/antitrust/home.html>

AEI - Brookings Joint Center for Regulatory Studies
<http://www.aei.brookings.org/>

American Antitrust Institute
<http://www.antitrustinstitute.org/>

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/>

Findlaw
<http://lawecon.lp.findlaw.com/>

Hieros Gamos Guide to Antitrust and Unfair Competition Law
<http://www.hg.org/antitrust.html>

Loyola University Chicago Institute for Consumer Antitrust Studies
<http://www.luc.edu/schools/law/antitrust/index.html>

The Antitrust Case Browser
<http://www.antitrustcases.com/>

us Antitrust Materials (Legal Information Institute, Cornell Law School, US)
<http://www.law.cornell.edu/topics/antitrust.html>

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.)

ANUARIO DE LA COMPETENCIA 2001
Lluís Cases (dir.)

LA DISCRIMINACIÓN DE CONSUMIDORES
COMO ACTO DE COMPETENCIA DESLEAL
Leopoldo José Porfirio Carpio

LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA
DE SERVICIOS FINANCIEROS
Nuria Fernández Pérez

LOS CONTRATOS DE CONSUMO
INTRACOMUNITARIOS

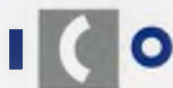
Beatriz Añoberos Terradas

ÉTICA Y MERCADO DE VALORES
Javier W. Juárez Jiménez

DERECHO DE MARCAS: LEGISLACIÓN.
JURISPRUDENCIA COMUNITARIA.
ACTUALIZACIÓN
Carlos Fernández-Nóvoa

LA EXTINCIÓN POR DISOLUCIÓN
DE LA SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD
LIMITADA
Fernando Sacristán Bergia

Fundación



9 788497 680554